

INFORMES EN DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL

2012

- Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad
- El control de la invalidez de los actos investigativos del Ministerio Público
- Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales
- Estructura y alcances del injusto típico del delito de desórdenes públicos
- Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas
- Algunos comentarios sobre el concepto de "terrorismo" de la Ley 18.314
- El principio de ejecución del hecho y la vigencia de la ley procesal en el tiempo

Nº 12 • Octubre 2013

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN

DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2012**

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Octubre de 2013

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, piso 8

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

Registro de Propiedad Intelectual N° 235.017

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-38-7 (Volumen N° 12)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

Índice

I. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, por Cecilia Medina Quiroga.....	7
II. El control de la invalidez de los actos investigativos del Ministerio Público, por Gabriel Bocksang Hola.....	61
III. Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales, por Raúl Carnevali Rodríguez.....	85
IV. Estructura y alcances del injusto típico del delito de desórdenes públicos, por Alex van Weezel de la Cruz.....	99
V. Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas, por Claudia Cardena Aravena.....	139
VI. Algunos comentarios sobre el concepto de “terrorismo” de la Ley 18.314, por Myrna Villegas Díaz.....	171
VII. El principio de ejecución del hecho y la vigencia de la ley procesal en el tiempo, por Juan Pablo Mañalich Raffo.....	203

I. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad

PROFESORA CECILIA MEDINA QUIROGA*

- I. Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que detenia las conductas terroristas y fija su penalidad
- II. Análisis de aspectos consultados
 1. Alcance del “debido proceso” y de las denominadas “garantías judiciales” a la luz del derecho internacional de derechos humanos
 2. Adecuación de la ley que sanciona las conductas terroristas en Chile (Ley 18.314, recientemente reformada por la Ley 20.467) a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en materia de “garantías judiciales mínimas del acusado”
 3. Examen de la aplicación de la Ley 18.314 a miembros del pueblo mapuche: algunos aspectos problemáticos desde la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos
- III. Conclusiones

La elaboración del presente informe en derecho obedece a una solicitud de la Defensoría Penal Pública de Chile, y tiene por objeto analizar la adecuación a los tratados internacionales sobre derechos humanos de la Ley 18.314 que sanciona las conductas terroristas y su aplicación en el marco del denominado “conflicto mapuche”, en relación con las garantías judiciales mínimas que deben respetarse en la substanciación de estas causas, particularmente, en lo relativo al uso de testigos secretos.

* Abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, doctora en Derecho por la Universidad de Utrecht, Holanda. Profesora de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro del Comité Académico y del Claustro del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ex jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002-2008) y presidenta de dicho tribunal en los años 2008 y 2009. miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas durante ocho años y presidenta del mismo en los años 1999 y 2000.

Para satisfacer este doble propósito, el desarrollo del informe se estructura en torno a tres ejes: primero, se examina el contenido y alcance del derecho al debido proceso y a las garantías judiciales, de acuerdo al derecho internacional de derechos humanos, así como las obligaciones que a este respecto tienen los Estados. En segundo lugar, se analiza la conformidad de la Ley 18.314 (recientemente reformada por la Ley 20.467) con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, principalmente en lo que concierne a las reglas de procedimiento que aquella establece. En tercer lugar, se observan algunas aristas preocupantes, desde la perspectiva de los derechos humanos, que presenta la aplicación recurrente de esta ley a personas mapuche, en un contexto de intensas y violentas reclamaciones de tierras ancestrales. Por último, el informe expone las principales conclusiones en torno a los temas consultados.

La estructura recién expuesta responde a una razón de carácter sustantivo. Por una parte, resulta necesario establecer un marco introductorio acerca del contenido y alcance del debido proceso y de las garantías judiciales, conforme el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos tanto a nivel doctrinal, normativo y jurisprudencial. En vista de ello, el informe se inicia con una referencia a los elementos más relevantes y atingentes del derecho al debido proceso y a las garantías judiciales, particularmente, en materia penal.

Por otra parte, no es plausible referirse a la aplicación de la Ley 18.314 respecto de miembros de las comunidades mapuche, sin abordar primero las dificultades que impone esta regulación a las garantías judiciales de cualquier persona a quien se le impute una conducta terrorista. En efecto, muchos de los problemas que presenta la legislación antiterrorista en nuestro país y que han concitado mayor atención a raíz de los casos suscitados en el marco de las acciones de protesta de comunidades mapuche son, en realidad, deficiencias que amenazan los derechos fundamentales de cualquier imputado, con independencia de su origen étnico. Por ello, el informe inicia el análisis de los aspectos consultados refiriéndose a las implicancias de dicha regulación especial en la satisfacción del derecho al debido proceso y a las garantías judiciales de los imputados por terrorismo, así como también la forma de armonizar el goce de estos derechos con la protección de los testigos y otros intervinientes.

En consonancia con lo anterior, el informe dedica su tercera parte al análisis de dos casos judiciales en los cuales se ha aplicado la Ley 18.314 a personas pertenecientes a comunidades mapuche y que muestran las consecuencias que acarrea para cualquier persona la aplicación de una ley que no es completamente compatible con las obligaciones internacionales de Chile. Esto se agrava si dicha ley se aplica precisamente al pueblo mapuche con motivo de acciones que se insertan en una lucha social respecto de la cual el Estado tiene también otras obligaciones que debe necesariamente considerar. Esto implica que el cuidado de la aplicación de esta ley deba extremarse.

Es importante, sin embargo, delimitar adecuadamente los márgenes de este informe. Éste no pretende hacer un análisis de las políticas públicas en materia de asuntos indígenas en Chile, ni adentrarse en el contexto político o social en el que se inserta la persecución penal de comuneros mapuches acusados de conductas terroristas. Tampoco es materia de este informe referirse a la legitimidad de las reclamaciones y acciones de protesta de estas comunidades. Por otro lado, éste no persigue analizar

la conformidad de la Ley 18.314 al principio de legalidad penal, por lo que no ahonda en los problemas de tipicidad que se aprecian en ella. Sin perjuicio de ello, se formulan algunas referencias a las dudas que genera dicha ley en este ámbito, con el exclusivo propósito de facilitar la comprensión de ciertas formas de afectación a los derechos humanos derivados del uso de la Ley 18.314.

Asimismo, es conveniente explicitar que los estándares de derecho internacional de derechos humanos que se invocan en este informe, provienen tanto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, así como del sistema de Naciones Unidas y del europeo. En este sentido, es relevante hacer presente que la normativa de derechos humanos es particularmente dinámica y se desarrolla en forma sustancial a través de la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos, especialmente, de las Cortes Internacionales.

A lo largo del informe es posible apreciar cierto énfasis en dos instrumentos internacionales: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello se explica en razón de que Chile ha ratificado ambos tratados generales sobre derechos humanos y ha reconocido la competencia de sus respectivos sistemas de control: la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos, respectivamente. Sin perjuicio de ello, la consideración de instrumentos, jurisprudencia u otras resoluciones de sistemas regionales de protección de los derechos humanos de los que Chile no forma parte son igualmente fundamentales para efectos de determinar el contenido y alcance de las obligaciones internacionales de los Estados en esta materia. El sistema de protección de los derechos humanos es un sistema integral que recoge el avance de los derechos en todos y cada uno de los órganos internacionales de protección, así como también en la jurisprudencia de todos los Estados sometidos a la supervisión de estos órganos. Las diversas fuentes del derecho internacional de derechos humanos constituyen un *corpus juris internacional* que desarrolla e interpreta las normas reconocidas en el ámbito de diversos sistemas de protección. Esto explica que tanto la Comisión y la Corte Interamericana, así como los distintos Comités encargados de la observancia de los tratados internacionales de Naciones Unidas hagan suya muchas de las interpretaciones de la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta interdependencia y retroalimentación es recíproca y constante entre los diversos mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

Por ello, este informe hace uso de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. La referencia a ella se debe también al hecho de que esta última ha tenido la oportunidad de conocer y analizar diversas temáticas que, en cambio, la Corte Interamericana no ha enfrentado con frecuencia. Por razones que exceden de lo jurídico y que se vinculan más bien a la historia de nuestro continente, la Corte Interamericana ha debido conocer y resolver muchos casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, lo que evidentemente repercute en el tipo de asuntos que debe analizar. De este modo, la experiencia de la Corte Europea de Derechos Humanos cuenta con un desarrollo considerablemente más profuso de ciertos aspectos del debido proceso, que informan estándares aplicables por los restantes sistemas de protección y que justifican plenamente atender a ellos para efectos de este informe.

1. Alcance del “debido proceso” y de las denominadas “garantías judiciales” a la luz del derecho internacional de derechos humanos

El denominado derecho al “debido proceso” –ampliamente consagrado en los tratados internacionales y en las Constituciones Políticas de los Estados– proviene de la tradición jurídica anglosajona del “Due Process of Law”¹. Con origen en la Carta Magna de 1215, fue posteriormente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, en base a las enmiendas constitucionales V y XIV². Su ingreso al campo del derecho internacional de derechos humanos se produce con los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que estatuyeron un derecho general de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, en condiciones de plena igualdad; así como los principios de presunción de inocencia y el de “nulla poena sine lege”.

Entre 1948 y 1949 el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas comenzó a trabajar en un detallado catálogo de garantías mínimas procedimentales³, que sirvió de base al proyecto del actual artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la configuración de disposiciones semejantes, como el artículo 6 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El contenido y alcance de esta normativa ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de los órganos de supervisión y de los tribunales internacionales de derechos humanos, incidiendo de manera considerable tanto en las interpretaciones judiciales como en las concreciones legislativas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Actualmente, el debido proceso constituye una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos. Es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito sine qua non de un Estado de Derecho. Su extendido reconocimiento ha llevado a considerarlo un principio de derecho internacional consuetudinario⁴ y a ser regulado de manera tal de impedir a los Estados la suspensión de

¹ Noor MUHAMMAD, Due Process of law for Persons Accused of Crime, citado en NOWAK, M, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, N.P. Engel Publisher, Strasburgo, 1993, p. 236. La revisión de la Carta Magna en 1354 trajo la incorporación del concepto Due Process of Law en reemplazo del Law of the Land. WOLFE, C, The Original Meaning of the Due Process Clause, en HICKOK, W, The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding, Charlottesville y Londres: University Press of Virginia, 1996, p.220.

² La V Enmienda de 1791 señala “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Gran Jury, except in cases arising in the land of naval force, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without Due Process of Law; nor shall private property be taken for public use without just compensation”. Por su parte, la Enmienda XIV fue introducida en 1868, tras la Guerra de Secesión”.

³ NOWAK, supra nota 1, p. 236.

⁴ Norma No. 100, en Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, El derecho internacional humanitario consuetudinario- Volumen1: Normas, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pág. 401, citado en Comisión Internacional de Juristas, Manual de Observación de Procesos Penales, Guía para Profesionales N°5, Ginebra, 2009, p. 156.

su ejercicio, incluso en situaciones de emergencia⁵, cuanto menos, respecto de los derechos y garantías no susceptibles de suspensión de acuerdo al tratado internacional en cuestión⁶. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”⁷.

Asimismo, la Comisión Interamericana ha manifestado que *“los Estados no tienen libertad para suspender las protecciones fundamentales del debido proceso o de un juicio justo a que se hace referencia en el artículo 8 y que son comparables a las disposiciones de otros instrumentos internacionales. (...) Estas protecciones incluyen en particular el derecho a un juicio cargo a cargo de un tribunal competente e imparcial para las personas acusadas de delitos penales, la presunción de inocencia el derecho a ser informado sin demora, y en forma que el acusado comprenda, de toda acusación penal, el derecho a disponer de tiempo y facilidades adecuadas para preparar la defensa, el derecho a la asistencia legal de su elección o el asesoramiento de defensor gratuito cuando así lo aconseje el interés de la justicia, el derecho a no brindar testimonio en su contra y la protección contra confesiones obtenidas bajo coerción, el derecho a la*

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 27. Suspensión de Garantías:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

⁶ Aunque el Pacto de Derechos Civiles y Políticos no lo contempla expresamente entre los derechos no susceptibles de suspensión, se ha entendido que tiene tal carácter cuando se trata de las garantías procesales destinadas a la tutela de los derechos que de acuerdo a dicho tratado, no admiten forma alguna de suspensión. Con todo, si en ese marco la emergencia pública del Estado pudiera dar lugar a la suspensión de alguna de las garantías del artículo 14, ella nunca podrá ir más allá de lo estrictamente necesario. Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, Artículo 14. *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, párr. 6.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6 de octubre de 1987, párr. 30.

*asistencia de testigos, el derecho a la apelación, así como el respeto por el principio de la aplicación no retroactiva de la legislación penal*⁸.

No podría ser de otro modo: el debido proceso es esencial para proteger el resto de los derechos humanos. Es preciso asegurar que alguien independiente e imparcial decida las controversias con unas reglas que permitan a las partes explicar su caso, presentar sus pruebas y objetar las de la contraparte.

Aunque se trata de un concepto complejo, que reúne diversas garantías y ámbitos de aplicación, el debido proceso apunta a un conjunto de condiciones necesarias para “que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”⁹. Estas condiciones, si bien pueden variar en cada caso concreto, están regidas por ciertos principios fundamentales que se encuentran en la base del “Due Process of Law” y del desarrollo que éste ha tenido en el derecho internacional de derechos humanos, tales como el de legalidad, bilateralidad, contradicción, celeridad, eficacia e igualdad de armas. Éste último, sin embargo, es el que probablemente expresa en mayor medida la esencia del derecho al debido proceso, presente tanto en sus exigencias generales, como en las garantías específicas que amparan al “acusado”.

El principio de igualdad de armas implica que cada parte debe ser tratada de tal manera de encontrarse en una posición procesal equivalente para plantear su caso –incluyendo su evidencia– bajo condiciones que no la sitúen en desventaja sustancial frente a su oponente¹⁰. Este mandato se relaciona con el derecho de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que garantiza tanto la igualdad de acceso a ellos como la igualdad de medios procesales, obliga a tratar a ambas partes sin discriminación alguna¹¹ y exige que casos análogos sean tratados en procesos similares¹². El principio de igualdad de armas se ocupa, fundamentalmente, de la igualdad de medios procesales y se orienta a asegurar a ambas partes del proceso y, especialmente, a la que se encuentra en situación más débil, la posibilidad razonable de presentar su caso en condiciones de igualdad¹³.

El principio de igualdad de armas es consustancial a la noción de “juicio justo” (“juicio con las debidas garantías” o *fair trial*) e inherente al debido proceso. Rige tanto en los procedimientos civiles (entendidos en su acepción más amplia) como en los penales y respecto de cada una de sus etapas. El debido proceso penal ha sido objeto de una particularmente cuidadosa formulación en el derecho internacional. La razón de

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 22 de octubre de 2002, párr. 245 y 247.

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1 de octubre de 1999, párr. 115.

¹⁰ Corte Europea de Derechos Humanos (En adelante, Corte EDH), Caso Dombo Beheer B.V vs. the Netherlands, Application N ° 14448/88, sentencia de 27 de octubre de 1993, párr. 33.

¹¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N ° 32, supra nota 6, párr. 8.

¹² *Ibidem*, párr. 14.

¹³ NEGRI, Stefania. The Principle of “Equality of Arms” and the evolving law of International Criminal Procedure, *International Criminal Law Review* 5: 513-571, 2005, p. 513.

este cuidado dice relación con el hecho de que, en el proceso penal, no hay igualdad de hecho entre acusador y acusado. El acusador es el Estado – con todas las herramientas que éste tiene para defender el cumplimiento de la ley penal, y el acusado es un ser humano individual sobre el que cae todo el peso del aparato estatal y quien arriesga la afectación de varios derechos humanos, incluyendo eventualmente la vida en los países en que todavía existe la pena de muerte. Esta desigualdad real y objetiva entre acusador e imputado obliga a dotar a este último de garantías y medios procesales que le otorguen una posibilidad real de oponerse a la acusación, lo cual se traduce, principalmente, en asegurar que aquel cuente con defensa técnica y con atribuciones defensivas que le brinden idénticas posibilidades de influir en la decisión del tribunal¹⁴. Las normas del debido proceso penal, crean, así, la igualdad inexistente en la realidad.

A este respecto, es interesante considerar que en el proyecto de elaboración de la Convención Americana se discutió la inclusión de una letra b) del número 2 del actual artículo 8, que establecía que “[E]l proceso debido en materia penal, abarcará las siguientes garantías mínimas [...] b) igualdad de derechos y deberes de las partes durante el juicio”¹⁵. Esta propuesta fue rechazada y reemplazada por la formulación actual de la disposición, que concede garantías mínimas y en plena igualdad sólo al inculcado y no a ambas partes. Esto indica que el debido proceso es un derecho fundamental de los individuos frente al Estado y que no puede ser invocado por éste frente a sí mismo, razón por la cual se estima que los ordenamientos jurídicos pueden otorgar al Ministerio Público facultades –y no garantías– para ejercer la persecución¹⁶.

Consecuentemente, el principio de igualdad de armas subyace al derecho de defensa¹⁷ y a las diversas concreciones de éste que se reconocen en los tratados internacionales de derechos humanos bajo la expresión “garantías mínimas del acusado” u otras equivalentes. Tal es el caso del derecho a ser asistido por traductor o intérprete si no comprende o habla el idioma del tribunal, el derecho a conocer en forma previa y detallada la acusación formulada, a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, a ser asistido por un defensor de su elección o por uno que le proporcione el Estado y el derecho a presentar testigos en su favor y a interrogar tanto a éstos como a los presentados en su contra¹⁸.

¹⁴ MAIER, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo 1b Fundamentos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989. p. 347, 353-354. Ver también Corte EDH, Caso Ernest and Others, sentencia de 15 de julio de 2003, para. 60-61.

¹⁵ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos. Secretaría General Organización de Estados Americanos, Washington D.C. OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 59, 105 y 190.

¹⁶ MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, citado en HORVITZ, M.I., “Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema” en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, 2003, p. 135.

¹⁷ Así como también se vincula con el carácter adversarial del procedimiento.

¹⁸ Ver “Garantías mínimas” reconocidas en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 6.3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

En el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, bajo la denominación de “Garantías Judiciales”¹⁹.

El uso del término “Garantías Judiciales” que titula este precepto, no debe inducir a confusión, ya que éste no consagra un recurso judicial. Si bien el término “Garantías Judiciales” *stricto sensu* alude a los medios procesales necesarios para hacer efectivos la titularidad o el goce de un derecho, aquel ha sido entendido y empleado como equivalente al conjunto de requisitos enumerados en dicha disposición. Por tanto, aquí se utilizará dicha expresión como equivalente a debido proceso. Aunque en rigor, esta última resulte más exacta, ya que *“abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”*²⁰.

El reconocimiento del debido proceso en el marco de la Convención Americana (artículo 8) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14) es extremadamente similar. Ambos instrumentos regulan en un primer párrafo (8.1 y 14.1, respectivamente) el derecho general a “ser oído con las debidas garantías” en la substanciación de todo proceso judicial, sea o no criminal, bajo ciertas condiciones temporales (“dentro de un plazo razonable”) e institucionales (“por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”). Asimismo, los siguientes párrafos de los preceptos citados son mayoritariamente coincidentes.

La jurisprudencia internacional ha interpretado el derecho a “ser oído con las debidas garantías” (*fair hearing*) en el sentido de exigir la observancia de la publicidad, la

¹⁹ “Artículo 8. Garantías Judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) *derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*

b) *comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*

c) *concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

d) *derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*

e) *derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*

f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

3. *La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*

4. *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*

5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.*

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, supra nota 7, párr. 27-28.

igualdad de armas, el respeto del juicio contradictorio, la exclusión de la agravación de oficio de las condenas y procedimientos judiciales ágiles²¹. Del mismo modo, aunque la Convención Americana no consigne en su artículo 8.1 el derecho a un fallo razonado, debe entenderse que éste es también un requisito del debido proceso²². En efecto, si el tribunal no estuviera obligado a explicitar los fundamentos de hecho y derecho de su decisión, no sería posible controlar la ausencia de arbitrariedad de parte de la autoridad. Además, el derecho a recurrir de la sentencia, establecido en el artículo 8.2, se tornaría ilusorio.

El segundo párrafo del artículo 8 de la Convención Americana, así como los párrafos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cambio, regulan las “garantías mínimas del acusado”. Dichos instrumentos, además de establecer exigencias generales para todo tipo de procesos, prescriben requisitos básicos para asegurar el debido proceso en la determinación de la inocencia o culpabilidad de las personas sometidas a un procedimiento penal. Quien se encuentra en este último supuesto se ubica en una situación de particular vulnerabilidad frente al poder del Estado, al estar en riesgo la restricción de otros derechos fundamentales, tales como su reputación y libertad.

Esto justifica consignar un conjunto de garantías específicas que complementan la norma general consagrada en el inciso primero de las mencionadas disposiciones y que, por tanto, se aplican conjuntamente a los procedimientos penales. Dichas garantías del acusado son aquellas consideradas “mínimas” o elementales para hablar de un debido proceso en materia penal, por lo que la satisfacción de este derecho puede implicar, en determinados casos, el cumplimiento de exigencias adicionales por parte del Estado²³. Por tanto, la conformidad del proceso con las garantías mínimas del acusado no implica necesariamente el cumplimiento de las exigencias del derecho a “ser oído con las debidas garantías”²⁴, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

Por otro lado, previo a la enumeración de las mencionadas “garantías mínimas” del sujeto sometido a proceso penal, el artículo 8.2 de la Convención Americana, consagra otro importante elemento del debido proceso: el principio de presunción de inocencia.

²¹ Comité de Derechos Humanos, Caso Morael c. Francia, párr. 9.3 (1989). Ver también NOWAK, *supra* nota 1, p. 247.

²² MEDINA, C, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 317. VAN DIJK, P. VAN HOOFF, F. VAN RIJN, A. ZWAAK, L (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2006, p. 595. Ver también, Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 152; Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”), sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 78; Caso Tristán Donoso vs. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 153 y Caso Escher y otros vs. Brasil, sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 139 y 208.

²³ Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a ser informado de la asistencia consular. Ver Corte Interamericana, Opinión Consultiva, OC 16/99, *supra* nota 9, párr. 120. Ver también Corte IDH, Caso Lori Berenson vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 176, y Opinión consultiva OC-11/90. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), 10 de agosto de 1990, párr. 24.

²⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, Adolf Case, Informe de 8 de octubre de 1980, B.43, p. 29

Conforme éste, toda persona a quien se atribuya la comisión de un delito deberá ser tratada como inocente hasta el momento en que una sentencia judicial firme establezca su culpabilidad, e independientemente del grado de verosimilitud y gravedad de la imputación²⁵. De este principio se deriva, por una parte, la exigencia de que la condena y la aplicación de la pena se funden en la certeza del juzgador acerca de la culpabilidad del imputado, de modo que cualquier duda o probabilidad al respecto conducen necesariamente a su absolución. Esto es lo que se conoce bajo el aforismo "*in dubio pro reo*". Por otra parte, la presunción de inocencia conlleva también el deber del Estado/ acusador de probar, a satisfacción razonable del tribunal, la culpabilidad del imputado. Aquel tiene la carga de destruir la presunción que ampara a este último. Asimismo, la presunción de inocencia puede comprometerse también a raíz de ciertas restricciones a la libertad personal, como acontece en el caso de una prisión preventiva que excede de lo razonable²⁶, en el de ciertas detenciones masivas y programadas²⁷, o en privaciones de libertad no fundadas en razones permitidas por el derecho internacional²⁸.

La presunción de inocencia obliga, en principio y directamente, al juez que conoce del asunto. No obstante ello, la jurisprudencia internacional concuerda en que dicho principio impone también ciertos deberes a otras autoridades públicas, e incluso a los medios de comunicación, quienes deben abstenerse de prejuzgar sobre la culpabilidad del imputado²⁹.

El listado de garantías mínimas reconocidas por la Convención Americana en favor del acusado la integran, primero, seis disposiciones encaminadas a hacer efectivo el derecho de defensa en condiciones de igualdad y contradicción (letras a – f del artículo 8, ya mencionadas). A continuación, incorpora el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable", que se vincula, por una parte, con la carga que tiene el Estado de acreditar –más allá de toda razonable– la culpabilidad del imputado y, por otra, con la prohibición de infligir tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. El empleo de estos últimos en la obtención de una confesión conduce a la invalidez de la misma, cuestión que se refuerza en el tercer numeral del artículo 8 de la Convención Americana, al prescribir que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza". Por último, el catálogo de garantías básicas del artículo 8.2 consagra el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior",

²⁵ MEDINA, C, supra nota 22, p. 320. Ver también MAIER, supra nota 14, p. 252.

²⁶ Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77-78; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 74; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 197; Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 67; Caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 69. Ver también, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, *Italia*, CCPR/C/ITA/CO/5, párr. 14, y *Argentina*, CCPR/CO/70/ARG, párr. 10.

²⁷ Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 137, caso Servellón García y Otros vs. Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 96. En este caso La Corte precisó que "*las detenciones programadas y colectivas, las que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia*".

²⁸ Ver, entre otros, Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrs. 139-144.

²⁹ En este sentido ver Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 119; Comité de Derechos Humanos, Observación General N ° 32, supra nota 6, párr. 30.

proceso que debe llevarse a cabo por un tribunal de mayor jerarquía y en el cual deben respetarse todas las garantías del debido proceso.

Finalmente, los párrafos 4 y 5 del artículo 8 de la Convención Americana contemplan, respectivamente, los principios de *ne bis in idem* y de la publicidad del juicio, como elementos fundamentales del debido proceso. De acuerdo al primero, el Estado se encuentra impedido de volver a perseguir penalmente a un sujeto por los mismos hechos, ya sea de manera simultánea o sucesiva. Esta garantía supone que los juicios no pueden revisarse ni renovarse en perjuicio del imputado previamente absuelto³⁰. Por su parte, el derecho a que el proceso penal sea “público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”, se encuentra estrechamente ligado a la exigencia de oralidad y al carácter concentrado y continuo del proceso. Esta exigencia ampara al imputado y promueve la transparencia de la administración de justicia, sin perjuicio de lo cual admite ciertas excepciones que deben interpretarse restrictivamente.

En materia penal el debido proceso asegura a las personas que éstas sólo podrán sufrir una pena si es que así lo determina una sentencia condenatoria emitida por un tribunal competente, independiente e imparcial, tras conducir un juicio bajo “las debidas garantías”. En consecuencia, el principio *nullum crimen et nullum poena sine lege* –conocido como principio de legalidad³¹– constituye un complemento relevante de los requerimientos que configuran un debido proceso. Sin embargo, dado que los alcances de este principio exceden los márgenes de este informe, sólo se plantearán algunas someras referencias al mismo, en la medida que sea estrictamente necesario para un análisis consistente de los aspectos consultados.

En los siguientes acápite del presente informe se examinarán con mayor detención algunas de las garantías judiciales del acusado, así como otros elementos que informan el debido proceso. Tal aproximación, a diferencia de la expuesta en este primer apartado, tendrá un enfoque aplicado y acotado a los aspectos que surjan del análisis de la legislación chilena que motiva este informe.

³⁰ Si bien la Convención Americana sólo menciona al “inculpado absuelto”, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el principio también se extiende a favor del condenado. Ver MAIER, supra nota 14, p. 372. Esta interpretación se ve respaldada por el propio texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.7 y por la opinión del Comité de Derechos Humanos, que ha señalado: “Esta disposición [artículo 14.7] prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito”, Observación General N°32, supra nota 6, párr. 20.

³¹ Artículo 9 de la Convención Americana: Principio de Legalidad y de Retroactividad.
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Adecuación de la ley que sanciona las conductas terroristas en Chile (Ley 18.314, recientemente reformada por la Ley 20.467) a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en materia de “garantías judiciales mínimas del acusado”

Antes de adentrarnos en este punto, es preciso poner de relieve que los compromisos internacionales adquiridos por los Estados en materia de derecho internacional de derechos humanos impactan, necesariamente, en la expedición y aplicación de leyes en sus ordenamientos internos.

Conforme dos importantes principios de derecho internacional general, los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y no pueden excusar su incumplimiento en las normas de su derecho interno³². A su vez, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana disponen, por una parte, que los Estados se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción; y por otra, que se comprometen a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En consecuencia, si los Estados se han comprometido a adoptar dichas medidas en sus ordenamientos internos, con mayor razón aún se encuentran obligados a no adoptar o producir normas y/o medidas que contravengan el objeto y fin de la Convención. En palabras de la Corte Interamericana, “*la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado*”. Desde la perspectiva del derecho internacional, ésta es la trascendencia de la pregunta acerca de la compatibilidad de la Ley 18.314 con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

2.1. Consideraciones preliminares sobre el principio de legalidad penal

Aún cuando no es materia de este informe, no puede dejar de advertirse la constatación de importantes inconsistencias en la tipificación de las conductas terroristas sancionadas por la Ley 18.314, lo cual representa un serio problema desde el punto de vista del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege*) ampliamente reconocido por el derecho internacional de derechos humanos y plasmado en los artículos 9 de la Convención Americana y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El establecimiento por ley de un delito debe advertir a las personas que la realización de un determinado comportamiento infringe las normas penales del país, de forma

³² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Parte III, “la observancia, interpretación y aplicación de los tratados”, Artículo 26. “*Pacta sunt servanda*”: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*. Artículo 27. “*El derecho interno y la observancia de los tratados*. *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*. *Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”.

que aquellas sepan con exactitud qué es lo que se encuentra prohibido y qué sanción debe recibir. De acuerdo con este principio, las conductas punibles deben estar descritas en forma clara y precisa, reduciendo al máximo el espacio para analogías e interpretaciones extensivas. Esta exigencia no es satisfecha por la Ley 18.314, tal como lo ha reconocido el propio gobierno ante instancias de supervisión internacional sobre derechos humanos³³. Parte de estas insuficiencias, ciertamente, son las que se intentaron menguar a través de la reciente modificación introducida por la Ley 20.467; esfuerzo que, sin embargo, no termina de ajustarse completamente a los estándares internacionales en esta materia.

La Corte Interamericana ha abordado la infracción del artículo 9 de la Convención Americana en casos similares. Al referirse a la aplicación de las leyes que sancionaban en Perú los delitos de “terrorismo” y “traición a la patria” señaló, en el caso Cantoral Benavides, que dichos tipos penales “*utilizan expresiones de alcance indeterminado en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o los bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social*”³⁴.

Sin pretender adentrarnos en este punto –que excede completamente los márgenes de este informe– es conveniente enunciar que la regulación en comento se aleja del desarrollo internacional en materia de regulación del combate contra el terrorismo en el marco del respeto a los derechos humanos, no sólo por la vaguedad de sus términos, sino porque explícitamente se extiende sobre conductas que exceden de lo que propiamente puede considerarse terrorismo (artículos 1° y 2°). Aún cuando no existe una definición única y universalmente aceptada del terrorismo, sí existe un amplio consenso en torno al tipo de actos que merecen tal calificación, conforme a los diversos instrumentos internacionales que rigen esta materia. Los actos a los que se refieren dichos instrumentos han sido catalogados entre las formas más graves de criminalidad, caracterizados no sólo por sus fines, sino también, por su lesividad a los bienes jurídicos más preciados por la sociedad y el Estado, a saber, la vida, la integridad y la libertad de los seres humanos³⁵.

La Ley 18.314, en cambio, ha hecho posible la calificación terrorista de conductas incendiarias de bienes inmuebles (perseguidos y sancionables bajo el derecho penal

³³ Gobierno de Chile, *Observaciones al Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el Sr. Rodolfo Stavenhagen, con ocasión de su visita a Chile, realizada los días 17 al 29 de julio del 2003*, reproducido en el reciente Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009, p. 24, párr. 47.

³⁴ Caso Cantoral Benavides, citado en MEDINA, C, supra nota 22, pp.230-231.

³⁵ Ver Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, Convención sobre Delitos y otros Actos Cometidos a bordo de Aeronaves; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relacionado con la protección de víctimas de conflictos armados no internacionales (Protocolo II).

común) realizadas en el marco de una escalada de protestas sociales, aún cuando ellas no hayan entrañado lesión o riesgo alguno para la vida e integridad de las personas. Esto ha ocurrido, concretamente, con un número importante de integrantes de las comunidades mapuche habitantes de las regiones del sur del país, quienes han reclamado por vías violentas la restitución de sus tierras ancestrales.

Quienes han debido enfrentar un procedimiento penal en su contra fundado en la Ley 18.314 han tenido que soportar efectos adversos en el goce de su derecho a un juicio justo y equitativo, como consecuencia de la regulación procesal especial que contiene dicha ley. Por otro lado, en el caso particular de los miembros de comunidades mapuche, la recurrente aplicación de esta ley durante el último decenio presenta problemas adicionales desde el punto de vista del derecho internacional de derechos humanos, que merecen ser considerados. En vista de esto, en el acápite siguiente se abordarán algunas de las objeciones más relevantes que pueden plantearse a la Ley 18.314, en relación al derecho al debido proceso y a las garantías judiciales del imputado. A continuación de ello, se examinarán algunas de las complejidades adicionales que se observan en la aplicación de esta ley a personas pertenecientes a las comunidades mapuche.

2.2. La igualdad de armas y la contradicción bajo el procedimiento regulado en la Ley 18.314

A) El derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que la acusación y la intervención de testigos con identidad protegida

El artículo 15 de la Ley 18.314³⁶ establece la facultad del Ministerio Público de disponer, durante la investigación, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas para proteger a testigos y peritos, así como a sus familiares y allegados, cuando considerare que sobre ellos pesa un riesgo cierto para su vida o integridad física. El inciso segundo prevé una serie de medidas que el fiscal puede aplicar con-

³⁶ Ley 18.314, Artículo 15: *Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas:*

- a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos.*
 - b) que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y*
 - c) que las diligencias que tuvieran lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.*
- Cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de las medidas resueltas por el Ministerio Público.*

junta o separadamente para resguardar la identidad de dichos intervinientes. Adicionalmente, el artículo 16 faculta al tribunal a “decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación” y fija, a continuación, las sanciones aplicables a las infracciones de esta disposición³⁷.

Estos preceptos, referidos a la protección de testigos y peritos que intervienen durante la etapa de investigación de un delito sancionable bajo la Ley 18.314, son complementados a continuación con la regulación de la forma en que la declaración de dichos testigos y peritos protegidos puede ser incorporada al juicio, como medio probatorio. Así, el artículo 18 de esta Ley señala que estas personas podrán prestar declaración “por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal” si el juez de garantía así lo dispone para recibir su deposición como prueba anticipada, o si así lo determina el tribunal oral en lo penal para que su testimonio sea presentado como prueba durante el desarrollo del juicio. Para ello “el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio”. Una vez que esa comprobación haya sido consignada, “el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta”. Asimismo, si bien la norma condiciona la incorporación al acervo probatorio de la declaración de un testigo o perito protegido al hecho que el defensor del acusado haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo, impide a éste dirigirle preguntas que “impliquen un riesgo de revelar su identidad”.

El conjunto de normas recién mencionadas posibilitan la participación de “testigos secretos” o “protegidos”, tanto durante la fase de investigación como en la etapa de juicio, para efectos de acreditar la culpabilidad del sujeto acusado de cometer un acto terrorista. La utilización de prueba testimonial bajo estas circunstancias de reserva de identidad puede ser altamente problemática para la garantía mínima de todo acusado de poder interrogar a los testigos presentados en su contra bajo las mismas condiciones que la acusación. En efecto, el absoluto desconocimiento de la identidad del testigo por parte del acusado y su defensor impedirían a éste contar con la información básica para formularle preguntas que cuestionen su credibilidad, haciendo nugatorio el derecho del acusado a controvertir o desvirtuar los elementos de convicción aportados por dicho testigo en su contra. Esto puede significar una gran desventaja para el acusado y sus efectos pueden ser especialmente graves si la declaración del testigo anónimo resultan determinantes para que el tribunal alcance la convicción de su culpabilidad. Tal perjuicio se acrecienta si se le condena por un delito tan grave y severamente sancionado como el de terrorismo.

La garantía judicial en cuestión se encuentra consagrada en el artículo 8.2 letra (f) de la Convención Americana, así como en el artículo 14. 3 letra (e) del Pacto Internacional

³⁷ Ley 18.314, Artículo 16: *El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá 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 proporcionare la información. En caso de que la información fuere difundida por algún medio de comunicación social, se impondrá a su director, además, una multa de diez a cincuenta ingresos mínimos.

de Derechos Civiles y Políticos³⁸. Dichos preceptos corresponden a una aplicación del principio de igualdad de armas y del derecho al contradictorio en materia probatoria, al garantizar tanto al acusado como a quien sostiene la acusación las mismas facultades jurídicas y procesales para obligar la comparecencia de testigos e interrogarlos y contrainterrogarlos³⁹. Ésta es una garantía fundamental para asegurar a los imputados y sus abogados la posibilidad de llevar adelante una defensa efectiva frente a la persecución penal, e implica que ambas partes enfrentadas en juicio tengan la oportunidad de conocer y cuestionar toda evidencia presentada. Para tal propósito, los tratados internacionales que reconocen este derecho requieren a los Estados parte la adopción de medidas positivas para asegurar realmente al acusado la posibilidad de examinar y contrainterrogar a los testigos presentados en su contra⁴⁰. Tales medidas forman parte de los deberes de diligencia que aquellos contraen para garantizar efectivamente el goce y ejercicio del derecho al debido proceso⁴¹.

La jurisprudencia internacional ha coincidido en que dicha garantía importa que el acusado tiene el derecho a que toda prueba presentada en su contra, sea en principio, producida en su presencia y en una audiencia pública bajo un debate adversarial⁴². Sin embargo, esto no significa que, para admitir la declaración de testigos como evidencia, éstos deban siempre y en toda circunstancia testificar ante un tribunal en un procedimiento público⁴³. En efecto, en ciertos casos esto puede llegar a ser imposible –si es que sólo se puede obtener su testimonio en forma anticipada al juicio– o bien inconveniente –cuando su declaración en dichas condiciones pueda acarrear un peligro cierto a su vida o integridad. Por lo mismo, el uso de declaraciones de testigos obtenidas durante la etapa previa al juicio no se considera, en sí mismo, contrario al debido proceso y al derecho del acusado a contrainterrogar a los testigos de cargo y descargo en igualdad de condiciones. Tal posibilidad podrá admitirse en la medida en que se otorgue igualmente a la defensa una oportunidad idónea y apropiada para impugnar e

³⁸ El Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra este derecho en su artículo 6.3 letra (d) exactamente en los mismos términos en que lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁹ Aunque la redacción del artículo 8.2 letra (f) de la Convención Americana pudiera ser menos precisa que la de su homólogo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambas han sido interpretadas en el mismo sentido. Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N °32, *supra* nota 6, párr. 39; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, 22 de octubre de 2002, párr. 238.

⁴⁰ Corte EDH, Caso Barbera, Messegué and Jabardo vs. España, sentencia de 6 de diciembre 1988, para. 78.

⁴¹ En el caso de la Convención Americana, tal deber se desprende de la obligación de garantizar los derechos de la Convención, contenida en su artículo 1.1, en relación con el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 8 de la misma, y particularmente respecto de su numeral 2 letra f). La Corte Interamericana ha desarrollado ampliamente los alcances de la obligación de garantizar los derechos a través de la adopción de medidas positivas. Al respecto, pueden verse, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 164-168 y 176; "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrs. 111 y 113; Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 103; Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 98. Ver también en este sentido, Corte EDH, Caso Colozza vs. Italia, sentencia de 12 de febrero de 1985, para. 28.

⁴² Corte EDH, Caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, *supra* nota 40, para. 78; Caso Van Mechelen vs. Países Bajos, sentencia de 23 de abril de 1997, para. 51.

⁴³ Corte EDH, Caso Asch vs. Austria, sentencia de 26 de abril de 1991, para. 27.

interrogar al testigo presentado en su contra, ya sea en el momento en que aquel formula su declaración o bien en una etapa posterior⁴⁴.

Consecuentemente no es admisible utilizar en juicio la declaración de un testigo que la defensa no ha tenido oportunidad de controvertir⁴⁵. Más aún, una sentencia condenatoria no podrá basarse únicamente o en forma determinante en las deposiciones de tal testigo⁴⁶.

Sin perjuicio de ello, el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo en su presencia, públicamente y ante un tribunal no es un derecho absoluto. En ocasiones, pueden justificarse ciertas restricciones al mismo, en aras de la protección de otros derechos e intereses tutelados también por las convenciones de derechos humanos, como son la vida e integridad de los demás intervinientes de un juicio. Tal ponderación puede significar que el imputado deba soportar ciertas dificultades en el desarrollo y planteamiento de su defensa, para efectos de salvaguardar, por ejemplo, la integridad y vida de los testigos que depongan en su contra⁴⁷. No obstante, para que una restricción de derechos pueda calificarse de legítima debe sujetarse al cumplimiento de ciertos requisitos, con arreglo al derecho internacional de derechos humanos. Tales exigencias consisten en que la limitación al derecho en cuestión debe perseguir un objetivo legítimo de acuerdo a las convenciones de derechos humanos, debe ser conducente para alcanzarlo, estrictamente necesaria o la única alternativa posible para ello y proporcional⁴⁸. Tratándose de la introducción de un trato diferenciado entre las posibilidades procesales del imputado y la parte acusadora, deberán cumplirse rigurosamente los requisitos antes mencionados a efectos de no quebrantar el principio de igualdad de armas que rige las facultades de ambas partes en el proceso⁴⁹, que los tratados resguardan celosamente.

Los intereses o derechos encontrados de acusados y otros intervinientes suelen estar en juego tanto en la investigación como en el enjuiciamiento de delitos de mayor gravedad y complejidad, particularmente en las modalidades de crimen organizado, como son el terrorismo y el narcotráfico. En este sentido, los mecanismos de protección de identidad de testigos pueden servir a la reducción de los peligros que éstos efectivamente podrían enfrentar por su participación en la persecución y sanción de este tipo

⁴⁴ Corte EDH, Caso Lüdi vs. Suiza, sentencia de 15 de junio de 1992, para. 49; Caso Van Mechelen vs. Países Bajos, supra nota 42, para. 51; Caso S.N. vs. Suecia, sentencia de 2 de julio de 2002, para. 12.

⁴⁵ Corte EDH, Caso Unterpertinger vs. Austria, sentencia de 24 de noviembre de 1986, para. 31; Caso Kostovski v. Países Bajos, sentencia de 20 de noviembre de 1989, para. 41; Caso Hülki Güneş vs. Turquía, sentencia de 19 de junio de 2003, paras. 86-96.

⁴⁶ *Ibidem*, Caso Hülki Güneş vs. Turquía, paras. 4 y 8.

⁴⁷ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, supra nota 8, párr. 251; Corte EDH, Caso Jasper vs. United Kingdom, sentencia de 16 de febrero de 2000, paras. 52-53.

⁴⁸ MEDINA, C. *supra* nota 22, p. 40-43; BERNAL, C. El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 686-793; GROS, H. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 121-132; Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, párrs. 54-95.

⁴⁹ Corte EDH, Caso Barbera, Messegué and Jabardo vs. España, supra nota 40, para. 78; Bonisch v. Austria, sentencia de 6 de mayo de 1985, para. 29.

de delitos. En ciertos casos, los testigos o sus familiares y allegados pueden ser objeto de serias intimidaciones o temer, fundadamente, ser objeto de represalias⁵⁰.

La Comisión Interamericana, al referirse a las implicancias de la lucha contra el terrorismo para el respeto de los derechos humanos, ha admitido la necesidad de adoptar medidas frente a tales peligros, con el objeto de que la identificación de los testigos en el proceso penal no comprometa su seguridad. Pero al mismo tiempo, ha manifestado que *"estas consideraciones nunca pueden servir de base para comprometer las protecciones inderogables de un acusado respecto del debido proceso y cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos (...). Sujeto a estas consideraciones, podrían, en principio, diseñarse procedimientos conforme a los cuales se pueda proteger el anonimato de los testigos sin comprometer los derechos del acusado a un juicio imparcial". Según la Comisión, entre los factores que debieran tenerse en cuenta para evaluar la permisibilidad de estos procedimientos, se encuentran "el tener suficientes razones para mantener el anonimato de un testigo, y la posibilidad de que la defensa sea, no obstante, capaz de impugnar las pruebas del testigo e intentar sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus declaraciones (...). que el propio tribunal conozca la identidad del testigo y pueda evaluar la confiabilidad de la evidencia del testigo y la importancia de las pruebas de la causa contra el acusado (...)"⁵¹.*

Del solo reconocimiento de la necesidad de protección de los testigos y de lo idóneo que para este fin pueda resultar su anonimato, no puede desprenderse inmediatamente la legitimidad de adoptar una medida como ésta. Como se señaló precedentemente, las limitaciones al derecho del acusado a contrainterrogar a los testigos de cargo en igualdad de condiciones, deben cumplir con ciertas exigencias, entre las que destaca la estricta necesidad de implementarlas. Esto importa que, si existen otras medidas de protección de los testigos que resulten eficaces y menos lesivas de los derechos del imputado/acusado, deberán adoptarse aquellas⁵².

Consecuentemente, la reserva de identidad de los testigos, por los graves efectos que puede tener sobre los derechos del acusado, es una medida de última ratio o de carácter excepcional, cuya aplicación sólo puede plantearse respecto de los crímenes de mayor gravedad, una vez comprobada la ineficacia o insuficiencia de las otras medidas de protección dispuestas por el ordenamiento jurídico para la salvaguarda de los testigos que corran un peligro concreto y actual de sufrir un ataque a su integridad, vida o libertad personal por prestar su deposición en juicio. A este respecto, no cualquier temor puede justificar la concesión de anonimato al testigo. Es preciso corroborar que existe un riesgo concreto, actual (existente al momento de tener que prestar declaración) y fundado de padecer un ataque o enfrentar represalias por su testimonio contra el acusado de que se trate⁵³. Sólo un peligro de esas característi-

⁵⁰ Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, sentencia de 20 de febrero de 1996, para. 70.

⁵¹ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *supra* nota 8, párr. 251.

⁵² Corte EDH, Caso Van Mechelen vs. Países Bajos, *supra* nota 42, para. 58; Consejo de Europa, Recomendación Rec(2005)9 del Comité de Ministros a los Estados miembros la sobre protección de víctimas y colaboradores de la justicia, Recomendaciones 13 a 19; Comisión Internacional de Juristas, Reporte del Panel de Juristas Eminentes sobre Terrorismo, Combate al Terrorismo y Derechos Humanos, *Assessing Damage, Urging Action*, Ginebra, 2009, p.152.

⁵³ Ver Corte EDH, Caso Selim Sadak vs. Turquía, sentencia de 17 de Julio de 2001, para 21-22.

cas puede legitimar una afectación tan intensa a los derechos del acusado. Un temor general del testigo a sufrir represalias en razón de la reputación del acusado o de la gravedad de los cargos que se le imputan no constituye razón suficiente para decretar la medida en comento⁵⁴.

El alto umbral de exigencia que pesa sobre el Estado en esta materia y que se traduce en la necesidad de cumplir una serie de requisitos para disponer esta medida, así como en el deber de adoptar un conjunto de medidas de resguardo de los derechos del acusado, se debe a la naturaleza particularmente lesiva del anonimato de los testigos para tales derechos. El desconocimiento de la identidad del testigo por parte de la defensa constituye una desventaja casi insalvable para el acusado, por cuanto priva a su abogado de la información necesaria para someter a escrutinio la conducta y los dichos del testigo o poner en duda su credibilidad⁵⁵. El Sistema Interamericano ha puesto esto en evidencia al señalar que *“el anonimato de los fiscales, jueces y testigos priva al acusado de las garantías básicas de la justicia (...) El acusado [no] puede realizar ningún examen efectivo de los testigos de la contraparte, si no posee información alguna en relación con los antecedentes o motivaciones de los testigos, ni sabe cómo estos obtuvieron información acerca de los hechos en cuestión”*⁵⁶.

El testimonio que preste una persona inculcando a otra de la comisión de un delito bien puede estar fundado en el prejuicio, o en una percepción equivocada, así como en algún interés privado o sentimiento de hostilidad. Sea que la declaración resulte simplemente errada o derechamente falsa, si la defensa no conoce la identidad de dicha persona, sus posibilidades de sacar a la luz esas circunstancias son prácticamente nulas⁵⁷. El daño que ello puede provocar al acusado resulta evidente. Consecuentemente, la idea según la cual el derecho a la defensa del imputado se satisface con el sólo conocimiento del contenido de la declaración del testigo es, cuando menos, un eufemismo⁵⁸.

⁵⁴ Corte EDH, Caso K.P.M Visser vs. Países Bajos, sentencia de 14 de febrero de 2002, para. 24-25; Caso Van Mechelen vs. Países Bajos, *supra* nota 42, para. 61.

⁵⁵ Corte EDH, Caso Windisch vs. Austria, sentencia de 27 de septiembre de 1990, para. 28.

⁵⁶ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, *supra* nota 8, párr. 233.

⁵⁷ Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, *supra* nota 50, para. 42.

⁵⁸ Esto ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional de Colombia, al resolver que la reserva de identidad de los testigos era contraria a la garantía constitucional del debido proceso, consagrada en el artículo 29 de la carta Fundamental de Colombia. Al respecto, señaló el Tribunal que *“Podría aducirse en pro de la constitucionalidad de la institución cuestionada, que lo que en definitiva importa es lo que dice el testimonio, y no quién es el testigo; y, además, podría agregarse que conocida tal declaración, existirá la posibilidad de interrogación posterior al testigo sobre lo declarado.*

Sin embargo, tal argumentación resulta un sofisma inaceptable a la luz de la Constitución y de principios elementales del derecho probatorio. En efecto, para nadie es desconocido que las condiciones personales del testigo como órgano de la prueba, pueden ser también materia de debate en el ejercicio del derecho de contradicción, cual sucede por ejemplo, si el testigo ciego afirma haber visto algo, y se discute por el sindicado si aquél tiene un sentido de la vista normal, disminuido, o carece del mismo por completo [...] Del mismo modo, la relación personal del testigo con el sindicado, con las autoridades o con quienes eventualmente puedan resultar afectados o beneficiados con su declaración, puede ser objeto de confrontación y examen en la contradicción de la prueba. Además, el contacto directo de las partes con el testigo durante la recepción de la declaración de este, permite

Por tanto, el derecho internacional de derechos humanos puede tolerar el uso de sistemas de reserva de identidad de los testigos presentados por la parte acusadora, siempre que ellos cumplan con estándares que impidan anular el derecho a defensa del acusado y, en particular, la garantía de contar con alguna oportunidad adecuada de impugnar su credibilidad e interrogarlos, ya sea antes o durante el juicio. La total falta de contradicción entre la defensa del acusado y el testigo presentado en su contra, supone una restricción a sus garantías mínimas que excede de los márgenes aceptables por el derecho internacional de derechos humanos. En este sentido, para la garantía de los derechos del acusado resulta determinante no sólo que la defensa tenga la oportunidad de efectuar una interrogación conducente al descrédito de los testigos o sus declaraciones, sino también que cuente con la posibilidad de observar directamente la conducta y actitud de quienes están siendo interrogados, para así formarse una idea sobre ellos y sembrar dudas sobre su fiabilidad⁵⁹.

En consecuencia, el uso de declaraciones rendidas por testigos anónimos en procedimientos penales, sólo puede admitirse si ello se encuentra regulado por ley, resulta estrictamente necesario y se condiciona al cumplimiento de una serie de medidas que permitan salvaguardar, aún en esas circunstancias, la igualdad de armas y las garantías mínimas del acusado. El criterio general que rige al respecto – desarrollado, principalmente, en el seno de la Corte Europea de Derechos Humanos– consiste en que sólo es permisible que el acusado soporte ciertas desventajas inherentes al uso de testimonios anónimos por la parte acusadora, si es que tales dificultades son “suficientemente contrapesadas por los procedimientos o medidas adoptadas por la autoridad judicial”⁶⁰. El objeto principal de las medidas de contrapeso que la autoridad judicial está en obligación de adoptar, es que éstas posibiliten realmente a la defensa cuestionar y poner en tela de juicio, por una u otra vía, la declaración de estos testigos ante el tribunal⁶¹.

Entre las medidas o procedimientos que se consideran adecuados para compensar las desventajas impuestas al acusado, se encuentran (1) el deber de verificar la concurrencia de un peligro cierto, inminente y fundado para la vida, integridad o libertad del testigo y que implique la estricta necesidad de mantener en reserva su identidad⁶²; (2) la existencia de un juez de instrucción o investigación que conozca la identidad del testigo y que lo interroge con el fin de indagar sobre sus antecedentes, relación con el

al procesado o a su apoderado la percepción inmediata de la reacción anímica del deponente ante las preguntas que se le formulan, lo cual puede resultar útil para ejercer el derecho de preguntar o contrapreguntar en ese preciso momento [...]”. Sentencia C- 392/00, de 6 de abril del año 2002.

⁵⁹ Corte EDH, Caso Van Mechelen vs. Países Bajos, *supra* nota 42, para. 59 y 62; Caso Kostovski vs. Países Bajos, *supra* nota 45, para. 42.

⁶⁰ Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, *supra* nota 50, para. 72, (traducción libre). “[...] *no violation of Article 6 para. 1 taken together with Article 6 para. 3 (d) (art. 6-1+art. 6-3-d) of the Convention can be found if it is established that the handicaps under which the defence laboured were sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities*”.

⁶¹ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 22 de octubre de 2002, párr. 251; Corte EDH, Caso K.P.M. Visser vs. Países Bajos, sentencia de 14 de febrero de 2002, para. 24; Caso Doorson vs. Países Bajos, *supra* nota 50, para. 71.

⁶² Corte EDH, *Ibidem*, para. 75.

acusado, intereses en juego, etc.⁶³; (3) la emisión de un informe por parte de dicho juez investigador en el que proporcione elementos de análisis suficientes para que el tribunal que conoce de la causa pueda evaluar la credibilidad del testigo⁶⁴. Evidentemente, las diferencias entre los diversos sistemas penales de los Estados pueden significar que no todos cuenten con una figura semejante. En el caso de Chile, por ejemplo, el actual sistema procesal penal no contempla la participación de un juez de instrucción, sino que descansa en las labores de los jueces de garantía, los tribunales orales y el Ministerio Público, siendo este último el que se encuentra a cargo de la investigación y la posterior acusación, si procediere. Sin embargo, la exigencia en comento supone, más allá de cual sea la organización del sistema procesal penal en el ordenamiento interno, que el examen de los testigos, así como el análisis acerca del riesgo que corren y su fiabilidad, sea realizado por una autoridad con suficientes garantías de independencia e imparcialidad y no sea la misma encargada de formular la acusación en contra del imputado en cuestión; (4) la posibilidad del abogado defensor de apelar de la decisión que autoriza el anonimato de los testigos⁶⁵ (5) la posibilidad del abogado defensor de interrogar ampliamente al testigo, salvo en lo que concierne a su identidad⁶⁶; (6) el conocimiento de la identidad del testigo por parte del tribunal, pudiendo observar directamente su comportamiento al ser interrogado, para formarse su propia opinión sobre la credibilidad de sus dichos⁶⁷; y (7) el deber del tribunal de examinar y evaluar la evidencia proporcionada por el testigo anónimo con extremo cuidado⁶⁸.

Una interpretación acorde con la finalidad y el efecto útil de las normas sobre derechos humanos, conduce a requerir la mayor concurrencia de las mencionadas exigencias, para asegurar un adecuado contrapeso de las dificultades que debe soportar el acusado a raíz del anonimato de los testigos. Por ello, la Corte Europea de Derechos Humanos ha descartado que, por el sólo hecho de que la defensa del acusado haya podido interrogar al testigo ampliamente- ya sea en forma oral o por escrito- pueda considerarse suficientemente compensada la desventaja del acusado⁶⁹. En tal caso, tanto la naturaleza de las preguntas como el ámbito al cual pueden referirse, se encuentran sumamente restringidos, en vista de la necesidad de preservar la confidencialidad de la identidad de los testigos⁷⁰, por lo que si no van acompañadas de otras medidas no resultan suficientes para garantizar los derechos del acusado. A su vez, la sola lectura ante el tribunal de las declaraciones rendidas por los testigos protegidos tal como fue-

⁶³ Corte EDH, Caso Kostovski vs. Países Bajos, *supra* nota 45, para. 43.

⁶⁴ Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, *supra* nota 50, para. 73.

⁶⁵ Corte EDH, Caso K.P.M Visser vs. Países Bajos, *supra* nota 62, para. 26.

⁶⁶ Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, *supra* nota 50, para. 73.

⁶⁷ Corte EDH, Caso Kostovski vs. Países Bajos, *supra* nota 45, para. 43; Caso Hulki Güneş vs. Turquía, *supra* nota 45, paras. 7 y 10.

⁶⁸ Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, *supra* nota 50, para. 76.

⁶⁹ Corte EDH, Caso Kostovski vs. Países Bajos, *supra* nota 45, para. 43; Caso Windisch vs. Austria, *supra* nota 55, para. 28.

⁷⁰ *Ibidem*, Caso Windisch vs. Austria, para. 28.

ron registradas por las autoridades investigativas, tampoco constituye un medio adecuado y suficiente para compensar las dificultades adicionales impuestas al acusado⁷¹.

Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido que, para asegurar las garantías del imputado, no basta con que el tribunal de la causa examine cuidadosamente las declaraciones del testigo anónimo y otorgue a la defensa del acusado la posibilidad de refutarlas o contestarlas⁷², si es que no se verifica la adopción de otras salvaguardas. Del mismo modo, si en el procedimiento hay intervención de un juez investigador que conoce la identidad de los testigos protegidos y elabora un informe detallado acerca de la conducta de aquellos y la credibilidad de sus dichos, pero la defensa no tiene la posibilidad de que la interrogación de los testigos se realice en su presencia ni el tribunal de la causa realiza una evaluación fundada acerca de la amenaza de represalia por parte del o los acusados hacia los testigos, no será posible sostener que se han adoptado las medidas de contrapeso necesarias para permitir su declaración bajo anonimato⁷³.

No obstante lo anterior, es importante resaltar que ni siquiera la concurrencia de todas las medidas de resguardo señaladas ni aún la adopción de otras adicionales puede justificar que la condena del acusado se base exclusivamente o en modo determinante en la deposición de testigos anónimos⁷⁴. A este respecto pesa una clara prohibición, cuya transgresión importa necesariamente la vulneración del derecho del acusado a un debido proceso.

Por otro lado, es necesario hacer presente que, tratándose de un testigo de cargo que pertenece a las fuerzas policiales o que se desempeña como “agente encubierto”, el anonimato y la falta de confrontación directa entre éste y el acusado o su abogado, son aún más difíciles de admitir y compensar, sin violentar las garantías del acusado. Si bien en el caso de estas personas puede efectivamente estar comprometido no sólo el éxito de futuras operaciones de inteligencia contra el crimen organizado, sino también su seguridad personal o la de sus familiares, debe tenerse en cuenta ciertas particularidades que obligan a distinguir su situación de la de otros testigos desinteresados y de la víctima.

Los “agentes encubiertos”, al ser miembros de las fuerzas policiales, están regidos por un mandato general de obediencia hacia autoridades que, usualmente, forman parte del poder ejecutivo del Estado. Asimismo, dicha posición normalmente los vincula o acerca a la parte acusadora del proceso criminal en el que se pretende su participación. Por último, es sabido que la naturaleza de sus funciones les puede significar presentarse a declarar abiertamente ante tribunales, por lo que al incorporarse a esta

⁷¹ Corte EDH, Caso Birutis y otros vs. Lituania, sentencia de 28 de marzo de 2002, para. 23.

⁷² Corte EDH, Caso Hülki Güneş vs. Turquía, *supra* nota 45, para. 10.

⁷³ Corte EDH, Caso Van Mechelen vs. Países Bajos, *supra* nota 42, paras. 61-62.

⁷⁴ Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, *supra* nota 50, para. 76: “(...) even when “counterbalancing” procedures are found to compensate sufficiently the handicaps under which the defence labours, a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements”; Caso Saïdi vs. Francia, sentencia de 20 de septiembre de 1993, para. 44; Caso Windisch vs. Austria, *supra* nota 55, para. 31. VAN DIJK, P. VAN HOOFF, F. VAN RIJN, A. ZWAAK, L (Eds.), *supra* nota 22, p. 646. Ver también, CARRIÓ, A, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, Depalma (Ed), 4ta. Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2004, pp. 125-130.

actividad asumen también esa posibilidad. Tales características hacen que el anonimato de estas personas y la falta de confrontación con la defensa del acusado sean altamente gravosos para los derechos del acusado y, por lo mismo, muy difíciles de admitir⁷⁵. Sin perjuicio de que la integridad, vida o libertad de aquellos merece también la protección del Estado, ésta debiera llevarse a cabo por otros medios o en forma particularmente restringida y propiciando la mayor contradicción entre estos testigos y la defensa del acusado.

Del análisis de los artículos 15 a 18 de la Ley 18.314 es posible apreciar que esta normativa no contempla disposiciones que aseguren un adecuado balance entre los derechos de los testigos e intervinientes, así como de los intereses asociados a la prevención y el combate al terrorismo, con el derecho del acusado a un debido proceso.

En primer lugar, las mencionadas disposiciones no definen con precisión y claridad las circunstancias específicas que harían admisible la adopción de las medidas de protección y anonimato de los testigos. Así, el artículo 15 autoriza la adopción de algunas medidas de protección de la identidad de aquellos, por decisión del Ministerio Público, bajo la condición de que éste “*estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo (...)*”. La ley no otorga ninguna directriz acerca de cuáles circunstancias específicamente debieran examinarse para evaluar y decidir si existe tal riesgo cierto, aunque sí establece la posibilidad de solicitar al juez de garantía que revise la decisión adoptada por el Ministerio Público. Sin embargo, el artículo siguiente, que permite al tribunal “*decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación*” no define con precisión las circunstancias que sirven de base para tomar tal determinación, ni consagra explícitamente a su respecto el deber de evaluar la existencia de un riesgo cierto y actual para la vida, la integridad o la libertad de un testigo o sus allegados.

Asimismo, ni el artículo 16 ni el 18 establecen o sugieren al juez que la medida de anonimato de testigos es de carácter excepcional. Como se señaló anteriormente, la decisión de permitir a una persona “anónima” prestar prueba testimonial y valorarla como evidencia debe ser una medida de última ratio, en vista del gran impacto que ello puede tener sobre los derechos del acusado y de las estrictas condiciones que deben verificarse para su procedencia⁷⁶. Los artículos 16 y 18 no prescriben al juez la adopción de medidas menos lesivas cuando éstas puedan ser igualmente efectivas para conseguir el objetivo perseguido.

⁷⁵ En este sentido, ver Corte EDH, Caso Van Mechelen vs. Países Bajos, *supra* nota 42, para. 56; Caso Ludi vs. Suiza, sentencia de 15 de junio de 1992, paras. 48-49.

⁷⁶ Así se desprende al considerar que estas medidas importan una severa restricción a los derechos del acusado y obedecen a circunstancias específicas y excepcionales, siendo procedentes únicamente respecto de los crímenes más graves, habiéndose acreditado un riesgo serio y actual del testigo de sufrir algún ataque a su vida, integridad o libertad personal. La evidencia proporcionada por éste además, sólo debiera ser admitida cuando aquella pueda considerarse significativa para el proceso en cuestión y existan motivos para considerarlo creíble. Véase en este sentido, Consejo de Europa, Recomendación Rec(2005)9 del Comité de Ministros a los Estados miembros la sobre protección de víctimas y colaboradores de la justicia, *supra* nota 52, Recomendación N° 19: “(...) *Where available, and in accordance with domestic law, anonymity of persons who might give evidence should be an exceptional measure (...)*”.

Del mismo modo, tales disposiciones no contemplan algún parámetro para el juez acerca de cuál, de todas las medidas posibles de protección de identidad y formas de prestar declaración, debiera ser decretada en un caso concreto con el objeto de garantizar en la mayor medida posible los derechos del acusado. En otras palabras, dichos preceptos no ofrecen una guía para determinar cuáles medidas debieran ser, en principio, preferidas, o conforme qué condiciones éstas debieran ser intensificadas. No hay mención a los principios de necesidad estricta, proporcionalidad y no discriminación que, de acuerdo al derecho internacional de derechos humanos, debe regir la aplicación de este tipo de medidas.

A su vez, debe tenerse en cuenta que existen diversas formas a través de las cuales puede protegerse la identidad de un testigo, tales como el uso de maquillaje, distorsión de voz, pantallas o cortinas, sistemas de video conferencia o el uso de otros instrumentos tecnológicos, cuya elección deberá propender no sólo a resguardar la identidad del testigo, sino también a propiciar la mayor posibilidad de impugnación y confrontación entre éste y la defensa del acusado.

Una regulación como la contenida en la Ley en comento, no se condice con las exigencias derivadas del derecho internacional de derechos humanos. Las disposiciones citadas dejan considerable espacio para la actuación discrecional del Estado en un ámbito que puede comprometer gravemente las garantías del imputado. Si la ley no establece criterios claros acerca de las circunstancias que deben verificarse para permitir el anonimato de los testigos y la admisión de su declaración como evidencia válida en juicio, tal facultad podría ser utilizada de manera arbitraria o injustificada y los derechos de los acusados podrían quedar sujetos al parecer de la autoridad judicial o del ministerio público. No puede dejar de enfatizarse que todas estas son medidas que restringen un derecho humano y que corresponde al legislador señalar los parámetros estrictos que delimitan su aplicación por la autoridad judicial u otros agentes del Estado.

Por otro lado, los artículos 15 a 18 tampoco favorecen la implementación, por parte del tribunal, de las medidas o procedimientos de contrapeso que pueden salvaguardar los derechos del acusado, así como tampoco excluyen la posibilidad de condenar a un acusado en base a la declaración de testigos anónimos. Adicionalmente, estas disposiciones no contemplan el deber de revisión o de supervisión por parte del juez respecto de la necesidad de mantener o revocar estas medidas de protección de la identidad de los testigos. Uno de los principios que deben regir cualquier forma de afectación de los derechos del imputado y, especialmente, una restricción tan severa como la reserva de identidad de testigos, es el control judicial. Esta supervisión debe materializarse tanto en la etapa de investigación como en el transcurso del juicio. Si bien durante la etapa de investigación el artículo 15 inciso final concede a los intervinientes la facultad de solicitar la revisión de esta medida al juez de garantía, los artículos 16 y 18 no disponen la posibilidad de apelar de la resolución del juez que decreta el secreto de la identidad de los testigos para su incorporación como material probatorio al juicio, ya sea en forma anticipada o durante el desarrollo del mismo.

Otra deficiencia de la ley dice relación con el hecho de que el artículo 18 sólo dispone que *“el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio”* para efectos de admitir

como prueba anticipada la declaración de un testigo bajo reserva de su identidad. Al respecto, es importante precisar que la obligación de efectuar tal comprobación no puede ser equiparada a una medida de investigación de los antecedentes y relaciones del testigo ni a una debida evaluación de la confiabilidad de sus dichos y del carácter actual, cierto y fundado de su temor a sufrir represalias. Una investigación y análisis de este tipo puede considerarse un mecanismo adecuado para contrapesar la afectación de los derechos del acusado, pero no así la mera comprobación de datos personales. Dicha comprobación no permite arrojar luz al tribunal ni a la defensa acerca de la credibilidad del testigo y la existencia de circunstancias de peligro que justifican la adopción de esta medida extrema de protección.

Asimismo, es preciso llamar la atención sobre la circunstancia de que el artículo 19 de la Ley 18.314 permite que las medidas de protección de identidad de los testigos puedan ir acompañadas, *“en caso de ser estrictamente necesario, de medidas complementarias, como la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso”*. Al respecto, cabe señalar que esta posibilidad resulta altamente preocupante desde el punto de vista de los presupuestos de un debido proceso.

Aún cuando en principio pueda justificarse, en casos extremos, la implementación de medidas complementarias como el resguardo policial, el cambio de identidad, la asistencia para cambio de domicilio o de trabajo; la concesión de beneficios económicos para cualquier otro fin resulta altamente objetable. En efecto, la entrega de dinero a un testigo como consecuencia de que éste haya accedido a prestar su declaración en contra del imputado socava los principios que rigen el debido proceso. La provisión de recursos económicos puede propiciar la manipulación de testimonios y alentar a que los testigos de cargo concurren por el mero interés de obtener ventajas o movidos por ánimos de venganza o animadversión⁷⁷, riesgo que se acrecienta bajo el manto del anonimato. En este sentido, el artículo 19 de la Ley en análisis erige un incentivo altamente peligroso y que puede distorsionar el uso de la evidencia testimonial, así como los fines del proceso penal. La posibilidad de que el acusado deba someterse a un juicio (bajo el riesgo de ser condenado a las más altas penalidades) en el que enfrente a testigos anónimos compensados económicamente, reduce a un mínimo inaceptable sus garantías de recibir un juicio justo⁷⁸.

B) Los “medios” o “facilidades” adecuados para la preparación de la defensa y el secreto de las actuaciones, registros y documentos

El artículo 21 de la Ley que fija las conductas terroristas y su penalidad consagra que *“Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de testigos o peritos, podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en*

⁷⁷ Ver Corte EDH, Caso Erdem vs. Alemania, Decisión de Admisibilidad, Application no. 38321/97, de 9 de diciembre de 1999.

⁷⁸ Ver en el mismo sentido, Corte EDH, Caso Lorse vs. Países Bajos, Decisión de Admisibilidad, Application no. 44484/98, de 27 de enero de 2004. En estos precedentes puede observarse que la Corte Europea cuestiona tanto la entrega de beneficios económicos como la concesión de inmunidad al cómplice o partícipe que acceda a prestar su testimonio de cargo respecto del acusado.

secreto respecto de uno o más intervinientes, en los términos que dispone el artículo 182 del Código Procesal Penal. El plazo establecido en el inciso tercero de esta última disposición podrá ampliarse hasta por un total de seis meses". A continuación, la norma establece sanciones para quienes revelen dicha información. El artículo 182 del Código Procesal Penal⁷⁹, al que la citada disposición hace referencia, establece que sólo excepcionalmente las actuaciones, diligencias⁸⁰ y registros⁸¹ de la investigación podrán ser secretas para el imputado y demás intervinientes. Tal posibilidad se contempla para efectos de resguardar la eficacia de la investigación y se encuentra limitada tanto en términos de su duración como en relación al objeto sobre el cual puede recaer dicha reserva. Sin embargo, el secreto que contempla esta norma se encuentra sujeto a límites absolutos⁸², ya que no podrá extenderse por más de 40 días y no podrá recaer sobre la "declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor".

⁷⁹ Artículo 182 del Código Procesal Penal: Secreto de las actuaciones de investigación. Las actuaciones de investigación realizadas por el ministerio público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copias, a su cargo, de los registros y documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial.

El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, no se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor. Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas.

⁸⁰ A este respecto debe considerarse también lo dispuesto en el artículo 236 del Código Procesal Penal:

Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado. Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9° requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.

⁸¹ Debe tenerse en cuenta también lo que consigna el artículo 227 del Código Procesal Penal: *Registro de las actuaciones del ministerio público. El ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo.*

La constancia de cada actuación deberá consignar a lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas que hubieren intervenido y una breve relación de sus resultados.

⁸² HORVITZ, M.I. y LÓPEZ, J. *Derecho Procesal penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, Tomo I, pp. 467-468.

El artículo 21 merece observaciones respecto de dos puntos. El primero es que consagra una excepción que agrava la situación que, de manera ya excepcional, autoriza el artículo 182 del Código Procesal Penal. En efecto, tratándose de la investigación de las conductas fijadas y sancionadas por la Ley 18.314, el Ministerio Público, con el fin de proteger a testigos o peritos, podría ampliar el secreto de partes de la investigación hasta por 6 meses, excediendo con creces el máximo de 40 días permitido por la legislación procesal penal ordinaria. Sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior acerca de las medidas de protección de testigos y peritos y sus efectos tanto en el proceso como en los derechos del acusado, el mencionado artículo 21 debe ser examinado a la luz del derecho de todo imputado a contar con los medios o facilidades adecuados para la preparación de su defensa. Esta garantía se encuentra consagrada tanto en el artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana como en el artículo 14.3 letra b)⁸³.

De acuerdo a lo señalado por el Comité de Derechos Humanos respecto del alcance de las garantías mínimas del acusado, los medios adecuados para la preparación de su defensa comprenden “el acceso a los documentos y otras pruebas”. *Este acceso “debe incluir todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo. Se considerarán materiales de descargo no sólo aquellos que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa [...]”*⁸⁴.

La posibilidad de acceder a los registros policiales, así como a documentos y actuaciones llevadas a cabo por el órgano encargado de la investigación penal y posterior acusación, resulta gravitante para una adecuada preparación de la defensa del imputado. En efecto, es el acceso a esta información la que permite a la defensa conocer y comentar las observaciones y pruebas presentadas por la acusación. Este derecho es consecuencia del principio de igualdad de armas, consustancial al debido proceso, conforme el cual ambas partes del proceso deben contar con las mismas posibilidades de preparar y presentar sus argumentos, así como de oponerse a los de la contraparte en el curso del procedimiento.

Es importante destacar que este derecho rige no sólo respecto del juicio mismo, sino desde el inicio del procedimiento, cuando surge el derecho a defensa, esto es, “*desde el inicio de las investigaciones que recaen sobre una persona a quien se atribuye una posible participación en un hecho punible*”⁸⁵. En efecto, las actuaciones de investigación materializadas en registros, documentos u otras diligencias llevadas adelante por el Ministerio Público tienen carácter preparatorio, y constituyen el presupuesto de la acusación que se formulará al imputado. La recolección de este material durante dicha investigación es la que permitirá fundar o desestimar la acusación y por tanto, es éste el procedimiento que permite obtener los medios probatorios que, posteriormente, se presentarán en juicio para intentar acreditar la participación y culpabilidad

⁸³ E el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, dicha garantía se encuentra consagrada en el artículo 6. 3 letra b). *Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.*

⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°32, *supra* nota 6, párr. 33.

⁸⁵ Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, *supra* nota 26, párr. 129; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 29.

del acusado en la comisión de uno o más delitos⁸⁶. A través de la rendición de prueba propiamente tal, dicho material podrá incorporarse al debate público y contradictorio de la audiencia de juicio.

En este sentido, la actividad probatoria no se manifiesta únicamente en su presentación ante la audiencia de juicio, sino que también se hace presente con anterioridad. Las diligencias, actuaciones y registros que practica el Ministerio Público durante la fase de investigación también recaen sobre elementos probatorios. De ahí entonces la trascendencia de permitir a la defensa del imputado conocerlos.

La jurisprudencia internacional ha establecido que, por regla general, *"las autoridades encargadas de la persecución tienen el deber de revelar a la defensa todo material probatorio que esté en su poder, ya sea en contra o en favor del imputado"*⁸⁷. Sin embargo, esto no constituye un derecho absoluto, dado que en ciertos procedimientos penales puede ser necesario ponderar distintos intereses legítimos o derechos que entran en conflicto con los derechos del imputado –tales como la protección de testigos o víctimas en peligro, salvaguardar un interés público o el éxito de la investigación – y que pueden llegar a justificar una restricción al conocimiento de las actuaciones, registros y diligencias realizadas por el Ministerio Público. No obstante, en este ámbito rige el mismo principio señalado precedentemente a propósito del uso de testigos anónimos, conforme el cual cualquier desventaja o dificultad impuesta a la defensa del acusado deberá cumplir con las exigencias de legalidad – lo que comprende también la legalidad internacional⁸⁸– y de estricta necesidad, así como también deberá ser adecuadamente contrapesada para salvaguardar los derechos del imputado.

El cumplimiento de estas exigencias supone, entre otras cosas, que el secreto de dicho material sea acotado a las piezas o partes estrictamente necesarias para conseguir el objetivo de protección de los derechos o intereses legítimos invocados, así como también que éste podrá extenderse sólo por el tiempo que resulte imprescindible para alcanzar tal objetivo y siempre que no signifique, en la práctica, conculcar el derecho a defensa.

Dado que la complejidad y características de cada caso pueden ser muy variadas, resulta difícil establecer un criterio temporal en abstracto respecto de la duración del secreto de las actuaciones de la investigación penal que resulta tolerable. Sin embargo, varios elementos deben ser analizados para evaluar la compatibilidad de esta medida con las normas de derecho internacional. Entre ellos, se encuentra el carácter absolutamente excepcional del secreto de las actuaciones y diligencias de investigación respecto del imputado y demás intervinientes del procedimiento. Esto constituye una importante limitación a los derechos de estas personas que, como tal, debe ser siempre interpretada de la manera más restrictiva posible y debe estar sujeta a control judicial. Asimismo, si en atención a las circunstancias del caso concreto, tal medida pudiera

⁸⁶ HORVITZ, M.I y LÓPEZ, J. *Derecho Procesal penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, Tomo II, p. 75-77.

⁸⁷ Corte EDH, Caso Cornelis vs. Países Bajos, Decisión de Admisibilidad, Application Number 994/03, 25 de mayo de 2004; Caso Rowe and Davis vs. Reino Unido, sentencia de 16 de febrero de 2000, para. 60; Caso Jasper vs. United Kingdom, supra nota 47, para. 51- 53.

⁸⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86. *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párrs. 28-34 y 37.

cumplir con las exigencias de legalidad, adecuación y estricta necesidad, deberán adoptarse los contrapesos necesarios para salvaguardar de todas formas el derecho a defensa acorde al principio de igualdad de armas. Para efectuar dicha evaluación es relevante también considerar la duración total del procedimiento y los plazos legales máximos establecidos para la investigación preparatoria y para el secreto de alguna de sus actuaciones. Adicionalmente, la detención y posterior prisión preventiva del imputado elevan aún más las exigencias de acceso a esa información, ya que su denegación obstaculiza el control de la legalidad de la detención e impiden cuestionar los fundamentos en base a lo cuales se decreta la prisión preventiva del imputado⁸⁹.

Teniendo lo anterior en consideración, la exorbitante ampliación del plazo para mantener en secreto las diligencias de investigación –de cuarenta días a seis meses– que contempla la Ley 18.314, es realmente preocupante. Las señales de alerta en torno a esta regulación derivan no sólo de lo extremadamente prolongada que se torna esta situación excepcional, sino además, del hecho que ella se inserta en procedimientos penales diseñados para ser expeditos, contradictorios, orales y públicos, cuya investigación (formalizada) no debiera extenderse por más de dos años⁹⁰. Asimismo, no puede perderse de vista que los procedimientos por conductas terroristas tienden a mantener a los imputados en prisión preventiva (por la seriedad del ilícito), lo que hace aún más objetable que, teniendo a imputado bajo esas circunstancias, se permita extender por seis meses el secreto de algunas piezas de la investigación.

El segundo punto a comentar respecto del artículo 21 dice relación con el agente estatal que dicta la orden de reserva. La procedencia de la reserva de diligencias, registros u otros documentos de la investigación debe ser determinada por una autoridad judicial, que evalúe el peligro aducido por el Ministerio Público, pondere los derechos e intereses en conflicto y monitoree la relevancia que tiene dicha información retenida para la defensa a lo largo del procedimiento. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si tal decisión es adoptada por el propio Ministerio Público y no por el juez, se contravienen las garantías del debido proceso⁹¹. El escrutinio judicial resulta esencial.

Asimismo, es preciso tener en cuenta que el secreto de determinadas partes de la investigación es de particular relevancia cuando el imputado en cuestión es privado de libertad. Ello se explica en razón de que el conocimiento de las actuaciones, antecedentes, registros u otras diligencias de investigación, es determinante para analizar si se verifican las condiciones de legalidad de su detención⁹². La revisión de tales elementos permite controlar si en ellos concurren o no los presupuestos que autorizan la detención.

⁸⁹ Corte EDH, Caso Becciev vs. Moldovia, sentencia de 4 de octubre de 2005, paras. 68-72.

⁹⁰ Artículo 247 del Código Procesal penal: *Plazo para declarar el cierre de la investigación. Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla. Si el fiscal no declarar cerrada la investigación en el plazo señalado, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre.*

⁹¹ Corte EDH, Caso Rowe and Davis vs. Reino Unido, *supra* nota 87, para. 63; Caso P.G and J.H. vs. Reino Unido, sentencia de 25 de septiembre de 2001, para. 72-73.

⁹² Corte EDH, Caso Lamy vs. Bélgica, sentencia de 30 de marzo de 1989, para. 29; Caso Nicolova vs. Bulgaria, sentencia de 25 de marzo de 1999, paras. 58-59.

Sólo en la medida que el abogado del imputado detenido tenga acceso a esa información, podrá impugnar la legalidad de su detención⁹³.

En este mismo sentido se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia internacional al señalar, por ejemplo, que *“La Corte reconoce la necesidad de que las investigaciones penales sean conducidas con eficiencia, lo cual puede implicar que parte de la información recabada durante ella sea mantenida en secreto, con el fin de evitar que los imputados puedan manipular la evidencia y perjudicar la acción de la justicia. Sin embargo, un fin legítimo como éste no puede alcanzarse a costa de sustanciales restricciones a los derechos de la defensa. Por lo tanto, aquella información que resulte esencial para evaluar la legalidad de la detención debe ponerse, de manera adecuada, a disposición del abogado del imputado”*⁹⁴.

La detención y posterior prisión preventiva del imputado durante la fase de investigación del procedimiento penal es un elemento de suma relevancia para efectos de analizar la procedencia y extensión del secreto de actuaciones y registros del Ministerio Público. En efecto, tal circunstancia reduce al mínimo las posibilidades de autorizar y mantener esa reserva, ya que dichas partes de la investigación pueden contener los antecedentes en los que se sustenta la legalidad de la detención o que fundan la decisión de decretar o prolongar una prisión preventiva. Esto ha llevado incluso a considerar que, si en un procedimiento se niega al imputado el conocimiento de esa información recabada por el Ministerio Público, el tribunal no podrá basar su decisión de ordenar o prolongar la prisión preventiva del imputado en dichos antecedentes⁹⁵.

La denegación de esta posibilidad al abogado del imputado importa, como se señaló anteriormente, una afectación a su derecho a contar con los medios o facilidades necesarias para preparar adecuadamente su defensa. En lo inmediato, esto incide directamente en sus posibilidades de cuestionar o impugnar su privación de libertad (la más grave forma de afectación de este derecho), pero con posterioridad, es muy posible que ello impacte también en la etapa de juicio y en la sentencia que adopte finalmente el tribunal. Como ya señalamos, es imprescindible que el acusado cuente con alguna oportunidad adecuada de cuestionar y controvertir las pruebas y argumentos de la acusación. Sin embargo, esto puede volverse impracticable con un secreto prolongado de antecedentes relevantes de la investigación, tales como aquellos que juegan un papel importante en la decisión que adopta del juez respecto de la prisión preventiva del imputado.

En un caso contra Alemania, la Corte Europea de Derechos Humanos adoptó este criterio a propósito de la detención, investigación y enjuiciamiento de un hombre acusado de tráfico de drogas⁹⁶. A su respecto se decretó el secreto de ciertas partes de la in-

⁹³ En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido que los Estados deben conducir con particular diligencia y efectividad los procedimientos penales en los que una persona se encuentre privada de libertad, dada la gravedad de la afectación en la situación jurídica de dicha persona. Ver caso Barreto Leiva vs. Venezuela, *supra* nota 85, párr. 29.

⁹⁴ Corte EDH, Caso García Alva vs. Alemania, sentencia de 13 de febrero de 2001, para. 42.

⁹⁵ Ver decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, decisión de 11 julio de 1994, (NJW 1994, 3219).

⁹⁶ Corte EDH, Caso García Alva vs. Alemania, *supra* nota 94.

investigación. Entre ellas, la declaración de un testigo que lo inculpaba, la cual fue tarjada. Estos antecedentes fueron considerados por el tribunal para mantenerlo en prisión preventiva. Desde el momento de su detención, la defensa solicitó el acceso a dicha información, lo cual le fue negado por alrededor de cinco meses. Diez meses después, el imputado fue condenado.

La Corte resolvió que Alemania había violado los derechos del imputado, considerando, entre otras cosas, que las decisiones adoptadas por el tribunal alemán fueron basadas en gran medida en los antecedentes de la investigación y, especialmente, en aquellas partes que estuvieron bajo secreto⁹⁷; que el imputado casi no había tenido posibilidad de cuestionar el relato de los hechos presentado por el Ministerio Público y adoptado por el tribunal, en vista que no había tenido conocimiento de la evidencia en la que se fundaba; que la exigencia de proporcionar al imputado una oportunidad adecuada y suficiente de conocer las declaraciones u otras piezas de la investigación debía cumplirse con prescindencia de si el imputado en cuestión podía explicar la relevancia de aquellas para su defensa⁹⁸ y que la falta de acceso a esa información había impedido el debido control de la legalidad de su detención⁹⁹.

Eliminar en una etapa del proceso criminal la posibilidad de la defensa y el inculpado de conocer toda la evidencia que está siendo recogida por el Ministerio Público constituye, por lo tanto, una afectación grave del principio básico del debido proceso, la igualdad de armas. Esta afectación constituirá una violación del derecho internacional, a menos que se tomen todas las salvaguardas necesarias para proteger al inculpado a través de actuaciones específicas del tribunal. Lo esencial de estas salvaguardas ha llevado al Estatuto de la Corte Penal Internacional – que regula los procedimientos de un tribunal internacional que examina y decide sobre casos de una gravedad extrema, gravedad tanto desde el punto de vista de la cantidad de actos delictivos como de las consecuencias pavorosas que ellos generan – a no permitir que la prueba de carácter confidencial que reúna el Fiscal, sea usada como base de su acusación, sino que sólo autoriza esta prueba para los efectos de que se utilice “únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas”¹⁰⁰. En otras palabras, la Corte, cuando acepta limitaciones excepcionales al derecho del imputado, lo hace sólo para facilitar el desarrollo de la investigación y permitir recoger otras pruebas que sí deberán ser puestas en conocimiento de esa defensa de acuerdo a las normas generales.

Por último, no hay que olvidar que una tesis que se sostiene en Chile por el Ministerio Público es la de la escasa importancia del anonimato de los testigos, ya que lo que interesa a la defensa para su labor es el contenido de las declaraciones y no la identificación de los testigos anónimos: “*el material probatorio relevante será el contenido de la declaración, por los principios de contradicción y adversarialidad que funda el proceso penal*”.¹⁰¹ Como puede advertirse, el argumento se invoca para fundar la legitimidad

⁹⁷ Idem, paras. 41 y 43.

⁹⁸ Idem, para. 41.

⁹⁹ Idem, paras. 39 y 43.

¹⁰⁰ Estatuto de Roma, artículo 54.3.e).

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, el escrito de apelación del fiscal adjunto jefe de la Fiscalía Local de Talcahuano, en la causa RUC no. 0800932994-4, RIT N° 1144-2008, apartado 1.10.

del anonimato. Esto implica que aun en una posición poco garantista, la Fiscalía está dispuesta a conceder la develación de las pruebas el carácter esencial que el contenido de las declaraciones de testigos tiene para el cumplimiento de un debido proceso.

2.3. La privación de libertad y las garantías judiciales bajo el procedimiento establecido en la Ley 18.314

A) El derecho del detenido a ser llevado sin demora ante el juez, las garantías del imputado y la extensión del plazo para el control judicial dispuesta por la Ley 18.314

Si bien las obligaciones internacionales del Estado en materia de libertad personal no son objeto de este informe, es pertinente y necesario prestar atención a la regulación excepcional que estatuye la Ley 18.314 respecto del tiempo que un imputado puede permanecer detenido sin control judicial. Una de las principales fuentes de afectación del derecho a la libertad de los individuos es el proceso penal. De hecho, aunque los tratados internacionales sobre derechos humanos protegen a las personas de toda forma de privación ilegal o arbitraria de la libertad, sea cual sea su origen, dichos instrumentos regulan con mayor detalle aquellas detenciones o arrestos que se realizan por agentes estatales en el marco de un posible proceso penal.

El artículo 7.5 de la Convención Americana reconoce el derecho de toda persona “*detenida o retenida*” a “*ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*”. De forma similar lo consagran también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea sobre Derechos Humanos¹⁰². El sentido de estas disposiciones es garantizar a la persona que ha sido privada de libertad la existencia de un procedimiento de naturaleza judicial destinado a resguardar que su detención no ha sido ilegal ni arbitraria, lo cual a su vez permite proteger al detenido de eventuales ataques a su integridad física y psíquica. Existe, pues, un verdadero “debido proceso” especial para la privación de libertad que no puede ignorarse al hablar de este derecho humano en los tratados internacionales.

El artículo 11 de la Ley que sanciona las conductas terroristas, dispone que “*Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación*”.

Esta regulación especial introduce una excepción al límite máximo que establece el Código Procesal Penal chileno en esta materia. De acuerdo al artículo 131 inc. 1° la persona detenida por orden judicial debe ser necesariamente llevada ante una autoridad judicial dentro de las 24 horas siguientes al momento de ser aprehendida¹⁰³. El artículo 19 N° 7 de la Constitución dispone también que dicho plazo podrá ampliarse

¹⁰² Artículo 5.3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos: *Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1. c., del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.*

¹⁰³ Cabe precisar que aún cuando aquella es, sin duda, la regla general, el artículo 19 N° 7 aún contempla un plazo de 48 horas. Sin embargo, se ha entendido que la operatividad de esta norma se encuentra acotada a la posibilidad

hasta por 10 días en los casos en que se investigue la comisión de un delito terrorista. Sin perjuicio de lo anterior, el propósito de esta regla general, común a varios países que establecen 24 o 48 horas como tiempo máximo, es precisamente, reglamentar la garantía del control judicial de la detención, reconocida en el derecho internacional de derechos humanos.

Las normas del “debido proceso” de la privación de libertad deben ser necesariamente generales y no diferentes para ciertas categorías de personas o de casos. Estas normas, además, no admiten restricción ni suspensión como otras normas de derechos humanos¹⁰⁴. En consecuencia, el plazo de presentación de un detenido debe ajustarse a la norma general y es preciso evaluar la compatibilidad entre este plazo excepcional de 10 días de privación de libertad sin control judicial y la exigencia de que la persona detenida sea llevada “sin demora”¹⁰⁵ ante un juez u otra autoridad que cumpla con las garantías del “juez natural”¹⁰⁶. Evidentemente, esta exigencia no debe entenderse de manera literal, al punto de requerir que el detenido sea presentado en forma totalmente inmediata, ya que ello puede llegar a ser materialmente imposible. Como todas las exigencias de plazo para que los agentes estatales realicen actividades dentro del debido proceso, lo que corresponde es apreciar el transcurso del plazo casuísticamente, teniendo en consideración las circunstancias del mismo y teniendo en cuenta que este derecho requiere que las autoridades estatales adopten las provisiones necesarias para que el detenido sea presentado y oído tan pronto como sea posible. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el estándar de que la demora tolerable es “aquella necesaria para preparar el traslado”¹⁰⁷. Es decir, dicho tiempo debe ser sólo el que haga falta para conducir al detenido ante el juez, para terminar rápidamente con su custodia o retención policial y determinar, por decisión de la autoridad judicial, si corresponde su liberación (sea o no bajo medidas cautelares no privativas de libertad) o bien, su prisión preventiva. La detención previa al control judicial, como lo dice también allí la Comisión, no tiene naturaleza de medida cautelar y en consecuencia su duración debe ser brevísima.

Sin perjuicio de que el tiempo aceptable para conducir al detenido ante el juez u otra autoridad con funciones judiciales, deberá determinarse en cada caso particular y en atención a las características particulares que éste presente¹⁰⁸, la interpretación de la

excepcional de que la detención sea ordenada por otro funcionario distinto del juez. Ver en este sentido, HORVITZ. M.I. y LÓPEZ. J. *supra* nota 82, pp. 385-386.

¹⁰⁴ Respecto a la suspensión de derechos que autoriza la Convención Americana, ver artículo 27 CADH.

¹⁰⁵ El texto en inglés de los tratados sobre derechos humanos utilizan la expresión “promptly”, mientras que la versión en francés utiliza el término “aussitôt”.

¹⁰⁶ El derecho en cuestión requiere que el funcionario ante el cual se conduce al detenido ofrezca suficientes garantías de independencia e imparcialidad. En este sentido, ver Corte IDH, Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, párrs. 75-76.

¹⁰⁷ Corte IDH, Caso Catillo Pretuzzi vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 105. a), citando a la Comisión.

¹⁰⁸ Aún bajo este entendido, la Corte Europea sostuvo, en el caso De Jong, Baljet y Van den Brink, que las detenciones sin control judicial durante siete, once y seis días, respectivamente, contravenían la exigencia de conducir sin demora (“promptly”) al detenido ante un juez o autoridad equivalente. Caso De Jong, Baljet y Van den Brink, sentencia de 22 de mayo de 1984.

expresión “sin demora” debe ser especialmente estricta. En razón de ello, la jurisprudencia internacional ha considerado que, a pesar de la complejidad y dificultades inherentes a la investigación de actos terroristas, la latitud con que cuentan las autoridades para aplicar e interpretar la obligación de llevar al detenido “sin demora” ante el juez, es extremadamente limitada¹⁰⁹. Tanto es así, que hasta un lapso de 4 días de detención sin dicho control, aún en el marco de la investigación de delitos terroristas, ha sido considerado excesivo y violatorio de la garantía en análisis¹¹⁰. Estos precedentes han establecido, además, que el hecho incuestionable de que la detención del imputado se encuentre fundada en el legítimo objetivo de proteger a toda la comunidad frente al terrorismo, no constituye justificación suficiente ni exime de asegurar con estricto rigor que el control judicial se produzca “sin demora”.

La Corte ha establecido, en su Opinión Consultiva N.º 9, que el debido proceso no puede suspenderse ni siquiera en situaciones de emergencia, porque aun la emergencia debe respetar el principio democrático y, por lo tanto, todas las garantías judiciales – que incluyen las normas de sometimiento a la autoridad judicial de la supervisión de la legalidad y no arbitrariedad de la detención – deben mantenerse incólumes en toda situación¹¹¹. En este sentido, la Corte Interamericana ha estimado que una detención sin intervención judicial durante 15 días, adoptada bajo un estado de emergencia constitucional, excede de lo estrictamente necesario y contraviene el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana. En este caso, el Estado peruano había aplicado a la víctima la Ley de Emergencia de Perú que permitía que las personas presuntamente implicadas en delitos de “traición a la patria” fueran mantenidas en detención hasta por 15 días, sin control judicial¹¹².

A la luz de estas consideraciones, la ampliación de la detención sin control judicial de un imputado presuntamente implicado en la comisión de un delito terrorista a 10 días, conforme la Ley 18.314, no se ajusta, *prima facie*, a los estándares internacionales en la materia. De su análisis no se desprende la estricta necesidad de permitir un periodo tan prolongado en comparación con la experiencia internacional en la lucha contra el terrorismo, ni se entiende porqué tal espacio de tiempo podría ser imprescindible para el solo efecto de conducir al detenido ante la autoridad judicial.

B) La prisión preventiva y la afectación de la presunción de inocencia en el marco de la Ley 18.314

En adición a lo recién planteado, existe otro aspecto del derecho a la libertad personal que se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a un debido proceso y que podría encontrarse también comprometido por los procedimientos substanciados bajo

¹⁰⁹ Corte EDH, Caso Brogan vs. Reino Unido, sentencia de 29 de noviembre de 1988, para. 62.

¹¹⁰ *Ibidem*. Ver también Corte EDH, Caso O'Hara vs. Reino Unido, sentencia de 16 de octubre de 2001, para. 46.

¹¹¹ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de enero de 1987 y Opinión Consultiva OC-9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 6 de octubre de 1987.

¹¹² Caso citado y explicado en MEDINA, C., *supra* nota 22, pp. 232-233. Hay que tener presente que en este caso, de la misma manera que en el caso de la legislación chilena, la Ley peruana no se aplicaba en “una situación de emergencia” decretada formalmente de acuerdo a las normas del artículo 27 de la Convención Americana.

Ley 18.314: la prisión preventiva. La forma en que ésta se regula y aplica por parte de las autoridades nacionales tiene directas consecuencias en el respeto y garantía de la presunción de inocencia.

La prisión preventiva es una medida cautelar de última ratio –por ser la más severa que se puede aplicar al imputado de un delito– que encuentra entre sus límites el respeto a la presunción de inocencia de todas las personas¹¹³. Este límite puede traspasarse, por una parte, si es que la medida cautelar en cuestión se dispone sin verificar y fundamentar adecuadamente la concurrencia de las condiciones que autorizan su adopción. De acuerdo a la Convención Americana, la prisión preventiva sólo puede encaminarse a la salvaguarda de fines procesales. Concretamente, sólo tiene cabida si es que existen indicios razonables de que la persona ha participado en el delito que se le imputa y si su prisión preventiva resulta indispensable para evitar que obstaculice el desarrollo de las investigaciones o eluda la acción de la justicia¹¹⁴.

Ha habido una tendencia en las legislaciones de esta región a agregar como una causal para justificar la detención la peligrosidad del detenido; ha habido también otra tendencia a tomar en consideración, para la determinación de la razonabilidad del plazo de detención preventiva, la gravedad de la pena a la que estaría condenada la personas si se declarara a firme su condena. Ninguna de estas dos posibilidades se ajusta a la Convención Americana.

Con respecto a lo primero, cabe hacer presente que la prisión preventiva tiene como objetivo solamente permitir o no obstaculizar la acción de la justicia. No está establecida para alejar temporalmente a una persona de la sociedad, tanto porque toda persona debe ser *tratada* como inocente hasta que sea condenada, como porque una decisión de ese tipo hace referencia a las características psico-sociales de una persona. Consecuentemente, esto requiere no de una mera apreciación del juez sino que de la intervención de profesionales especializados en esas áreas y la decisión que se adopte no puede llevar a que la persona en cuestión permanezca en una prisión, sino que en una institución que pueda efectivamente hacerse cargo del problema.

En cuanto a lo segundo, ni siquiera es necesario hacer presente las innumerables posibilidades de arbitrariedad extrema de tomar en consideración esta circunstancia. Todo abogado o abogada conoce más de un caso en que la pena ha sido menor que el tiempo que el condenado ha estado detenido preventivamente y la tendencia a decidir el monto de la pena teniendo primero en cuenta cuánto tiempo ha estado ya la persona en prisión. Basta con observar que si se toma en consideración la pena a la que podría ser condenada una persona, se la estaría ya tratando como “presuntamente culpable” y no como “presuntamente inocente”. Bovino señala que *“según la percepción generalizada del principio de proporcionalidad, el principio de inocencia*

¹¹³ Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, párr. 106; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 74; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, *supra* nota 26, párr. 197; Caso López Álvarez vs. Honduras, *supra* nota 26, párr. 67; Caso Bayarri vs. Argentina, *supra* nota 26, párr. 69.

¹¹⁴ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, *supra* nota 26, párr. 198; Caso Servellón García y otros vs. Honduras, *supra* nota 27, párr. 90; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, *supra* nota 113, párr. 111; Caso Chaparro Álvarez y vs. Ecuador, sentencia de 21 de septiembre de 2007, párr. 93 y 101.

*sólo sirve para impedir que el procesado sea tratado peor que el culpable. Sin embargo, ése no es, ni puede ser, su sentido*¹¹⁵.

La Comisión Interamericana también ha señalado que *“debido a que ambos argumentos [el de la seriedad de la infracción y el de severidad de la pena] se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad”*¹¹⁶. A su vez, *“la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena”*¹¹⁷.

Sin ánimo de profundizar aquí en todos los alcances de la prisión preventiva ni en el tratamiento que ésta recibe en Chile, es conveniente llamar la atención sobre algunos riesgos que pueden verse incrementados en la substanciación de los procedimientos seguidos bajo la Ley 18.314.

De acuerdo al Código Procesal Penal, la prisión preventiva procede en aquellos casos en que se acrediten ciertos requisitos específicos, señalados en el artículo 140 del mismo cuerpo legal. Estos últimos tienen como presupuesto mínimo la existencia de indicios suficientes sobre la ocurrencia del delito y sobre la participación del imputado. Sumado a estas circunstancias, el Fiscal o el querellante deberán acreditar que la prisión preventiva del imputado es indispensable para evitar la concreción de al menos uno de tres riesgos: la obstaculización de diligencias de investigación, el peligro de fuga y el peligro para la seguridad de la sociedad. Como es de observar, sólo las dos primeras se condicen con los riesgos procesales tradicionalmente aceptados por el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos para la procedencia excepcional de la prisión preventiva.

Sin perjuicio de lo anterior, la relevancia de que la prisión preventiva pueda decretarse en virtud que el imputado, supuestamente, representa un peligro para la sociedad, radica en los factores que el legislador indica al juez que tenga en cuenta para estos efectos. Señala que *“el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito [...]”*. Tras mencionar otras tres circunstancias, agrega que *“se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra [...]”*¹¹⁸.

¹¹⁵ En este sentido, Bovino ha recalcado que el principio de proporcionalidad en el que se expresa la presunción de inocencia no puede consistir en asegurar una equivalencia con la pena. Señala que *“según la percepción generalizada del principio de proporcionalidad, el principio de inocencia sólo sirve para impedir que el procesado sea tratado peor que el culpable. Sin embargo, ése no es, ni puede ser, su sentido”*. Ver BOVINO, A, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 45-48.

¹¹⁶ CIDH, Informe N° 12/96, Argentina, Caso 11.245, 1° de marzo de 1996, párr. 86.

¹¹⁷ Idem, párr. 87.

¹¹⁸ Artículo 140 del Código Procesal Penal, reformado por la Ley 20.253 de 14 de marzo de 2008.

Esto implica que, tratándose de las personas que sean imputadas por conductas terroristas, la prisión preventiva podrá convertirse, fácilmente, en la regla general, de modo que los imputados por estos delitos tienen altas probabilidades de esperar los resultados del juicio privados de libertad. Esto es consecuencia directa de las altas penalidades con que se sancionan las conductas terroristas y de la significativa prioridad que el legislador (y consecuentemente, el juez) otorga a la severidad de la pena asignada al delito imputado y a la seriedad de este último, a la hora de evaluar la imposición de la medida cautelar en comento. La preeminencia de aquel elemento, por cierto, ha sido reforzada por la suerte de presunción legal que introdujo la reforma legislativa de 2008, al establecer que *“se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra”*.

La utilización preferente de la prisión preventiva en estos delitos se ve reforzada por el propio texto de la Ley 18.314 que, tratándose de las medidas cautelares personales, sólo se refiere a la prisión preventiva y a un conjunto de medidas adicionales a la misma¹¹⁹.

Siendo éste un primer aspecto preocupante, el siguiente es, justamente, lo que ocurre con la prolongación de la prisión preventiva. Como se explicó anteriormente, existe un claro riesgo de que los imputados por estos delitos pasen la mayor parte del procedimiento privados de libertad, pudiendo vulnerarse su presunción de inocencia si aquella condición se prolonga, efectivamente, más allá del tiempo razonable o estrictamente necesario. Como es de suponer, deberá observarse lo que ocurre en cada caso concreto para determinar si se produce la materialización de esta infracción a los derechos del imputado.

3. Examen de la aplicación de la Ley 18.314 a miembros del pueblo mapuche: algunos aspectos problemáticos desde la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos

3.1. Consideraciones generales

En el acápite anterior, se determinó que la Ley 18.314 adolece de importantes falencias desde el punto de vista del derecho internacional de derechos humanos, principalmente, en relación a las exigencias derivadas del derecho al debido proceso y sus implicancias en materia de libertad personal. Sin duda, estas deficiencias se traducen en serios perjuicios para los derechos fundamentales de cualquier acusado que sea

¹¹⁹ El artículo 14 de la Ley 18.314 dispone que: En los casos del artículo 1º de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:

- 1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.
- 2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.
- 3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.

sometido a un procedimiento de persecución penal bajo dicha legislación. No obstante ello, es de público conocimiento que, en los últimos años, dicha persecución ha recaído fundamentalmente en personas pertenecientes a la comunidad indígena mapuche, en el marco de un contexto de protesta social creciente por demandas irresueltas de “tierras ancestrales”.

Esta situación, además de representar el mayor foco de “combate al terrorismo” por parte del Estado de Chile en el último tiempo, presenta varias particularidades que hacen necesario su examen. Asimismo, a través de éste será posible constatar cómo efectivamente la aplicación de esta ley conlleva la materialización de algunos de los peligros observados en el acápite anterior y la subsecuente vulneración de derechos.

Previo a adentrarnos en esto, es conveniente aclarar qué sentido puede tener referirse a la aplicación que recibe esta legislación, habiéndose ya advertido que ésta puede considerarse incompatible con los estándares internacionales en materia de derechos humanos. El análisis sobre el uso práctico de esta ley es relevante en la medida que los jueces y demás profesionales que intervienen en la administración de justicia tienen el deber de desempeñar su labor conforme a las normas internacionales que vinculan al Estado chileno, aún si el marco legal vigente apunta en otra dirección. Esto se deriva del hecho que los tratados internacionales sobre derechos humanos comprometen la actuación de todas las autoridades y poderes del Estado.

La Corte Interamericana ha sido enfática a este respecto: *“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico¹²⁰. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹²¹.*

Un primer aspecto preocupante de la aplicación que ha recibido la Ley 18.314 dice relación con su impacto claro e identificable en un sector específico de la sociedad. En efecto, como se enunció precedentemente, en los últimos años la persecución penal por conductas terroristas ha recaído principalmente sobre miembros del pueblo mapuche. Tanto la comunidad nacional como internacional han reconocido que el contexto que ha dado origen a estos procedimientos corresponde a un complejo proceso de legítimas reclamaciones territoriales de larga data, por parte de dichas comunidades

¹²⁰ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173, y Caso Radilla Pacheco, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339.

¹²¹ *Ibidem*, Caso Almonacid Arellano, párr. 124; Caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78, y Caso Radilla Pacheco, párr. 339.

indígenas. En algunos casos, las reivindicaciones de estos últimos han comprendido acciones violentas, a través de incendios a bienes muebles e inmuebles de propiedad de los actuales dueños de las tierras reclamadas. Algunas de estas acciones han sido perseguidas y sancionadas mediante la aplicación de la Ley 18.314.

Ciertamente, la calificación terrorista de los ataques a la propiedad perpetrados por comuneros mapuche, ha sido posible porque así lo permite la Ley 18.314, siendo éste un primer gran problema. Genera dudas la tipificación como conducta terrorista – una de las formas más severamente castigadas en el derecho penal por los efectos devastadores que dichas conductas pueden causar– de comportamientos respecto de los cuales realmente se discute si podrían ser calificados como terrorismo. La tipicidad de esta normativa presenta también serias dudas de compatibilidad con los artículos 9 de la Convención Americana y 15 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la ambigüedad de la descripción. Si bien este informe no pretende desarrollar este punto, es conveniente y necesario tenerlo en cuenta para efectos de comprender la imperiosa necesidad de ser absolutamente rigurosos con los resguardos procesales destinados a disminuir los riesgos de arbitrariedad que pueden producirse a raíz de estas dos circunstancias.

La aplicación recurrente o preferente de esta ley sobre miembros de las comunidades mapuche no puede tampoco ser indiferente desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. No debe olvidarse que, en el pasado, la ley en comento fue aplicada, principalmente, respecto de un segmento específico de la población, para la represión de quienes formaban parte de grupos de oposición política¹²². Ello fue también posible por la ambigüedad del tipo penal de las conductas definidas como terroristas.

El uso de legislación penal de emergencia o de extrema gravedad –asociado normalmente a procedimientos excepcionales que amplían las facultades de persecución e investigación, en desmedro de las garantías del imputado– para efectos de reprimir o disuadir las acciones violentas y no violentas de un determinado grupo, no es algo exclusivo de la historia de Chile ni es novedoso en Latinoamérica¹²³. Por lo mismo, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos suelen observar con preocupa-

¹²² Las reformas de enero de 1991 introducidas a esta ley bajo el gobierno del ex Presidente Aylwin buscaron, precisamente, eliminar el tinte político con que había sido dictada y utilizada la Ley 18.314 durante la dictadura militar. En el preámbulo del proyecto de ley presentado en 1991 se define el terrorismo como “atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas por medios que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o a toda la población”. Al respecto puede verse “Historia de la Ley N° 19.027, Biblioteca del Congreso Nacional [1997]”. Ver también, YAÑEZ. N y AYLWIN. J, *El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el “nuevo trato”*, LOM ediciones, Santiago, 2007, pp. 22 y 70. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos indicó al Estado de Chile que “debería adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que los individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos”. CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 7.

¹²³ Ver, por ejemplo, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, *supra* nota 106, párrs. 63 y 111-158; Caso García Asto y Ramírez vs. Perú, *supra* nota 28; Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997; Caso del Penal Miguel Castro castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrs. 197.5, 197.8-197.9 y 201-202.

ción las políticas criminales que, facilitadas por definiciones amplias o vagas de terrorismo, tienden a recaer sobre determinados colectivos o sectores de la población¹²⁴.

La utilización selectiva de las expresiones más severas del *jus puniendi* ponen en entredicho el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, así como el principio de responsabilidad penal individual, cuestión que ha sido especialmente recalcada por los órganos de protección internacional a propósito de las medidas estatales de combate al terrorismo. En casos no similares, pero sí comparables en cuanto a su *ratio decidendi*, la Corte Interamericana ha señalado que cuando se persigue y detiene en forma colectiva a ciertos grupos, sin una adecuada individualización de las conductas punibles, se infringe tanto la presunción de inocencia de estas personas como la prohibición de discriminación¹²⁵.

Por ejemplo, en países como India, es posible apreciar que una serie de leyes contra el terrorismo fueron dictadas de cara a un contexto de mayor conflictividad social y política en ciertos sectores del país y que tales leyes fueron diseñadas con una gran amplitud en la definición de las conductas punibles. El uso de esta legislación muestra que algunos Estados como Jharkhand, utilizaban frecuentemente esta normativa, a pesar de que los incidentes “terroristas” en esa zona eran considerablemente más aislados que los que se registraban en otras localidades, como Jammu, Cachemira o Punjab. Las estadísticas muestran, además, que estas “leyes antiterroristas” fueron aplicadas en forma discriminatoria contra *Dalits*, miembros de las castas bajas, comunidades tribales y minorías religiosas¹²⁶. En el ámbito del Sistema Interamericano, los casos sobre procesos penales por “terrorismo” y “traición a la patria” en Perú¹²⁷, así como los relativos a detenciones colectivas y programadas en otros países de la región, arrojan también algunas luces sobre esta problemática.

¹²⁴ En este sentido, se ha manifestado que : “A common complaint was that counter-terrorism laws have in the past been abused for political reasons, or have been extended to apply beyond the original stated purpose of combating terrorism. The problematic elements of such legislation usually include – vaguely defined offences, wide discretionary powers to law-enforcement agencies, and a reduction of safeguards, such as access to lawyers and/or diminished judicial oversight. Some offences need to be newly regulated by law, but if such laws are not narrowly drawn, they can become a tool for repression”. Comisión Internacional de Juristas, Reporte del Panel de Juristas Eminentes sobre Terrorismo, *supra* nota 52, p. 37.

¹²⁵ La Corte se ha pronunciado en este sentido en los casos Bulacio vs. Argentina, *supra* nota 27, párr. 137, y caso Servellón García vs. Honduras, *supra* nota 27, párrs. 93-96. En este último, la Corte sostuvo que “Las detenciones programadas y colectivas, las que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna”.

¹²⁶ Comisión Internacional de Juristas, Reporte del Panel de Juristas Eminentes sobre Terrorismo, Combate al Terrorismo y Derechos Humanos, *supra* nota 52, p. 37.

¹²⁷ Algunas sentencias dictadas por la Corte Interamericana contra Perú muestra las graves violaciones a las garantías judiciales de los imputados por delitos de Terrorismo y Traición a la Patria, derivadas de los procedimientos excepcionales regulados en dichas legislaciones. Ver en este sentido, Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Lori Brenson Mejía vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrs. 165-209; Caso García Asto y Ramírez vs. Perú, *supra* nota 28, párrs. 150-175.

De acuerdo al derecho internacional de derechos humanos, la discriminación puede manifestarse no sólo en forma directa, sino también a través de los efectos prácticos derivados de la aplicación de determinadas medidas o leyes aparentemente neutrales, cuando ellas impactan de manera desproporcionada y perjudicialmente sobre un determinado grupo de personas¹²⁸. Este peligro también puede producirse en el ámbito de la persecución penal, lo cual puede conducir a una estigmatización de ciertos sectores y a una merma importante en el goce de sus derechos. Esto ha sido objeto de preocupación del propio Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, que ha llamado la atención de los Estados respecto de *“los efectos discriminatorios indirectos que pueden tener ciertas legislaciones nacionales, particularmente las leyes relativas al terrorismo, la inmigración, la nacionalidad, las penas que prevén la prohibición de entrada o la expulsión del territorio nacional contra no nacionales [entre otras]”*¹²⁹ y en vista de ello, ha dispuesto que *“Los Estados deberían tratar de eliminar los efectos discriminatorios de esas leyes y respetar en todo caso el principio de proporcionalidad en su aplicación con respecto a las personas pertenecientes a los grupos contemplados en el último párrafo del preámbulo”*¹³⁰.

Parte importante de los efectos discriminatorios y de los riesgos de estigmatización aquí mencionados, pueden advertirse en la aplicación de la Ley 18.314 respecto de las personas pertenecientes a comunidades mapuche. La tendencia a utilizar esta ley para sancionar los ilícitos cometidos por aquellas en el marco de un movimiento colectivo de reivindicación de tierras ancestrales, presenta a dichas comunidades como las principales fuentes de acciones terroristas. Tal situación tiene directas consecuencias en el goce de los derechos de estas personas, no sólo porque quienes efectivamente enfrentan un proceso penal fundado en la Ley 18.314 ven disminuidas sus garantías fundamentales y son expuestos al cumplimiento de condenas extremadamente severas, sino también por el menoscabo inherente a la estigmatización.

El hecho de que dichas consecuencias impacten mayoritariamente en una parte específica de la población, como son las comunidades mapuche, revela que existe un problema tanto en la ley como en su aplicación. Esta situación no se condice con la normativa internacional en materia de derechos humanos, menos aún cuando dicho

¹²⁸ ONU, ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos. *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio Fundamental de la No Discriminación en el marco de la Globalización*, párr. 12; Comité de Derechos Humanos, *Derksen v. Países Bajos*, CCPR/C/80/D/976/2001, párr. 9.3; *Pohl, Pohl, Mayer y Wallman v. Austria*, CCPR/C/81/D/1160/2003, párrafo 9.3-9.4; CHOUHURY, T: “Interpreting the right to equality under article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, en *European Human Rights Law Review*, Vol. 8 (2003), p. 36.

¹²⁹ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, punto 2 “Indicadores Legislativos”, letra b).

¹³⁰ 130 *Idem*. Los grupos contemplados en el último párrafo del preámbulo de la antedicha Recomendación General N° XXXI son *“las personas pertenecientes a grupos raciales o étnicos, en particular los no ciudadanos (incluidos los inmigrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas), los romaníes/gitanos, los pueblos autóctonos, las poblaciones desplazadas, las personas discriminadas a causa de su ascendencia, así como los demás grupos vulnerables especialmente expuestos a la exclusión, marginación y la falta de integración en la sociedad, y prestando especial atención a la situación de las mujeres y los niños de los grupos mencionados que podrían ser objeto de una doble discriminación por su raza y su sexo o su edad”*.

sector de la población se caracteriza por encontrarse en graves condiciones de vulnerabilidad. Diversos mecanismos de protección internacional de Derechos Humanos¹³¹ han alertado al Estado chileno a este respecto.

Es preciso tener en consideración que los tratados internacionales de los que Chile es parte obligan al Estado a respetar y garantizar el goce de los derechos humanos sin discriminación. Para cumplir este deber se requiere, en general, emprender las acciones que sean necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercer y gozar estos derechos, tarea que corresponderá a los órganos ejecutivo, legislativo o judicial. Si se parte del hecho de la existencia de una obligación de garantizar el goce de los derechos humanos a todos y todas, sin discriminación, diversas acciones se hacen imperativas.

Para llevar a cabo estas acciones se debe determinar, en primer lugar, el alcance y contenido de los derechos humanos que deben protegerse. Sobre esta materia existen claras normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹³². Ellas prescriben que las disposiciones de los tratados deben interpretarse de buena fe, atendiendo al sentido ordinario de los términos, considerando el contexto y su objeto y propósito. Como el objeto y propósito de los tratados sobre derechos humanos es la protección sin discriminación de estos derechos que pertenecen a todos los seres humanos, es preciso que los Estados atiendan a las diversas condiciones en que ellos pueden encontrarse. Cuando los titulares de los derechos son miembros de una comunidad indígena, el sistema interamericano –así como otros sistemas de protección internacional– han puesto de relieve la necesidad de dar una especial preponderancia al deber de hacer una interpretación diferenciada y específica de sus derechos, especialmente, de los derechos a la vida, a la participación política, a la autodeterminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad y no discriminación, al acceso a la justicia y a la propiedad de las comunidades indígenas, puesto que muchos de estos derechos se gozan esencialmente a través de una vida colectiva, lo que da a los derechos una dimensión también colectiva que no es posible desconocer. La Corte Interamericana ha sostenido reiteradamente respecto de los derechos de los miembros de comunidades indígenas que *“es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades*

¹³¹ Ver, entre otros, Informe del Relator Especial sobre *la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión. Misión a Chile, 17 de noviembre de 2003. En este informe, el Relator concluye que *“esta combinación entre nuevo procedimiento penal, ley antiterrorista y fuero militar, establece una condición de vulnerabilidad del derecho al debido proceso, que afecta de manera selectiva a un grupo claramente identificado de dirigentes mapuche. Esto resulta preocupante, independientemente de la gravedad de los hechos en que hubieren estado involucrados”* y recomienda a Chile, en materia de administración de justicia, que *“Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas”*. *“No deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos (‘amenaza terrorista’, ‘asociación delictuosa’) a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas”*; Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009.

¹³² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, ver parte III.

propias, sus características económicas y sociales, [...] su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres"¹³³.

La Corte Interamericana ha reconocido este modo de interpretar los derechos humanos en relación al derecho de propiedad, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, en la primera sentencia sobre el derecho a las tierras de los indígenas, en el caso de la Comunidad Myagna (SUMO) Awas Tingni vs. Nicaragua¹³⁴. Este fallo es relevante porque constituye el comienzo del precedente conforme al cual se han dictado todas las sentencias que la Corte ha pronunciado sobre el tema¹³⁵. Allí la Corte utilizó el elemento histórico proveniente de lo que en derecho interno se suele denominar "la historia de la ley", citando los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde consta que "se reemplazó la frase "[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su *uso y goce* al interés público" por la de "[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social"¹³⁶. La Corte sostuvo que este cambio recogía la noción de que la Convención no protege solamente el concepto tradicional de propiedad privada individual, sino que uno más amplio. Utilizando otros diversos argumentos, la Corte llega a la conclusión de que "el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal...". El principal objetivo de este concepto amplio de propiedad era interpretar el derecho de modo que protegiera la relación que los indígenas tienen – y a esto no está ajeno el pueblo mapuche – con la tierra, que es diferente de la de los miembros de pueblos no indígenas. En la sentencia más reciente sobre este punto, la Corte hizo un recuento de las obligaciones del Estado que derivaban del derecho del artículo 21 de la Convención, afirmando que: "1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión

¹³³ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 63; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 178, y Caso Tiu Tojin vs. Guatemala, sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 96.

¹³⁴ Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001.

¹³⁵ Ver Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, *supra* nota 133; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *supra* nota 133; Caso de la Comunidad Mowiana vs. Surinam, sentencia de 15 de junio de 2005; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010.

¹³⁶ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, *supra* nota 134 párr. 145.

y calidad”¹³⁷. Evidentemente, la ley nacional que regule el derecho de propiedad – y las normas y prácticas que se deriven de ella– deben reflejar el deber estatal de proteger la propiedad indígena, so pena de violar el derecho internacional.

Este modo de dar contenido y alcance al derecho de propiedad debe aplicarse respecto de todos los otros derechos humanos: en los casos que afecten a los miembros de las comunidades indígenas la interpretación debe incorporar la perspectiva indígena¹³⁸. Por otra parte, el derecho de propiedad indígena tiene una importancia gravitante para la satisfacción de los restantes derechos de las comunidades indígenas, dado que el nexo con sus tierras ancestrales compromete su supervivencia física y cultural¹³⁹.

El otro aspecto que debe ser considerado para el cumplimiento de la obligación de garantizar el goce de los derechos humanos sin discriminación se refiere a las necesidades adicionales que tienen algunos grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, lo que hace necesario formas específicas de garantía. De acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana, *“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos [...] No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”*¹⁴⁰. Es claro que los pueblos indígenas, incluyendo al pueblo mapuche, han estado históricamente en esa situación de desventaja, que ha traído como consecuencia una profunda discriminación que debe ser combatida con medidas positivas¹⁴¹.

¹³⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, párr. 109, recordando su jurisprudencia previa en materia indígena.

¹³⁸ Una sentencia de la Corte que muestra con claridad esto es la dictada en el Caso Yatama vs. Nicaragua, donde se objetó la organización del sistema electoral de Nicaragua que dejaba fuera de la participación política a un grupo indígena. Ver Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.

¹³⁹ En este sentido, la Corte Interamericana ha afirmado en reiteradas sentencias que “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Ver Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tzuc vs. Nicaragua, *supra* nota 134, párr. 149; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, *supra* nota 135, párr. 118; Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, *supra* nota 133, párr. 90 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, *supra* nota 137, párr. 86.

¹⁴⁰ Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, párr. 103; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, *supra* nota 140, párr. 154.

¹⁴¹ 141 Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, *supra* nota 137, párrs. 234, 271, 274. Ver también Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 23, *Los Derechos de las Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*, párrs. 6.2, 7 y 9; Observación General N° 18 sobre la No Discriminación, 1989, párr. 10.

Entre varios otros, un ámbito en el que destaca el deber estatal de adoptar medidas para garantizar o proteger efectivamente los derechos de los miembros de comunidades indígenas es el del sistema de justicia, dado que aquellos suelen enfrentar serios obstáculos para acceder a la tutela judicial de sus derechos, que impactan en la posibilidad de estas personas de acudir a los tribunales, de comprender y participar en un proceso, así como en la disponibilidad de un servicio de calidad y exento de prejuicios o sesgos discriminatorios, y en la oportunidad de sostener la tramitación de un caso¹⁴². En palabras de la Corte Interamericana, “conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades”¹⁴³.

Las dificultades que suelen enfrentar estas personas en la esfera de la administración de justicia, derivan tanto de las características étnicas-culturales de estas comunidades, como de las condiciones de exclusión y pobreza provocadas por las variadas y sistemáticas formas de discriminación que padecen las poblaciones indígenas. En vista de esto, el derecho internacional de derechos humanos prescribe a los Estados, por una parte, tener en consideración estas circunstancias con el objeto de dispensar los medios materiales y jurídicos que sean necesarios y adecuados –tales como el acercamiento de la institucionalidad a sus comunidades, la prestación de asistencia jurídica especializada y de intérpretes o facilitadores culturales, la regulación de procedimientos expeditos y eficaces para la recuperación de sus tierras, entre otras– para asegurar a estas personas un acceso igualitario a la justicia, a recursos efectivos y a un debido proceso legal para la resolución de sus conflictos y la determinación de sus derechos. Por otro lado, se requiere también que la aplicación de la ley respecto de indígenas se realice teniendo en cuenta sus costumbres o normas consuetudinarias, y respetando sus métodos tradicionales de represión de los ilícitos, siempre que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos¹⁴⁴. Evidentemente, en materia penal, el desequilibrio de poder inherente a la condición de imputado puede verse agudizado cuando es una persona indígena la que se encuen-

¹⁴² Ver en este sentido, *Los derechos humanos y las cuestiones indígenas*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2006/78, 16 de febrero de 2006, párrs. 36-47.

¹⁴³ Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 200. En este mismo caso, la Corte consideró probado que la víctima, mujer e indígena, no había contado con un intérprete para presentar su denuncia y que tampoco había recibido información en su idioma sobre las actuaciones posteriores a su denuncia. Sobre esto, la Corte señaló que “la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia”. Con base en esto, la Corte estimó que el Estado había incumplido “su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento”, párr. 201.

¹⁴⁴ Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo, artículos 8 y 9. Este Convenio fue ratificado por el Estado chileno el 15 de septiembre de 2008. En este mismo sentido, ver artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

tra en dicha posición, debiendo extremarse las medidas positivas que le procuren una defensa efectiva y un debido proceso.

Cabe destacar que lo anterior ha sido expresamente reconocido por los máximos exponentes de los sistemas de justicia de nuestra región, mediante la aprobación de las *“100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad”*¹⁴⁵. Este conjunto de reglas considera la pertenencia a una comunidad indígena como una causa de vulnerabilidad y establece una serie de pautas en materia de procedimiento, organización y actuaciones judiciales, con el objeto de que estas personas reciban un tratamiento acorde a dicha condición y la tutela judicial de sus derechos sea realmente posible. De acuerdo a estas reglas, *“[...] Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal”*¹⁴⁶.

3. 2. Observaciones sobre casos de aplicación de la Ley 18.314

A continuación, se revisarán a modo ejemplar dos casos de aplicación de la Ley 18.314, con el objeto de evaluar la substanciación de los procedimientos penales a la luz de los estándares del derecho internacional de derechos humanos, respecto de las garantías judiciales de los inculcados. Ambos casos se insertan en el contexto de conflictividad social derivado de las demandas irresueltas de comunidades mapuche sobre sus territorios ancestrales en el sur del país. Asimismo, en ambos se imputó la comisión de conductas terroristas vinculadas a la quema de predios, a personas que integran y lideran estas comunidades. Las dos sentencias condenatorias fueron dictadas por el Tribunal Oral en lo Penal de Angol en el transcurso de esta última década. Estos dos casos ejemplifican la ambigüedad de la descripción del tipo penal de terrorismo y la amplia discrecionalidad que deja a los agentes judiciales para decidir cada caso. Es evidente que, en principio, cada caso es único y que no se puede reemplazar teóricamente la decisión de un tribunal con la mera comparación de los resultados finales de otro caso. Sin embargo, algún tipo de comparación es permisible. La existencia de procedimientos y resultados muy diversos, respecto de dos casos con un amplio espectro de similitudes fácticas y de contexto, suscitan preocupación desde el punto de vista del derecho internacional de derechos humanos.

El primer caso, además, es ilustrativo de los problemas claros de incompatibilidad con las obligaciones internacionales de Chile, por la aplicación de una ley contra el

¹⁴⁵ Este Conjunto de disposiciones surgió del trabajo de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada en marzo de 2008, dando así continuidad a las preocupaciones plasmadas en la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, aprobada seis años antes.

¹⁴⁶ *Ibidem*, Sección 2ª: Beneficiarios de las Reglas, Número 4. Ver especialmente, Reglas 27, 30, 32, 40, 42, 48, 55, 58, 79.

terrorismo que carece de resguardos procesales indispensables para la salvaguarda de los imputados.

El primer caso es el de Pascual Pichún y Aniceto Norín (sentencia condenatoria de 27 de septiembre de 2003 y rechazo del recurso de nulidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de 15 de diciembre de 2003).

Con fecha 27 de septiembre de 2003 el Tribunal Oral en lo Penal de Angol dictó sentencia condenatoria en contra de los Sres. Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Segundo Aniceto Norín Catriman, Lonkos mapuche, como autores de los delitos de amenazas terroristas, en perjuicio del administrador y dueños del fundo Nancahue y de los propietarios del predio San Gregorio, respectivamente. El tribunal no dio por acreditada la comisión del delito de incendio terrorista del que se les acusaba, pero sí adquirió la convicción de que eran responsables de la realización de amenazas terroristas. En tal calidad, fueron sentenciados a cumplir una condena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, así como a la inhabilitación de cargos, oficios públicos y derechos políticos, a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras durante la condena y al pago de las costas del juicio.

Del análisis de esta sentencia condenatoria, llama poderosamente la atención que las primeras consideraciones invocadas por el tribunal para dar cuenta de la participación de los inculpadados como autores de los delitos de amenazas terroristas, sugieren una suerte de inversión de la presunción de inocencia. El tribunal plantea que la existencia de situaciones previas, de características similares a los hechos imputados en este caso, y enmarcadas en un contexto de reivindicaciones territoriales del pueblo mapuche mediante actos de violencia, harían plausible pensar que los actos materia de juicio serían atribuibles a miembros de las comunidades mapuche. Esta apreciación es manifestada por el Tribunal en los siguientes términos: *“No se encuentra suficientemente acreditado que estos hechos fueron provocados por personas extrañas a las comunidades mapuches, debido a que obedecen al propósito de crear un clima de total hostigamiento a los propietarios del sector, con el objeto de infundirles temor y lograr así que accedan a sus demandas, y que responden a una lógica relacionada con la llamada ‘problemática mapuche’, porque sus autores conocían las áreas reclamadas o por el hecho de que ninguna comunidad o propiedad mapuche ha resultado perjudicada”*¹⁴⁷.

Este planteamiento pone en jaque la presunción de inocencia y el principio de igualdad, en la medida en que propone la necesidad de demostrar que los actos materia de juicio no fueron cometidos por personas pertenecientes a comunidades mapuche, como los imputados. El principio de inocencia supone precisamente lo contrario: nadie debe acreditar su inocencia. El principio de igualdad, por su parte, requiere que la persecución penal no se sirva de consideraciones relativas a las características o condiciones de un grupo, que lleven a ejercerla preferentemente sobre sus miembros; por el contrario, este derecho requiere que dicha persecución se apegue estrictamente a la individualización de las conductas punibles y procure aminorar el efecto de posibles estigmatizaciones.

¹⁴⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Angol, Sentencia de 27 de septiembre de 2003, RIT 2/2003, considerando decimoquinto, punto 2.

Por otra parte, cabe destacar que en este procedimiento se permitió y valoró la prueba de testigos con identidad protegida, en conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 18.314. Más aún, es interesante observar que, de acuerdo a la apreciación del propio tribunal oral, sólo la declaración del testigo protegido N° 1 inculpaba “en forma directa” al Sr. Pichún, a lo cual “se agrega el conocimiento indirecto que tuvieron” los restantes testigos –que correspondían a víctimas y familiares del acusado particular– quienes “por el dicho de sus trabajadores tomaron conocimiento de estas amenazas”¹⁴⁸. A lo anterior, el tribunal agregó la valoración de una carta firmada por el Sr. Pichún, sin fecha de expedición, que contendría una amenaza encubierta, así como la deposición de un quinto testigo, quien aseveró que la Coordinadora Arauco Malleco, a la que pertenecía el inculpado, era una organización de carácter terrorista.

Sin perjuicio de que no es posible para el lector de este fallo saber si la declaración del testigo anónimo N° 1 fue decisiva para la condena del inculpado, resulta especialmente relevante atender a la revisión que sobre dicha sentencia efectuara la Corte Suprema de Justicia, a raíz del recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados¹⁴⁹. En efecto, mediante dicho recurso, es posible materializar el debido control respecto de la racional libertad de convicción del tribunal oral¹⁵⁰, así como la observancia de los derechos y garantías fundamentales tanto en el transcurso del procedimiento como en la dictación de sentencia definitiva¹⁵¹. Lamentablemente, la argumentación que ofrece el máximo tribunal para justificar la admisión y valoración de la prueba ofrecida por testigos “secretos” es ciertamente precaria y no propicia un adecuado control de la observancia de las garantías fundamentales a lo largo del proceso que condujo a la sentencia objetada. En efecto, la Corte se limita a señalar que “*En cuanto a la identidad reservada del testigo, que según los recurrentes afecta el debido proceso y el principio de igualdad ante la ley, cabe expresar que lo que se reclama ha sido autorizado por el legislador en los artículos 15 y 16 de la Ley 18.314 dada la peligrosidad que lleva envuelta el delito terrorista*”.

El hecho de que la Ley 18.314 admita la intervención de testigos con identidad protegida es sólo un elemento a considerar, que en sí mismo resulta insuficiente para justificar tanto su admisión como valoración por parte del tribunal. En primer lugar, porque las leyes pueden estar en contradicción con el objeto y fin de los tratados internacionales

¹⁴⁸ *Ibidem*, considerando décimo octavo.

¹⁴⁹ Las causales del recurso de nulidad se encuentran reguladas en los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal. La principal causal invocada en este caso fue la del artículo 373 letra a) “Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

¹⁵⁰ Debe considerarse que el sistema de libre convicción basado en la sana crítica supone el respeto de ciertos principios y normas, limitación que sólo puede hacerse efectiva a través de un adecuado sistema recursivo. En el caso del proceso penal chileno, tal posibilidad está representada por el recurso de nulidad. Respecto de la importancia del control que se ejerce sobre de la libertad en la valoración de la prueba a través de los recursos, ver HORVITZ. M. I. y LÓPEZ. J, *supra* nota 86, 149-153.

¹⁵¹ Muestra de ello es lo consagrado en el Artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, *supra* nota 149, causal del recurso de nulidad, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema, de acuerdo al artículo 376 inciso primero del mismo cuerpo legal.

sobre derechos humanos. En este sentido, basta considerar que respecto del Estado chileno se ha recalcado que ni la aplicación de censura ni la de amnistía de crímenes de lesa humanidad puede justificarse por el hecho de que tales figuras se encuentren consagradas en una ley o en la propia Constitución¹⁵². Por tanto, una consideración de ese tipo no es más que una constatación formal.

En segundo lugar, mediante semejante apreciación, el máximo tribunal omitió todo examen acerca del cumplimiento de los requisitos y circunstancias necesarias para utilizar, en el caso sub lite, el mecanismo de protección de testigos más extremo y lesivo para los derechos del acusado. No consideró, por ejemplo, si se hizo una adecuada verificación acerca de la concurrencia de un peligro particularizado, cierto, serio y actual de que dichos testigos o sus allegados fueran víctima de algún ataque a su vida, integridad o libertad. La Corte tampoco se refirió a la estricta necesidad de utilizar este sistema, de cara a la disponibilidad de otras medidas de protección, ni analizó de qué forma se habrían contrapesado las desventajas impuestas a la defensa de los inculpados como consecuencia del total desconocimiento de la identidad de los testigos. Por último, la Corte no evaluó el peso atribuido a dicha prueba por parte del tribunal oral, para cautelar que dicha evidencia no jugara un papel decisivo en la condena de los inculpados, posibilidad que contraviene, bajo cualquier circunstancia, el derecho del acusado a un debido proceso.

Por su parte, cabe precisar que la sola gravedad del delito imputado resulta irrelevante a efectos de justificar el uso y valoración de testigos de identidad reservada. “La peligrosidad que lleva envuelta el delito terrorista” nada aporta a la configuración de los estrictos requisitos que deben reunirse en un caso concreto para aceptar la declaración de testigos “secretos”. De lo contrario, si la mera consagración legal y el peligro o gravedad inherente al delito de terrorismo fueran razones suficientes para admitir la utilización de testigos de identidad protegida, podría arribarse a la paradójica conclusión de que, en todo procedimiento substanciado bajo la Ley 18.314 y, cualquiera sean las circunstancias, la parte acusadora podría servirse de un número ilimitado de testigos “anónimos” y el tribunal podría fundar en ellos su convicción acerca de la culpabilidad del acusado en cuestión.

En vista de lo explicado en los acápite anteriores, es evidente que semejante interpretación contraviene abiertamente tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

El segundo caso es el de José Belisario Llanquileo Antileo (sentencia condenatoria de 14 de febrero de 2007), relativo al incendio del fundo “Poluco Pidenco” y respecto del cual el Ministerio Público invocó el mismo texto legal y contextos de hecho muy similares al del caso de los Lonkos. Sin embargo, este segundo caso muestra, por el contrario, que era posible llevar adelante un proceso distinto al de los Lonkos y condenar al inculpado sobre la base de un tipo penal común, no terrorista.

El 14 de febrero de 2007 el Tribunal Oral de Angol dictó sentencia condenatoria en contra del Sr. José Belisario Llanquileo Antileo, por su participación en el incendio intencional del fundo “Poluco Pidenco”, de propiedad de la Forestal Mininco S.A, acaecido el

¹⁵² Ver Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, *supra* nota 120, y Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001.

día 19 de diciembre del año 2001. El Ministerio Público solicitó la calificación y sanción de esta conducta como delito terrorista, en conformidad a la Ley 18.314, pretensión que no fue acogida por el tribunal. En lugar de ello, este último estimó que la conducta en cuestión se enmarcaba en el tipo de incendio consagrado en el artículo 476 número 3 del Código Penal. En razón de esto, el tribunal condenó al Sr. Llanquileo, como autor del delito de incendio, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, así como a la inhabilitación para profesiones titulares mientras dure la condena. En este juicio no intervinieron testigos de identidad protegida.

Un primer aspecto a destacar en esta sentencia es que, habiéndose acreditado la participación del imputado en el incendio del fundo Poluco Pidenco, en el marco de las acciones de protesta emprendidas por las comunidades mapuche por la reclamación de sus territorios tradicionales, el tribunal oral decidió rechazar la aplicación de la Ley 18.314 y el supuesto carácter terrorista de dicho ilícito.

Al respecto, dicho tribunal señaló “Que los hechos establecidos [...] se califican jurídicamente como delito de incendio calificado, previsto y sancionado en el artículo 476 N° 3 del Código Penal, en grado de consumado [...] Se trata de un incendio calificado en atención al peligro que importa para las personas, puesto que la penalidad que se impone lleva envuelto el disvalor y el peligro concreto, que genera para las personas la propagación del fuego en un bosque”¹⁵³. “[L]os hechos asentados no cubren ninguna de las hipótesis de terrorismo establecidas en la ley, por cuanto no existen elementos suficientes para dar por acreditada dichas circunstancias”¹⁵⁴. En la exposición de la síntesis de la sentencia, el Tribunal precisa que “[L]a aplicación de los requisitos a que se refiere la Ley 18.314 debe hacerse objetivamente, de lo contrario se infringiría el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi*, ya que sería una clara manifestación del derecho penal de autor [...] La Corte estima que en concordancia con lo que se ha dado por probado en el juicio, de los medios empleados sólo puede afirmarse que concurren los elementos del tipo de incendio calificado, es más, afirma [que] considerar que a partir de dichos medios sería posible calificar la conducta de terrorista, infringiría el *non bis in idem*”¹⁵⁵.

La precedente conclusión a la que arriba el tribunal se torna especialmente interesante al contrastarla con la decisión adoptada unos años antes en el caso de los Lonkos Pichún y Norín. Los antecedentes de hecho, el alcance de las acusaciones y el contexto en el que se desarrollan ambos casos presentan numerosas coinciden-

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 27 de febrero de 2007, RIT: 21-2004, considerando decimoquinto.

¹⁵⁴ *Ibidem*, considerando décimo séptimo. El tribunal continúa señalando que “En este juicio no existen pruebas que determine que ‘no se trató de un hecho aislado o excepcional’, ni menos que existió una *planificación previa* y *cuya finalidad clara fuera ‘enviar un mensaje serio’ de infundir temor justificado en una parte de la población de ser víctimas de delitos de la misma especie [...] esto es, a ‘quienes no compartan o se opongan a la recuperación de tierras al margen de la legalidad’, como señaló la parte acusadora y querellante [...] El ‘empleo determinado de medios que naturalmente sean idóneos para ocasionar grandes estragos’, no califican de terrorista la conducta sino que precisamente son los elementos que configuran el ilícito penal de incendio de bosques, considerar lo contrario vulneraría abiertamente el principio de ‘Non Bis In Idem’”.*

¹⁵⁵ *Ibidem*, “Síntesis” de la sentencia.

cias. Pese a ello, la justicia los desarrolló y resolvió de manera totalmente diferente. Cabe preguntarse, por una parte, si existían diferencias sustanciales que permitan explicar razonablemente que la sentencia que condenó a los Sres. Pichún y Norín no haya ponderado ninguno de los elementos de juicio que luego llevaron al tribunal a descartar la aplicación de la Ley 18.314 al Sr. Llanquileo. Por otra, queda la duda de si semejantes divergencias eran de tal entidad como para justificar, sólo en el primero y no en el segundo, la necesidad de utilizar testigos de identidad protegida. En cuanto a esto, debe considerarse que en el caso de los Lonkos Pichún y Norín, no pudo acreditarse la participación y responsabilidad que se les imputaba como autores en los incendios de los fundos Nanchahue y San Gregorio, sino que sólo se dio por probado que ellos habían incurrido en delitos de amenazas terroristas. En cambio, en el caso del Sr. Llanquileo sí se dio por acreditada su autoría material en el incendio del fundo Poluco Pidenco. Si esta última conducta (delito de incendio) se estima mayormente lesiva y peligrosa que las meras amenazas de llevar a cabo semejante ilícito y, si al mismo tiempo, para la procedencia de los testigos fuera determinante la mera gravedad de la conducta y el riesgo asociado a ella –como señalaron los tribunales nacionales a propósito del juzgamiento de los Sres. Pichún y Norín– resulta difícil comprender que sólo en este último se haya permitido el uso de testigos “anónimos”. Bajo tales premisas, habría mucho mejores razones para admitir su participación en un juicio que condena por incendio que en uno que lo hace por amenazas.

El procedimiento que culminó con la condena del Sr. Llanquileo muestra la razonabilidad y factibilidad de llevar adelante la actividad probatoria con un amplio número de testigos sin necesidad de reserva de identidad, conciliando la protección de aquellos con los derechos del inculpado. Del mismo modo, dicha sentencia da cuenta de la importancia de evitar que la aplicación de la Ley 18.314 se extienda a otras conductas que, tipificadas bajo el régimen penal común, no se condicen con los elementos característicos del gravísimo crimen de terrorismo, conforme al consenso que en torno a ello existe tanto en el derecho internacional como comparado.

Sin perjuicio de reconocer las limitaciones que se enfrentan al analizar y comparar decisiones sobre casos diversos, es preciso admitir también que las ostensibles diferencias entre los casos comentados, en el marco de contextos de hecho y de derecho muy similares, pueden tensionar el derecho que tienen los justiciables a ser tratados con igualdad ante los tribunales de justicia, reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Refiriéndose a este último, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sido enfático al señalar que *“La igualdad ante los tribunales y cortes de justicia también exige que los casos similares sean tratados en procesos similares. Si, por ejemplo, para la determinación de ciertas categorías de casos se aplican procesos penales excepcionales [...] habrá que dar motivos objetivos y razonables que justifiquen la distinción”*¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, *supra* nota 6, párr. 14.

III. Conclusiones

Para concluir, haremos un breve recuento de las afirmaciones hechas a lo largo de este informe:

1. El debido proceso legal es una piedra angular de la protección de todos los derechos humanos que se consagran en los tratados internacionales de los que Chile es parte. Siendo esto así, es imprescindible que este derecho y las garantías que se derivan de él se regulen y se apliquen con absoluto rigor, particularmente cuando se intentan excepciones a las reglas generales.
2. El principio de igualdad de armas es consustancial al Debido Proceso y es particularmente gravitante en materia penal, dada la desigualdad objetiva entre acusador e imputado. La igualdad de armas exige que este último tenga la posibilidad real de oponerse a la acusación a través de una adecuada defensa técnica y atribuciones defensivas que le brinden iguales oportunidades de incidir en la decisión del tribunal. Entre éstas se encuentran el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y el derecho a presentar testigos en su favor y a interrogar tanto a éstos como a los presentados en su contra en las mismas condiciones que la acusación.
3. La Ley 18.314 que sanciona las conductas terroristas en Chile presenta ambigüedades e inconsistencias desde el punto de vista del derecho internacional de derechos humanos, en lo que se refiere a la tipificación de los comportamientos terroristas y en lo concerniente a las reglas procesales para la substanciación de los juicios.
4. El terrorismo constituye uno de los crímenes más atroces y graves que enfrentan las sociedades y que se caracteriza, entre otras cosas, por la lesión a los bienes jurídicos más preciados, esto es, la vida, la integridad y la libertad de las personas. Por ello, su penalidad es particularmente severa. Su tipificación debe tener en consideración estos elementos, lo que no se aprecia en la ley que se analiza, ya que como se observó claramente en los dos casos específicos que se examinaron, el tipo penal que crea es ambiguo. A modo de comentario general, es necesario concluir que esto –aunque no ha sido objeto especial de este informe– siembra serias dudas sobre la compatibilidad de la Ley 18.314 con el derecho internacional de los derechos humanos.
5. Las dudas generadas por el tipo penal exigen un especial cuidado de los tribunales que aplican esta ley, en relación con la decisión de perseguir penalmente una acción como delito terrorista, por las graves consecuencias que esto acarrea en términos de la pena.
6. Por otra parte, las reglas procesales establecidas en la Ley 18.314 restringen más allá de lo internacionalmente permisible las garantías del imputado, al afectar de manera esencial el principio de igualdad de armas. La ley no especifica en absoluto contrapesos para moderar el efecto adverso que genera en la igualdad de armas y en el contradictorio, el uso de declaraciones de testigos secretos. Por ejemplo, la ley no le da al juez ninguna directriz en cuanto a cómo debe intervenir para resguardar de alguna manera el derecho del imputado a no ser objeto de declaraciones de testigos parciales. No sólo eso; permite una compensación

económica a los testigos anónimos, cuyo efecto puede ser pernicioso respecto de la veracidad de lo que atestigua. De ahí que resulte ilusorio reducir el derecho del imputado a conocer el mero contenido de la declaración de los testigos, por cuanto la identidad de éstos es un elemento crucial para garantizarle una defensa efectiva. Por lo demás, la ley también permite que el Fiscal mantenga en secreto el contenido de ciertos testimonios y otras pruebas, con lo cual se infringe nuevamente el debido proceso y se destruye la validez del argumento utilizado para justificar el anonimato de los testigos.

7. Bajo ninguna circunstancia, y con prescindencia de las medidas de contrapeso que sean adoptadas, puede permitirse que la condena de un imputado se base en forma decisiva o determinante en las declaraciones de uno o más testigos de identidad protegida. Sin embargo, la Ley 18.314 tampoco establece este límite.
8. Esto, nuevamente, impone al juez la necesidad de un extremo celo en su aplicación, puesto que también él es un agente del Estado que debe velar por el cumplimiento acabado de las obligaciones internacionales a las que está sujeto el Estado de Chile. Este celo no se observa en los casos particulares examinados.
9. Asimismo, las reglas de procedimiento establecidas en la Ley 18.314 lesionan el derecho del imputado a contar con los medios o facilidades adecuados para preparar su defensa, al consignar una ampliación exorbitante del plazo máximo para decretar el secreto de determinadas actuaciones, diligencias y registros de investigación, de 40 días a 6 meses, respecto del imputado y otros intervinientes, según decisión del Ministerio Público y sin otorgar suficientes parámetros para que tal determinación se adopte en circunstancias de estricta necesidad.
10. Adicionalmente, las personas imputadas de realizar una conducta presuntamente terrorista, conforme lo señalado en la Ley 18.314 reciben un trato que, junto con restringir sus garantías judiciales, merma el goce y ejercicio de su derecho a la libertad personal. Esto último se deriva, por una parte, del incumplimiento de la obligación de asegurar “sin demora” el control judicial de la detención y, por otra, de la tendencia a convertir la prisión preventiva, medida de carácter excepcional, en la regla general y a facilitar su prolongación más allá de lo estrictamente necesario.
11. En los últimos años, la aplicación de esta ley se ha concentrado en un sector específico de la población: las personas pertenecientes a comunidades indígenas mapuche. No hay que olvidar que respecto de los pueblos indígenas el Estado chileno tiene diversas obligaciones internacionales que no pueden ignorarse, como se lo ha recordado ya un órgano internacional. La aplicación de la ley antiterrorista a acciones vinculadas a las luchas por la recuperación de tierras ancestrales, con todas las deficiencias que se han señalado y con un actuar judicial que no parece haberse ocupado de subsanar esas deficiencias para intentar compatibilizar los actos del Estado con sus obligaciones internacionales – implica establecer una forma de estigmatización de dicho pueblo ante la sociedad – lo que agrava el incumplimiento del Estado en relación al derecho de igualdad y a la prohibición de la discriminación, principio esencial del derecho internacional de los derechos humanos.
12. Las anteriores conclusiones ponen de relieve que el poder del Estado debe sujetarse en toda circunstancia al respeto y garantía de los derechos humanos, con prescindencia de cuán graves o devastadores puedan ser ciertos ilícitos ni de

cuan apremiante sea la necesidad de suprimirlos. Cualquier estrategia contra el terrorismo debe tener como eje la protección de los derechos de todas las personas, incluso de aquellas que sean consideradas responsables de semejantes actos. El derecho internacional de los derechos humanos y sus sistemas de protección condenan las conductas terroristas e instan a los Estados a adoptar medidas para resguardar a las personas frente a sus efectos, pero ninguna apreciación acerca del peligro o amenaza que entrañan tales acciones puede abrir la puerta al uso de procedimientos excepcionales que socaven o anulen los derechos de quienes resulten sospechosos o inculpados de terrorismo. Sacrificar el derecho de las personas a quienes se imputen conductas terroristas a contar con un juicio substanciado con las debidas garantías, supone concebir los derechos fundamentales ya no como base de legitimación de la acción estatal, sino como un escollo para los fines de la política criminal.

II. El control de la invalidez de los actos investigativos del Ministerio Público

GABRIEL BOCKSANG HOLA

PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Índice

- I. Consideraciones preliminares
 - A. El principio de juridicidad y el Ministerio Público
 - 1. La sujeción del Ministerio Público al principio de juridicidad
 - 2. Principio de juridicidad y autonomía
 - B. La nulidad y los actos del Ministerio Público
 - 1. La aplicación de la nulidad sobre los actos del Ministerio Público
 - 2. Las causales de nulidad aplicables sobre los actos del Ministerio Público
 - i. La falta de investidura regular
 - ii. La incompetencia
 - iii. La violación de forma
 - iv. La violación de ley
 - v. La desviación de poder
 - C. La sujeción a control de los actos antijurídicos emanados del Ministerio Público
 - 1. La necesidad de un régimen de impugnación de los actos del Ministerio Público
 - 2. La concreción de un régimen de impugnación de los actos del Ministerio Público
- II Conclusiones

I. Consideraciones preliminares

Se nos ha pedido informar en derecho sobre la sujeción de los actos del Ministerio Público al principio de legalidad consagrado por el ordenamiento jurídico chileno, y en especial a la nulidad que podría engendrar su vulneración, atendiendo especialmente al hecho de que, dada la función que le ha sido encomendada a dicho organismo, el ejercicio antijurídico de sus potestades es susceptible de impactar en los derechos de la defensa de los imputados e incluso de terceros. En este contexto, particular atención se prestará a lo concerniente a los actos investigativos del Ministerio Público, sin perjuicio que muchas de las apreciaciones y conclusiones sean pertinentes respecto de actos que se refieran a otras funciones.

Antes de comenzar a desarrollar el presente informe, es menester llamar la atención sobre el hecho, muy significativo, de que no existe en el derecho chileno ningún estudio específico sobre este tema. Ello no obsta a que diversos elementos del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal Penal, estudiados de manera general, puedan ser aplicables en este ámbito; sin embargo, precisamente en razón de esa generalidad es que existen aspectos diversos que no han sido tratados, o bien lo han sido suficientemente.

A fin de examinar esta cuestión de manera integral, desarrollaremos el tema a partir del hecho básico del sometimiento de la actividad del Ministerio Público al principio de legalidad (A); por consiguiente, cuando el Ministerio Público viola este principio, debe originarse una consecuencia jurídica concreta, que es la invalidez de los actos correspondientes (B); sin embargo, dicha invalidez no podría gozar de operatividad práctica sin hallarse garantizada por mecanismos idóneos y oportunos de impugnación, que en nuestro régimen están dados por el *incidente de nulidad de derecho público* y la *cautela de garantías*, complementarios de los demás recursos previstos en el procedimiento penal, como los de nulidad y de revisión (C).

A. El principio de juridicidad y el Ministerio Público

El primer paso de este estudio consistirá en examinar la relación existente entre el Ministerio Público y el principio de juridicidad. Así, en primer lugar se constatará que el Ministerio Público se encuentra sometido a dicho principio en razón de un imperativo constitucional por el solo hecho de ser un ente integrante del Estado (1); y en segundo lugar, se explicará que la autonomía conferida a este organismo no constituye óbice alguno para la aplicación del principio de juridicidad (2).

1. La sujeción del Ministerio Público al principio de juridicidad

En Derecho Público, el marco general aplicable sobre los actos jurídicos está dado por el *principio de juridicidad*, entendido como la "sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar"¹.

En cuanto a este elemento de la *sujeción*, cabe destacar que los órganos del Estado no pueden desconocer ni lo establecido por la Constitución, ni por las normas vigentes que se encuentren ajustadas a la Carta Fundamental y al resto del ordenamiento jurídico. Debe recordarse que el inciso primero del artículo 6° de la Constitución gira en torno al verbo rector *someter*: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...", no tratándose de una actitud opcional: el sometimiento es *imperativo*, pues todo órgano *debe* sujetarse a la juridicidad.

Por otra parte, dicha sujeción es *integral*. La norma cuya legalidad se examina no sólo será cotejada con ciertas normas, sino con la totalidad del ordenamiento jurídico. Al referirse el mencionado artículo 6° inciso primero a "la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", no se expresa ninguna restricción al alcance de dichas normas; se

¹ Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*. Editorial Jurídica de Chile. 1996. Tomo II, p. 24, y su análisis en pp. 25-32.

advierde, pues, que el espectro de interrelaciones resulta enorme, involucrando no sólo a los actos jurídicos públicos, sino que también a los actos jurídicos privados. Por ello es que, aunque este principio sea llamado en ocasiones *principio de legalidad*, ello no debe inducir a equívocos, pensándose que tal nomenclatura apuntaría a la adecuación de un cierto acto a la fuente *formal* ley, es decir, a las normas de naturaleza propiamente legislativa. En consecuencia, sea que se hable de la *juridicidad* o de la *legalidad*, en ambos casos la sujeción se refiere al *ordenamiento jurídico entendido en su conjunto*.

En tercer lugar, el hecho de que la sujeción a Derecho se refiera tanto al *ser* como al *obrar* implica una dependencia tanto *ontológica* como *operativa* de los órganos estatales. Las dos van intrínsecamente asociadas: de acuerdo al artículo 65 inciso 4° número 2 de la Constitución, un órgano estatal sólo puede *existir* en la medida en que una norma de rango legal y de iniciativa exclusiva del presidente de la república lo establezca expresamente, y sus *funciones y atribuciones* son estrictamente aquellas que se determinen por la ley.

Y, en fin, *todo* órgano del Estado está sometido al cumplimiento del principio de juridicidad. En efecto, la fórmula “los órganos del Estado” que encabeza el texto de los artículos 6° y 7° de la Constitución no establecen excepción alguna. Esto implica que el principio de juridicidad impera sobre todos los órganos del Estado, cualquiera sea la función que desempeñe (v. gr., legislativa, judicial, administrativa, contralora, electoral), cualquiera sea la jerarquía que ocupe dentro del orden vertical respectivo, cualquiera sea la extensión territorial sobre la que ejerza su competencia, y, en resumen, cualesquiera sean las características o atributos de que goce. Así, en el régimen chileno de derecho público, *no existe excepción alguna a la aplicación del principio de juridicidad*.

Por consiguiente, es posible concluir que el Ministerio Público está sujeto integralmente a Derecho, tanto en su ser como en su obrar.

2. Principio de juridicidad y autonomía

Cabe analizar a continuación si es que la calificación esencial del Ministerio Público como organismo autónomo, establecida tanto a nivel constitucional como legal², podría alterar de alguna forma la sujeción al principio de juridicidad previamente expresada.

La autonomía del Ministerio Público aparece como un concepto de connotación jerárquica. Es así como se ha sostenido que el Ministerio Público “no responde ante algunos de los poderes del Estado en calidad de ente subordinado jerárquicamente”³, y que “la autonomía tiene sólo como efecto desvincular al órgano de un centro de decisiones que condicione, dirija o planifique las funciones”⁴. Y, a mayor abundamiento, lo anterior aparece de la historia fidedigna de la norma, al haberse establecido que la autonomía “la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros”⁵.

² Artículos 83 de la Constitución Política de la República, y 1° de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

³ Del Río Ferretti, Carlos. *El Ministerio Público en Chile*. En Gaceta Jurídica n° 238, p. 12, esp. p. 14.

⁴ Cordero Vega, Luis. *El poder normativo del Ministerio Público*. En Gaceta Jurídica n° 259, p. 7, esp. p. 8.

⁵ Boletín n° 1943-07. Primer trámite constitucional, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, p. 21.

Se advierte claramente que en ningún momento se pretendió significar, con la invocación de la autonomía, que el Ministerio Público sería privilegiado con una esfera de aplicación restringida, atenuada o especial, del principio de juridicidad. Por ello, la concepción del Ministerio Público como ente autónomo *no implica, de ninguna manera, que él se halle exento del cumplimiento del principio de juridicidad*. Ello aparece, además, del examen de normas constitucionales y legales.

A *nivel constitucional*, ya se explicó que los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental no establecen ninguna excepción al respecto. Pero además hay que tener presente su artículo 19 N° 2, por cuanto el hecho de eximir al Ministerio Público de dicho sometimiento violaría la debida igualdad ante la ley, pues se establecería una diferencia arbitraria, irracional, en el tratamiento de los diversos órganos estatales, y se le consolidaría como un grupo privilegiado, cuya existencia está proscrita por el mismo artículo. Ello atentaría, además, contra el régimen republicano (Art. 4° de la Constitución), pues uno de sus elementos esenciales se da en el deber de responder por la actividad ilegal o antijurídica; difícil sería calificar como “ilegal” o “antijurídica” una actividad de no existir un parámetro de operación que está fijado por el ordenamiento jurídico y cuyo imperio se desprende justamente del principio de juridicidad.

A *nivel legal*, la propia Ley N° 19.640 establece una serie de disposiciones que no son sino aplicaciones particulares de este principio. En efecto, de otra forma sería inexplicable:

- a) Que las atribuciones de los fiscales sean conferidas por “la Constitución y la ley”⁶;
- b) Que los objetivos del Ministerio Público sean establecidos “en la Constitución y en las leyes”⁷;
- c) Que el Ministerio Público deba ejercer la acción penal pública “en la forma prevista por la ley”⁸;
- d) Que sus actuaciones procesales se realicen “con sujeción a lo dispuesto en la ley”⁹;
- e) Que los fiscales velen “por la correcta aplicación de la ley”¹⁰;
- f) Que cualquier actuación que implique privación, restricción o perturbación de garantías fundamentales requiera “de aprobación judicial previa”¹¹; y
- g) Que el control jerárquico de los superiores sobre los subordinados se extienda tanto a la eficiencia y la eficacia “como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”¹².

No ha de extrañar, entonces, que el Tribunal Constitucional haya prescrito que “la Carta Fundamental no hace absoluto el valor de la autonomía, sino que lo morigera

⁶ Ley 19.640, artículo 84 inciso 2°.

⁷ Ley 19.640, artículo 17 a).

⁸ Ley 19.640, artículo 1°.

⁹ Ley 19.640, artículo 2° inciso 1°.

¹⁰ Ley 19.640, artículo 3°.

¹¹ Ley 19.640, artículos 4° y 63.

¹² Ley 19.640, artículo 7°.

con los de legitimidad y control democráticos”¹³. La autonomía no es un principio que impida la supremacía del orden constitucional y del principio de juridicidad y, por lo tanto, el sometimiento del Ministerio Público al ordenamiento jurídico no es indiferente para el Derecho¹⁴.

De lo contrario, las consecuencias jurídicas asociadas al cumplimiento del principio de legalidad y a su vulneración serían exactamente las mismas, lo que no sólo repugna a la razón, sino que además es incompatible con nuestro régimen constitucional atendido a que la Constitución distingue las consecuencias jurídicas del respeto y de la transgresión al principio de juridicidad. En efecto, en el plano de los actos jurídicos, su artículo 7º establece la *validez* de las actuaciones que se ajustan al principio de legalidad de la *invalidez* de aquéllas que la vulneran. Corresponde, a continuación, examinar este precepto y su vínculo con la materia examinada.

B. La nulidad y los actos del Ministerio Público

Si, como se ha visto, el Ministerio Público está sometido al principio de juridicidad, el aserto de la Constitución en cuanto a que “todo acto en contravención a este artículo es nulo” designa el tipo de invalidez que debería aplicarse frente a las infracciones a dicho principio. Así, si por una parte se puede establecer que el concepto de nulidad rige la actividad del Ministerio Público – bajo reserva, como se verá, de no perturbar la noción de jurisdicción, en cuyo caso se daría una *anulabilidad* – (1), por otra parte esta nulidad puede verificarse a partir de distintos tipos de infracciones, cuyas categorías generales son también aplicables sobre el organismo que es objeto del presente informe (2).

1. La aplicación de la nulidad sobre los actos del Ministerio Público

Es pertinente abrir esta sección señalando que, en estricto rigor, la nulidad no es una “sanción” en el sentido de pena, pues, ya que se aplica sobre un pretendido acto, mal podría hablarse – si no se tratara de una especie de metáfora – de un “castigo” sobre el acto. Así, es mejor concebirla de modo técnico, relacionándola con los elementos que constituyen un acto jurídico. Desde esta perspectiva, puede calificársele como “un estado de no-constitución, en cuanto acto jurídico, de una ordenación contraria al derecho”¹⁵.

Ello implica que, de contravenir al principio de juridicidad, el “algo” que pretendía transformarse en un acto jurídico a través de la actuación de un órgano *frustra* su constitución en cuanto tal al no haberse reunido los requisitos necesarios para su perfeccionamiento.

Ello no significa que este no-acto sea irrelevante para el Derecho, pues de todos modos se tratará de un hecho jurídico; por el contrario, el no-acto es susceptible de engendrar

¹³ TC, 18 de diciembre de 2007, rol n° 995-2007, considerando décimo.

¹⁴ Cordero Vega, Luis. Op. cit., p. 9.

¹⁵ Bocksang Hola, Gabriel. *L'inexistence juridique des actes administratifs. Essai de théorie juridique comparée: France, Chili, Espagne, Italie*. Thèse. Université Paris I (Panthéon-Sorbonne). 2010, p. 232 (“état de non-constitution en tant qu'acte juridique d'une mise en œuvre contraire au droit, prévu en sanction de l'ordonnement juridique”).

consecuencias muy drásticas. Bien se sabe que la nulidad es una de las instituciones jurídicas más ligadas a la ineficacia jurídica, es decir, a la falta de producción de efectos de parte de un supuesto acto jurídico.

En el régimen chileno, la nulidad de los actos jurídicos de Derecho Público está establecida por vía constitucional. Esta característica es única a nivel de Derecho Comparado, y forma uno de los elementos centrales de nuestro Derecho Público, adquiriendo especial realce por hallarse entre las bases de la institucionalidad (artículo 7° de la Carta Fundamental). Ello refuerza la natural relación existente entre el principio de juridicidad y la nulidad: ésta es la consecuencia general a la violación del primero en el ámbito de los actos jurídicos.

De lo anterior fluye el hecho de que la nulidad de derecho público se aplique a todos los órganos sometidos al principio de juridicidad estatal¹⁶. Como se ha visto, el Ministerio Público debe someterse a éste, no eximiéndolo ninguna norma ni circunstancia, y ni siquiera la autonomía que tanto la Constitución como las leyes le reconocen. Y por lo tanto, el artículo 7° ha de aplicársele:

- a) Porque en su inciso primero, la fórmula “los órganos del Estado actúan válidamente” no hace excepción alguna respecto de algún órgano o alguna función: los requisitos de validez se aplican también sobre la actividad del Ministerio Público, y si ellos no se cumplen, el acto ha de considerarse inválido.
- b) Porque en su inciso segundo se prescribe que “ninguna magistratura... podrá atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. En terminología decimonónica, el Ministerio Público es una magistratura, y queda palmariamente claro que ni siquiera las circunstancias extraordinarias que puedan envolver a su actividad lo habilitan para sustraerse a las habilitaciones dispuestas por vía constitucional o legal.
- c) Porque en su inciso tercero se señala sin ambages que “todo acto en contravención a este artículo es nulo”. Es decir, la vulneración al principio de juridicidad origina la nulidad del acto que se pretendía constituir, y consiguientemente los efectos que se le asocian a la nulidad.

Pero además hay que tener presente que la actividad del Ministerio Público tiene una naturaleza *administrativa*. Ello ha sido sostenido por el propio Fiscal Nacional en instructivos de regulación de la actividad de este servicio; así, por ejemplo, ha precisado que la decisión de no perseverar, de competencia del fiscal, “corresponde a una decisión de un *órgano administrativo*, no jurisdiccional, dentro de su marco exclusivo de competencia”¹⁷.

¹⁶ Sin embargo, debe atenderse con precaución al ámbito de influencia de la función jurisdiccional, la cual puede modular significativamente el alcance de la nulidad y su forma de concreción, al punto de establecer la *anulabilidad* como forma principal de invalidez. Véase, en este sentido, Bocksang Hola, Gabriel. *El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público*, *Ius Publicum* n° 30 (en prensa), y *La inexistencia jurídica de los actos jurisdiccionales*, *Revista Chilena de Derecho* (a publicarse durante 2013).

¹⁷ Instructivo n° 133-2010, p. 67. Las cursivas son nuestras.

Ello no ha de sorprender: es la posición del mismísimo Tribunal Constitucional, que declaró que “la reforma procesal penal separó la labor de investigación de la función de juzgamiento, que en el antiguo procedimiento estaban unidas. *Por eso, el Ministerio Público es un órgano administrativo, no jurisdiccional*”¹⁸, y que “uno de los pilares de la Reforma Procesal Penal consistió en separar en órganos distintos las funciones *administrativas o investigativas* y las jurisdiccionales”¹⁹.

Bien es sabido que, de todos los ámbitos del derecho público, el del derecho administrativo ha sido el más fértil en materia de control de juridicidad²⁰. Por ello es que, teniendo los actos del Ministerio Público una naturaleza administrativa, resulta ineludible concluir que ellos están sometidos al artículo 7º de la Constitución.

Sin embargo, cabe efectuar una prevención relevante. Dado que la actividad investigativa del Ministerio Público, sin ser jurisdiccional, *puede llegar a servir de presupuesto al ejercicio de la jurisdicción penal en razón del vínculo natural existente entre investigación penal y jurisdicción penal*, la concreción de la invalidez en este ámbito deberá cuidar de no perturbar la noción de jurisdicción²¹. Ello en ningún caso podrá eximir al Ministerio Público de la sujeción a la juridicidad, ni a la invalidez asociada a sus actos contrarios a Derecho; sin embargo, ello podría dar lugar a que el *tipo* de invalidez aplicable no sea la nulidad *stricto sensu*, sino que – a fin de proteger la noción de jurisdicción – se trate de la anulabilidad²².

De todos modos, resulta difícilmente discutible la aplicación de la nulidad propiamente tal²³ mientras la actividad del Ministerio Público permanezca en la etapa propiamente investigativa, dado que la naturaleza administrativa de dichas actuaciones no se ve alterada por la influencia de la jurisdicción. Resumiendo, encontrándose en su estado *administrativo*, la actividad investigativa del Ministerio Público se halla sometida a la nulidad de derecho público.

¹⁸ Sentencia TC rol n° 1341, considerando 12º. Las cursivas son nuestras.

¹⁹ *Ibid.*, considerando 21º. Las cursivas son nuestras.

²⁰ Véase, v. gr., Acuña Bustos, Marcelo. *La naturaleza de la nulidad de derecho público*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción n° 212 (vol. II, año 70, julio-diciembre 2002), p. 373; Aróstica Maldonado, Iván. *La constitución en riesgo (sobre la “inconstitucionalidad indirecta” de los actos de la Administración)*. *Ius Publicum* n° 3 (1999), p. 57; Bocksang Hola, Gabriel. *De la nulidad de derecho público como inexistencia*. *Ius Publicum* n° 16 (2006), p. 91, y *De las “acciones patrimoniales” derivadas de la nulidad de derecho público*. En *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. LegalPublishing. Santiago. 2009, p. 887; Caldera Delgado, Hugo. *La nulidad del acto expropiatorio*. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción n° 182 (1987), p. 47; Jara Schnettler, Jaime. *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Editorial Libromar. Santiago. 2004; y Soto Kloss, Eduardo. *La nulidad de derecho público: su actualidad*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso n° 18 (1997), p. 347.

²¹ Se trata de una coordinación que se impone entre los artículos 7º y 76 de la Carta Fundamental, a través de la cual la institución principal comprometida es la de la *cosa juzgada*. Remitimos, para mayores detalles, a las referencias señaladas en la nota N° 16.

²² Cuya manifestación práctica más relevante es la prescriptibilidad de la acción correspondiente. La llamada “*nulidad procesal*” suele ser técnicamente un tipo de anulabilidad, teniendo tal connotación en todos aquellos casos en que sólo puede impetrarse dentro de un cierto término.

²³ *Esto es, el tipo imprescriptible e insanable de invalidez.*

Fuere como fuere, el análisis de la invalidez de los actos del Ministerio Público presupone un examen de las causales que pueden engendrar dicho efecto del ordenamiento jurídico.

2. Las causales de nulidad aplicables sobre los actos del Ministerio Público

i. La falta de investidura regular

El primero de los tipos de vicios enunciados por la Constitución Política de la República es la *falta de investidura regular*. Señala el artículo 7º inciso primero que “los órganos del Estado actúan válidamente *previa investidura regular de sus integrantes*”.

La investidura es definida por la Real Academia de la Lengua como el “carácter que se adquiere con la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades”. Para la juridicidad de esta toma de posesión del cargo, de acuerdo al expresado artículo, se requieren dos elementos fundamentales: en primer lugar, que exista una toma de posesión, y en segundo lugar, que, existiendo, haya sido regular, es decir, conforme a las reglas establecidas.

En consecuencia, el caso más patente de invalidez de los actos del Ministerio Público referido a esta causal se dará cuando *no exista investidura alguna* del supuesto fiscal o integrante. Esta hipótesis no debería presentar mayores complejidades en la práctica, dado el carácter evidente de la infracción y su difícil ocurrencia.

Por el contrario, más probable es el caso en que un sujeto, habiendo sido investido, lo haya sido *sólo de manera irregular*. Los tipos de irregularidades en la investidura son múltiples. Entre los de mayor relevancia, puede enumerarse los siguientes:

- 1) La investidura en que el acto en que se designa al fiscal *emane de autoridad que carece de atribuciones para ello por la ley*. Por ejemplo, si un fiscal adjunto fuera designado por el fiscal regional, en lugar del fiscal nacional²⁴.
- 2) La investidura efectuada *con violación de las normas procesales previstas para la asunción* en la función respectiva. Es el caso de un Fiscal Regional nombrado para el cargo sin haberse llamado jamás a concurso público previo²⁵.
- 3) La investidura de un sujeto inhábil para desempeñar el cargo, o sujeto a alguna de las incompatibilidades establecidas por la ley. Es el caso del nombramiento como fiscal adjunto de un sujeto que no fuere ciudadano con derecho a sufragio²⁶, o que fuere cónyuge de un fiscal perteneciente a la misma fiscalía²⁷.

En todos estos casos, los actos del sujeto irregularmente investido pueden ser declarados inválidos, precisamente en razón del vicio de investidura.

²⁴ Ley 19.640, artículo 41.

²⁵ Ley 19.640, artículo 29.

²⁶ Ley 19.640, artículo 42 a).

²⁷ Ley 19.640, artículo 42 d) en relación al artículo 61.

ii. La incompetencia

El segundo de los tipos de vicios enunciados por el artículo 7° de la Constitución es la incompetencia. De acuerdo a esta disposición, “los órganos del Estado actúan válidamente... *dentro de su competencia*”.

Según la Real Academia de la Lengua, la competencia es la “atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto”. La incompetencia es multiforme, dándose en diversas especies:

- 1) *Incompetencia material*. Consiste en que el órgano respectivo excede el espectro de las materias que le han sido confiadas como atribuciones, propias o delegadas.

Resulta incuestionable que estaremos ante un caso de esta naturaleza en caso de que el Ministerio Público se inmiscuyera en la esfera de atribuciones de órganos que ejercen una función estatal distinta. Así, por ejemplo, en caso de que un fiscal que se atribuyera potestades jurisdiccionales encomendadas a un juez de garantía²⁸. Es lo que en doctrina se suele denominar *usurpación de funciones*.

La mayor parte de las incompetencias, sin embargo, no significarán el ejercicio antijurídico de prerrogativas encomendadas a otros poderes estatales, sino que la vulneración de las materias que le han sido encomendadas al organismo u órgano de que se trata. En el ámbito legislativo, sería el caso de que una de las cámaras parlamentarias ejerciera atribuciones establecida respecto de la otra; y en el ámbito administrativo, si un Ministro de Estado ejerciera potestades correspondientes a las de otro Ministro.

En el espectro del Ministerio Público, resulta indispensable tener presente el artículo 5° del Código Procesal Penal, que prescribe que “las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

Esta es una de las disposiciones competenciales matrices del antedicho Código, y que repercute directamente en el ejercicio de las atribuciones de que goza el Ministerio Público, que no sólo se ve impedido de asumir potestades *tácitas o implícitas*, como todo órgano del Estado (artículo 7° inciso 2° de la Constitución), sino que, además, cualquiera de las potestades que *explícitamente* se le confieran no puede ejercerse sino en su núcleo más restrictivo. El abanico de posibilidades en este sentido es amplísimo y llama al mayor rigor en las funciones desempeñadas, cuyos excesos implicarían la nulidad de los actos correspondientes²⁹.

²⁸ Ley 19.640, artículo 1°.

²⁹ Un ejemplo de incompetencia material, correspondiente a la audiencia del juicio oral, se desprende de la errónea interpretación que se le ha atribuido en ocasiones al Art. 332 del Código Procesal Penal, cuyo texto modificado por la Ley 20.253 incorporó la expresión “en su caso” para explicitar que el asistente del fiscal puede recibir las declaraciones de testigos, “mas no la del imputado”, de acuerdo a la historia fidedigna de su establecimiento. De hecho, la atendida aseveración provino fiscal nacional en ejercicio a la época: véase el Boletín n° 4231-07, segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, indicación n° 72. Sin embargo, en ocasiones la fórmula “en su caso” no ha sido interpretado de acuerdo a lo explicado, habiendo recibido los asistentes del fiscal declaraciones de imputados: en tal caso, el asistente del fiscal es incompetente materialmente y, por lo tanto, su actuación se halla viciada.

- 2) *Incompetencia jerárquica*. Implica que el órgano del cual emana el acto ejerce potestades que, en abstracto, corresponden al organismo o servicio – en este caso, el Ministerio Público –, pero a un nivel vertical diferente. Sería el caso de un fiscal regional que solicitara a un funcionario de la Administración su participación en comisión de servicio en el Ministerio Público, por cuanto dicha atribución le ha sido conferida exclusivamente al fiscal nacional³⁰.
- 3) *Incompetencia territorial*. Consiste en que un órgano que puede ejercer sus atribuciones dentro de ciertos límites territoriales pretende ejercerlas fuera de ellos. Sería el caso de un fiscal regional que dictara instrucciones a fiscales de una fiscalía regional distinta a aquélla en que desempeña sus funciones, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 32 a) de la Ley 19.640.

iii. La violación de forma

La forma es “el conjunto de condiciones, requisitos, modalidades, solemnidades, etc., que conducen a la mejor preparación y fundamentación de la decisión que se adopte”³¹, y está prevista textualmente en el inciso primero del artículo 7° de la Constitución: “los órganos del Estado actúan válidamente... *en la forma que prescriba la ley*”³².

La forma involucra, en consecuencia, tanto el *procedimiento* que se sigue como los requisitos *formales* de los documentos en que constan las actuaciones. Las normas de procedimiento se hallan normalmente establecidas en disposiciones de rango constitucional o legal. En efecto, la propia Carta Fundamental establece en su artículo 7° que la forma no es libre, sino que se ha de respetarse “la forma *que prescribe la ley*”. Esto es una garantía de estabilidad de las normas procesales, cuya influencia sobre la declaración o constitución de situaciones jurídicas puede ser decisiva.

En el caso de Chile, la regulación de las materias de procedimiento ha sido permanentemente conferida a la ley, y establecida de manera incuestionable desde inicios del siglo XX por el *Código de Procedimiento Civil* (1902) y el *Código de Procedimiento Penal* (1906). La consolidación del rango legal que han de gozar estas disposiciones se deriva del artículo 63 de la Constitución de 1980, que establece como una de las materias de ley “las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, *procesal*, penal u otra”³³.

Establecido el hecho de que las materias procesales deben ser reguladas por normas de rango legal, cabe preguntarse qué normas, en específico, están llamadas a regular esta materia. El eje fundamental está dado por tres cuerpos normativos: la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y el Código Procesal Penal.

Atendida la naturaleza administrativa de la función desempeñada por el Ministerio Público, podría estimarse que a éste le sería aplicable la Ley 19.880, de bases de los pro-

³⁰ Ley 19.640, artículo 17 i).

³¹ Silva Bascuñán, *Alejandro*. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo VIII. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Segunda edición. 2002, p. 142.

³² Las cursivas son nuestras.

³³ Las cursivas son nuestras.

cedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Sin embargo, ha de excluirse tal posibilidad, por dos razones fundamentales.

En primer lugar, dicho organismo no se halla textualmente incluido en el artículo 2º de la Ley 19.880, que establece su ámbito de aplicación.

Y en segundo lugar, aparece de la propia historia fidedigna de la Ley 19.640 que la autonomía otorgada al Ministerio Público significa excluir, por regla general, la aplicación de la normativa que regula el funcionamiento de la Administración³⁴. En efecto, la inclusión en la Ley 19.640 de ciertos artículos que coinciden casi exactamente a disposiciones de la Ley 18.575, como el 6³⁵ 7³⁶, 8³⁷, 10³⁸ y 11³⁹, se debió justamente a la intención del legislador de no aplicar sobre el Ministerio Público las leyes generalmente aplicables a la Administración, en razón de su autonomía⁴⁰. Una de estas leyes es, precisamente, la Ley 19.880.

De lo anterior se desprende que *las normas de la Ley 19.880 referidas al tratamiento de los vicios de forma no reglan la jurisdicción de los actos del Ministerio Público*; y, por consiguiente, su marco general de regulación estaría dado por la Constitución Política de la República, la Ley 19.640, y el Código Procesal Penal.

Hay que destacar que este marco normativo, aparentemente simple, puede englobar a una gran variedad de infracciones. Enunciaremos, solo a guisa de ejemplo, tres casos de violación de forma o procedimiento susceptibles de ser llevados a cabo por el Ministerio Público.

1) La investigación de unos mismos hechos con doble RUC, atribuyéndose uno al imputado y su defensor, y otro al propio fiscal para beneficiarlo con una investigación más profunda.

Tal situación se daría, por ejemplo, si los distintos RUC responden a distintos regímenes, de tal forma que uno de ellos, que otorga menores garantías al imputado – como el del lavado de dinero – es utilizado para eludir las habilitaciones legales o judiciales que se requerirían de seguir el régimen que corresponde seguir. El Ministerio Público, invocando el artículo 185 del Código Procesal Penal, podría ulteriormente agrupar ambas investigaciones bajo un solo rótulo.

En tal caso, existe toda una línea procedimental contraria a derecho, iniciada por el acto del Ministerio Público que ha abierto la segunda investigación sin cerrar previamente la primera, violando así el criterio de unidad de la investigación. Dicho criterio es más bien un *principio* establecido, por una parte, por la Ley 19.640, artículo 1º

³⁴ Boletín N° 2152-07. Segundo trámite constitucional, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, pp. 2-3.

³⁵ Ley 18.575, artículos 5º y 8º inciso 2º.

³⁶ Ley 18.575, artículo 11.

³⁷ Ley 18.575, artículo 13.

³⁸ Ley 18.575, artículo 16 inciso 2º.

³⁹ Ley 18.575, artículo 18 inciso 1º.

⁴⁰ Boletín N° 2152-07. Segundo trámite constitucional, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, pp. 3-9.

(al preceptuar que la misión del Ministerio Público “es dirigir en forma exclusiva la investigación...”) y artículo 6° inciso 2° (“Los fiscales deberán cumplir sus cometidos... evitando la duplicación... de funciones”); y por otra parte, por el Código Procesal Penal, a través de la expresión “única persecución” que encabeza su artículo 1°, y que reitera en el cuerpo de dicha norma al señalar que “toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público...”.

La nulidad del acto que abre la línea ilegal de investigación puede tener consecuencias muy importantes. Por una parte, las diligencias practicadas bajo el régimen del RUC ilegal son inválidas, por falta del acto que les da sustento; y si el Ministerio Público invoca que dichas diligencias correspondían al RUC lícito, el juez deberá considerarlas bajo todo respecto como inválidas, pues el Ministerio Público se estaría aprovechando de su propia torpeza, violando la máxima jurídica “*nemo auditor propriam turpitudinem allegans*”⁴¹ (literalmente, “nadie puede ser escuchado al alegar su propia torpeza”)⁴².

2) La investigación dirigida respecto de varios imputados, y en que el Ministerio Público abre varios RUC a fin de investigarlos separadamente, de modo de que, en lugar de presentarlos como co-imputados – que sería lo pertinente – los presentase como testigos para obtener ventajas procedimentales.

En este caso, tal como en el anterior, se vulneraría la unidad de la investigación establecida en el artículo 1° del Código Procesal Penal. El RUC lícito sería el primero, por lo que las tramitaciones derivadas de los RUC complementarios adolecerían de invalidez.

3) La aplicación de métodos prohibidos de investigación o interrogación, en aplicación del artículo 195 del Código Procesal Penal. En tal situación, no sólo se viola esta disposición legal, sino también la noción de “investigación racional y justa” prescrita en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Carta Fundamental.

Las diligencias que se practiquen transgrediendo la disposición antedicha son nulas. Esta nulidad va aparejada de una total ineficacia en el proceso, en el sentido de que cualquier elemento que se desprenda de las diligencias carece de todo efecto probatorio.

iv. La violación de ley

Esta categoría de vicios abarca las infracciones de carácter sustancial, es decir, de fondo o de contenido, que consten en algún pretendido acto del Ministerio Público.

Si bien esta terminología específica no aparece en el inciso primero del artículo 7° de la Constitución, la causal puede fundarse en (1) el término *competencia*, (2) el término *forma* y (3) la *autoridad o derechos* prevista en el inciso segundo de dicho artículo.

⁴¹ Literalmente, “nadie puede ser escuchado al alegar su propia torpeza”.

⁴² O bien “de su propia astucia”, visto desde una perspectiva más coloquial. Como quiera que sea, se trata de una situación de incidencia práctica muy considerable que ya ha sido examinada por los tribunales de justicia. Véase, por ejemplo, la causa RUC 1000544602-9, RIT 9075-2010, en la que, en la audiencia de preparación del juicio oral, el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, en la que el tribunal acoge la nulidad de derecho público solicitada por la defensa en razón de que se trataba de los mismos hechos formalizados previamente en la causa RUC 1000226439-6, RIT 3863-2010, violando el principio de la única persecución. La consecuencia jurídica de la declaración de nulidad fue, por cierto, que el tribunal dejó sin efecto todo lo obrado en la segunda causa.

Por ello es que la propia Corte Suprema ha integrado esta categoría dentro del ámbito de la nulidad⁴³.

Son casos de esta especie:

1) *El contenido intrínsecamente contradictorio de una formalización efectuada por el Ministerio Público*. Así, por ejemplo, si se sostuviese, simultáneamente, que el imputado ingresó a un domicilio, y luego se señalara que no ingresó a él; o bien si se adujese que el imputado no logró ingresar a un domicilio, a pesar de haber utilizado ciertos elementos como instrumentos del delito, y luego que se señalara que dichos elementos provenían del interior del domicilio, siendo por consiguiente efectos del delito⁴⁴. Todas dichas afirmaciones son contradictorias *per se*, y habilitan derechamente a pedir la declaración de nulidad del acto de formalización, a más del reclamo por formalización arbitraria previsto en el artículo 232 inciso 3° del Código de Procedimiento Penal.

2) *La reapertura, con nuevos RUC y RIT, de investigaciones cerradas mediante una decisión de no perseverar emitida por el Ministerio Público*⁴⁵. Como la *reapertura* implica *per se* una continuidad respecto de la investigación desencadenada por la *apertura* original, ella debe ser correspondida con la utilización de los mismos RUC y RIT ya existentes⁴⁶.

Este caso es particularmente interesante, pues en él confluyen diversos tipos de vicios, sin perjuicio de que el de procedimiento sea el más visible. Es así como se conjuga una triple antijuridicidad, compuesta simultáneamente de *incompetencia*, *violación de ley* y *violación de procedimiento*, de la siguiente manera:

- i) El Ministerio Público es *incompetente* para disponer la *apertura* de una investigación que ya fue abierta; sólo puede *reabrirla*⁴⁷.
- ii) El Ministerio Público *viola la ley* al emitir un acto administrativo de *reapertura* cuyo contenido dispone nuevos RUC y RIT pues, en realidad, dicho acto tiene por contenido una *apertura*, que es lógicamente incompatible con el concepto de *reapertura*. Tal práctica vulnera la unidad de la persecución, propiciando la infracción del non

⁴³ Véase el fallo CS, 1° de junio de 2012, *Ovalle Lecaros*, rol N° 5225-2009.

⁴⁴ Ello no debe sorprender, pues situaciones análogas a la descrita han podido constatarse en nuestra jurisprudencia. Véase, por ejemplo, la causa RUC 0500335741-6, en que el fiscal formuló una formalización contradictoria, tanto en sí misma como en relación con los hechos que constaban del control de detención del imputado.

⁴⁵ Sobre la decisión de no perseverar, véase TC, 15 de abril de 2010, rol n° 1341-2009, considerandos cuadragésimoquinto a sexagesimotercero.

⁴⁶ Y ello en el entendido en que dicha *reapertura* procediere. Respecto de la cuestionable aplicación de este mecanismo, véase principalmente HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile. 2002, tomo I, p. 587.

⁴⁷ En el propio instructivo 133-2010, p. 70, el Ministerio Público invoca términos que apuntan necesariamente a una continuación de algo anterior: "reiniciar", "reanudar", "reactivar". Véase también ORELLANA SOLARI, Nicolás. *Comentarios sobre la procedencia de comunicar la decisión de no perseverar por parte del Ministerio Público, sin que la investigación esté cerrada y formalizada de acuerdo a lo establecido en el artículo 229 del Código Procesal Penal chileno*. *Ars Boni et Aequi* N° 5, p. 57, esp. p. 60.

bis in idem e incitando la aparición del doble riesgo que el derecho comprado se ha empeñado en preescribir⁴⁸.

- iii) El Ministerio Público viola la estructura procedimental al crear un procedimiento que no está contemplado en la ley procesal penal. Esta *violación de procedimiento* puede desencadenar severas consecuencias, pues el acto de reapertura frecuentemente habrá dado origen a una serie posterior de actos de investigación cuya invalidez podría, y debería, ser declarada.

v. La desviación de poder

Este vicio consiste en la utilización de una cierta atribución en miras de una finalidad distinta a aquélla por la cual la potestad ha sido conferida. No se encuentra dispuesta literalmente en el artículo séptimo; empero, puede incorporarse en el régimen de los actos administrativos a través de los mismos términos indicados para la violación de ley: *competencia, forma*, y la fórmula *autoridad o derechos*. Y, en efecto, la Corte Suprema ha incorporado a este vicio como una de las causas de nulidad de derecho público⁴⁹.

Por su propia naturaleza, se trata del tipo de vicio más difícil de probar, pues la finalidad es muchas veces implícita y no aparece sino de circunstancias de la actividad del órgano público. Pero su rol puede ser muy significativo. Analicemos dos ejemplos.

1) En primer lugar, puede darse que el fiscal *ejerza en beneficio o interés propio* la atribución general de realizar por sí mismo las diligencias de investigación que considerare conducentes al esclarecimiento de los hechos⁵⁰. Ordenada por el fiscal *competente*, según las *formalidades* previstas por la ley, una determinada diligencia de investigación cuyo *contenido* es conforme a derecho, podría darse el caso que la *finalidad* del fiscal no fuera esclarecer los hechos de la investigación respectiva, sino obtener información en beneficio propio. Aun no existiendo irregularidades en los otros elementos del acto administrativo, existe desviación de poder porque la potestad del fiscal para ordenar diligencias de investigación no está establecida con el objeto de beneficiarlo personalmente, infringiendo además la norma constitucional del artículo 1º inciso 4º que prescribe que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”.

2) También habría desviación de poder *en caso de que un fiscal ejerciera sus poderes para beneficiar* ilícitamente al imputado. Es, por ejemplo, el caso en que dictara una decisión de no perseverar invocando el hecho de no haber reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación⁵¹, en circunstancias que dicha carencia se hubiera dado intencionalmente para favorecer al imputado con quien tenía una cercana relación personal.

⁴⁸ En derecho anglosajón, por ejemplo, bajo la denominación de *double jeopardy*, que designa literalmente dicho doble riesgo.

⁴⁹ CS, 1º de junio de 2012, *Ovalle Lecaros*, rol n° 5225-2009. E incluso subclasificándola, véase CS, 6 de mayo de 2011, *Yáñez Polizzi*, rol N° 1344-2011.

⁵⁰ Código Procesal Penal, artículo 180 inciso 1º, en correspondencia, además con el artículo 3º de la Ley N° 19.640.

⁵¹ Código Procesal Penal, artículo 248 inciso primero, letra c).

Así, desde el punto de vista *disciplinario*, ello podría acarrear responsabilidad del fiscal⁵²; pero desde el punto de vista de la *validez del acto jurídico*, la finalidad del acto en que se decide no perseverar se habrá visto distorsionada, afectando la legalidad del acto. Ello es de toda lógica, pues la decisión de no perseverar ha sido prevista por el ordenamiento jurídico como un medio para poner fin a una investigación cuya mayor extensión violaría las garantías del debido proceso, y no para beneficiar arbitrariamente a un imputado, infringiendo la finalidad que el Ministerio Público está llamado a desempeñar en el contexto institucional⁵³.

C. La sujeción a control de los actos antijurídicos emanados del Ministerio Público

Examinado el marco sustantivo aplicable sobre los actos del Ministerio Público que infrinjan el principio de juridicidad, corresponde identificar mecanismos procesales útiles para declarar oportunamente su nulidad. En este sentido, se impone en el contexto constitucional chileno la necesidad de la existencia de un régimen de impugnación de los actos del Ministerio Público (1), cuya concreción deberá atender al hecho de que las vías dispuestas a través de recursos habitualmente reconocidos, como los de nulidad o revisión, son insuficientes para resguardar el debido proceso de manera íntegra y oportuna, debiendo ser complementadas con mecanismos que conciernan directamente la legalidad de los actos del Ministerio Público, como el *incidente de nulidad de derecho público* y la *cautela de garantías* (2).

1. La necesidad de un régimen de impugnación de los actos del Ministerio Público

A primera vista, podría pensarse que las normas del Código Procesal Penal que rigen la nulidad procesal, contenidas en sus artículos 159 a 165, serían aplicables sobre los casos de invalidez de los actos del Ministerio Público.

Sin embargo, el tenor literal del artículo 159 contradice abiertamente esta posición, al disponer que “sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias *judiciales* defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”⁵⁴.

Ello es reforzado por la historia de la ley, ya que el vocablo “judiciales” no existía en el proyecto original, y fue insertado posteriormente, con expresa mención de que la nulidad procesal “sólo se aplica a las actuaciones judiciales, y no a las diligencias realizadas por el ministerio público”⁵⁵.

⁵² Ley 19.640, artículo 45.

⁵³ Artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política de la República; artículo 3º de la Ley 19.640; artículo 180 inciso 1º del Código Procesal Penal.

⁵⁴ Las cursivas son nuestras.

⁵⁵ Boletín N° 1630-07. Segundo trámite constitucional, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p. 220.

De lo anterior debe concluirse categóricamente que las normas dispuestas en el Código Procesal Penal sobre la nulidad procesal (artículos 159 a 165) *no son aplicables a los actos del Ministerio Público*.

Ello, sin embargo, no significa que dichos actos sean inimpugnables, por las siguientes razones:

1) *Derecho a la acción*. Establecida la sujeción a la legalidad de tales actos en los términos expresados en los puntos (A) y (B) de este informe, la denegación de una acción que persiga la declaración de la nulidad sería contraria al artículo 19 N° 3 de la Constitución, por cuanto se estaría afectando la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de las personas.

En efecto, por ello es que de la propia historia fidedigna de la ley aparece que “el sentido de la nulidad ‘procesal’ es el de nulidad ‘jurisdiccional’... Otro tema distinto es la nulidad de derecho público, que regulan los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República”⁵⁶. El legislador, a través de estas expresiones, sostiene claramente que el establecimiento de la nulidad procesal, aplicable sobre las actuaciones judiciales, *no obsta a la aplicación de la nulidad de derecho público sobre las actuaciones que no se hallen regidas por la nulidad procesal*.

2) *Igualdad ante la ley*. Como ya se había anticipado en este informe, de sostenerse que la legalidad de la actividad del Ministerio Público es inimpugnable, se estaría consolidando un “grupo privilegiado” en los términos del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

En efecto, en el régimen chileno del Estado de Derecho, la actividad de los órganos del Estado *está sujeta a control*, se trate de órganos en ejercicio de atribuciones administrativas, legislativas, judiciales, electorales, contraloras, y de cualquier otra naturaleza. La inimpugnabilidad de los actos del Ministerio Público consagraría una suerte de inviolabilidad general de su actividad que se impondría como una diferencia arbitraria que *ni la ley ni autoridad alguna* podría establecer, de acuerdo al inciso segundo de este mismo numeral de la Carta Fundamental.

En síntesis, la impugnabilidad de los actos del Ministerio Público aparece como una necesidad derivada del contexto constitucional e institucional de nuestro Estado de Derecho.

2. La concreción de un régimen de impugnación de los actos del Ministerio Público

Cabe aún determinar de qué forma la mencionada impugnabilidad se puede materializar sobre la base del régimen jurídico del Ministerio Público y, en general, del ámbito más amplio concerniente al proceso penal.

Una primera posición consistiría en sostener que el “autocontrol” del Ministerio Público que aparece del artículo 32 de la Ley 19.640 satisfaría las necesidades institucionales de respeto de la legalidad. Dicha posición no nos parece razonable, pues

⁵⁶ Bolefín N° 1630-07. Segundo trámite constitucional, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p. 152.

el control jerárquico interno en las diversas funciones estatales no impide el control jurisdiccional que pueda ejercerse sobre los actos correspondientes⁵⁷. De hecho, este argumento contravendría en lo sustancial las garantías de *derecho a la acción* y de *igualdad ante la ley* graficadas en el apartado anterior, por lo que implicaría defender una solución inconstitucional.

Por ello es que el propio Tribunal Constitucional ha considerado que el Ministerio Público está sujeto a control aun en el ejercicio de elementos discrecionales: “El fiscal, al tener la dirección exclusiva de la investigación, puede ejercer ciertas facultades de manera discrecional. Sin embargo, esa discrecionalidad debe estar sujeta a un control que verifique que ésta no se esté ejerciendo de un modo arbitrario”⁵⁸.

En consecuencia, es forzoso concluir que el régimen de impugnación de los actos del Ministerio Público *no puede agotarse* con las reclamaciones jerárquicas o administrativas ejercidas en el seno de dicho organismo.

Una segunda posición se fundaría sobre el hecho que la impugnabilidad se hallaría satisfecha con los mecanismos *específicos* previstos en el proceso penal, como el sobreseimiento definitivo, la exclusión de pruebas, el recurso de nulidad y la revisión de sentencias firmes (respectivamente, artículos 250, 276, 373 y 473 del Código Procesal Penal).

La importancia de dichos mecanismos es irredargüible. Sin embargo, el hecho de restringir a ellos el control de la legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público se ve enfrentado a dos inconvenientes fundamentales.

En primer lugar, ellos adquieren relevancia *sólo en la medida en que el avance del procedimiento permita su aplicación*. En múltiples oportunidades, las investigaciones no llegan jamás a la etapa que permite el mecanismo *específico* de control de legalidad.

Pero, en segundo lugar, aunque el procedimiento avance hasta la etapa respectiva, de todas formas pueden producirse consecuencias perniciosas si se entendiera que la reclamación sólo sería posible con los mecanismos específicos. En efecto, es posible que la dilación en la declaración de nulidad del acto, al esperar la intervención del mecanismo especial, *engendre una indefensión* que no pueda ser reparada con la intervención del mecanismo respectivo. En otros términos, la protección de la esfera jurídica del imputado se verá alterada por una *falta de oportunidad en el resguardo de la legalidad*.

Ambos argumentos – tanto el de incertidumbre acerca de si el procedimiento llegará hasta la etapa respectiva, como el de indefensión por falta de oportunidad en el control – hacen que la existencia de mecanismos procesales específicos para el control de legalidad sea útil pero insuficiente.

Por ello es menester encontrar una tercera posición. A juicio de este informante, la única solución que permite la promoción del cumplimiento de los objetivos de la in-

⁵⁷ En el ámbito del Ministerio Público, ello ha sido explicado con claridad, aunque de forma relativamente restringida, por Schürmann Opazo, Miguel. *El control de la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación*. En Gaceta Jurídica n° 376 (2011) p. 14, *passim*.

⁵⁸ TC, 15 de abril de 2010, rol N° 1341-2009, considerando decimotercero. Véase también TC, 18 de mayo de 2010, rol N° 1404-2009, considerando decimooctavo; y TC, 13 de julio de 2010, rol N° 1394-2009, considerando vigésimo.

vestigación del Ministerio Público, de las finalidades del proceso penal, y el resguardo debido de los derechos de las personas, es la *existencia de mecanismos oportunos de alcance general que tengan por objeto las actuaciones antijurídicas en la actuación del Ministerio Público*.

En el marco del procedimiento penal chileno, estos mecanismos generales son dos: el incidente de nulidad de derecho público, y la cautela de garantías.

1) *El incidente de nulidad de derecho público*. Se trata de una cuestión accesoria destinada a declarar la validez o nulidad de un acto del Ministerio Público en razón de su conformidad o disconformidad a Derecho.

Dicho incidente halla un primer anclaje a nivel *constitucional*: la coordinación de los artículos 6° y 7° de la Constitución, referidos al principio de juridicidad; el artículo 76 de la Carta Fundamental, que establece la plenitud jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, la que garantiza que un conflicto de relevancia jurídica no podrá dejar de ser examinado por los tribunales establecidos por la ley; y el artículo 19 N° 3, que prescribe la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, y que no puede sino conducir al reconocimiento de una acción que permita reclamar de una actuación supuestamente antijurídica del Ministerio Público a cualquier persona que se estime afectada por ella.

Lo anterior encuentra correspondencias directas a nivel *legal*. En el artículo 7° del Código Procesal Penal se ha establecido, en beneficio del imputado, un derecho general destinado a exigir el cumplimiento *oportuno* de las garantías establecidas en su beneficio, al prescribirse que "las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, *podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia*"⁵⁹.

Ha de notarse que este precepto no sólo reconoce el derecho a ejercer la reclamación correspondiente, sino que también describe a partir de cuándo y hasta cuándo dicho derecho puede ser ejercido: inequívocamente se expresa que ello se extiende desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia. En otras palabras, el incidente de nulidad de derecho público puede plantearse *en cualquier momento del proceso*⁶⁰.

⁵⁹ Las cursivas son nuestras.

⁶⁰ Pero, tal como ya se planteó en el punto B.1, podrían darse restricciones fundadas en la noción de jurisdicción, que, *sin poder transformar jamás a los actos en inimpugnables*, impusieran un plazo de prescripción de la acción correspondiente. En tales casos, el incidente podría plantearse en cualquier etapa del proceso, pero sólo dentro de un cierto plazo desde la dictación del acto que se pretende impugnar (así, se trataría en estricto rigor técnico de un *incidente de anulabilidad*, fundado en la coordinación de los artículos 6°, 7°, 19 N° 2, 19 N° 3 y 76 de la Carta Fundamental). El caso más manifiesto es el de una investigación de la que finalmente resultara una sentencia definitiva de término. La aplicación de la cosa juzgada cerraría la posibilidad de recurrir contra la sentencia, y por cierto obstaría a impugnar un acto investigativo por vía incidental. Por el contrario, si el proceso se hubiera perpetuado en la etapa de investigación, no se ve por qué habría de imponerse un plazo de prescripción a la acción incidental de nulidad de derecho público, pues la naturaleza de la actuación seguiría siendo administrativa y la noción de jurisdicción aún no tendría la influencia antes descrita.

La tramitación incidental está prevista, en abstracto, para todo el procedimiento penal, sobre la base de la coordinación de los artículos 52 del Código de Procesal Penal y 82 del Código de Procedimiento Civil⁶¹, y se corresponde en concreto con la naturaleza de la declaración de nulidad. En efecto, ésta es incidental tanto respecto de las actuaciones judiciales penales (artículo 161 del Código Procesal Penal) como de las actuaciones del procedimiento civil (artículo 83 del Código de Procedimiento Civil).

En cuanto a la titularidad activa, se puede sostener que el incidente puede plantearse por el imputado, según el tenor literal del artículo 8º, y también por el defensor, de acuerdo al artículo 104 del Código Procesal Penal: “El defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley le reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal”. No existiendo una reserva específica establecida por la ley en esta materia, resulta palmario que tanto el imputado como el defensor pueden plantear el incidente correspondiente.

Los modos y oportunidades procesales de plantearlo se derivan de la naturaleza misma del procedimiento. Por una parte, podrá solicitarse al tribunal una audiencia cuyo objeto específico sea el de examinar la reclamación incidental de nulidad de derecho público de una o más actuaciones del Ministerio Público. Y por otra parte, podrá también plantearse el incidente de nulidad con ocasión de otra audiencia que se llevare a cabo⁶².

El artículo 8º del Código Procesal Penal reafirma lo expresado anteriormente, al señalar que “*El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos*, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, *salvas las excepciones expresamente previstas en este Código*”⁶³. Aparece claramente de la expresión “planteamientos y alegaciones que considerare oportunos” que el régimen de reclamaciones no puede entenderse de manera rígida, y justamente una pretensión tan importante como la de declaración de nulidad de un acto del Ministerio Público que le afecta debe entenderse como una de las principales que se puede hacer conocer al tribunal.

Y dado que el Código Procesal Penal no prevé ninguna excepción expresa respecto de la impugnabilidad de los actos del Ministerio Público, y mucho menos una excepción expresa respecto de la posibilidad de todo imputado de reclamar la declaración de nulidad de tales actos, ha de concluirse en definitiva *que la jurisdicción penal es plenamente competente para el conocimiento y juzgamiento de los incidentes de nulidad de derecho público*.

La consecuencia fundamental de la declaración de nulidad de un acto del Ministerio Público es su ineficacia en cualquier etapa del procedimiento penal que se sigue. Por ejemplo, si el acto hubiera tenido relación con una diligencia probatoria, el propio Código Procesal Penal señala en su artículo 334 inciso 2º que son totalmente irrelevantes

⁶¹ A más, naturalmente, de las disposiciones específicas que, siguiendo la coordinación antedicha de los artículos 52 del Código Procesal Penal y 82 del Código de Procedimiento Civil, recogen la tramitación incidental en diversas materias u oportunidades específicas, como los artículos 45 y 290 del Código Procesal Penal.

⁶² Por ejemplo, la audiencia de amparo ante el juez de garantía, establecida en el artículo 95 de Código Penal Procesal Penal, y la audiencia de control de detención, prevista en el artículo 132 de dicho cuerpo legislativo.

⁶³ Las cursivas son nuestras.

en el proceso las “actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas”, no pudiendo incorporárseles como medio de prueba, y ni siquiera dárseles lectura en juicio. Igual criterio se halla prescrito en el artículo 276 del referido Código, en relación a la audiencia de preparación del juicio oral.

De hecho, estos dos artículos confirman la existencia de una vía incidental para la declaración de nulidad de derecho público. Teniendo en cuenta que, según el artículo 180 del Código Procesal Penal, “los fiscales dirigirán la investigación y *podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos*”, de no aceptarse el incidente de nulidad de derecho público se cercenaría la operatividad general del artículo 334 inciso 2°. Ello porque de acuerdo al artículo 159 del Código Procesal Penal sólo pueden declararse nulas las diligencias *judiciales*, calificación en la cual no entran las actuaciones del Ministerio Público. Si no pudieran declararse nulas las actuaciones del Ministerio Público, no entrarían en el presupuesto señalado por los artículos 276 y 334 del antedicho cuerpo legal (“declaradas nulas”), dándose el absurdo de que podrían excluirse las pruebas emanadas de actividad judicial, pero no las que emanaren de la actividad del Ministerio Público. Dicha conclusión parece inaceptable, y es fácilmente remediable con el reconocimiento de la existencia del incidente de nulidad de derecho público dirigido en contra de los actos del Ministerio Público⁶⁴, lo que ha sido confirmado por los tribunales de la República⁶⁵.

2) *La cautela de garantías*. El artículo 10 del Código Procesal Penal dispone que “en cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”.

La impugnación de la legalidad de los actos del Ministerio Público constituye un caso representativo del ejercicio del *derecho a una investigación racional y justa*, establecido

⁶⁴ Podría argüirse que, aunque no se pudiera declarar la nulidad, podría llegar a excluirse la prueba en razón de que ésta habría cumplido la otra hipótesis prescrita por dichos artículos: la “inobservancia de garantías fundamentales”. Esta solución, aparentemente razonable, es aun más absurda que la anterior, *pues implicaría asumir que actos que violan los derechos fundamentales son considerados como válidos por el ordenamiento jurídico*. Tal conclusión no tiene cabida en el marco constitucional, de acuerdo a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, y repugna al criterio jurídico, por lo que debe ser desechada. Por consiguiente, esta objeción reafirma el hecho de que la única solución que permite establecer una juridicidad razonable en el régimen procesal penal es la de aceptar la existencia de un incidente de nulidad de derecho público contra los actos cuya naturaleza no sea judicial, como los actos del Ministerio Público.

⁶⁵ A más de las precitadas causas RUC 0500335741-6 (contradicción entre antecedentes de la causa y la formalización, y de la formalización en sí) y RUC 1000544602-9 (doble persecución) véase, recientemente, la causa RUC 1200492990-8, RIT 7110-2012, en la cual el juez, con fecha 3 de octubre de 2012, declaró la nulidad de derecho público de actuaciones realizadas de oficio por la Fiscalía sobre la imputada, y de las que se obtuvo peritajes e informes del Servicio Médico Legal. La consecuencia jurídica era esperable: el tribunal, con fecha 23 de enero de 2013, declaró la exclusión de la prueba por provenir de una diligencia declarada nula. Esta resolución fue confirmada por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago el día 11 de marzo de 2013 (Rol Ingreso 267-2013).

en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Carta Fundamental. Siéndoles atribuida a los jueces de garantía la potestad de “asegurar los derechos del imputado”, y contándose dentro de éstos en primera línea los derechos fundamentales contenidos en el artículo 19 de la Constitución, queda establecida la competencia de dichos jueces para conocer, durante la investigación, de los planteamientos y alegaciones de los imputados, destinados a impugnar los actos del Ministerio Público que, violando la juridicidad, atentaren contra la garantía de una investigación racional y justa.

En efecto, de la historia fidedigna de la ley aparece que este mecanismo surgió precisamente como una salvaguardia de carácter general para garantizar un debido proceso⁶⁶. Al referirse, por ejemplo, al caso de los sordomudos, se sostuvo que “si bien tales derechos [justo y racional procedimiento, derecho de defensa] están suficientemente perfilados, era preciso establecer un mecanismo expedito que permita hacerlos efectivos, ya que, de otra forma, si no se aplicasen las disposiciones previstas para quienes caen en enajenación durante el procedimiento, *los derechos sólo podrían ejercerse al término de éste...* lo que resulta desde todo punto de vista inconveniente”⁶⁷.

Como se ha explicado anteriormente, el ámbito de los actos del Ministerio Público es justamente uno de los que se muestra particularmente proclive a una *falta de oportunidad en el control de las ilegalidades*. El caso más notorio es el de los actos que se dictan por este organismo en la etapa investigativa, por cuanto se ha visto que la nulidad procesal no les es aplicable y que los otros mecanismos de protección de la juridicidad – como el recurso de nulidad o la revisión – intervienen en etapas ulteriores del procedimiento. Existe un claro riesgo de producir un perjuicio irreparable que tenga origen en esta dilación para conocer de la ilegalidad del acto correspondiente, y que este perjuicio se halle asociado a una violación de las garantías fundamentales reconocidas en el ordenamiento jurídico chileno⁶⁸.

Es importante subrayar la amplitud atribuida al rol del juez en este ámbito. El juez de garantía puede adoptar cualquier *medida necesaria* para permitir el ejercicio de las garantías judiciales. En el ámbito de la legalidad de los actos del Ministerio Público, dicha medida necesaria apuntará a dejar sin efecto las actuaciones practicadas que atentaren contra derechos fundamentales, de forma de restablecer el imperio del Derecho.

Una manifestación de esta ineficacia se halla en el artículo 334 inciso 2° del Código Procesal Penal, que prescribe que carecen de valor probatorio y ni siquiera pueden ser leídas las “actas o documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias... en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”.

En cuanto a la titularidad activa de la cautela de garantías, el artículo 10 del Código Procesal Penal establece que el juez puede ejercerla de oficio, sin perjuicio de proceder también a petición de parte, entendiéndose por tal tanto el imputado como el defensor, en aplicación del artículo 104 del mencionado cuerpo legal.

⁶⁶ SCHÜRMANN OPAZO, Miguel. Op. cit., p. 22.

⁶⁷ Boletín N° 1630-07. Segundo trámite constitucional, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Discusión particular, Art. 9°.

⁶⁸ Schürmann Opazo, Miguel. Op. cit., p. 22, se muestra particularmente severo en este sentido: “El rol institucional del Ministerio Público lo pone en tensión permanente con los derechos que le asisten al imputado y a su defensa”.

Al ejercer esta cautela de garantías, el juez deberá ejercer un control inspirado por el principio *pro reo*. El Código Procesal Penal ha subrayado celosamente a través de su artículo 5° que cualquier competencia que implique restricción de libertad, derechos o ejercicio de cualquier facultad del imputado ha de interpretarse *restrictivamente*, prohibiéndose su aplicación analógica. En este espectro, gozan de particular relevancia los efectos que la actividad del Ministerio Público puede producir sobre el imputado, por su propensión a asumir connotaciones restrictivas.

Parece pertinente cerrar esta sección señalando una característica común a los dos medios procesales invocados: tanto en el incidente de nulidad de derecho público como en la cautela de garantías opera la *nulidad (o ineficacia) consecuencial* de los actos posteriores o dependientes de aquel sobre que versó la declaración de nulidad (o ineficacia).

A pesar de no existir una disposición legal que rijan específicamente esta situación respecto de los actos del Ministerio Público, se trata de una conclusión de la que no podrá escapar, a nuestro juicio, la jurisprudencia. En efecto, se trata del criterio adoptado por el Código Procesal Penal respecto del régimen de nulidad que se reguló más pormenorizadamente, el de las actuaciones o diligencias judiciales: “La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren”⁶⁹. A mayor abundamiento, el mismo criterio se ha seguido en las ramas del Derecho que más han profundizado en la cuestión: el derecho civil⁷⁰ y el derecho administrativo⁷¹.

⁶⁹ Código Procesal Penal, artículo 165 inciso 1°.

⁷⁰ Código Civil, artículos 1687 y 1689.

⁷¹ V. gr., CS, 24 de marzo de 1998, *Bellolio*, RDJ t. 95 (1998) s. I, p. 23; CS, 5 de abril de 2005, *Villalobos Delpiano*, rol N° 710-2005. Véase también en doctrina Bernaschina González, Mario. *Manual de derecho constitucional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1951, p. 271.

II. Conclusiones

De lo expuesto se pueden las siguientes conclusiones fundamentales:

- 1) El Ministerio Público está sometido al principio constitucional de juridicidad (A.1).
- 2) La autonomía del Ministerio Público no significa, de ningún modo, una excepción ni atenuación al principio de juridicidad (A.2).
- 3) Los actos del Ministerio Público que violan el principio de juridicidad son nulos. Sin embargo, en los casos en que la noción de jurisdicción establecida en el artículo 76 de la Carta Fundamental se viera comprometida con la aplicación de la nulidad, los actos respectivos, sin dejar de ser impugnables, lo serían dentro de un cierto plazo, siendo procedente una anulabilidad en razón de la coordinación de los artículos 7° y 76 de la Constitución (B.1).
- 4) La nulidad de los actos del Ministerio Público puede emanar de distintos tipos de infracciones: (1) *falta de investidura regular*, (2) *incompetencia*, (3) *violación de forma o procedimiento*, (4) *violación de ley* y (5) *desviación de poder* (B.2).
- 5) La impugnabilidad de los actos del Ministerio Público que violan el principio de juridicidad es esencial para el resguardo del Estado de Derecho, y se desprende de las garantías constitucionales de *igualdad ante la ley* (19 N° 2) y de *igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos* (19 N° 3) (C.1).
- 6) Los mecanismos concretos que permiten la impugnación de los actos del Ministerio Público en el procedimiento penal, y principalmente en su vertiente investigativa, son dos: el *incidente de nulidad de derecho público* y la *cautela de garantías*. Ambos complementan el régimen de recursos procesales penales y se desprenden de disposiciones tanto constitucionales como legales (C.2).
- 7) En síntesis, el procedimiento penal chileno, de conformidad a los artículos 19 N° 3 de la Constitución, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sólo debe garantizar un *justo y racional procedimiento*, sino también una *investigación racional y justa*; la impugnabilidad de los actos del Ministerio Público, y en particular de sus actos investigativos, constituye un mecanismo privilegiado de garantía de dichos principios, asegurando la sujeción a control de todos los órganos del Estado, la protección de los derechos de las personas y la unidad del ordenamiento jurídico.

III. Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ

La Unidad Regional de Estudios de la Defensoría Metropolitana Sur ha solicitado a quien suscribe su opinión en Derecho acerca de los alcances del delito de producción de material pornográfico infantil, contemplado en el artículo 366 *quinquies* del Código Penal; del delito de favorecimiento a la prostitución, dispuesto en el artículo 367 del Código punitivo y del delito de obtención de servicios sexuales —también delito de favorecimiento de la prostitución impropio—, regulado en el artículo 367 *ter* del mismo cuerpo legal. Concretamente determinar cuáles son los bienes jurídicos protegidos, sus conductas típicas y si eventualmente cabe apreciar un concurso aparente de leyes.

1. Breve examen a las reglas de interpretación

Antes de examinar particularmente las figuras recién individualizadas, quisiera brevemente referirme a ciertas reglas de hermenéutica que nos permitirá otorgar mayor sentido a lo que se expondrá *infra*.

Como es dable suponer, un eficaz trabajo interpretativo no debe estimarse completo si éste se limita a precisar el significado lingüístico de una determinada norma, desde una perspectiva únicamente descriptiva o detenerse a consideraciones estrictamente literales. Por el contrario, resulta esencial además extraer el objeto de protección que se pretende con el establecimiento de una ley; es decir, no es suficiente para comprender una norma limitarse exclusivamente a sus palabras

—a consideraciones de carácter literal—, sino que además, debemos escudriñar cuál es su *telos*, su fin de protección.

Es indudable que todo intérprete debe tener como punto de partida consideraciones de carácter gramatical, en cuanto a remitirnos a los términos empleados en la ley, pues ello permitirá precisar el contexto en el que ha de actuar quien realizará la tarea interpretativa¹. Sin embargo, surge la pregunta ¿será suficiente una referencia al lenguaje común, incluso tratándose de aquellas expresiones aparentemente claras? La respuesta es no. Y es que en el lenguaje corriente no es infrecuente encontrar espacios semánticos “abiertos” que requieren de precisión, esto es, se está frente a “estructuras abiertas” en las que existen esferas de imprecisión y ambigüedad². Además de lo anterior, al tener las conductas especificadas en los preceptos típicos, un contenido más *adscriptivo* que *descriptivo*, esto es, más de atribuir responsabilidad que de describir una conducta — desde una perspectiva fáctica—³, se requiere de un proceso valorativo que nos permita determinar el contenido de aquello que se *atribuye*.

Si bien queda claro que no deben sobrepasarse los límites que puede imponer dicho marco lingüístico, atendiendo el principio de legalidad, sí debe precisarse el contenido de su significado. Para ello, se debe recurrir a determinados criterios interpretativos.

- a) *Sistemático*: Las disposiciones penales no se agrupan desordenadamente, sino que éstas responden a una lógica dentro de un sistema jurídico. Por lo anterior, a fin de precisar el sentido y alcance de la norma debe tomarse en consideración dónde se ubica el precepto examinado —su contexto— atendiendo cuál es el bien jurídico protegido. Tal como señala el artículo 22 del Código Civil las normas deben ser interpretadas de manera que existan entre todas ellas la *debida correspondencia y armonía*⁴. El criterio sistemático debe ser entendido como una herramienta hermenéutica dirigida a permitir una unidad conceptual y de armonizar sus distintas partes dentro un todo⁵. Como se expuso, las disposiciones penales no pueden ni deben ser interpretadas de forma aislada y separada sino que dentro del contexto en que se hallan⁶.

¹ Al respecto, CURY URZÚA, *Derecho penal, Parte General*, 7° ed., Santiago, 2005, p.193.

² Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, (trad. F. Muñoz Conde/L. Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 221 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 130-133; MATUS ACUÑA, *La ley penal y su interpretación*, Santiago, 1994, p. 210 y ss.

³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 60-61, indica que si los tipos penales han sido interpretados como construcciones descriptivas de un hacer activo, no es más que una secuela de la influencia que todavía manifiesta la escuela clásica causalista. Así, cuando se castiga a quien mate a otro, el tipo penal no se limita a aquellos que *causen* la muerte, sino que engloba a todos aquellos comportamientos a los que se les puede *atribuir* la producción del resultado muerte. Es decir, para el lenguaje cotidiano, lo que se castiga es aquella actuación a la que le podamos *adscribir* aquel proceso que finalizó con la muerte de una persona, sea que lo haya causado fácticamente, sea que no lo haya evitado pudiendo.

⁴ CURY URZÚA, *Derecho penal...*, p. 194.

⁵ FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, 3° ed., 1995, p. 106.

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, 1999, p. 51 y ss.

Pues bien, una vez que se ha dispuesto el alcance y sentido de la norma en su contenido sistemático, es posible abocarse a precisar la *ratio legis*, el *telos* del precepto examinado. Cabe señalar que para Gimbernat este criterio, a saber, la interpretación teleológica, es el más importante de todos y, en muchos casos, el decisivo⁷.

- b) *Teleológico*: que el lenguaje empleado por las normas penales sea en no pocos casos ambiguo hace necesario que la tarea interpretativa deba prestar especial atención a la búsqueda de la finalidad —*telos*— de la ley⁸. Si bien se discute si lo determinante es la voluntad del legislador —teoría subjetiva— o el fin o voluntad de la ley —teoría objetiva⁹, es incuestionable que el método teleológico apunta a esta última¹⁰. Ahora bien, cabe preguntarse qué supone desentrañar la voluntad de la ley. Justamente, para precisar el ámbito de lo punible alcanza especial relevancia *la orientación hacia el bien jurídico tutelado*, en el entendido que un comportamiento sólo puede ser estimado como un injusto punible en la medida que lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Si consideramos que la finalidad de toda norma penal es la protección de bienes jurídicos, la determinación de éstos nos permitirá, a su vez, delimitar aquellos supuestos que deben comprenderse dentro de la norma. Por lo anterior, aunque una determinada conducta pueda satisfacer ciertas exigencias gramaticales del supuesto de hecho, pero no afecta a un bien jurídico-penal no cabe sino concluir que es atípica¹¹.
- c) *Histórico*: Como es de suponer, el conocer la historia fidedigna del establecimiento de una norma, examinando las actas legislativas, permite al intérprete reconstruir la voluntad del legislador. Como afirma Larenz, lo expresado por el legislador puede ser de gran valor para la interpretación. Así, por ejemplo, por qué se emplean ciertos términos y no otros¹². Además, nos permite comprender por qué se modifican determinadas leyes. En todo caso, y sin perjuicio de su importancia, es claro que su relevancia está supeditada al papel que juega la teoría subjetiva, pues tal como se acaba de afirmar, en la interpretación teleológica prima la voluntad de la ley.

2. Delito de producción de material pornográfico infantil

La figura en comento fue introducida en nuestro Código Penal por la Ley 19.927 de 2004. Precisamente, dicha ley tenía por objeto modificar el Código Penal y el Código

⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método...*, p. 77.

⁸ VELÁSQUEZ, *Derecho penal, Parte General*, T. I, Santiago, 2009, p. 340; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale...*, p. 106.

⁹ Con detalle, LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994, p. 312.

¹⁰ Así expresamente, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método...*, p. 78; CURY URZÚA, *Derecho penal...*, p. 187-188; VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, p. 340. En todo caso, no quiere significar que se desconozca la importancia interpretativa de la voluntad del legislador, pues ésta también nos permitirá descubrir el *telos* de la ley. Al respecto, COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, T. I, Santiago, 1975, p. 110-111.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método...*, p. 87 y ss.; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte General*, 2° ed., Santiago, 2004, p. 111-112; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, PG*, 4° ed., Barcelona, 1994, p. 167.

¹² LARENZ, *Metodología...*, p. 326.

Procesal Penal en materias de pornografía infantil. Cabe señalar, en todo caso, que ya la Ley 19.846 de 2003, sobre calificación de la producción cinematográfica establecía, en su artículo 30, disposiciones relativas a la figura examinada. En efecto, la norma recién citada supuso la derogación del inciso 2° del artículo 366 *quater* del Código Penal¹³, además se aumentaron las penas y se amplió el espectro de las potenciales víctimas del delito al incrementarse la edad de los menores involucrados —de 12 años a 18 años—. Por último, se eliminó la exigencia de que debía concurrir fuerza o intimidación o algunas de las modalidades dispuestas para el delito de estupro.

Una importante innovación que introdujo la Ley 19.846 dice relación con la separación del delito de producción de material pornográfico infantil respecto al abuso sexual, pasando de este modo a ser un delito autónomo. Así también, la consagración como delito de la comercialización, importación, exportación, distribución o exhibición de dicho material para cuya elaboración hubieren participado menores de 18 años.

Pues bien, la dictación de la Ley 19.927 ha supuesto cambios importantes en el tratamiento de la pornografía infantil, incorporando diversos tipos penales. Sin entrar en mayores detalles, se disponen como delitos independientes, además de la producción, su posterior comercialización o tráfico —artículo 374 *bis* inciso 1°—. Se establece también como tipo penal, muy discutible por cierto, el almacenamiento o adquisición de material pornográfico —artículo 374 *bis* inciso 2°—.

Por otra parte, se define en el artículo 366 *quinquies* lo que debe entenderse por pornografía infantil, reproduciéndose prácticamente el Art. 2 c) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía —ratificado por Chile el 6 de febrero de 2003—¹⁴.

Es importante destacar lo recién expuesto, esto es, la nueva sistematización que se brinda a los delitos de pornografía infantil, pues se establece de este modo un régimen sancionatorio particular de estas figuras. En efecto, la Ley 19.927, al incorporar como nuevos tipos el tráfico y el posterior almacenamiento¹⁵, pretendió la regulación de una *cadena de conductas* que van desde quien produce el material hasta quien lo recibe como consumidor. Lo indicado resulta particularmente relevante a la hora de disponer de antecedentes que iluminen la siempre porosa y difícil discusión en torno al bien jurídico protegido.

Si se revisa la historia legislativa de la ley en comento, es posible encontrar numerosos pasajes en que se hace alusión al delito de tráfico ilícito de estupefacientes

¹³ El Art. 366 *quater* en su inciso 2° disponía: "Con la misma pena será castigado el que empleare a un menor de doce años en la producción de material pornográfico". Esta disposición fue introducida al Código Penal por la Ley 19.617 de 1999.

¹⁴ Art. 2 c) : "Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales". Cabe destacar que la Ley 20.526 de 2011 agregó a la definición del Código Penal la siguiente frase: "o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines".

¹⁵ La propia moción parlamentaria destacaba como el antiguo artículo 366 *quater* no sancionaba como delito el tráfico de pornografía infantil, entendiéndose por tal la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, así como tampoco la posesión de pornografía infantil, quedando dichas conductas impunes.

como un ejemplo a seguir, es decir, en el entendido que lo que se pretende abarcar a través de las distintas conductas punibles es todo el "ciclo del material pornográfico", desde la producción hasta la adquisición de éste, previa comercialización; lo que tradicionalmente se denomina *incriminación en cascada*. Es decir, que no se presenten espacios de desprotección penal respecto del menor que ha intervenido en una producción de carácter pornográfico. Precisamente, en la propia moción parlamentaria de la diputada señora María Pía Guzmán y del diputado señor Patricio Walker (10 de abril de 2002. Cuenta en Sesión 10, Legislatura 346) se resalta dicho propósito cuando se expresa:

- Sancionar como delito la distribución, difusión, transmisión, importación, exportación, con o sin fines de lucro de pornografía infantil: Es conveniente incluir esta conducta en la respectiva tipificación penal por cuanto se trata de acciones directas relacionadas con la "red de oferta y demanda" de pornografía infantil. La pornografía infantil existe y se genera porque hay quienes la distribuyen o son intermediarios entre productores y destinatarios.

- Sancionar la posesión de pornografía infantil: La tendencia sostenida del derecho comparado es sancionar penalmente la adquisición y posesión dolosa de la pornografía infantil, excluidas bajo determinados supuestos, las situaciones de recepción accidental o no solicitada. Quienes poseen pornografía infantil son parte de la cadena criminal que destruye la dignidad de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas¹⁶.

En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados del proyecto de la referencia (Boletín 2906-07, 14 de mayo de 2003. Cuenta en Sesión 79 Legislatura 348) se puede leer lo siguiente:

La Diputada señora Guzmán explicó que se había optado por modificar los delitos relativos a la violación y a los abusos sexuales, elevando de 12 a 14 años la protección a los menores. Asimismo, en lo que se refiere a la pornografía infantil, se había precisado la figura un tanto confusa del artículo 366 quater, ampliándola e incluyendo en ella la presencia de menores en tal tipo de espectáculos. Hizo presente que lo más importante en cuanto al control de estos delitos, *residía en la necesidad de romper o cortar la cadena de la pornografía infantil, la que se iniciaba con la producción de material pornográfico, el que incluía a menores de 14 años realizando actividades sexuales normales o no, escenas que son filmadas o fotografiadas o colocadas directamente en internet, vía esta última que permite su difusión masiva e inmediata y por ello la más nociva. La segunda parte de la cadena dice relación con la comercialización, difusión, distribución e incluso la importación de estos materiales, para rematar en la parte final que es la tenencia o posesión de pornografía, tramo que la legislación nacional no sanciona*¹⁷.

¹⁶ La cursiva no está en el original.

¹⁷ La cursiva no está en el original.

Más adelante, es el mismo informe el diputado señor Walker señala:

...que la proposición buscaba sancionar la posesión o tenencia dolosa de material pornográfico infantil, algo fundamental para terminar con la *cadena de la pornografía*¹⁸.

Debe tenerse presente, además de lo reseñado, que los medios investigativos dispuestos para los delitos relativos a la pornografía son muy similares a los establecidos para el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, como sucede con la intervención de agentes encubiertos, regulados 369 *ter* del Código punitivo.

Pues bien, sin perjuicio de los reparos que puede merecerme la tipificación del almacenamiento o tenencia de material pornográfico, atendiendo el principio de lesividad, lo destacable es que ha habido una voluntad legislativa de concatenar estos comportamientos. Siendo así, la labor interpretativa que ha de realizarse, que permita desentrañar el *telos* de estas disposiciones, impone que éstas no pueden tratarse por separado. Dicho en otros términos, si se pretende precisar cuál es el bien jurídico del delito de producción de material pornográfico infantil, no es posible desentenderse de cuál es el objeto de protección de los delitos de comercialización y almacenamiento.

A) Bien jurídico protegido y conducta típica

Considerando las reglas interpretativas expuestas, dirigiré mi atención a determinar cuál sería el bien jurídico protegido en el delito objeto de examen, para luego precisar la conducta típica a la luz de los criterios recién expuestos.

No resulta fácil escudriñar cuál es el objeto de protección en esta esfera, sobre todo cuando se comprende dentro de determinados comportamientos que tienen una significación sexual. En efecto, no pocas discusiones han tenido lugar en cuanto a la conveniencia de recurrir a la herramienta punitiva respecto de esta materia, sobre todo si aquello puede llegar a significar la promoción de un determinado orden moral sexual o una indebida intervención en ámbitos propios de la intimidad de un persona¹⁹. Lo anterior, no quiere significar que el Derecho penal deba permanecer ajeno o no tomar en consideración ciertos elementos valorativo-culturales que primen en la sociedad, lo que resulta intolerable es el empleo de la pena para *perfeccionar moralmente* a los individuos. Justamente, la precisión de cuál es el bien jurídico permite establecer ciertas orientaciones al legislador en sus decisiones respecto al tratamiento del derecho penal sexual²⁰.

¹⁸ La cursiva no está en el original.

¹⁹ DIEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, p. 70 y ss. para quien la regulación jurídico-penal de la conducta sexual debe construirse sobre cuatro pilares fundamentales, a saber, sociedad pluralista, tolerancia, autorrealización personal, y responsabilidad y capacidad de decisión del adulto; MOLINA CANTILLANA, *Delitos de pornografía infantil*, Santiago, 2008, p. 49; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, "Problemas básicos de los delitos sexuales", en: *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, número especial, agosto 1997, p. 73 y ss.; ETCHEBERRY, *Derecho penal, Parte Especial*, T. IV, 3° ed., Santiago, 1998, p. 45 y ss.; GARRIDO MONTT, *Derecho penal, Parte Especial*, 3° ed., T. III, Santiago, 2007, p. 329 y ss.

²⁰ La relación entre *promoción de un orden moral* y *perfeccionamiento* guarda estrecha vinculación con la discusión de si es legítima la intervención del Derecho penal —desde una perspectiva preventivo general *positiva*— para los efectos de la moralización colectiva. Para algunos, la prevención general va más allá de la intimidación, y es

Generalmente, existe cierto consenso en centrar el objeto jurídico de protección respecto de los delitos sexuales dentro de la esfera de la libertad personal, en cuanto al ejercicio de la autodeterminación de las facultades sexuales²¹. Ahora bien, lo anterior en el entendido de que se está hablando de la libertad sexual apreciada desde dos perspectivas, a saber, la no involucración de la persona en contextos sexuales no queridos —libertad sexual negativa— y la de ejercer su autodeterminación sexual como mejor le parezca, es decir, optar por emplear su cuerpo como desee —libertad sexual positiva—²². En definitiva, tiene la capacidad de ejercer *actualmente* las facultades de autodeterminación sexual.

Asimismo, suele ser tradicional que respecto de los menores, al procurarse la preservación de las condiciones fundamentales que permitan a éstos ejercer *en el futuro* sus facultades sexuales, esto es, impidiéndoles la vivencia de experiencias que lo puedan afectar en su desarrollo sexual posterior, se afirme, como objeto de tutela, la libertad sexual *potencial* o indemnidad sexual. Es así, que tratándose de los menores, que carecen de la suficiente capacidad para decidir responsablemente sus alternativas sexuales, no podría hablarse, respecto de ellos, de que ejercen plenamente su libertad sexual, más bien, lo que se pretende es tutelar su libertad *futura*²³.

Ahora bien, cabe preguntarse si respecto de los menores que se ven involucrados en la producción de un material pornográfico es posible apreciar la concurrencia, además de la indemnidad o de la libertad sexual en su caso, de otros bienes jurídicos. En otras palabras, si partimos de la base de que al intervenir menores en ciertos actos de significación sexual lo que se pretende es evitar la práctica de determinadas actividades sexuales que pudieran erosionar su proceso de formación de su sexualidad, surge la interrogante si en la producción, así como en los otros delitos comprendidos en la “cadena de pornografía infantil”, se tutelan además otros intereses jurídicos.

Sobre el punto, la doctrina ha señalado que estas figuras penales, comprendidas dentro de la referida cadena, tienen un carácter pluriofensivo. En efecto, se protege además de la indemnidad o la libertad sexual²⁴, el *derecho a la propia imagen del menor* y *su honra*, toda vez que la actividad productiva, la captación gráfica de su imagen,

la de reafirmar y promocionar la moral de la sociedad. A mi modo de ver, el riesgo que se corre al estimar que el Derecho penal sí pretende una perfección moral a través de la cual haga posible la vigencia del orden social, es que éste puede llegar a adquirir fuertes rasgos intervencionistas en la esfera valorativa de las personas, amén de la instrumentalización que se puede hacer del delincuente. Planteado así, esto es, un Derecho penal de corte moralizante, se le estará dando la función de lograr, por medio de la coacción, la adhesión a determinados valores.

²¹ Cfr. MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 5º ed., Pamplona, 2005, p. 283 y ss.; ETCHEBERRY, *Derecho penal...*, IV, p. 45-47; crítico, RODRIGUEZ COLLAO, *Los delitos sexuales*, Santiago, 2004, p. 118 y ss.

²² MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Madrid, 2005, p. 156-157.

²³ GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, T. III, p. 332-334.

²⁴ DE LA FUENTE JIMÉNEZ, *Delitos de pornografía infantil*, Santiago, 2008, p. 107, señala que cuando se produzca material pornográfico utilizando a menores de catorce años el bien jurídico será la indemnidad sexual, y respecto de los mayores de catorce pero menores de dieciocho años será la libertad sexual, pues en este último caso la ley les reconoce la capacidad de autodeterminarse sexualmente.

puede suponer un riesgo de divulgación o difusión²⁵. A este efecto, debe tenerse en consideración que en el caso del delito de difusión de material pornográfico infantil del Art. 374 *bis*, se contemplan como bienes jurídicos protegidos también la intimidad y el derecho a la propia imagen del menor²⁶.

Lo expuesto tiene particular importancia en este propósito de precisar el objeto de protección. Por lo que se puede señalar lo siguiente: tanto en el delito de producción de material pornográfico infantil del artículo 366 *quinquies*, como en el delito de difusión o distribución de dicho material se protegen similares bienes jurídicos, a saber, el derecho a la imagen y el honor. De manera tal, que ambos comportamientos están estrechamente relacionados —tal como ya se observó en las actas legislativas—, en cuanto tutelan los mismos intereses.

En consecuencia, atendiendo las reglas de interpretación precedentemente analizadas —la sistemática y en especial la teleológica—, en cuanto a que una conducta sólo será punible en la medida que lesione o ponga en peligro un bien jurídico, me lleva a afirmar que el contenido de injusto propio del comportamiento de producción se entiende sólo en la medida que *supone un peligro concreto* de difusión posterior²⁷. Entendiendo que con dicha difusión o distribución de imágenes, en las que interviene el menor, se genera un detrimento de su intimidad al exponerlo a la intromisión ajena²⁸. Se lo cosifica al desconocerse su calidad de sujeto de derechos²⁹.

Por tanto, no se puede ver afectada la dignidad de la imagen del menor si la producción no es objeto de posterior difusión, pues no se produce un detrimento de los bienes jurídicos tutelados. La dañosidad del acto no está dada por la sola grabación o producción sino por el riesgo que representa su destino ulterior, en cuanto ser objeto de tráfico que, por cierto, debe ser acreditado. No es posible presumir el peligro por la sola intervención del menor en la filmación o producción. Sostener lo contrario, puede llegar a suponer la consagración de una presunción de derecho que, como se sabemos, está prohibida constitucionalmente.

Reitero, sólo se puede tener por configurada la figura contemplada en el artículo 366 *quinquies* cuando un existe peligro concreto de comercialización o difusión posterior.

²⁵ Así lo destacan VERA AZÓCAR/SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, "Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil", *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 49, 2011, p. 200, quienes señalan: "...parece plausible sostener que la utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico infantil involucrará además, una tutela al derecho a la propia imagen y a su honor". Además en el mismo artículo se cita una sentencia del Séptimo Tribunal Oral en lo penal de 12 de diciembre de 2007, RIT N° 214-2007 donde se afirma: "además se busca proteger la imagen y el honor del menor de edad en función de su desarrollo integral, a fin de evitar el peligro de verse expuestos a una divulgación de ese material lo que naturalmente vulneraría aquello".

²⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...*, p. 179; MOLINA CANTILLANA, *Delitos de pornografía...*, p. 83; DE LA FUENTE JIMÉNEZ, *Delitos de pornografía...* p. 60-62; VERA AZÓCAR/SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, "Aproximaciones...", p. 201.

²⁷ Así expresamente lo señala la doctrina italiana respecto del artículo 600 *ter* del Código penal itálico, que castiga el delito de producción de material pornográfico infantil. DOLCINI/MARINUCCI (Dir.), *Código penale commentato*, 2° ed, Milán, 2006, p. 4155.

²⁸ RODRIGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 85.

²⁹ VERA AZÓCAR/SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, "Aproximaciones...", p. 201.

No es posible argumentar, por no satisfacer las exigencias típicas, que la sola grabación de actividades de carácter sexual en las que interviene un menor pueda ser constitutivo de producción de material pornográfico, si éstas se desarrollan en un contexto de privacidad, en donde no se aprecia ni se acredita el riesgo de posterior tráfico. En estos casos, no se observa lesión alguna de un bien jurídico. Cosa distinta, por cierto, tiene lugar si tales actividades sexuales son constitutivas de algún delito, como violación, estupro o abuso sexual. Pero en estos casos, se castiga por tales figuras, no por la grabación o producción iconográfica. Afirmar lo contrario supone exceder los límites garantísticos mínimos que son propios de un Estado de Derecho, al castigarse actos carente de toda lesividad, dirigiendo peligrosamente el aparato punitivo hacia la promoción de un cierto orden moral.

Precedentemente, se destacó que en el delito objeto de este informe puede verse afectada, ya sea la indemnidad o libertad sexual del menor, atendiendo la edad del sujeto involucrado en la producción. Pues bien, de lo anterior se pueden desprender una serie de elementos de juicio que permiten precisar aún más la figura en comento.

Si bien es cierto, el artículo 366 *quinquies* del Código penal habla de menores, comprendiendo a quienes tengan menos de dieciocho años, la misma ley establece ciertas distinciones al régimen etario, en cuanto a su tratamiento tuitivo. En efecto, tratándose de los menores de catorce años se dispone la irrelevancia de su consentimiento para realizar o intervenir en actividades de significación sexual. En otras palabras, todo acto de naturaleza sexual en el que interviene un menor de catorce años es siempre delito. En estos casos se protege su indemnidad sexual, tal como se explicó *supra*.

Empero, tratándose de los menores de dieciocho años, pero mayores de catorce la propia ley les reconoce cierta autonomía en materia sexual, es decir, pueden bajo determinadas circunstancias —así, por ejemplo, que no concurren algunos de los supuestos propios del delito de estupro— decidir libremente la realización de cualquier acto de significación sexual con adultos. Valorado en los términos expuestos, el propio ordenamiento jurídico está reconociendo que estos menores sí tienen pleno conocimiento acerca del alcance de sus actos y por tanto, lo que puede llegar a significar el ejercicio anticipado de su sexualidad, es decir, antes de alcanzar su mayoría de edad.

Lo expuesto, pone en evidencia una evidente contradicción del sistema punitivo en materia de delitos sexuales. Por un lado, el menor de dieciocho años puede ejercer su libertad y tener relaciones sexuales con adultos, sin embargo, carece de autonomía para decidir su intervención en la elaboración de un material pornográfico. En otras palabras, el mismo acto sexual con un adulto si es realizado en privado, carece de relevancia penal, pero si ese mismo acto es captado gráficamente o grabado, sí sería punible³⁰.

Frente a este particular tratamiento punitivo, la única interpretación válida que permita brindar una respuesta coherente y superar tal evidente contradicción, viene dada a la luz del bien jurídico protegido.

En lo que respecta a la realización de actos de significación sexual, en la medida que hayan sido consentidos no adquieren relevancia penal, esto es, son atípicos, pues no se

³⁰ Contradicción que también es puesta en evidencia por DE LA FUENTE JIMÉNEZ, *Delitos de pornografía...* p. 101-102; MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...* p. 465.

ha vulnerado bien jurídico alguno. Empero, desde el momento que estos mismos actos son captados o grabados, surgen otros bienes jurídicos —*derecho a la propia imagen del menor, intimidad y honra*—. En consecuencia, podría verse afectada la formación sexual del menor, lesionando sus intereses, si éste queda expuesto a la injerencia de terceros, al poder visualizar el material.

Tal como señala Morillas Fernández, en lo reseñado radica la distinción de ambos comportamientos. Mientras en el primer caso, se está frente a una conducta determinada y puntual entre dos sujetos, en el segundo supuesto, está presente el riesgo de difusión a más personas, lo que puede conllevar un daño al proceso de formación del menor en materia sexual³¹.

En definitiva, si un acto sexual de cualquier naturaleza es practicado por un menor de dieciocho años, pero mayor de catorce, con un adulto y tales actividades son objeto de una grabación o captación fotográfica, sólo serán punibles si existe el peligro de difusión. En caso contrario, esto es, de no existir tal riesgo, sólo pueden entenderse como actos propios de la esfera íntima de toda persona y por tanto, impunes.

3. Delitos de favorecimiento de la prostitución del artículo 367 y de obtención de servicios sexuales del 367 ter, ambos del Código Penal

El delito de favorecimiento de la prostitución ha tenido importantes modificaciones, tanto con la Ley 19.617 de 1999, como con la Ley 19.927 de 2004. En efecto, con la primera de las reformas se suprimió la referencia que se hacía a la corrupción de menores, y con la ley de 2004 las modalidades de habitualidad o abuso de autoridad o confianza pasan a ser agravantes, incorporándose en este mismo sentido el engaño. En consecuencia, basta para estar frente al delito en comento que se promueva o facilite la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro.

En la discusión parlamentaria se argumentó, para fundamentar estas modificaciones, en las dificultades probatorias que representaba la exigencia de “habitualidad” o “abuso”.

En todo caso, la introducción más importante en esta materia tiene lugar con la Ley 19.927 al incorporarse el tipo penal de *obtención de servicios sexuales*, regulado en el artículo 367 *ter* del Código criminal. Las razones argüidas en sede parlamentaria apuntaban, esencialmente, a que la normativa entonces vigente sólo castigaba al proxeneta, mas no al cliente o el que recurre a los servicios sexuales de los menores prostituidos. Por tanto, si el propósito real era combatir la prostitución infantil no podía dejarse de lado a quien utiliza los servicios³². Se entendió pues, que al contemplar

³¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático...*, p. 465.

³² En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a la Cámara de Diputados del proyecto de la referencia a la Cámara de Diputados (Boletín 2906-07, 14 de mayo de 2003. Cuenta en Sesión 79 Legislatura 348) se indica lo siguiente: “Los autores de la indicación estimaron necesario sancionar, no solamente al proxeneta, sino que también a quienes utilizaren los servicios de estos menores como una forma de combatir el problema de la prostitución infantil y de crear conciencia en los adultos acerca de la necesidad de proteger a los menores.

esta figura, se estaban refiriendo a un sujeto distinto del comprendido en el artículo 367 del Código punitivo.

Mucho se ha discutido acerca de cuál es el bien jurídico protegido respecto de los delitos que apuntan a la prostitución de menores, e incluso, acerca de la necesidad de su tipificación, pues no pocos entienden que en estos casos se alude más bien a la *moral sexual colectiva*³³. Y es que, como se afirmó *supra*, resulta del todo discutible recurrir a la herramienta punitiva para promocionar un determinado orden moral en materia sexual, sobre todo si dentro del actual sistema de los delitos sexuales existen diversas figuras que sí pueden atender de mejor forma la protección de la indemnidad o libertad sexual respecto de los menores. Aún más criticable resulta la punición de estos comportamientos si se tiene en consideración que éstos se castigan aunque carezcan de toda capacidad de poner el riesgo tales intereses individuales³⁴. Lo razonable sería, tal como lo pone en evidencia Rodríguez Collao, que estos delitos sigan el mismo camino de la corrupción de menores —reforma de 1999— suprimiéndolos, y que las conductas examinadas sólo se sancionen si aplicando las reglas generales de autoría y participación se configuran los delitos de violación, estupro o abuso sexual³⁵.

Incluso, cuando se debatió en el Congreso Nacional la tipificación de la obtención de servicios sexuales respecto de menores, se hizo presente lo discutible de la figura en comento.

Algunos parlamentarios señalaron en la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados. (Legislatura 347. Sesión 41. Fecha 11 de septiembre de 2002. Discusión general):

En el caso de la prostitución, se trata de actos consentidos. Si no hay consentimiento o se ha intervenido en la prostitución por situación de necesidad (hay voluntad, pero motivada o forzada por necesidad), se configuran los delitos de violación o estupro, respectivamente. Por ello, en la sanción al cliente en la prostitución infantil, no hay bien jurídico alguno que proteger, pues se trata de actos consentidos, libres y voluntarios de dos personas, existiendo un precio de por medio.

En definitiva, se sanciona la conducta por considerarla socialmente reprobable, pero no hay ningún interés o bien jurídico que amparar.

Los representantes del Servicio Nacional de Menores sostuvieron que esta disposición, que castiga al cliente de un menor prostituido, se justificaba plenamente por cuanto quien ocupa los servicios de estos menores, contribuye directamente en su utilización para la producción de material pornográfico, por cuanto al ser éstos atrapados en las redes de la pornografía, se les obliga a tener relaciones íntimas. Estimaron que con esta disposición podría cortarse la cadena de la pornografía infantil".

³³ También lo destacan, GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, T. III, p. 408; GONZÁLEZ JARA, *El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores*, Santiago, 1986, p. 62.

³⁴ Así lo destaca RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 227, quien afirma que el intérprete debe atribuir a la norma un sentido que satisfaga las exigencias de lesividad y proporcionalidad y sancionar sólo si se aprecia un real detrimento de los derechos de una persona concreta.

³⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 227.

Atendido lo expuesto y a fin de dar un sentido a los delitos examinados, podría entenderse que tienen un carácter pluriofensivo³⁶. Por una parte pretende salvaguardar la moralidad sexual colectiva y, por otro, la libertad del menor en cuanto a su desarrollo natural de la sexualidad.

El delito de favorecimiento de la prostitución contempla dos comportamientos típicos, a saber, *promover o facilitar*. Tratándose de la promoción, se refiere a la inducción de un determinado acto, es decir, instigar al menor a desarrollar una actividad, en este caso, la prostitución. En definitiva, formarle una resolución ejecutiva³⁷. En lo que dice relación a facilitar, debe entenderse como aquel acto que hace posible la ejecución o ejercicio de la prostitución; hace más fácil lo ya iniciado³⁸.

Considerando que lo que se promueve o facilita es la prostitución de menores, debe entenderse por tal —la prostitución— el ejercicio de actividades sexuales a cambio de retribuciones pecuniarias, en donde se aprecia una diversidad de contactos interpersonales, es decir, pueden acceder una pluralidad indeterminada de personas³⁹. Cabe señalar al respecto, que la doctrina ha destacado una serie de elementos distintivos que conforman la prostitución. Es así, que cuando se afirma la concurrencia de una retribución, se quiere destacar que las acciones sexuales realizadas deben tener una conexión causal con la obtención de un fin lucrativo, esto es, evaluable en dinero⁴⁰. Asimismo, se requiere de habitualidad, lo que supone, precisamente, que se está frente a una actividad que realiza una persona que hace de la sexualidad una forma de comercio —una suerte de promiscuidad—. Por tanto, no puede considerarse prostitución la realización de actos sexuales esporádicos aunque haya mediado un precio⁴¹.

³⁶ Así lo señalan DOLCINI/MARINUCCI (Dir.), *Código penale...*, p. 4144. Para Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16° ed., Valencia, p. 2007, p. 244, lo que se protege es una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte Especial*, 2° ed., Santiago, 2004, p. 283, señalan que se protege tanto la indemnidad del menor como la honestidad en materias sexuales.

³⁷ GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, T. III, p. 409; GONZÁLEZ JARA, *El delito de promoción...* p. 111; RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 228; ETCHEBERRY, *Derecho penal...*, IV, p. 78.

³⁸ GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, T. III, p. 409; GONZÁLEZ JARA, *El delito de promoción...* p. 111-112; RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 228; ETCHEBERRY, *Derecho penal...*, IV, p. 78; el Código Penal italiano también considera conductas similares, DOLCINI/MARINUCCI (Dir.), *Código penale...*, p. 4146.

³⁹ Con detalle, GONZÁLEZ JARA, *El delito de promoción...* p. 69 y ss.; RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 228-229; ETCHEBERRY, *Derecho penal...*, IV, p. 77-78; FLORES FRIAS/ARACENA MORALES, *Tratado de los delitos sexuales*, Santiago, 2005, p. 378. Para DOLCINI/MARINUCCI (Dir.), *Código penale...*, p. 4145, la prostitución se define como la oferta indiscriminada y habitual de prestaciones sexuales con fines de lucro. Según estos autores, el concepto se apoya en el fin de lucro y en la falta de discriminación respecto de los destinatarios de las prestaciones sexuales.

⁴⁰ Aquello supone que la retribución puede conformarse ya sea por una cantidad de dinero o por especies que tengan un valor de mercado, como, por ejemplo, joyas, la obtención de un trabajo o drogas. Así, GARCÍA PÉREZ, "Capítulo V", en: DIEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coord.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, II, Valencia, 2004, p. 486.

⁴¹ Expresamente, GARCÍA PÉREZ, "Capítulo V...", p. 487-488, para quien la habitualidad es un requisito esencial para configurar la prostitución, pues no entenderlo así, pueden producirse discordancias valorativas con otras figuras penales, como, por ejemplo, con el abuso sexual, donde el precio aparece como una medio de prevalimiento. También sostienen la habitualidad, MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, *Comentarios...*, p. 336; DOLCINI/MARINUCCI (Dir.), *Código penale...*, p. 4145.

Sobre este punto, coincido con Rodríguez Collao en concebir el tipo penal examinado como un *delito de resultado*, es decir, para entenderlo *consumado* se requiere acreditar que el menor efectivamente se ha prostituido a raíz de los actos desplegados por el autor —su promoción o facilitación—⁴². Como afirma el citado autor, el resultado exigido en el tipo penal consiste en que el menor, a instancias del autor, haya ejercido la prostitución durante un lapso de tiempo, es decir, haya efectivamente realizado actividades de carácter sexual propias de la prostitución⁴³.

La interpretación expuesta también se explica por razones de coherencia sistemática, pues entenderla en sentido contrario, esto es, como una conducta que pone en peligro la indemnidad del menor llevaría a disponer de un tratamiento penal más gravoso que respecto de aquel sujeto que efectivamente lesiona tal interés.

Por lo anterior, no se configura el delito en comento, si la prostitución no se ha producido efectivamente. Dicho en otros términos, no hay favorecimiento a la prostitución, si ésta no tiene lugar. En consecuencia, es fundamental dar por acreditada la prostitución para poder calificar los actos desplegados por el autor como propios de su facilitación o promoción⁴⁴.

Por otro lado, el artículo 367 exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo: *que se satisfaga los deseos de otro*, amén de la presencia de un dolo directo⁴⁵. Considerando que es un elemento de tendencia trascendente no se requiere que efectivamente se logre dicho objetivo, sino que se actúe en esa dirección⁴⁶. Pues bien, de tal requerimiento se desprende lo siguiente: *no se configura* el tipo examinado si el sujeto activo actúa para satisfacer los deseos propios⁴⁷. De tener lugar esta última hipótesis sólo cabría aplicar, de darse el caso, el artículo 367 *ter* del Código Penal.

Respecto de esta última figura, a saber, el delito de obtención de servicios sexuales —también se le denomina favorecimiento de la prostitución impropio—, se refiere al “cliente” o a quien “contrata” los servicios sexuales de un menor. Examinado desde esta perspectiva, debe entenderse que para los efectos de su aplicación debe tratarse de un menor que practica voluntariamente la prostitución, por tanto, debe acreditarse su

⁴² RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 229.

⁴³ RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 229, resalta que para estar frente al resultado que el tipo penal demanda, las conductas deben ser constitutivas de delito (violación, estupro o abuso sexual), pues entenderlo de otro modo no podría explicarse la alta penalidad que el favorecimiento de la prostitución lleva consigo.

⁴⁴ En estos mismos términos, GÓMEZ TOMILLO, “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva política criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 7, 2005 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>): “La prostitución del menor o incapaz se constituye en el resultado del delito: no hay favorecimiento o inducción punible a la prostitución si ésta no se ha producido efectivamente”.

⁴⁵ Exigencia que es pacífica en la doctrina. Por todos, RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 230.

⁴⁶ GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, T. III, p. 410.

⁴⁷ La doctrina es unánime en entender que si el sujeto actúa para satisfacer sus propios deseos o apetitos sexuales, no se comete el delito de favorecimiento de la prostitución. Así, GARRIDO MONTT, *Derecho penal...*, T. III, p. 410; RODRÍGUEZ COLLAO, *Los delitos...*, p. 233-234; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones...*, PE, p. 284; GONZÁLEZ JARA, *El delito de promoción...*, p. 126-127; ETCHEBERRY, *Derecho penal...*, IV, p. 80; LABATUT, *Derecho penal*, T. II, 7° ed., Santiago, 1996, p. 147; FLORES FRIAS/ARACENA MORALES, *Tratado...*, p. 380.

conurrencia. No cabe otra interpretación si se considera que los sujetos pasivos son menores entre catorce y dieciocho años que sí pueden ejercer su libertad sexual⁴⁸. Incluso y a mayor abundamiento, conforme a una interpretación sistemática y teleológica, es la única conclusión posible, atendido lo ya señalado respecto al Art. 367.

Refuerza lo expuesto, que el propio tipo penal señala expresamente que no deben concurrir las circunstancias propias del delito de violación o estupro, pues de ser así, se aplican dichos preceptos penales. Tal disposición sólo puede entenderse, conforme también lo afirman Politoff/Matus y Ramírez, como un llamado de atención para investigar si realmente se trata de *actos de prostitución* ejercidos voluntariamente o no⁴⁹.

Teniendo en consideración las argumentaciones precedentes, debe concluirse que un mismo comportamiento no puede satisfacer ambos tipos penales, a saber, los dispuestos en los artículos 367 y 367 *ter*. Desde el momento en que el autor despliega todo su accionar para satisfacer sus propios deseos sexuales, retribuyendo pecuniariamente al menor que ejerce la prostitución, configura el delito de obtención de servicios sexuales, desplazando a la norma que tipifica el delito de favorecimiento de la prostitución, toda vez que no concurre el elemento subjetivo del tipo expresamente allí establecido.

Es cuanto se puede informar en Derecho.

Raúl Carnevali R.

Director

Centro de Estudios de Derecho Penal

Universidad de Talca

⁴⁸ Además, debe tenerse en cuenta que su establecimiento, conforme se desprende de las actas parlamentarias, obedeció a un propósito de disponer de herramientas para *enfrentar* la prostitución infantil.

⁴⁹ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones...*, PE, p. 285.

IV. Estructura y alcances del injusto típico del delito de desórdenes públicos

ALEX VAN WEEZEL DE LA CRUZ

Objeto del informe

La Defensoría Penal Pública me ha solicitado informar en derecho sobre la estructura y alcances del injusto típico del delito de desórdenes públicos, contemplado en el art. 269 del Código Penal (CP), y sobre su relación con el ejercicio del derecho constitucional de reunión. Adicionalmente se me ha requerido un comentario del proyecto de ley contenido en el Boletín 7975-25 en lo que respecta al delito de desórdenes públicos. En consecuencia, el informe quedará dividido en las siguientes partes y secciones:

- a) Una primera parte, relativa a los presupuestos positivos y negativos de la antijuridicidad. En ella se analiza el tipo del delito de desórdenes públicos establecido en el Art. 269 CP, y luego se intenta clarificar, a la luz del análisis previo, el alcance del riesgo permitido y los elementos que inciden en la justificación de una conducta en principio típica.
- b) La segunda parte analiza el proyecto de ley contenido en el Boletín 7975-25 y consecuencias que podría tener su aprobación para el trabajo de la Defensoría Penal Pública, desde el punto de vista del trabajo dogmático con la nueva normativa.

El tipo penal objeto de análisis es el siguiente:

Art. 269. Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados.

La Ley 19.830 de 2002 agregó un segundo inciso al Art. 269¹, dando origen a un delito que típicamente consiste en una afectación de la seguridad de las personas: "Incurrirá en la pena de presidio menor, en su grado mínimo a medio, el que impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad

¹ Las citas de artículos sin otra especificación corresponden a los del Código Penal chileno.

pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas”. Se trata de la tipificación como delito de una conducta denominada en la doctrina como “interrupción de cursos salvadores”, y que tradicionalmente se ha considerado una forma de autoría en la lesión que se produce por causa de la interrupción².

El tipo supone –toma como base de su construcción– que el autor causa o pretende causar un mal a un particular, o bien realizar otro fin reprobado, y que al menos uno de los medios de los cuales se sirve para ello es una turbación grave de la tranquilidad pública. El fin aparece caracterizado mediante varias palabras de significado análogo: injuria a un particular, mal a un particular, daño causado, ofensa causada y, por cierto, fin reprobado (que es la expresión más genérica, por lo que la usaremos con cierta frecuencia en tal sentido). La conducta, en cambio, es unívoca: el sujeto turba gravemente la tranquilidad pública para lograr el objetivo de realizar el fin reprobado.

La norma de sanción dispone que quienes realicen el tipo “incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados”. Por lo tanto, conforme al tenor y la estructura del precepto, la realización del fin reprobado parece ser un hecho constitutivo de delito, y el sujeto debe recibir una pena por él. A esta pena se añade (hay que entender: conforme a las reglas concursales generales) la pena que corresponde al desvalor específico de la turbación grave de la tranquilidad pública que, si no fuera por el art. 269, no pasaría de ser un elemento para considerar en la determinación de la pena correspondiente a la realización del fin reprobado. Se evita el concurso aparente de leyes, para dar lugar a un concurso de delitos.

Esta revisión somera de la norma permite plantear desde ya una serie de interrogantes sobre el alcance de la figura: qué entiende la norma por “tranquilidad pública”, cómo se enjuicia la gravedad de su turbación, a qué clase de “mal” o “injuria” se refiere el legislador, en qué consiste el “fin reprobado” y si éste puede consistir precisamente en la turbación de la tranquilidad, etc.

I. Primera Parte: presupuestos positivos y negativos de la antijuridicidad

A. El delito de desórdenes públicos: las conductas tipificadas en el Art. 269 CP

1. Origen histórico y valor hermenéutico del contexto normativo en que se encuentra el tipo penal bajo análisis

El tipo penal se tomó prácticamente a la letra del Art. 197 del Código Penal español de 1850³. Sin embargo, entre ambas regulaciones hay dos diferencias que saltan a la vista. La primera de ellas dice relación con la ubicación sistemática del tipo penal. Mientras que en el Código español el delito de desórdenes públicos forma un capítulo dentro

² Una visión de conjunto sobre esta clase de constelaciones ofrecen Stree/Bosch, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Comentario previo a los §§ 13 y ss., n. 159, 28ª ed. 2010.

³ “Artículo 197. Los que turbaren gravemente el orden público para causar injuria u otro mal a alguna persona particular, o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de arresto mayor a prisión correccional”.

del Título III, dedicado a los delitos políticos como los de lesa majestad, la rebelión y la sedición, en el Código Penal chileno el delito forma parte del Título VI del Libro II, “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”. La segunda diferencia es hasta cierto punto consecuencia de la anterior y consiste en la sustitución del concepto de “orden público” por el de “tranquilidad pública”.

Ambas modificaciones obedecen a una comprensión radicalmente diversa de la figura típica y del bien que se supone debe proteger. En la legislación española de entonces –y, según se verá, sustancialmente también en la actualidad–, el delito de desórdenes públicos aparece como una forma tenue o leve de insurrección o rebelión destinada a afectar el ejercicio de la autoridad por parte de los poderes públicos. La actividad del sujeto se dirige, de un modo más o menos directo, a poner en problemas a la autoridad por la vía de minar la gobernabilidad. Ni el contexto de la figura ni su interpretación por los comentaristas y tratadistas dejan lugar a dudas: se trata del resguardo del orden entendido como una especie de “tranquilidad en las calles”, el cual se ve amenazado por una conducta cuya intencionalidad es, al menos en forma mediata y en sentido amplio, de índole política. De allí que, en la misma norma, se contemplaran los desórdenes que tienen por objeto la afectación del ejercicio de los derechos políticos en las elecciones populares o con ocasión de ellas⁴.

Los comisionados que participaron en la redacción del Código Penal chileno advirtieron tal connotación en la figura española y optaron por distanciarse de este modelo. En primer lugar, suprimieron la parte relativa a la afectación de los derechos políticos. Pero además se acordó, “a indicación del señor Gandarillas, decir en él: ‘los que turbaren gravemente la tranquilidad pública’, en vez de ‘el orden público’, porque la turbación de esta última especie importa una sedición, puesto que se ataca a la sociedad misma en su base; mientras que la materia del artículo debe limitarse a las alteraciones pasajeras de la tranquilidad que no tienen aquel carácter ni procuran trastornar el orden establecido” (Libro de Actas de la Comisión Redactora, Sesión 56)⁵.

A diferencia de lo que ocurría en el modelo español, los comisionados decidieron situar los desórdenes públicos en el contexto del Título VI del Libro II del Código, “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares” ¿Qué se desprende de lo expuesto más arriba y de esta sistematización para la interpretación del Art. 269?

⁴ Muñoz Conde Francisco, “Derecho Penal. Parte especial.” (8ª Ed.), Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 1959, p. 673 y ss. Lobet Angli Mariona, “Delitos contra el Orden Público” en: *Lecciones de derecho penal. Parte especial. Jesús-María Silva Sánchez* [et al.]. (2ª Ed.), Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 363 y ss. C. Conde-Pumpido Ferreiro [et. al.], “Código Penal Comentado”, Tomo II, Editorial Bosh, Madrid, 2004, p. 557. Rodríguez Devesa, José María y otro, “Derecho Penal Español. Parte especial.” (18ª Ed.), Editorial Dykinson, Madrid, 1995, p. 898. Casares Villanueva, M.L.: “Atentado, resistencia y desobediencia” en: *PJ*, 1995, p. 149. Alcubilla, Enrique Arnaldo, “El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución española de 1978” en: *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Ediciones Dykinson, Barcelona, 2011, p. 221. STS de 24 de noviembre de 1994.

⁵ Cfr. por ejemplo, Vera, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile, Comentado*, Santiago, 1883, p. 469 y ss. Lo mismo recogen Alejandro Fuensalida, “Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno. Libro Segundo”, Lima, 1883, p. 280 a 281, y Pedro Javier Fernández, “Código Penal de la República de Chile. Esplicado i Concordado”, Tomo II, 2da. Ed., Santiago de Chile, 1899, p. 17 a 18.

A primera vista, pareciera que el elemento sistemático de interpretación sólo puede cumplir en este caso una función muy modesta, pues el Título VI comprende desde los atentados contra la autoridad hasta el maltrato de los animales, pasando entre otras figuras por las inhumaciones y exhumaciones ilegales. En efecto, da la impresión de que este título fuera una especie de desván o cajón de sastre, donde el legislador situó todas aquellas figuras que no encontraban un lugar cómodo en otras secciones del Código⁶. Sin embargo, una observación más detenida alimenta la hipótesis de que el Título VI concentra una serie de figuras que tienen como denominador común la afectación de la seguridad individual, entendiendo por tal la ausencia de amenazas relevantes para los bienes o intereses personalísimos, principalmente la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad ambulatoria, y también la libertad de determinación cuando va asociada a la afectación de alguna de las anteriores.

Una lectura de la normativa en clave de seguridad individual es un ejercicio hermenéutico mayor, pues para dimensionar con exactitud su capacidad de rendimiento habría que realizarla respecto de todas y cada una de las figuras que contempla el Título VI. Sin embargo, se verá a continuación que ella funciona al menos en el caso de los desórdenes públicos, y que hay buenas razones para probarla también en relación con las demás figuras. Bajo este esquema, los delitos previstos en el Título VI serían delitos contra la seguridad individual en el sentido indicado –que, por cierto, aún se debe precisar–, y bajo la denominación de “delitos contra el orden y seguridad públicos” la ley comprendería un conjunto de conductas que el legislador considera como amenazas relevantes para los bienes o intereses personalísimos. La mayoría de estas amenazas tiene lugar en contextos públicos de interacción o incluso en situaciones determinadas por el ejercicio de las atribuciones de la autoridad (como en los “Atentados con la autoridad” previstos en el § 1 del Título). En este último grupo de casos, no se trata simplemente de una falta de respeto a la autoridad o de un simple embarazo al ejercicio de sus atribuciones, sino del empleo de fuerza, intimidación, de una agresión o amenazas en sentido estricto, etc.

La consideración de los delitos del Título VI como figuras que consisten en afectaciones relevantes de la seguridad individual, las cuales en principio se verifican en lugares o contextos públicos, o incluso con motivo u ocasión del público ejercicio de derechos civiles, corresponde también a una interpretación teleológica de las normas pertinentes. En efecto, ella es coherente con una concepción amplia de la seguridad individual, también en su dimensión de seguridad “pública”, tal como era entendida cuando se dictó el Código Penal (cabe recordar que ya entonces se contempló en el mismo Título los delitos relativos a las “epizootias” o plagas animales, las inhumaciones y exhumaciones ilegales, la vagancia, etc.), y a la vez resulta consistente con una concepción moderna de la seguridad. Esta concepción moderna es el resultado de un fenómeno de masificación y crecimiento exponencial de los riesgos a los que está sometido el ciudadano común en el desarrollo de su vida cotidiana. Estos riesgos, que en buena parte surgen del uso masivo de tecnologías más o menos sofisticadas, son a su vez administrados por múltiples personas, desconocidas entre sí y para el sujeto expuesto a dichos riesgos.

⁶ Cfr. Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial.” Tomo IV, 3ra. Ed., Santiago de Chile, 1997, p. 261.

Desde esta perspectiva, una serie de delitos que se creían propios de tiempos pasados han adquirido en cierto modo una nueva actualidad o han sido complementados con nuevos tipos, basados en los ya existentes. Ejemplo de lo primero es el caso de la rotura de sellos, o de figuras como la manipulación fraudulenta de los precios de productos de primera necesidad. Entre los segundos cabría mencionar los nuevos tipos de propagación de organismos o agentes capaces de poner en peligro la salud animal o vegetal, las nuevas formas de elaboración y expedición de sustancias nocivas para la salud. El Título VI se ocupa, desde esta perspectiva, de las condiciones públicas mínimas para la seguridad individual en su sentido más tradicional y moderno al mismo tiempo: seguridad de los intereses o bienes personalísimos.

Las expresiones “seguridad pública” y “orden público” tienen por objeto enfatizar únicamente que se trata de situaciones que tienen lugar en el ámbito de interacción que es común a todos los ciudadanos, y no en ámbitos específicos como los que son propios de ciertos trabajos u ocupaciones. Es característico de estos últimos que quienes crean o administran los riesgos para la seguridad no son anónimos, sino personas que suelen interactuar con quienes se encuentran expuestos a tales riesgos, en un contexto donde además las competencias se encuentran distribuidas con relativa claridad. Este es uno de los elementos que está ausente en los contextos “públicos” a que se refiere una parte importante de los delitos del Título VI. En otros casos, como el de las amenazas o la asociación ilícita, el contexto es por definición público, o bien la distinción entre un ámbito público y uno privado no tiene importancia frente al atentado que la conducta representa contra la seguridad individual.

A diferencia de lo que sostiene Etcheberry⁷, sin embargo, el Título VI no se compone solamente de delitos de peligro abstracto. Por el contrario, en una serie de figuras el tipo exige una lesión de la seguridad individual o del bien al cual ésta se refiere (amenazas, homicidio de un fiscal o un defensor, embarazos puestos a la ejecución de trabajos públicos, incumplimiento del proveedor del ejército o de la armada, propagación de una enfermedad animal o plaga vegetal, los delitos relacionados con la evasión de los detenidos, etc.), y en la mayoría se exige una concreta puesta en peligro del bien jurídico.

Este último es el caso –entre otros– de la asociación ilícita, la obstrucción a la investigación, el establecimiento no autorizado de casas de préstamo sobre prendas, la manipulación fraudulenta de precios, el alejamiento de los postores a una subasta pública, la propagación de organismos u otros elementos capaces de poner en peligro la salud animal o vegetal o el abastecimiento de la población, la fabricación o expedición de sustancias medicinales deterioradas o adulteradas y, precisamente, de los desórdenes públicos, según se verá. En la mayoría de estas figuras, la realización del tipo exige la afectación de la seguridad mediante la puesta en peligro concreta del bien jurídico al cual aquélla se refiere. Ésta se verifica cuando, desde la perspectiva de un observador familiarizado con las circunstancias del hecho, la circunstancia de que no se produzca la lesión en el caso concreto es algo que depende simplemente del azar. En la técnica de tipificación de nuestro Código Penal, esta exigencia se expresa normalmente en la combinación de la aptitud objetiva de la conducta para lesionar el bien jurídico y una voluntad o intencionalidad encaminada al menos a su puesta en peligro, con indepen-

⁷ Ibidem, p. 262.

dencia de que se haya producido una lesión. Esto se aprecia con especial claridad en el tipo de la asociación ilícita (Art. 293 en relación con el Art. 292) y en el de los desórdenes públicos (Art. 269), pero también, por ejemplo, en la figura del Art. 313 d, que castiga al que “fabricare o a sabiendas expendiere a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie, cantidad, calidad o proporciones, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus propiedades curativas”.

El espacio que queda para las figuras de peligro abstracto es residual, y en él tienen cabida aquellos tipos en los cuales parece imposible reconocer los dos elementos señalados: peligrosidad objetiva más voluntad o intencionalidad. Tal podría ser el caso del ejercicio ilegal de ciertas profesiones de la salud, de las loterías no autorizadas, de los delitos contables del prestamista, la fabricación, venta y distribución de armas prohibidas y el porte de armas cortantes o punzantes en ciertos lugares.

Contra una lectura del Título VI en los términos que se vienen refiriendo podría considerarse la presencia en él de algunas figuras que, al parecer, no guardan relación con la seguridad individual en el sentido esbozado, es decir: (i) con la seguridad como ausencia de amenazas relevantes contra bienes personalísimos, y (ii) en lo que respecta a contextos públicos de interacción y no privados o restringidos (como sería por ejemplo el de una relación privada de índole contractual). Pues el Título VI contiene también infracciones contra la prohibición de los juegos de azar, contra la de establecer casas de préstamo sin autorización e incluso penaliza la manipulación de precios con respecto al “precio natural”: ¿en qué sentido estas figuras guardan relación con la seguridad individual?

Para responder a esta pregunta es indispensable situarse en la lógica interpretativa de los primeros comentaristas del Código Penal, pues ellos captan con especial precisión el trasfondo de las valoraciones que había realizado el legislador algunos años antes. Tomaré como ejemplo para este ejercicio las explicaciones de don Alejandro Fuensalida⁸. Respecto de las loterías no autorizadas (hoy sancionadas en el Art. 275 y siguientes), señala que muchas leyes anteriores destinadas a proscribir las habían sido ineficaces, pues:

la lei estralimitaba su esfera de accion penetrando al hogar doméstico i penando hechos que no causaban desórdenes ni ofendian la seguridad pública. Por esta causa nuestro código se ha limitado a castigar a los banqueros, dueños, administradores o ajentes de casas de juego de suerte, envite o azar i a los que concurren a jugar a dichas casas; de suerte que son lícitos los juegos que se verifican en casas particulares i en hoteles o clubs que no pueden llamarse casas de juego: son, en una palabra, los desórdenes públicos que pueden ocasionar esta clase de casas los que la lei previene con sus penas⁹.

¿Y qué decir de las casas de préstamo, prohibidas y sancionadas en el actual Art. 280 y siguientes? Para los primeros comentaristas, la racionalidad de la norma también se hallaba claramente en una consideración de seguridad pública:

⁸ Alejandro Fuensalida, “Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno. Libro Segundo”, Lima, 1883, p. 280 a 281.

⁹ *Ibidem*, p. 292 (cursivas añadidas).

Las disposiciones de nuestro código concernientes a las casas de préstamo no tienen por objeto garantizar a los necesitados la usura de los prestamistas, sino evitar que dichas casas sean receptoras de cosas hurtadas i que sus dueños estafen a los deudores: por esto es que se trata de ellas en este título destinado a penar los crímenes i simples delitos contra el orden i seguridad públicos cometidos por particulares¹⁰.

Precisamente por la misma razón, Fuensalida anota que el delito previsto en el actual Art. 283 (prestar a persona manifiestamente incapaz de contratar) nada tiene que hacer en este contexto: la disposición “es ajena a las materias de que este título trata” y solamente debe dar lugar a una acción civil¹¹.

La figura del Art. 285, que sanciona la manipulación fraudulenta de precios en relación con un “precio natural”, se encuentra en el Título VI porque el legislador está pensando especialmente en situaciones como la del que esparce el falso rumor de que se perdieron las cosechas de trigo en el lugar desde el que este producto se solía importar, con el fin de cobrar por sus propios granos un precio mucho mayor. En rigor, es el Art. 286 el que define la figura central (“Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recaere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad”), lo cual se manifiesta precisamente en el hecho de que esta conducta tiene la misma pena que la del Art. 285, con la única diferencia de que, además, se impondrá el “comiso de los géneros que fueren objeto del fraude”. No se trata de un grave error valorativo del legislador, a quien le habría dado lo mismo sobre qué bienes recae la manipulación de precios (equiparando, por ejemplo, remedios con cigarrillos). La explicación es que en todo caso ha de tratarse de bienes cuya escasez afecta en alguna medida no irrelevante la seguridad pública. Aunque el tipo no lo señala expresamente, ello se colige de su ubicación sistemática.

Se puede observar entonces que incluso estas figuras, que a primera vista parecen no tener relación con la seguridad individual, en un análisis más detenido sí encuentran su fundamento en ella. Al mismo tiempo, sin embargo, el Título VI contiene tipos penales cuyo objeto de protección se aleja en forma ostensible del orden público o del orden institucional, y en cambio responden por completo a la protección de la seguridad individual. Se trata de los tipos penales que criminalizan el abuso o la obstaculización de servicios de utilidad pública, en particular de aquellos encargados de la seguridad personal en situaciones de emergencia o necesidad. Estas figuras fueron introducidas por la Ley 19.830 en el año 2002.¹² Una de ellas dio lugar al nuevo Art. 268 bis (dar falsa alarma de incendio, emergencia o calamidad a bomberos u otros servicios). Pero lo más interesante para los efectos de este informe es que la segunda de estas normas se introdujo como segundo inciso, precisamente, del Art. 269 que tipifica los desórdenes públicos. De esta manera, el Art. 269 quedó con la siguiente redacción:

¹⁰ Ibídem, p. 294 (cursivas añadidas).

¹¹ Ibídem p. 298.

¹² La moción de los diputados señores Krauss, Alessandri, Encina, Jarpa, Naranjo, Ojeda, Ortiz, Prokurica, Ulloa y Urrutia (Boletín 2471-06) hace expresa referencia a que el proyecto pretende proteger la “seguridad de estos voluntarios [los bomberos]” y la “seguridad de la población”.

Art. 269. Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados.

Incurrirá en la pena de presidio menor, en su grado mínimo a medio, el que impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas.

La norma del inciso segundo tipifica una conducta que constituye una forma clásica de atentado contra la seguridad, entendida como ausencia de amenazas relevantes para bienes personalísimos: la represión o interrupción de una acción de salvamento.

A nuestro juicio, aunque de un modo más indirecto pero igualmente claro, algo similar entendía estar haciendo el legislador al incluir en el Título VI –y en un artículo 269 bis– la obstrucción a la investigación. En la misma lógica, podría haberse incluido también aquí la receptación (recordemos que es la principal razón por la que se castiga el establecimiento no autorizado de casas de empeño), pero el legislador decidió hacerlo sólo indirectamente, cuando tras la receptación, como muchas veces ocurre, se encuentra una asociación ilícita (Art. 292: “con el objeto de atentar contra... las personas o las propiedades”). En todo caso, la seguridad cuya afectación protegen los tipos penales del Título VI es aquella que dice relación con los bienes personalísimos que interesan al mismo Título: vida, integridad, salud, libertad de determinación (pero sólo en conexión con la vida o la integridad) y, en cambio, no el honor ni la libertad ambulatoria considerada en sí misma. Se aprecia claramente que los bienes o intereses instrumentales, como la propiedad, no han sido considerados, y por eso es que el Art. 292 la menciona expresamente y la protege más en razón del peligro que supone la asociación ilícita que a causa de la misma propiedad (hay que recordar, por ejemplo, que otro objeto la asociación punible puede ser atentar “contra las buenas costumbres”).

De lo expuesto precedentemente se puede concluir que resulta cuando menos plausible una interpretación de los tipos penales contenidos en el Título VI del Libro II como figuras cuyo principal objeto de protección es la seguridad individual en los términos señalados, es decir, en cuanto puede verse afectada en el ámbito donde se desarrollan las actividades comunes a todos los ciudadanos, y además en un sentido amplio, que comprende también amenazas contra la salud o contra el abastecimiento de bienes de primera necesidad, o incluso, según se vio, la obstaculización de labores de salvamento en situaciones de emergencia. Esta plausibilidad inicial se verá confirmada al interpretar el tipo penal de desórdenes públicos. Si se le entiende en esta clave, sin embargo, el delito no protege el orden público en el sentido de “orden institucional” o político, lo cual es coherente con la clara opción de los miembros de la Comisión Redactora, que no situaron la figura entre los delitos políticos, como ocurría en el modelo español, sino en un título diverso, y que alteraron en el mismo sentido los términos de la norma de conducta. Por idénticas razones, el tipo penal del Art. 269 tampoco protege la “tranquilidad pública” en sí misma, sino en cuanto la perturbación de tal tranquilidad pública o callejera represente una afectación relevante de la seguridad individual.

Si lo anterior es correcto, los fallos disponibles para consulta y en los que los tribunales se pronuncian sobre el alcance de la figura son, por lo general, correctos en su

resultado final –se absuelve cuando no se puso en peligro la seguridad de las personas–, pero suelen escoger fundamentos erróneos, vinculados al alcance literal de expresiones como “fin reprobado” o a un supuesto conflicto con las libertades de expresión y de reunión. Todo ello se analizará en los apartados siguientes. Sin embargo, hay que señalar desde ya que, excepcionalmente, la jurisprudencia ha considerado los desórdenes públicos como un delito político. Una sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, reproducida luego en el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco¹³, razona que en la especie no se configuraba “el delito de desórdenes públicos previsto y sancionado en el artículo 269 del Código Penal, puesto que se trata de un ilícito político-social, cuya motivación se origina con un interés colectivo, con elementos psicológico y personal determinante, destinado a alterar el orden constitucional”. Se trata, sin embargo, de un pronunciamiento de contenido excepcional.

2. Los elementos del tipo penal

A continuación procuraremos delinear los contornos del tipo penal de los desórdenes públicos analizando por separado cada uno de sus elementos objetivos: el concepto de tranquilidad pública, la gravedad de su turbación, el mal o injuria a una persona particular, el fin reprobado y su eventual realización. Luego se analizará brevemente algunos problemas más específicos relacionados con el tipo penal y, en ese contexto, se dirá algo sobre la faz subjetiva del hecho.

A) Tranquilidad pública

Según relata don Pedro Javier Fernández, “en la s. 56 [de la Comisión Redactora] ‘se adoptó con el núm. 259 (264) el art. 197 del C.E. [Código Penal español de 1850], diciéndose en él, a indicación del señor Gandarillas, ‘los que turbaren gravemente la tranquilidad pública’, en vez de ‘orden público’ que espresa el original. La turbación de esta última especie importa una sedición, puesto que se ataca a la sociedad misma en su base; mientras que la materia del artículo debe limitarse a las alteraciones pasajeras de la tranquilidad que no tienen aquel carácter ni procuran trastornar el orden establecido”¹⁴.

Esta trascendental modificación hace que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia españolas resulten sólo muy indirectamente de utilidad para nuestro análisis. En efecto, es evidente que el legislador chileno quiso distanciarse de la connotación política del modelo, mientras que éste es precisamente el elemento que caracteriza la regulación española. Se puede afirmar incluso que el trabajo dogmático sobre ella ha consistido, en gran medida, en el intento de aislar todo lo posible el tipo de su dimensión política, precisamente en aras de evitar la criminalización del ejercicio de derechos ciudadanos¹⁵. En este empeño, se ha llegado a proponer la sustitución del concepto de

¹³ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 92-2004, Sentencia de 15 de marzo de 2004.

¹⁴ Pedro Javier Fernández, op. cit. p. 17 a 18.

¹⁵ Así por ejemplo, Muñoz Conde sostiene que una “concepción amplia del orden público puede abarcar prácticamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, además de otros muchos actos no delictivos con lo que su valor sistemático es casi nulo. Junto a esa concepción amplia, rayana en la indeterminación, del orden público existe otra más restringida que lo refiere a la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana. Origi-

orden público por el de “seguridad pública”. Así, por ejemplo, en un reciente trabajo dedicado al tema, Enrique Alcubilla favorece “su sustitución por conceptos con menor grado de equivocidad, como puede ser el mismo de seguridad pública o ciudadana que es el que entendemos vinculado real y efectivamente al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas o al normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de las personas o a la integridad de los bienes públicos o privados”¹⁶.

Una preocupación similar expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Por ejemplo, la STC 42/2000 de 14 de febrero de 2000 intenta hacerse cargo de los inconvenientes que presenta el carácter político del delito de desórdenes públicos en el ordenamiento español. Se trata de una sentencia particularmente relevante, pues su razonamiento será citado luego con frecuencia en otros fallos del mismo tribunal¹⁷. La argumentación apunta en la misma dirección que luego propondría la doctrina, es decir, la sustitución del bien jurídico “orden público” por la afectación de la seguridad individual. Textualmente, en la citada resolución puede leerse:

La alteración del orden público que, con ocasión de su participación en una manifestación debidamente autorizada, originó el grupo de manifestantes en el que se encontraba el recurrente al interrumpir el tráfico durante cuarenta y cinco minutos [sic]. Sin embargo, como queda dicho, la interrupción del tráfico en una parte del recorrido por el que discurre una manifestación no puede considerarse, sin más, como una conducta contraria al límite que específicamente establece el art. 21.2 C.E., pues, tal y como se ha indicado, los cortes de tráfico sólo pueden considerarse comprendidos en dicho límite cuando como consecuencia de los mismos puedan ponerse en peligro personas o bienes (cursivas añadidas).

nariamente era esta la concepción del orden público que predominaba en el Código Penal de 1870 que rubricaba con este concepto el título III en el que incluía la rebelión, la sedición, los atentados y desacatos a los funcionarios públicos y desórdenes públicos y ésta es también la concepción que predomina en el Capítulo II, del Libro II (faltas contra el orden público). El Código Penal de 1944, al suprimir este título, incluyó estos delitos junto con los antiguos delitos contra la Constitución en el mismo Título: Delitos contra la seguridad interior del Estado, dándoles un contenido evidentemente político, aumentado al tipificar en inmediata conexión con ellos el terrorismo y las propagandas ilegales. A pesar de este contenido político, debe seguir manteniéndose el concepto restringido de orden público, porque en los delitos que vamos a tratar el componente decisivo o por lo menos distintivo sigue siendo la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria. Solo así puede distinguirse la rebelión, por ejemplo, de los delitos contra la forma de gobierno, contra las Cortes o contra el Jefe de Estado” (Muñoz Conde Francisco, “Derecho Penal. Parte especial.” (8º Ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 1959, p. 673-674). En la misma línea, una reciente monografía de Lorente Velasco intenta acotar la noción de “orden público” para los efectos de este delito: “Ni siquiera es preciso incidir en la amplitud del concepto, pues a tenor de esta ley podría estar atentándose contra el orden público a la más mínima muestra de disconformidad con el orden establecido, es decir el orden público como bien jurídico protegido podía entenderse directamente relacionado con la necesidad de sumisión con el orden político implantado. Por si ello fuera poco, el legislador español hace uso del concepto ‘orden público’ en sede civil, administrativa, penal, etc., por lo que las diferentes acepciones que abarca el término convierten el intento de alcanzar una concepción unitaria en una auténtica utopía” (Lorente Velasco, Susana Mª, “Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia”, Editorial Dykinson, 2011. p. 25).

¹⁶ Alcubilla, Enrique Arnaldo, op. cit., p. 224.

¹⁷ Cfr. por ejemplo Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 110/2006, de 3 de abril de 2006.

Como se verá luego, años más tarde una resolución del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago invocará los argumentos que esta sentencia del Tribunal Constitucional español desarrolla en la parte citada. Sin embargo, ello no era necesario, pues en Chile, –a diferencia de lo que ocurre en el derecho español histórico y actual–, el delito siempre ha constituido un atentado contra la seguridad pública. Por lo tanto, el único concepto de tranquilidad pública que tiene relevancia para el tipo exige que la conducta imputada en el caso concreto tenga al menos la aptitud para afectar dicha seguridad.

Así lo ha entendido por regla general la jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Copiapó conoció un caso en que se tuvo por probado que “en la esquina de calle Los Carrera con Templo necesariamente de la ciudad de Chañaral, el imputado procedió a insultar a personal de Carabineros que se encontraba al interior de una unidad policial, con palabras groseras, solicitando que dejaran en libertad a su primo”. La Corte consideró que el delito “brinda protección penal a un sentimiento generalizado de tranquilidad y seguridad en la actividad humana, en otros términos, al sosiego o a la paz de la comunidad para un normal desarrollo de sus actividades (...) En el caso materia del recurso, salvedad de indicarse que el acusado insultó a personal policial que estaba dentro de una unidad policial, pudiendo deducirse que lo hizo encontrándose en una intersección de calles, no existe elemento de hecho alguno que permita, al menos suponer, que alteró la tranquilidad pública y, más aún, siquiera se indica que lo haya hecho”. La Corte añade un elemento que considera relevante desde el punto de vista del requisito típico de alteración de la tranquilidad pública: “No se expresa que, además de sus destinatarios, los insultos que se dice proferidos hayan estado en condiciones de, al menos potencialmente, ser escuchados por terceros alterando su sosiego”. En consecuencia, afirma la Corte, como no se ha afectado la seguridad pública –ni siquiera el sentimiento de seguridad– por la conducta del imputado, no puede entenderse que se ha turbado la tranquilidad pública en el sentido del tipo penal, por más que la conducta escandalosa y ruidosa del sujeto haya turbado la paz o la tranquilidad callejera en la ciudad de Chañaral¹⁸.

En la sentencia ya citada del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, reproducida luego en el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco¹⁹, se decidió sobre la base del mismo criterio: “En el caso sub lite, los hechos violentos se limitaron a provocar daños al interior del fundo El Porvenir y La Bendición, sin que exista ningún indicio que éstos hayan tenido como finalidad alterar la tranquilidad pública en términos que comprometerían el interés público general”. Este razonamiento formalmente subjetivista funciona, según se puede apreciar, sobre la base de que la conducta misma no era objetivamente apta para alterar la tranquilidad en el sentido de poner en riesgo la seguridad individual de las personas en contextos públicos de actuación.

También es ilustrativo el caso que conoció el Juzgado de Garantía de Valdivia, y en el cual desestimó el delito de desacato respecto de un dirigente estudiantil que interrumpió –interpelándolo a través de un megáfono– al entonces Presidente de la República durante el discurso que dirigía a las personas reunidas en un acto público. El tribunal pasó directamente de la posibilidad de apreciar un desacato a la sanción por la figura

¹⁸ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 78-2008, Sentencia de 20 de junio de 2008, Considerando 4°.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 92-2004, Sentencia de 15 de marzo de 2004.

prevista en el Art. 495 N° 4: cometer falta de respeto contra un funcionario revestido de autoridad pública mientras ejerce sus funciones²⁰. Aunque la conducta tuvo lugar en el contexto de una manifestación no autorizada, en la que un grupo de alrededor de veinte personas interrumpió el acto público de firma de un proyecto de ley que presidía la cabeza del Poder Ejecutivo, el tribunal ni siquiera consideró la posibilidad de apreciar un delito de desórdenes públicos. Bien puede interpretarse que ello se debió a que la conducta no afectaba la seguridad individual de nadie, por más que para el político interpelado, y también seguramente para otras personas, se estaba frente a una alteración no irrelevante de la tranquilidad, ejecutada con el fin inmediato de interrumpir un acto público.

B) La “gravedad” de la turbación

El tipo penal exige que la turbación de la tranquilidad pública sea grave: ¿cuál es el criterio para enjuiciar la gravedad de la turbación? Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la turbación de la tranquilidad se encuentra teleológicamente ligada al mal o fin reprobado al cual debe tender el autor, pero al mismo tiempo –según se verá en el apartado siguiente con más detalle– constituye un elemento diferente del tipo penal. Por lo tanto, y en primer lugar, se requiere que la turbación sea grave desde el punto de vista de la tranquilidad pública, lo cual no ha de confundirse con la exigencia de que la turbación –además– sea apta para afectar la seguridad individual. Es decir, podría provocarse una turbación apta en este último sentido, pero que no fuera grave para la tranquilidad pública, y en tal caso dicha turbación sería atípica desde la perspectiva del Art. 269.

En segundo lugar, como advertía Labatut, es la misma ley la que establece por comparación ciertos parámetros para el enjuiciamiento de la gravedad. Por una parte, la “disposición no es aplicable a los desórdenes constitutivos de atentados o desacatos, aun cuando revistan también el carácter de públicos”; por la otra, tampoco se aplica a los desórdenes “que el Código sanciona específicamente como faltas en los Arts. 494 N°s 1° y 2°; 495 N°s 1°, 2°, 3° y 4°; y 496, N°s 7° y 8°”²¹. Una revisión de las conductas descritas como atentados contra la autoridad y como faltas permite obtener una idea aproximada de la gravedad a que alude en términos amplios el Art. 269. Así, es atentado contra la autoridad pública emplear fuerza o intimidación en su contra o en contra de otras personas (v. gr. “acometer”, Art. 261) para impedirle el ejercicio de sus funciones o cuando las está ejerciendo. Por otro lado, es típicamente constitutivo de falta tomar parte en el desorden que se produce en torno a algún espectáculo público, así como la organización de “cencerradas” nocturnas o “reuniones tumultuosas” para manifestar repudio a la actuación de alguna persona (hoy conocidas vulgarmente como “funas”).

Entrando en consideraciones valorativas más sutiles, Labatut señala que de las Actas de la Comisión Redactora, Sesión 57, se desprendería que el delito de desórdenes públicos exige que los sujetos, si son varios, actúen concertados previamente, o al menos que exista una “deliberada resolución para trastornar el orden público”.²² Sin

²⁰ Juzgado de Garantía de Valdivia, RUC N° 0510014763-9, Resolución de 13 de febrero de 2006.

²¹ Gustavo Labatut, “Derecho Penal. Parte Especial”, T. II, (7° Ed.), Ed. Jurídica de Chile, 1976, p. 101 a 102. Cfr. también Etcheberry, op. cit. p. 270 a 271.

²² *Ibidem*, p. 101 a 102.

estas condiciones, “no quedan comprendidos en la disposición en estudio los gritos o desórdenes aislados”. Según Labatut, por lo tanto, la punibilidad de los desórdenes exige una base análoga a la que es posible identificar en organizaciones semi estructuradas según las antiguas teorías del complot o la conspiración. Sin esta peligrosidad adicional, que emana de la organización en cuanto tal, los desórdenes que turben la tranquilidad pública no podrían considerarse revestidos de gravedad suficiente y deberían tratarse como falta²³.

Si Labatut está en lo cierto, el requisito de “gravedad” de la turbación cumple la función de una cláusula de relevancia de los desórdenes para los efectos de su penalización. Los “gritos o desórdenes aislados”, de que hablaba el tratadista, no son objeto de atención del derecho penal propiamente tal, a no ser que representen un peligro adicional debido a la organización de la cual emanan o en la que tienen su origen. Esto podría explicar que los tribunales tiendan a considerar, de un modo más o menos consciente, el carácter no autorizado de una marcha o demostración como elemento relevante en su razonamiento²⁴. Los desórdenes que tienen lugar en el contexto de una marcha que no ha sido autorizada son portadores de una especial significación, pues para desafiar el orden jurídico en materia de marchas o manifestaciones masivas se requiere por lo general de un mínimo de organización o, en los términos del autor citado, de una “deliberada resolución”. Es importante tener esto en cuenta si no se quiere que el tópico del carácter no autorizado de una marcha o demostración, en caso de que tuviera alguna utilidad, se autorizada en un concepto vacío, susceptible de llenarse arbitrariamente con cualquier contenido²⁵.

Lo señalado anteriormente permite resolver uno de los problemas más frecuentes en la interpretación y aplicación del tipo penal en análisis: el corte de tránsito como producto de una manifestación o marcha. La pregunta es si acaso, y si la respuesta es afirmativa, en qué medida, el corte de tránsito puede constituir una turbación grave de la tranquilidad pública en el sentido del tipo.

La jurisprudencia disponible para consulta no considera el corte de tránsito como una turbación grave. Una sentencia absolutoria del Juzgado de Garantía de Temuco parece contradecir esta afirmación, pero el examen algo más detenido de los fundamentos revela que la confirma²⁶. En efecto, en el fallo se lee que “la circunstancia de que Cara-

²³ En cambio, nos parece que la referencia de Labatut al trastorno del “orden público” ha de entenderse como referencia a la tranquilidad callejera, pues en Labatut no se observa ningún indicio en el sentido de considerar este delito como uno de índole política.

²⁴ Cfr. Corte de Apelaciones de Temuco rol: 1381-2006; Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de 05 de abril de 2007, RIT N° 2420-2007. RUC N° 0700239743-3 (p. 11); Juzgado de Garantía de Temuco, resolución de 21 de noviembre de 2006, p. 10.

²⁵ En cualquier caso, no se debe perder de vista que la exigencia de autorización para el desarrollo de ciertas formas de manifestación masiva de acuerdo a la Ley 19.175 obedece a una racionalidad diversa, administrativa, de la que subyace al delito de desórdenes públicos. Por lo tanto, el hecho de que una marcha no haya sido autorizada es uno más entre muchos otros elementos que pueden servir para enjuiciar la “gravedad” de la turbación exigida por el art. 269, del mismo modo que, por ejemplo, lo es la circunstancia de que los hechos que la constituyen sean algo completamente inédito en una determinada ciudad o localidad.

²⁶ Juzgado de Garantía de Temuco, RUC N° 0600026440-5, resolución de 21 de noviembre de 2006.

bineros haya cortado el tránsito tanto peatonal y vehicular, en calle Bulnes entre calles Claro Solar y Manuel Montt de esta ciudad, en nada altera lo concluido, por cuanto, son los encargados de mantener el orden público, entre otros, y velar por la seguridad ciudadana la que el día de los hechos por los cuales se ha requerido, se encontraba alterada, de modo, que solo se limitaron a cumplir con su deber”. Por lo visto, la defensa había argumentado que no correspondía imputar el corte a los manifestantes pues no habían sido ellos, sino la fuerza pública, la que había procedido a cortar el tránsito.

El tribunal replica a este argumento con el razonamiento citado, pero éste sólo se podría interpretar en el sentido de que el corte de tránsito es una turbación grave, si tal hubiera sido el único hecho probado. En realidad, sin embargo, se probó que “al realizarse una marcha de protesta no autorizada por la autoridad competente, en la que además se usó violencia por parte de los manifestantes, se alteró gravemente la paz y natural desarrollo de las actividades públicas en la comuna de Temuco, por alrededor de dos horas, al impedir el paso de vehículos y público en general por calle Bulnes entre calles Claro Solar y Manuel Montt, el ingreso normal y fluido a la Intendencia Regional, de autoridades y público en general, el ingresos de público a los servicios fiscales, como Sernatur, Servicio de Impuestos Internos, y otros, que se ubican en el Edificio de la Intendencia en un costado de la misma, causando además daños a la propiedad pública y privada”. Según el tribunal, entonces, el corte de tránsito estuvo acompañado del uso de violencia por los manifestantes, quienes impedían el ingreso del público y los funcionarios a una serie de reparticiones públicas, y además por la causación de daños a la propiedad pública y privada, todo lo cual “alteró gravemente la paz y natural desarrollo de las actividades públicas en la comuna de Temuco, por alrededor de dos horas”. La conclusión es clara: en opinión del tribunal, el corte de tránsito no es por sí mismo una turbación grave.

La ausencia de gravedad del corte de tránsito también es uno de los criterios en base a los cuales, en una resolución de abundante contenido político, el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago declaró inadmisibles una querrela por delito de desórdenes públicos presentada por la Intendencia Metropolitana. El tribunal entendió que los hechos denunciados en la querrela no cumplían los requisitos típicos del Art. 269, en lo que aquí interesa, pues la turbación de la tranquilidad pública no habría sido lo suficientemente grave. La falta de gravedad obedece, según el tribunal, a dos razones:

(1) Una apreciación del efecto que los hechos tienen en la ciudad en su conjunto: “En el contexto de una ciudad de seis millones de habitantes, [...] se produjeron estos incidentes acotados a los sectores denunciados, esto es cuatro intersecciones de calles del centro de Santiago y además en un espacio de tiempo delimitado, no más de tres horas”. A juicio del tribunal, si se analizan “en dicho contexto, las alteraciones al orden público señaladas aparecen desprovistas de la gravedad que la solicitante pretende ver”, pues “no limitaron gravemente la regularidad de las actividades empresariales, laborales, etc., o el funcionamiento de los servicios públicos o esenciales para la comunidad”.

(2) Una ponderación de la afectación de los derechos en juego, la libertad de expresión y reunión por una parte, y el derecho a circular libremente, por otra: La baja intensidad de la afectación del derecho a la libre circulación, en el caso concreto, no puede dar lugar a una afectación severa de los derechos de expresión y reunión. Citando al Tribunal

Constitucional español, el juez de garantía considera que “la interrupción del tráfico en una parte del recorrido por el que discurre una manifestación no puede considerarse, sin más, como una conducta contraria al límite que específicamente establece el Art. 21.2 CE (alteración del orden público), pues, tal y como se ha indicado, los cortes de tráfico sólo pueden considerarse comprendidos en dicho límite cuando como consecuencia de los mismos puedan ponerse en peligro personas o bienes”. Esto es así –agrega el tribunal chileno– “no porque el derecho de libre tránsito no sea importante, sino porque los derechos de expresión y de reunión se enquistan en el centro de la existencia misma de un Estado de Derecho democrático, por lo cual cuando se produzca una colisión de estos derechos debe preferirse los primeros, sujeto obviamente su utilización a las limitaciones razonables que permitan hacer efectivo el derecho y no conculcar con abuso el derecho de circulación de terceros”²⁷.

En síntesis, conforme al fallo citado la “gravedad” típica exige que la turbación afecte “gravemente la regularidad de las actividades empresariales, laborales, etc., o el funcionamiento de los servicios públicos o esenciales para la comunidad”, y la ponderación de esta gravedad en el caso concreto ha de hacerse dando primacía a los derechos de expresión y reunión por sobre la libertad de circulación, dentro de ciertos límites razonables. En esta última conclusión, el tribunal de garantía realiza un análisis que, como se verá, resulta correcto. No se trata de anticipar el examen de las causas de justificación –concretamente, de una eventual concurrencia de la eximente prevista en el Art. 10 N° 10–, confundiéndolo con la subsunción del hecho en el tipo penal. Se trata sólo de establecer con ayuda de una ponderación el alcance del requisito típico de “gravedad”.

Finalmente, respecto del requisito típico en examen es indispensable aclarar, en concordancia con lo expresado más arriba, que lo “grave” debe ser la turbación de la tranquilidad, y no la afectación de la seguridad, la cual desde luego debe tener cierta entidad pero no necesita ser grave. El requisito típico de “gravedad” se encuentra referido únicamente a la afectación de la tranquilidad pública. Acertadamente, en este sentido, resolvió el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago en el caso de un sujeto que, “a rostro cubierto para asegurar su impunidad y formando parte de un grupo de personas que se manifestaba afectando la tranquilidad y la libre circulación de los vehículos en ese sector, poniendo objetos contundentes en la calle tales como fierros y escombros, afectando el funcionamiento de semáforos, atacó con un objeto contundente el vehículo VX 3868 que circulaba por calle Diagonal Paraguay, justamente y en razón de que era conducido por la señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago, única persona al interior del móvil”. Se precisa que “el imputado conociendo la investidura de la ocupante del móvil, quebró junto a otras personas, el parabrisas trasero del vehículo al golpearlo con un objeto contundente que portaba en su mano después de haber rayado y dañado parte de la carrocería y vidrios del automóvil. El vidrio lo rompió desde afuera del móvil, hacia adentro proyectando parte de los vidrios quebrados al interior del vehículo, con evidente riesgo para su única ocupante. El vehículo resultó con rayados y abolladuras en la carrocería y los vidrios, además del vidrio parabrisas trasero quebrado”.

²⁷ Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 2420-2007. RUC N° 0700239743-3, resolución de 5 de abril de 2007.

Si bien se trata de una conducta violenta, y el riesgo que provocó para la integridad corporal de la ocupante del automóvil fue relevante, este riesgo no necesariamente puede calificarse de grave. En cambio, la afectación de la tranquilidad pública sí fue grave, atendido el contexto en que se ejecutó el hecho y el efecto que éste tuvo en el desarrollo de las manifestaciones violentas, según se desarrolla in extenso en el fallo.

C) Para causar injuria u otro mal a alguna persona particular

En este lugar nos ocuparemos de la dimensión objetiva de este requisito y más adelante se abordará brevemente el aspecto subjetivo. Pues para que sea posible hablar de una finalidad o intención que tenga relevancia penal, ella debe manifestarse externamente en un hecho que, desde el punto de vista social, tiene la significación que quien actúa le atribuye. Si alguien posee una intención homicida muy intensa respecto de otra persona, pero sólo la expresa en miradas de indignación o en comentarios “hirientes”, esa intención homicida carece de toda relevancia para el derecho penal. Lo mismo ocurre en este caso: la turbación de la tranquilidad pública debe tener una cierta aptitud objetiva “para causar injuria u otro mal a alguna persona particular”. Sin esta aptitud objetiva, da lo mismo cuáles sean los propósitos o intenciones del sujeto.

La conducta debe tener, entonces, la aptitud objetiva para “causar injuria u otro mal a alguna persona particular”. Existe acuerdo en que la expresión “injuria u otro mal” debe interpretarse en un sentido amplio. Como señala Etcheberry, “la expresión ‘injuria’ está tomada en su sentido genérico de ‘daño’ y no en el específico de ‘delito de injuria’”²⁸. En el límite inferior, esto significa que lo exigido en el tipo del Art. 269 es más que una injuria en el sentido técnico, y por eso no constituyen desórdenes públicos las conductas que sólo tienen por objeto afectar la honra de una persona o faltarle el respeto. Ello es muy claro si se tiene en cuenta que –según se vio– las “cencerradas” o “funas” son hechos expresamente tipificados como falta en el Art. 495 N° 4²⁹. Así también lo ha resuelto la jurisprudencia, como se observa por ejemplo en la sentencia ya citada del Juzgado de Garantía de Valdivia, dictada el 13 de febrero de 2006, en la que se calificó como falta la conducta de un grupo de manifestantes que insultó y faltó el respeto al presidente de la República en un acto público³⁰.

Pero también se debe tener en cuenta, ya en el límite superior, que la expresión “injuria u otro mal a alguna persona particular” debe interpretarse en función del contexto sistemático que se ha referido en los apartados precedentes. La injuria u otro mal consisten, en este contexto, en la afectación (aun mediata) de la seguridad personal en su dimensión pública, en este caso³¹ mediante la creación de un peligro para bienes o intereses jurídicos personalísimos, en la medida en que ellos se encuentran expuestos a la interacción de sus titulares con otros sujetos cualesquiera, en la vía pública o en ámbitos

²⁸ Etcheberry, Alfredo, op. cit, p. 270 a 271.

²⁹ En este sentido, ya en la Novísima Recopilación de Leyes de Indias (12.25.7) se sancionaban las cencerradas sólo como atentados contra el honor (concretamente, contra el honor de los viudos la noche en que contraían nuevas nupcias).

³⁰ Juzgado de Garantía de Valdivia, RUC N° 0510014763-9, resolución de 13 de febrero de 2006.

³¹ La situación es diversa, según se verá a continuación, en el caso del “fin reprobado”, que comprende hipótesis en que la injuria u otro mal no se dirigen contra una persona particular o se busca afectar condiciones más generales de seguridad.

no meramente privados. Esto significa, por ejemplo y según se anticipó, que la injuria u otro mal de que habla el Art. 269 no puede consistir simplemente en la afectación de la propiedad de una persona particular, si dicha afectación no implica al mismo tiempo una puesta en peligro de su seguridad personal, aunque sea mediata.

Cabe preguntarse ahora si la injuria u otro mal que se pretende causar deben ser hechos típicos y merecedores de pena, o si podría tratarse de situaciones contrarias a derecho en términos más amplios, como en el caso de los ejemplos que, a propósito del “fin reprobado”, proporciona Fuenzalida en su Comentario: “conseguir la libertad de un individuo por medio de una poblada, o la entrega del cadáver de un ajusticiado en señal de protesta de la demagogía descamisada en contra de la pena de muerte”³². La estructura del Art. 269 parece abonar una interpretación según la cual el fin pretendido debe ser típico y punible, pues la norma tiene por objeto impedir un concurso de leyes penales: “Los que turbaren (...) incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados”. Sin embargo, se ha hecho opinión común (aunque sólo sea por el hecho de no haber sido controvertida) la de Labatut, para quien “el término ‘mal’ que emplea la ley comprende tanto el daño material como el moral”³³. Esta opinión es plausible, pues aunque sea efectivo que la norma pretende regular (también) una situación concursal –lo cual supone una pluralidad de delitos o, al menos, de figuras penales aplicables–, nada impide que ella también se aplique en los casos en que tal situación no se produce. Dicho de otro modo, el “sin perjuicio” contenido en el tenor literal puede entenderse perfectamente bien en términos condicionales.

Los comentarios más antiguos confirman esta interpretación. Robustiano Vera señala, por ejemplo, que:

*Aquí se trata única i exclusivamente de la perturbación del orden público con el fin de causar injurias u otro mal o fin reprobado a alguna persona. Lo que aquí se pena no son las injurias, las lesiones o los perjuicios graves que por este medio se puedan causar a otras personas, porque estos delitos tienen sus correspondientes castigos señalados en otros lugares de este Código. Es solo la perturbación i el objeto con que ella se intenta i si de ello resulta uno o más delitos, es claro que, conforme al artículo 74, se penarían por separado*³⁴.

Lo mismo se desprende del comentario de Pacheco al precepto paralelo del Código Penal español de 1850:

*Las injurias, las lesiones, los perjuicios graves que se pueden causar unas personas a otras, tienen sus penas señaladas en los lugares correspondientes de este Código. Aquí no se trata de eso; aquí se trata únicamente de la perturbación del orden público con ese fin*³⁵.

Esta interpretación compensa también el importante efecto restrictivo que implica el hecho de concebir el delito como un atentado contra la seguridad individual, en los

³² Alejandro Fuenzalida, op. cit., p. 280 a 281.

³³ Gustavo Labatut, op. cit., p. 101 a 102.

³⁴ Robustiano Vera, op. cit., p. 469 a 470.

³⁵ Cit. en Pedro Javier Fernández, op. cit., p. 17 a 18.

términos desarrollados más arriba. La “injuria u otro mal” deben ser tales que afecten la seguridad individual, pues así se desprende de la sistemática del Código Penal, pero no es necesario que sean constitutivas de un hecho típico y punible, pues el tipo del Art. 269 no lo exige.

D) El “fin reprobado”

En la línea de lo expuesto precedentemente, la expresión “fin reprobado” no puede considerarse un “cajón de sastre”, sino que es una cláusula analógica, que debe ser interpretada a la luz tanto de las consideraciones sistemáticas generales sobre el tipo penal y su ubicación en el Código, como de la interpretación que se ha hecho de la expresión “injuria u otro mal”, que la precede en el texto normativo. Desde este punto de vista, no concordamos con Etcheberry cuando señala que “el delito está integrado por un elemento subjetivo, el propósito de causar ‘injuria u otro mal’ a alguna persona particular, o, en términos amplísimos, ‘cualquier otro fin reprobado’”³⁶. En efecto, los términos aparentemente amplios del texto legal dejan de serlo cuando se realiza una interpretación sistemática de la norma, pues el “otro fin reprobado” tiene que ser uno que consista en la afectación de la seguridad individual en contextos públicos de interacción. La introducción de la cláusula se explicaría así para abarcar también los casos en que la injuria u otro mal no se refieren a una persona “particular”, sino donde el propósito es la afectación de personas que actúan desempeñando una rol público ligado a la seguridad, o bien, de condiciones más generales para la seguridad individual, de tal manera que la afectación de esta última es más bien mediata.

Desde el punto de vista de la mediatez de la afectación, un ejemplo de lo que el legislador tuvo en mente podría ser precisamente la adición, realizada muchos años después, de las figuras que implican un entorpecimiento o debilitamiento de los servicios de utilidad pública, especialmente de los que están llamados a intervenir en situaciones de emergencia (Arts. 268 bis, e inciso 2° del Art. 269). Desde la perspectiva de la afectación de personas que cumplen un rol público ligado al mantenimiento de las condiciones de seguridad, podrían servir de ejemplo las normas introducidas como Arts. 268 ter, 268 quáter y 268 quinquies, que sancionan el homicidio, las lesiones y las amenazas cometidas contra fiscales y defensores públicos a causa de sus actuaciones como tales. Esta normas se introdujeron en el año 2007, en un contexto en que estos profesionales son considerados por todos los sectores políticos como elementos clave en la protección de la “seguridad pública” o seguridad ciudadana. Esto explica en parte la creación de figuras autónomas y la ubicación de estas figuras en el Título VI, en lugar de haber establecido circunstancias agravantes especiales o, mejor aun, de haber resuelto el problema en la praxis mediante el uso de las agravantes genéricas pertinentes. Ninguna de estas figuras existía al tiempo de dictación del Código Penal, por lo que bien pueden considerarse como explicitaciones de la idea del “fin reprobado”, aunque su tipificación autónoma obligue a prescindir de la turbación de la tranquilidad pública como elemento necesario para la realización de estos tipos penales específicos.

Posiblemente la cuestión más relevante que haya que resolver en relación con este elemento del tipo es si la turbación grave de la tranquilidad pública puede considerarse por sí misma, bajo ciertas circunstancias, como un “fin reprobado”. Una interpretación

³⁶ Alfredo Etcheberry, op. cit., p. 270 a 271 (cursivas añadidas).

en este sentido no es descabellada, pues bien podría pensarse que una turbación grave de la tranquilidad pública afecta por definición la seguridad individual en contexto público, ya que parte de esta seguridad es la garantía cognitiva del ejercicio de los derechos. Esta conclusión parece doblemente plausible si se entiende –como se ha hecho aquí– que el concepto mismo de “tranquilidad pública” contiene en nuestro ordenamiento jurídico una referencia a la ausencia de afectaciones de la seguridad individual. Por lo tanto, ya al constatar su turbación se estaría afirmando que existe algún compromiso de la seguridad.

Sin embargo, hay buenas razones para pensar que no es así, es decir, que el propósito de alcanzar un “fin reprobado” –o, más precisamente, la aptitud objetiva de la conducta para alcanzarlo– excede o trasciende la turbación de la tranquilidad. Se requiere algo más: esta turbación debe ser apta como medio para atentar contra la seguridad de las personas, y el fin reprobado es uno que compromete también, aunque sea en forma mediata, esa seguridad. Este compromiso no puede consistir en la mera turbación de la tranquilidad, sino que debe referirse a la seguridad individual, por las siguientes razones:

(1) La mera turbación violenta de la tranquilidad pública mediante desórdenes u otros actos similares se encuentra tipificada en el art. 6° letra a) de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado. El fundamento de los delitos previstos en esta ley es de índole política, mientras que, según se vio, los bienes jurídicos protegidos por las figuras del Título VI del Libro II del Código Penal guardan relación directa o indirecta con la seguridad individual. Por lo tanto, si el fin que el autor persigue es la turbación de la tranquilidad pública, y no la causación de un mal a una persona u otro fin reprobado, la conducta no es punible a título de desórdenes públicos, sino eventualmente sólo en virtud del art. 6° letra a) de la Ley 12.927³⁷.

(2) Una interpretación que considerara la turbación de la tranquilidad como fin reprobado vulneraría la relación de medio a fin que el tenor literal de la norma establece inequívocamente entre el propósito de obtener un fin reprobado y la provocación, como medio para ello, de una grave turbación de la tranquilidad pública. Es decir, tal interpretación sería contraria al tenor literal y por lo tanto inadmisibles. Esto se aprecia con toda claridad si se piensa que el tipo exige que la turbación efectivamente se produzca, mientras por otro lado basta con que el fin reprobado se procure. Si el fin reprobado fuera la turbación de la tranquilidad, entonces el tipo ya no exigiría que ésta efectivamente tenga lugar, lo cual es contrario al tenor de la norma.

(3) Si la turbación de la tranquilidad se realiza con fines reprobados distintos de la afectación de la seguridad individual en el ámbito público de interacción, el hecho deviene en la tentativa o consumación de un delito diferente. Cuando lo que se pretende es

³⁷ En tal sentido ya Labatut, quien afirma que el art. 6° letra a) de la Ley de Seguridad del Estado vino a aclarar el sentido del Art. 269 CP en lo que respecta al “fin reprobado”: “Según tuvimos ocasión de hacerlo notar (véase N° 282 letra B), el Art. 6°. De la Ley de Seguridad del Estado en su letra a) precisa y aclara el sentido de la disposición en estudio –especialmente de la frase ‘con cualquier otro fin reprobado’– al sancionar los desórdenes o actos de violencia cuya finalidad sea la alteración de la tranquilidad pública. Es una disposición de carácter político que se aplicará de preferencia a la del Código Penal cuando el propósito de los hechos sea la perturbación del orden público con fines distintos del de “causar injuria u otro mal a alguna persona particular” (Gustavo Labatut, op. cit., 101 a 102).

alterar o perturbar el orden institucional, se tratará de un delito contra la seguridad del Estado, ajeno al Título VI del Libro II. Si se crea un tumulto con el fin de hurtar –no para robar usando violencia o intimidación en las personas, pues en tal caso se afecta la seguridad individual–, entonces se comete un hurto agravado, que en el ordenamiento chileno se conoce como robo por sorpresa (Art. 436 inciso 2°). Lo mismo ocurre con la afectación de los derechos políticos. Este punto es particularmente relevante, pues en el Código Penal español que sirvió de modelo en la redacción del nuestro, se mencionaba expresamente la hipótesis en que se turba el orden para “impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos políticos”, caso en el cual “se impondrá además al culpable la inhabilitación temporal para el ejercicio del mismo derecho” (Art. 197 inciso 2° del Código Penal español de 1850). En las Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, Sesión 56, se lee que “se suprimió la última parte del artículo concerniente a la turbación en el ejercicio de derechos políticos, por ser ésta materia de la lei electoral, i se fijó como pena para el caso que se conserva, la reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio del castigo que corresponda por el daño u ofensa causados”. Es posible concluir, entonces, que el fin reprobado ha de ser uno distinto de la mera turbación de la tranquilidad, pero al mismo tiempo uno que guarde relación con los bienes protegidos en el Título VI del Libro II del Código Penal. En todo caso, el fin reprobado no es uno de índole política o electoral.

(4) En el mismo sentido apunta el efecto que en la interpretación del Art. 269 tiene la introducción de su actual inciso 2°. La nueva figura constituye claramente un delito contra la seguridad individual, de aquellas que tipifican expresa y autónomamente la interrupción de cursos causales salvadores. El tratamiento tradicional de esta clase de hechos consiste en considerar a quien impide o dificulta el curso destinado a salvar un bien jurídico como interviniente en el delito de los que lo atacan, o bien, si se trata de un hecho fortuito o de la naturaleza, como autor de la lesión en “omisión por comisión”. El inciso 2° del Art. 269 opta en cambio por tipificar el hecho como delito autónomo, creando una figura de peligro concreto contra la seguridad individual³⁸.

(5) Por último, ya se ha visto cómo las encerradas y reuniones tumultuosas (Arts. 494 N° 2 y 496 N° 8) que se realizan para ofender a alguna persona o alterar el sosiego de las poblaciones, son hechos constitutivos de faltas. La diferencia entre éstas y la figura del Art. 269 podría estar vinculada a la gravedad relativa de la turbación considerada en sí misma, pero resulta mucho más plausible una interpretación según la cual, en el caso de las faltas, el sujeto simplemente se propone afectar “el sosiego de las poblaciones”, mientras que en el caso del delito de desórdenes públicos, que tiene una pena notablemente superior, se exige además que la turbación del sosiego vaya acompañada de una afectación relevante –y no como la que prevé el Art. 496 N° 26 (tirar piedras en un paraje público, sin apuntar a nadie)– de la seguridad individual.

Se recordará que la “injuria u otro mal” que se propone causar a una persona particular no requieren ser típicos y punibles (la norma regula el concurso, pero podría aplicarse también sin él). Tampoco hace falta que lo sea el “fin reprobado”, aunque sí debe tratarse de uno que es apto en forma reconocible para afectar, así sólo sea en forma mediata,

³⁸ En cambio, una de las posibles conductas de peligro abstracto se encuentra tipificada aparte, por razones difíciles de comprender, en el Art. 268 bis del Código Penal.

la seguridad personal (se inutiliza un dispositivo de seguridad, etc.). Sin embargo, es importante advertir que todo esto nada tiene que ver con que el autor persiga, a través de su conducta de turbación de la tranquilidad pública, una “finalidad legítima” en el sentido de razonable o justificada. Esta es una discusión relativa a la eventual justificación de la conducta en el caso concreto, mientras que la discusión en torno al “fin reprobado” tiene que ver con los presupuestos positivos de la antijuridicidad de esa conducta en el plano de las definiciones generales propias del tipo penal.

El caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago el 13 de junio de 2007 es ilustrativo al respecto³⁹. Los sujetos buscaban obtener una reunión con la señora ministra de Vivienda y Urbanismo. Al no ser recibidos “irrumperon en el ministerio de manera violenta e ingresaron rompiendo una mampara de vidrio que había sido cerrada con el fin de evitar los desórdenes que ocurrieron al interior de dicha entidad. Al no obtener la entrevista y para presionar por la misma, se encerraron en el balcón, desde el cual arrojaron elementos contundentes hacia la calle, cuatro pisos abajo, además de amenazar con lanzarse al vacío, todo con la intención de presionar para ser recibidos en forma inmediata por dicha autoridad”.

El tribunal del fondo había considerado, y así se consigna en el fallo de la Corte, que “los hechos dados por establecidos no satisfacen el tipo penal del referido artículo 269, porque cuando realizaron las conductas reprochadas lo hicieron con una finalidad legítima”, cual era, precisamente, obtener una entrevista con la ministra. Como consecuencia de ello, el tribunal procedió a absolver a todos los requeridos.

De acuerdo a lo que se ha venido sosteniendo, la argumentación consignada en el fallo es errónea, aunque la decisión final pueda ser correcta. Pues lo determinante para establecer si se está ante un “fin reprobado” en el sentido del tipo no es la mayor o menor justificación o razonabilidad de lo que en definitiva se propone lograr el autor, sino si en el camino hacia la obtención de ese fin ulterior es preciso pasar por la causación de injuria u otro mal a una persona, o bien por algún otro fin (intermedio) reprobado que sea apto para afectar de un modo relevante la seguridad de las personas, todo ello sin que concorra una causa de justificación en el caso concreto. Si las conductas en el caso en cuestión reunían o no esta cualidad es algo que el tribunal no se pregunta, y por lo tanto el fallo, al menos el de la Corte de Apelaciones, no contiene suficientes elementos de juicio al respecto. Siempre se puede reformular subjetivamente un fin ilícito en términos neutros o incluso meritorios (obtener una entrevista con la autoridad, alimentar a la familia), pero lo único que interesa es el significado intersubjetivo del acto y su finalidad (coaccionar a la autoridad, despojar a alguien con violencia de su propiedad).

En la misma confusión que el fallo al cual se viene haciendo referencia incurre el voto en contra del fiscal judicial de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y que se consigna en una serie de resoluciones de ese tribunal⁴⁰. A juicio del fiscal judicial, “el delito objeto de la formalización exige que la turbación de la tranquilidad pública sea grave y con el objeto de provocar otro mal a alguna persona particular o cualquier otro fin reprobado; en este teatro no se visualiza en la movilización estudiantil el designio específico de pro-

³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1181-2007, Sentencia de 13 de junio de 2007.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 308-2011, Sentencia de 27 de octubre de 2011 (id. Rol 303-2011, 305-2011, 306-2011, 309-2011).

vocar mal a una persona particular y menos que sus pretensiones puedan considerarse ‘otro fin reprobado’”. El fiscal judicial seguramente está en lo cierto al expresar que las demandas de los estudiantes movilizados no pueden considerarse un fin reprobado (y cabría agregar: sino más bien todo lo contrario), pero el tipo penal no se refiere a esa finalidad subjetiva y última del agente, sino al fin del acto considerado en términos intersubjetivos: si supone o no una afectación relevante de la seguridad individual.

También confunde el fin subjetivo del autor con el fin del acto apreciado en términos intersubjetivos, la sentencia ya citada del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago que declaró inadmisibles una querrela por desórdenes públicos presentada por la Intendencia Metropolitana, debido a que los hechos no serían constitutivos de delito. El tribunal razona que no se verifican los requisitos del tipo, entre otros motivos, porque “dentro de los fines de la manifestación, no se encontraba causar daños o injuria a nadie en particular; asimismo no es posible calificar los objetivos de la manifestación como reprobables, o dignos de reproche, lo contrario es limitar inaceptablemente tanto la libertad de expresión como la libertad de reunión”⁴¹. La argumentación es errónea, pues al derecho penal no suelen interesarse los fines últimos que persiguen las personas, sino los fines intermedios. Desde el momento en que, en el camino hacia la obtención de un fin último lícito, aparece una conducta dirigida a la obtención de un fin intermedio ilícito, esta conducta puede ser captada por el derecho penal. Dicho de otro modo, el “fin reprobado” al cual se refiere el tipo será habitualmente un fin intermedio y no el fin último (que, dicho sea de paso, por regla generalísima es un bien).

Por otro lado, en el análisis acerca de si concurre en el caso concreto una causa de justificación tampoco interesa la finalidad subjetiva del autor. La concurrencia de una autorización para perseguir el que en principio es un “fin reprobado” se decide intersubjetivamente, y para afirmarla habrá que comprobar que se verifican los presupuestos de alguna de las causas de justificación que reconoce el ordenamiento jurídico. La justificación procede del contexto del hecho y no del fin subjetivo del agente.

E) Otros aspectos relativos al “fin reprobado” y la causación de injuria u otro mal

En este apartado examinaremos dos aspectos que dicen relación con la eventual concreción del fin reprobado: qué pasa cuando este fin –o la causación de injuria u otro mal a una persona– se realiza efectivamente, y qué pasa cuando ello no ocurre. También se examinará la situación en la cual el o los autores atentan contra la seguridad de los miembros de las fuerzas policiales.

aa) El fin reprobado se realiza efectivamente

Si el fin reprobado se realiza efectivamente y da lugar a un hecho típico, se produce una situación concursal. Como veíamos, el mismo Art. 269 advierte esta situación y dispone que las penas de los desórdenes públicos se impondrán a los autores de ellos “sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados”. Es decir, la ley impide que se aprecie un concurso aparente de leyes, en donde probablemente el hecho que mereciera la pena más grave consumiría a todos los demás, haciendo desaparecer cualquier otro título de imputación. En este sentido, Etcheberry señala que “la disposición que conserva la penalidad autónoma del daño o la injuria que se cau-

⁴¹ Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 0700239743-3, resolución de 05 de abril de 2007.

sen es importante, y necesitó de un texto expreso, ya que de conformidad a las reglas generales sobre concursos de delitos y de leyes, ordinariamente la penalidad de los 'desórdenes públicos' habría sido enteramente desplazada por la correspondiente al mal causado, siempre que ésta fuere mayor que la de aquel delito"⁴².

Entonces si no estamos ante un concurso de leyes, sino de delitos, hay que dilucidar si se aplica la regla del Art. 74 (concurso real) o, en cambio, la regla del Art. 75 (concurso ideal y "medial"). Según Labatut, el delito "se castiga en concurrencia real con el que resulte por el daño u ofensa causados"⁴³. Sin embargo, el tenor literal del precepto apunta más bien a una situación de unidad del hecho, o al menos a una en que la conducta de turbación constituye un medio para la obtención del fin reprobado: "Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados".

Si esto es así, sería preciso distinguir tres situaciones: (i) hay unidad de hecho: la turbación de la tranquilidad no se distingue fácticamente de la afectación de un bien jurídico personalísimo; (ii) la turbación de la tranquilidad no constituye "un solo hecho" con la afectación de un bien jurídico personalísimo, pero puede considerarse un medio para obtenerla, aunque no necesario; (iii) la turbación de la tranquilidad no constituye "un solo hecho" con la afectación de un bien jurídico personalísimo, pero sí puede considerarse un medio necesario para obtenerla.

En el primer caso (i), corresponde aplicar la regla del Art. 75, es decir, se impondrá la pena mayor correspondiente al delito más grave. En el caso siguiente (ii), se sumarán las penas de acuerdo al Art. 74. Y en la última hipótesis, se vuelve a aplicar el Art. 75 en razón del texto de su inciso primero, segunda parte.

bb) El fin reprobado no se realiza efectivamente

De acuerdo al tenor literal de la norma, la realización efectiva del fin reprobado no es elemento del tipo penal, pues aquél sólo exige que la turbación de la tranquilidad se realice "para" alcanzar el fin reprobado. Es decir, basta con el propósito de alcanzarlo, expresado objetivamente en una conducta que es idónea para ello. En este sentido se expresan también los comentaristas⁴⁴ y la doctrina más reciente (según Labatut, "el delito es formal"⁴⁵ – es decir, de mera actividad). Pacheco lo expresaba del siguiente modo: "Aquí se trata únicamente de la perturbación del orden público con ese fin, ora se consiga, ora no llegue a conseguirse. En la perturbación misma i en el objeto con que esa perturbación se intenta, es en lo que consiste la acción penada en este lugar. Si el fin llega a tener efecto, podrá haber, o habrá de hecho, dos delitos, i consiguientemente se merecerán dos penas"⁴⁶.

⁴² Alfredo Etcheberry, op. cit., p. 270 a 271.

⁴³ Gustavo Labatut, op. cit., p. 101 a 102. En igual sentido ya Robustiano Vera, op. cit., p. 469 a 470.

⁴⁴ "Es solo la perturbación i el objeto con que ella se intenta i si de ello resulta uno o más delitos, es claro que, conforme al artículo 74, se penarían por separado" (Robustiano Vera, op. cit., p. 469 a 470).

⁴⁵ Gustavo Labatut, op. cit., p. 101 a 102.

⁴⁶ Cit. en Pedro Javier Fernández, op. cit., p. 17 a 18.

Continuando este razonamiento habría que decir que si el fin no llega a realizarse, pero la conducta del sujeto encaminada a ello turbó en forma grave la tranquilidad pública, entonces se verificará la situación en la que sólo podrá sancionarse conforme al Art. 269, con la pena que en esta misma norma se establece. Y como la realización efectiva del fin no es elemento del tipo penal, corresponde aplicar la pena del delito consumado. El Código Penal contiene muchas figuras en las cuales se exige un propósito y la ejecución de una conducta en principio idónea para alcanzarlo, pero donde la consumación se produce ya con el despliegue de esta última. En el mismo Título VI del Libro II, algunos artículos más adelante, el delito de amenazas (Art. 296 y ss.) ofrece el ejemplo de una estructura análoga, en la que la obtención del propósito por parte del autor sólo es causa de la imposición de una pena mayor.

El tratamiento de este mismo aspecto –el fin reprobado no se alcanza– permite referirse brevemente a lo que se ha denominado como “elemento subjetivo” del delito de desórdenes públicos. Etcheberry lo trata del siguiente modo: “El delito está integrado por un elemento subjetivo, el propósito de causar ‘injuria u otro mal’ a alguna persona particular, o, en términos amplísimos, ‘cualquier otro fin reprobado’⁴⁷. Como quiera que se entienda la exigencia de este propósito –es un elemento subjetivo de finalidad trascendente al hecho o bien es la forma que adopta el dolo en este delito en particular–, se debe tener en cuenta que la imputación de tal propósito sólo es posible si la conducta desplegada por el sujeto es objetivamente idónea, desde una perspectiva ex ante, para la obtención del fin.

Por otra parte, la imputación del delito de desórdenes públicos requiere que se atribuya expresamente al autor el propósito de causar injuria u otro mal a una persona, o bien algún otro fin reprobado, en el sentido que se ha explicado más arriba. Es decir, no basta con que los hechos probados sean “elocuentes” desde la perspectiva de quien acusa, si es que tales hechos pueden subsumirse en su totalidad bajo el requisito típico de turbación grave de la tranquilidad pública. Como el tipo exige efectivamente el elemento adicional de finalidad, debe demostrarse también adicionalmente su concurrencia. En este sentido, y acertadamente, resolvió la Corte de Apelaciones de Temuco el 29.XII.2006:

Cabe hacer notar que para que un acto u omisión encuadre dentro del tipo del artículo 269 que se aplicó a los hechos referidos, es necesario que esos hechos, además de turbar gravemente la tranquilidad pública, deben tener una finalidad precisa y determinada y esto no puede ser otra cosa que la de causar injuria u otro mal a alguna persona particular, o perseguir otro fin reprobado, debiendo tomarse como injuria, tal como lo describe el profesor citado [Etcheberry], en su sentido genérico de daño y no en el específico de ‘delito de injuria’ y este elemento está ausente no sólo en el requerimiento efectuado por el Ministerio Público, sino que en la propia sentencia que se pretende anular. Se trata de lo que en doctrina se conoce como un componente especial del ánimo del hechor, sin el cual no puede existir el delito correspondiente⁴⁸.

⁴⁷ Alfredo Etcheberry, op. cit., p. 270 a 271.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1381-2006, Sentencia de 29 de diciembre de 2006.

cc) La reacción violenta ante la intervención coactiva de personal policial

Una situación que se produce con frecuencia es aquella en la cual los manifestantes que han cortado el tránsito, impiden el acceso a un lugar, etc., son objeto de procedimientos policiales destinados a dispersarlos o a poner fin al embarazo del normal desarrollo de las actividades cotidianas. Es muy habitual que ante los chorros de agua o la emisión de gas lacrimógeno, los manifestantes reaccionen lanzando piedras u otros objetos contra los funcionarios policiales. La pregunta que surge, entonces, es si esta reacción –que se encamina directamente contra el órgano del Estado– es típicamente relevante, es decir, si puede ser considerada como un fin reprobado en el sentido del tipo, o como una grave turbación de la tranquilidad pública en el mismo sentido. Dos casos pueden servir para ilustrar el problema. En el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Talca el 20.XI.2007, se tuvo por acreditado lo siguiente:

Que el día 30 de diciembre a eso de las 07:00 horas aproximadamente varias personas se reunieron en las puertas de acceso principal de camiones a la Planta Celco, ubicada en Avenida Mac Iver N° 505, previo acuerdo de los miembros del Sindicato Aguas Limpias. En dicho lugar realizaron una manifestación, impidiendo el ingreso y salida de camiones de la planta de celulosa. Frente a dicha situación, acudió personal de Carabineros, lanzando los manifestantes piedras al personal policial cuando llegaron al lugar para controlar los desórdenes, procediendo éstos últimos a lanzar disuasivos químicos y detener a los requeridos. Por su parte el considerando vigésimo primero, establece que la ciudad de Constitución de acuerdo a lo manifestado por los funcionarios policiales nunca había vivido una manifestación de estas características, por cuanto si bien anteriormente se habían producido manifestaciones, ninguna había producido la conmoción pública de los hechos del día 30 de diciembre de 2006, lo que es corroborado por los requeridos y los testigos de la defensa. Este capítulo agrega que los manifestantes cerraron las puertas de acceso a la planta, colocaron neumáticos, los que encendieron, impidieron el ingreso y salida normal de camiones a la empresa⁴⁹.

En el caso que conoció el Juzgado de Garantía de Victoria y que resolvió con fecha 3 de enero de 2012, se tuvieron por probados los siguientes hechos:

El día 16 de octubre de 2009 en las afueras del Juzgado de Garantía de Victoria al término de una audiencia de control de detención por atentados relacionados con el conflicto mapuche, los imputados Jorge Marimán y L.H.M.C., obstaculizaron el libre tránsito de peatones y vehículos; desobedeciendo las órdenes de Carabineros que los llamaba a mantener el orden y despejar el lugar, profiriendo gritos, insultando al personal policial, para luego proceder a lanzar piedras, con el objeto de perturbar gravemente la tranquilidad pública e impedir que personal de Carabineros realizara su labor preventiva al intentar traspasar la línea de seguridad existente⁵⁰.

En ambos casos se condenó a los requeridos por el delito de desórdenes públicos. A nuestro juicio, sin embargo, las palabras de las que se sirve el tribunal en este segundo fallo contienen el argumento por el cual el mismo tribunal debió absolver: los requeridos

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Talca, rol 611-2007, Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

⁵⁰ Juzgado de Garantía de Victoria, RUC N° 0900988561-4, resolución de 03 de enero de 2012 (cursivas añadidas).

habrían lanzado piedras contra Carabineros con el objeto de perturbar gravemente la tranquilidad pública. Esta afirmación no se ajusta a los hechos, pues la conducta destinada a perturbar la tranquilidad –si existe alguna– sólo puede ser la conducta inicial, consistente en bloquear el tránsito a las afueras del Juzgado de Garantía de Victoria y al término de una audiencia de control de detención. El incidente con Carabineros pudo haber sido previsible, pero no hay antecedentes de que fuera buscado por los manifestantes como forma de protesta. Por lo tanto, sólo cabe preguntarse si la acción de arrojar piedras a los carabineros podría contar como un “fin reprobado” en el sentido del tipo. Pero aquí la respuesta también ha de ser negativa, pues este fin es aquel que según la norma debe buscarse utilizando como medio la grave turbación de la tranquilidad pública, es decir, el sujeto debe procurar la obtención del fin y seleccionar como medio la conducta de grave turbación. En la especie ello tampoco se verifica, pues el incidente con los efectivos de Carabineros es reactivo y surge cuando la conducta de turbación ya se ha producido o al menos iniciado, precisamente sin el objetivo de afectar la seguridad personal de los funcionarios de Carabineros.

Por lo tanto, en situaciones como la descrita, la afectación de la seguridad del personal policial sólo podría ser relevante para el delito del Art. 269 en la medida en que se busca desde un comienzo, sea como forma de turbación de la tranquilidad, sea como fin reprobado. Ello, por cierto, sin perjuicio de que se configure otro delito (uno contra la seguridad del Estado, o bien un delito de maltrato de obra a carabineros).

3. Otros problemas de aplicación del tipo penal

Si en la sección anterior se trató principalmente de aspectos relativos a la interpretación del tipo penal del Art. 269, en ésta se hará breve referencia a dos problemas que tienen relación inmediata con su aplicación y que han sido objeto de controversia en la doctrina y el foro. Se trata de la imputación en los casos de pluralidad de sujetos activos (el delito es cometido por una “turba”) y de la posibilidad de apreciar una tentativa de desórdenes públicos.

A) El sujeto activo múltiple

En el foro se han discutido los requisitos de la imputación en los casos en que el delito es cometido por un conjunto de personas, concretamente por una “turba”, de la cual por lo general sólo se consigue aprehender a unos cuantos sujetos. Con todo, a nuestro juicio hay más acuerdo del que aparece a primera vista. La sentencia en la que con mayor extensión se trata el tema es la ya citada de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13.VI.2007, relativa al grupo de deudores habitacionales que intentó obtener por la fuerza una entrevista con el titular del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Ya se examinó críticamente que el tribunal del fondo había absuelto a los requeridos basándose en que no habrían perseguido causar injuria u otro mal a una persona particular ni tampoco habrían perseguido otro fin reprobado. La Corte de Apelaciones también absolvió a los requeridos, pero no se hizo eco de este argumento, sino que se basó en el siguiente (la cita es relativamente larga, pero merece la pena):

8º) [...] Como puede advertirse del análisis del señalado artículo, no obstante su redacción en plural, éste tipifica una figura penal que requiere que quien incurra en ella, esto es, el sujeto activo, sea necesariamente una persona o varias, pero

singularizadas. Esto significa que en un proceso por esta clase de delitos, o en su caso por la falta correspondiente, debe quedar claramente establecida cada conducta individual, aunque se trate de un grupo de personas, como en el presente caso, en que se aprehendió a miembros de una agrupación cuya finalidad quedó previamente indicada;

9º) Que, empero, en la especie el fallo no dejó sentados hechos atribuibles a alguno de los imputados en particular, sino que dejó establecidos hechos genéricos, imputables a un grupo completo de personas, lo cual no resulta jurídicamente admisible. En efecto, la sentencia debió sentar como hechos de la causa cual era el que se atribuía a cada uno de los imputados, y a partir de ello, establecer las participaciones individuales [...]

12º) [...] el fallo consigna hechos generales, imputables a un grupo de personas, sin que en éste se haya hecho el ejercicio intelectual de desmenuzar o detallar con el mayor detalle posible tanto los diversos sucesos –pues en estricto rigor se trata de una sucesión de situaciones fácticas, cada una de las cuales debió haber quedado muy acotada–, así como la participación individual que cupo a cada uno de los acusados en una o varias de dichas situaciones ya más particularizadas⁵¹.

Las consideraciones citadas son de toda lógica y reflejan la preocupación de la Corte por asegurar que la imputación a cada uno de los requeridos se realice una vez que se sabe qué es lo que ha hecho cada uno de ellos. En otras palabras, la Corte no acepta que se impute a alguien el delito de desórdenes públicos por el solo hecho de haber estado presente o por haber formado parte del grupo de personas al cual también pertenecen algunas que provocaron una grave turbación de la tranquilidad pública. Cualquiera que sea la concepción de la intervención delictiva que se tenga, y como quiera que se interprete la conducta típica del Art. 269 CP, la imputación al individuo o su pertenencia a un colectivo exige identificar en primer lugar en qué consistió su intervención en los hechos.

El criterio anterior puede ser desatendido, sin embargo, tanto por exceso como por defecto. Se yerra por defecto cuando se prescinde de establecer con claridad en qué consistió el aporte de cada acusado o requerido. Así, y hasta donde es posible su consulta, la sentencia del Quinto Juzgado de Garantía de Santiago, de 20.X.2010, se limitó a constatar que el sujeto “intervenía en los hechos por los cuales fue acusado, que se llevaban a cabo en la vía pública, en la comuna de Cerro Navia, donde un número importante de individuos colocaban barricadas, lanzaban piedras a vehículos particulares y policiales, encendían fogatas alimentadas con madera y combustibles, lanzaban cadenas al tendido eléctrico con el fin de producir cortes de energía eléctrica y quien, luego de una persecución en el sector en que se encontraba, fue aprehendido por un funcionario policial que lo reconoció en la audiencia de juicio, como uno de los participantes en los desórdenes”⁵². Nada se especifica sobre la intervención que habría tenido el acusado.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1181-2007, Sentencia de 13 de junio de 2007.

⁵² Quinto Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 1000288317-7, 20 de octubre de 2010 (reproducido por Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2384-2010, Sentencia de 21 de diciembre de 2010).

También yerra por defecto la ya citada sentencia del Juzgado de Garantía de Victoria, de 3 de enero de 2012⁵³. El fallo es consciente del problema, porque la falta de especificación de la acusación fue invocada por la defensa, que probablemente tenía en mente el fallo de 13.VI.2007, dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, y al cual se hizo referencia más arriba. En definitiva, el tribunal identifica imputaciones de conducta específicas respecto de cada uno de los acusados y las consigna en el fallo. Pero el defecto se encuentra en la argumentación previa del tribunal, según la cual:

en cuanto a la teoría del caso alegado por la defensa consistente en que los imputados no pueden ser condenados por cuanto los hechos por los cuales el Ministerio Público los requirió se trata de hechos colectivos y no individuales, cabe señalar que el artículo 269 del Código Penal [...] claramente sanciona a quienes perturben la tranquilidad pública, sea una o varias personas.

Ciertamente es correcto que el delito puede ser cometido por varias personas, pero ello no exime al tribunal de exigir que se compruebe de qué manera precisa intervino cada una de ellas.

En el otro extremo, cabe desatender el criterio enunciado errando por exceso, es decir, exigiendo más de lo que corresponde de acuerdo a la teoría de la intervención delictiva. La misma sentencia citada de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13.VI.2007, parece incurrir en tal exceso, cuando señala que el fallo del tribunal del fondo omitió:

consignar la conducta en que habría incurrido cada uno de los varios imputados, yerro u omisión que a la postre ha significado que no se pueda llegar a una sentencia de condena, por ignorarse cuál es la imputación individual de cada uno de los acusados, esto es, que conducta desplegó cada uno de ellos y, por ende, averiguar si tal conducta encuadra o no en la figura típica materia del requerimiento (cursivas añadidas).

Un poco más adelante agrega que se debió identificar con detalle la sucesión de situaciones fácticas que conformaron el hecho en su conjunto:

Luego, todo ello se debió contrastar con los requerimientos del tipo legal invocado, para poder arribar a la conclusión de si se cometió o no el ilícito imputado y, en caso afirmativo, hacer lo propio con la participación de cada imputado. Luego, todo ello se debió contrastar con los requerimientos del tipo legal invocado, para poder arribar a la conclusión de si se cometió o no el ilícito imputado y, en caso afirmativo, hacer lo propio con la participación de cada imputado (cursivas añadidas).

Es decir, la sentencia exige que el juez aisle cada una de las etapas o fases del hecho total y determine la intervención que en cada una correspondió a cada requerido. Cada fase debe luego ser contrastada con las exigencias del tipo del Art. 269, al igual que la conducta de cada requerido en cada una de esas fases. De esta manera, en la práctica se exige que cada sujeto realice por sí mismo, y reúna en sí mismo, todos los requisitos del tipo. Esto es un exceso, pues conforme a la teoría de la intervención delictiva –incluso en las versiones más restrictivas del dominio del hecho– basta con acreditar que cada uno ha configurado en alguna medida relevante los hechos que se subsumen bajo el tipo objetivo. Cumplida esta exigencia, es posible imputar a todos

⁵³ Juzgado de Garantía de Victoria, RUC N° 0900988561-4, Sentencia de 03 de enero de 2012.

los intervinientes el hecho total, dentro de los límites de lo que han organizado en conjunto. Quienes hayan realizado una configuración cuantitativamente mayor podrán recibir la pena de los autores; quienes en cambio hayan realizado aportes secundarios podrán ser tratados como cómplices. Si algo puede ocurrir en esta clase de delitos es que se difumine la distinción entre autores y partícipes, pero no que ceda la imputación del hecho total a todos los que lo configuraron, es decir a todos los intervinientes. Desde luego, esto no obsta a que puedan existir excesos de algunos intervinientes, los cuales serán imputables sólo a ellos mismos.

B) La tentativa de desórdenes públicos

No existe inconveniente alguno para apreciar una tentativa, si el o los culpables han dado principio a la ejecución del simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento (Art. 7°, inciso tercero). Por otro lado, como se trata de un delito de resultado –el tipo exige una turbación efectiva y grave de la tranquilidad pública– también es posible que el culpable ponga todo lo que está de su parte para que el delito se consuma, pero que ello no ocurra por causas independientes de su voluntad (Art. 7°, inciso segundo). Ambas hipótesis son punibles (Art. 7°, inciso primero). Hay que tener presente, además, que según se ha visto el delito no está consumado recién cuando se alcanza el fin reprobado o se ha causado la injuria u otro mal, sino cuando se produce la turbación grave de la tranquilidad pública, pues aquéllos no son elementos del tipo objetivo salvo en cuanto a la aptitud de la conducta para alcanzar el objetivo.

Respecto de una figura que consiste en alterar el orden público afectando la seguridad de las personas, la jurisprudencia española ha estimado que hay tentativa si “el sujeto fue detenido por la policía cuando trataba de unirse al grupo y transportaba hacia el lugar en que se encontraba la barricada unas tablas que habían amontonado y sacado de una zanja (STS de 21 de diciembre de 1987)”⁵⁴.

C. Riesgo permitido y justificación de la conducta típica

El análisis precedente permite abordar ahora con mayor precisión las hipótesis de riesgo permitido en relación con el tipo penal en estudio, así como las circunstancias en que la conducta típica puede estar justificada. De acuerdo a los requerimientos del encargo, esta temática sólo puede abordarse brevemente y con el fin de exponer los aspectos fundamentales. En efecto, un estudio detallado de la justificación requeriría de un trabajo independiente.

El primer aspecto que debe tenerse en cuenta es que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el español, el delito en estudio es uno que atenta contra la seguridad y no contra el orden público en un sentido político. Por lo mismo, los problemas que aquí se presentan poco o nada tienen que ver con aquéllos de los que se ha ocupado ampliamente la doctrina española, en orden a precisar que la tipificación de las alteraciones del orden público no ha de tener como consecuencia una restricción de las libertades de expresión y reunión. En efecto, cuando el delito de desórdenes públicos se concibe en primer lugar como un delito político, entonces el mismo concepto de orden o tranquilidad públicos queda supeditado a la importancia relativa que se

⁵⁴ Cit. en Carlos Suarez-Mir Rodríguez, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, T. II, (3° Ed.), Editorial Thomson Civitas, 2005, p. 678-679.

asigna en cada periodo histórico al control de las manifestaciones de protesta social. Como lo expresa un autor español: "Orden público, como bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal es un concepto jurídico indeterminado y que es objeto de transformaciones constantes en cuanto a su interpretación (...): podrá éste considerarse de un modo amplio, lato, extenso, que comprendería todos los principios esenciales del ordenamiento jurídico abarcando prácticamente todos los delitos tipificados en el Código Penal, pues todo provoca una alteración de la paz colectiva y de la convivencia social. Y también podrá, por el contrario, interpretarse en un sentido más restrictivo, referido al desenvolvimiento diario de la vida social, al sentido del orden, de la tranquilidad y de la seguridad, a las condiciones en las que se desenvuelve el libre y pacífico ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos"⁵⁵.

Esta observación de Casares Villanueva es interesante pues, tal como se vio más arriba, en España es clara la evolución desde una interpretación basada en la idea del delito político hacia una basada en la afectación de la seguridad. Esta evolución se plasma legislativamente en la codificación española de 1995⁵⁶. En este contexto resultan interesantes los aportes de autores como Muñoz Conde y Queralt. Según este último, la conducta consiste en la "alteración de la tranquilidad callejera mediante lesiones en la integridad física de las personas (maltratos de obra en general), vejaciones (maltrato de palabra), daños a las propiedades públicas (S.28-02-1998: autobuses; S. 21-09-2001: vehículos policiales, p. ej.) o privadas (S. 23-02-1998: una furgoneta p. ej.), ocupando edificios u obstaculizando las vías públicas [para] producir la alteración de la paz pública (S. 28-03-1998). La paz pública, sinónimo aquí de orden público, está integrada aquí por la idea de tranquilidad externa ya expuesta. Pero esta idea de tranquilidad no significa ni quietud ni silencio. Parte de la tranquilidad está integrada por el ejercicio de los derechos de los ciudadanos; por ello, el ejercicio de un derecho no daña la paz pública, aunque cause molestias generalizadas. Paz pública es un concepto jurídico, indeterminado, pero valorativo, y no meramente mecánico o físico (SS. 29-11-1994, 27-09-1999). Y es más, la perturbación debe revestir cierta entidad, atendidos, además los lugares en que esa alteración tiene lugar –menos precisos en la falta– y su duración (S 27-09-1999). Sin llegar a esa mínima entidad, ni tan siquiera la falta puede apreciarse"⁵⁷.

La concepción fundamentalmente política del delito ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional español se haya ocupado de su compatibilidad con el respeto de los derechos fundamentales. Ilustrativa al respecto es la STC núm. 88/2003 de 19 de mayo (RTC 2003,88):

⁵⁵ Casares Villanueva, M.L., "Atentado, resistencia y desobediencia", en PJ, 1995, p. 149.

⁵⁶ La actual figura básica de desórdenes públicos reza: "Artículo 557. 1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código". Nótese, sin embargo, que el fin del agente sigue siendo "atentar contra la paz pública", con lo cual se mantiene la connotación política –aunque sea en un sentido amplio– de la figura.

⁵⁷ Queralt Jiménez Joan, "Derecho Penal Español. Parte especial." (4º Ed.), Ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 836.

El concepto de paz pública debe rehuir toda vocación autoritaria y ha de provenir de una valoración social asentada en el reconocimiento del juego democrático y de los derechos de los ciudadanos, de modo que la paz pública ha de coexistir con desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad que no producen un daño grave y duradero de la paz pública, pues el juego de las instituciones democráticas puede ocasionar incomodidades⁵⁸.

En Chile, según se ha visto, el problema es mucho más simple de resolver, pues el delito de desórdenes públicos no es un delito político, sino uno contra la seguridad individual en contextos públicos de interacción. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento el delito no tiene que ver con la causación de “molestias generalizadas”, ni con “desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad” que provocan “incomodidades”. Para que se realice el tipo en estudio, la conducta debe constituir una afectación de la seguridad de las personas, en los términos que se han explicado en los apartados anteriores.

1. Riesgo permitido

El tipo penal de los desórdenes públicos contiene dos elementos llamados a auxiliar al aplicador del derecho en la determinación del riesgo permitido en un caso concreto: la exigencia de “gravedad” y la caracterización del fin que se persigue como un “fin reprobado”.

A) La exigencia de gravedad de la turbación

Ya se ha examinado precedentemente este requisito del tipo en cuanto tal. Lo que aquí interesa destacar es que la exigencia de gravedad de la turbación de la tranquilidad pública es una verdadera cláusula de relevancia del hecho. Alteraciones de la tranquilidad que, aunque se realicen con los fines previstos en la norma, no pueden calificarse de graves, no configuran el delito de desórdenes públicos. Desde luego, la cláusula establece una exigencia relativa, que el tribunal debe apreciar en su contexto. En este sentido, por ejemplo, se puede citar el caso conocido por la Corte de Apelaciones de Talca relativo a unos desórdenes provocados en la ciudad de Constitución. El fallo menciona más de una vez que “la ciudad de Constitución de acuerdo a lo manifestado por los funcionarios policiales nunca había vivido una manifestación de estas características, por cuanto si bien anteriormente se habían producido manifestaciones, ninguna había producido la conmoción pública de los hechos del día 30 de diciembre de 2006, lo que es corroborado por los requeridos y los testigos de la defensa”⁵⁹. Se aprecia cómo el carácter absolutamente inédito de un hecho puede incidir de algún modo en la apreciación de su gravedad.

B) La exigencia de un “fin reprobado”

También se mantienen dentro del riesgo permitido, desde la perspectiva del tipo penal establecido en el Art. 269, las turbaciones graves de la tranquilidad que se provoquen sin que el o los autores persigan un fin reprobado. Esto se debe a que, tal como se desarrolló precedentemente, la turbación de la tranquilidad no puede considerarse por sí misma como el fin reprobado al cual se refiere el tipo penal.

⁵⁸ Referencia extraída de Lorente Velasco, Susana M^o, op. cit., p. 33.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Talca, 611-2007, 20.11.2007.

Como es lógico, lo anterior no excluye la apreciación de una transgresión del riesgo permitido desde la perspectiva de otro tipo penal, como el de la letra a) del Art. 6º de la Ley de Seguridad del Estado.

2. Causas de justificación

Una conducta es típica si reúne todos los requisitos establecidos en el Art. 269, es decir, si provoca una turbación grave de la tranquilidad pública con el fin de causar injuria u otro mal a una persona o, al menos, de obtener un fin reprobado, de tal modo que la conducta es apta para afectar en forma relevante la seguridad individual en contextos públicos de interacción. Una conducta de estas características podría perfectamente encontrarse justificada conforme a las reglas generales sobre justificación en materia penal. Por lo tanto, y será el caso más común, podría estar justificada por la presencia de un estado de necesidad como el que regula el Art. 10 N° 11. En situaciones de esta clase, uno de los principales problemas que se presentará es la configuración del requisito de actualidad o inminencia, sobre todo en el caso de afectaciones de derechos respecto de las cuales el ordenamiento contempla un mecanismo específico destinado a la resolución de conflictos: despidos masivos e injustificados, expulsión de personas que están ocupando terrenos públicos o privados, etc.

Sin embargo, lo que aquí interesa destacar es que las conductas descritas en el tipo penal del Art. 269 nunca quedarán justificadas por el Art. 10 N° 10 (ejercicio legítimo de un derecho) en relación con los derechos de reunión y a la libertad de expresión que reconoce a todas las personas la Constitución Política (Art. 19 N° 12 y 13). Esto se debe a que el ejercicio de tales derechos se encuentra garantizado bajo la condición de que se respeten algunas condiciones mínimas. Como el delito en estudio es uno que atenta contra la seguridad de las personas, es decir, proscribire amenazas relevantes contra bienes personalísimos, nunca estará justificada por ejercicio legítimo de un derecho una conducta que implique la realización del tipo penal.

La misma idea se desprende por lo demás del Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos de las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que acepta todas las medidas que adopte la autoridad con el fin exclusivo de “facilitar el ejercicio del derecho [a manifestarse] sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal del resto de la comunidad”⁶⁰. Si, conforme a este texto, el derecho sólo se ejerce legítimamente “sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal del resto de la comunidad”, con mayor razón se excluye su legitimidad cuando tal ejercicio conlleva una afectación relevante de la seguridad individual de otras personas.

En síntesis, se puede señalar que la interpretación del tipo penal del Art. 269 es plausible y además funciona en un doble sentido: (i) no deja aspectos relevantes sin explicar; (ii) proporciona unos contornos razonables y sistemáticamente fundados tanto al tipo como a los presupuestos generales de la justificación (o condiciones negativas de la antijuridicidad).

⁶⁰ Doc. 66 Informe sobre la Situación de las Defensoras y los Defensores de Derechos Humanos de las Américas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2011, p. 55 y ss.

II. Segunda Parte: el proyecto de ley contenido en el Boletín 7975-25

El proyecto de ley contenido en el Boletín 7975-25 contiene una serie de modificaciones a diferentes cuerpos legales. Una de estas modificaciones consiste en la sustitución del Art. 269 por un texto completamente nuevo. Las consideraciones de política criminal que inspiran el proyecto son latamente desarrolladas en el Mensaje del Ejecutivo. En lo que sigue sólo se analiza el tenor de la propuesta desde el punto de vista de sus consecuencias dogmáticas, a la luz de lo que se ha desarrollado en la primera parte de este informe.

El nuevo texto que para el Art. 269 propone el proyecto es el siguiente:

Artículo 269. Serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio quienes participen en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los siguientes hechos:

- 1.- Paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, agua potable, comunicaciones o transporte;
- 2.- Invasión, ocupar o saquear viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales;
- 3.- Impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes;
- 4.- Atentar en contra de la autoridad o sus agentes en los términos de los artículos 261 ó 262 o de alguna de las formas previstas en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar o en los artículos 17, 17 bis, 17 ter y 17 quáter del Decreto Ley N° 2.460 de 1979, o en los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, según corresponda;
- 5.- Emplear armas de fuego, cortantes o punzantes, artefactos o elementos explosivos, incendiarios o químicos u otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad; ó,
- 6.- Causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular.

La pena establecida en el inciso precedente se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en los daños, incendio, atentados, robo, infracciones a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y, en general, otros delitos que cometan con motivo o con ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia.

Se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los hechos señalados en el inciso primero, siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquéllos.

A continuación examinaremos los dos aspectos centrales en la estructura de la propuesta. Éstos son el giro desde un delito contra la seguridad individual hacia la protección penal de la tranquilidad política, y el problema de la participación en un hecho colectivo e indeterminado como delito sui generis.

1. Tranquilidad política en lugar de seguridad

En concordancia con lo declarado en el Mensaje, la figura propuesta se encontraría a primera vista en línea con la tradición chilena en materia de desórdenes públicos. En efecto, uno de los aspectos más llamativos del precepto es que no exige finalidad o intencionalidad alguna trascendente en los sujetos que participan en los actos o desórdenes. Es decir, para el legislador lo relevante son los efectos o consecuencias de la acción del grupo, y no sus motivaciones, que constituyen uno de los elementos característicos del delito de desórdenes con connotación política. Además, algunas de las hipótesis expresamente mencionadas en los numerales 1 a 6 constituyen también típicamente afectaciones de la seguridad, en el sentido que se ha explicado más arriba: interrupción de un servicio público de emergencia, empleo de armas de cualquier tipo en el contexto de desórdenes o actos de violencia, atentados contra funcionarios policiales y, bajo ciertas circunstancias (que el tipo no considera), la interrupción de la libre circulación.

Sin embargo, lo anterior se desvirtúa desde que la norma establece también una serie de hipótesis que no dicen relación con la seguridad individual, o lo hacen sólo de una manera muy indirecta y precaria: la invasión u ocupación de viviendas, oficinas y establecimientos de cualquier tipo (“o cualquiera otro”); la alteración de la circulación por bienes de uso público, que normalmente no está asociada a una afectación relevante de la seguridad individual; la causación de daños a la propiedad pública o privada. Estas hipótesis –tal como se encuentran definidas– no guardan relación con la seguridad individual, sino que tienen que ver con un escenario de intranquilidad política. Por otra parte, los supuestos de ocupación de recintos –especialmente públicos–, de alteración de la circulación y de afectación de la propiedad son justamente aquellos que están llamados a tener mayor aplicación en la práctica, según se desprende de los casos judiciales citados en la primera parte.

Por lo tanto, más allá de la apariencia inicial y de las declaraciones contenidas en el Mensaje, el proyecto implica en realidad una ruptura frontal con la idea de que los desórdenes que no afectan la seguridad individual –es decir, los desórdenes que alteran primordialmente la tranquilidad política– no son sancionados en el Código Penal sino, con sus respectivos requisitos, en la Ley de Seguridad del Estado. El proyecto implica trasladar buena parte del Art. 6° de la Ley 12.927 al Código Penal. Esto tiene como consecuencia la transformación de una figura penal de índole política –con los requisitos de aplicación propios de la Ley de Seguridad del Estado– en una de índole común, traspasando la decisión de persecución al Ministerio Público. Sistemáticamente, ello implica romper con la tradición nacional, que desde la misma codificación del derecho penal mantuvo los delitos políticos separados de la figura de turbación de la tranquilidad pública, situando a esta última en el contexto de los delitos contra la seguridad individual. Gracias a ello, la discusión y la praxis nacionales se mantuvieron al margen de los esfuerzos de compatibilización del delito de desórdenes con el ejercicio de los derechos fundamentales de expresión y reunión, que tantos problemas ha causado en España. Si no se quiere alterar esta situación, sería indispensable suprimir del proyecto los numerales 2, 3 y 6 del proyectado nuevo Art. 269. Lo mismo vale para el uso de instrumentos capaces de producir daños en la propiedad, a que se refiere el numeral 5.

2. Un “delito de participación”

Pero lo más problemático del proyecto es la penalización de la “participación” en desórdenes o actos “que importen” la realización de alguna de las situaciones o efectos que se enumeran.

Desde el punto de vista de la conducta sancionada, la figura propuesta apenas guarda relación con el delito de desórdenes públicos. Allí donde éste sanciona a quien con su conducta turba gravemente la tranquilidad pública afectando la seguridad individual de las personas, el texto propuesto pretende sancionar a quienes “participen en desórdenes”, o bien en actos de fuerza o violencia. Estos desórdenes deben “importar” la realización de alguno de los hechos que se enumeran a continuación en la misma norma (interrupción de un servicio público, ocupación de un establecimiento educacional, alteración de la libre circulación, empleo de armas cortantes, causación daños en la propiedad ajena o pública, etc.).

La imagen que parece tener en mente el Ejecutivo es la de una persona que, junto a otras, comienza a realizar “desmanes” –de preferencia en la vía pública– y que continúa haciéndolo a pesar de que observa cómo algunos sujetos del grupo provocan alguna de las situaciones o efectos que el precepto menciona en sus numerales 1 a 6. La expresión “desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los siguientes hechos” es críptica, pues puede significar que el propósito inicial es realizar alguna de las situaciones o efectos expresamente enumerados –interpretación que parece poco viable, atendido el tenor del Mensaje–, o bien puede significar que éstos simplemente se producen durante los desmanes, no obstante lo cual el sujeto, en lugar de alejarse, permanece como parte del grupo (aunque no sea él mismo quien provoca directamente las situaciones o efectos expresamente mencionados).

Si se adopta esta segunda alternativa de interpretación, la figura se inscribe en una tendencia de expansión del derecho penal que consiste en limitar o dejar parcialmente sin efecto el principio de autorresponsabilidad, es decir, en hacer penalmente responsables a unas personas de lo que autorresponsablemente hacen otras. Las manifestaciones de este fenómeno expansivo y difícilmente compatible con el principio de culpabilidad son muchas: desde el establecimiento de deberes abstractos de supervigilancia sobre la conducta de terceros hasta la responsabilidad penal de (los dueños de) las personas jurídicas por los delitos que puedan cometer quienes encarnan sus órganos.

Esta tendencia expansiva pasa por alto, sin embargo, que es algo muy serio imputar a una persona lo que ha sido realizado por otra, y afirmar con ello que el “hecho total” es la expresión de un sentido que ambas han realizado en forma mancomunada. Por ejemplo, es muy distinto imputar a la pedrada de un sujeto la destrucción de una ventana, que imputar a los cien manifestantes conjuntamente la destrucción de todos los ventanales de una fachada de cristal. Los efectos de la atribución mancomunada son muchos: se imputa a unos lo que aparentemente sólo ha sido causado por otros (los ejecutores materiales), se castigan conductas que tienen lugar antes del comienzo de la tentativa (inducción, algunas formas de complicidad), se castigan conductas que en sí mismas ni siquiera alcanzan a ser una tentativa inidónea (como “no hacer nada” en

el contexto de un delito activo), se consideran típicas conductas que no calzan con la descripción de los tipos legales de la parte especial, etc.⁶¹

La responsabilidad penal por el hecho ajeno termina por asimilar las estructuras de imputación del derecho penal, basadas en la autorresponsabilidad por la propia conducta, a las del derecho civil. El principio de la autorresponsabilidad no impide atribuir penalmente un mismo hecho a varias personas autónomas –al contrario, lo hace posible–, pero llama enfáticamente la atención sobre la necesidad de fundamentar dicha atribución en buenas razones, y a la vez precisa que las razones son buenas sólo cuando permiten comprender el hecho como expresión de la autonomía personal de cada interviniente. Se trata, por lo tanto, de un plano diverso de aquel en que opera el derecho civil, que se ocupa de encontrar una regla razonable para distribuir la satisfacción de las necesidades de indemnización de los perjuicios. Así, en la llamada responsabilidad “por el hecho ajeno” (Arts. 2320 y 2322 CC), o en la situación descrita en el Art. 2328 CC (el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio), la obligación de indemnizar nada tiene que ver con la responsabilidad mancomunada por un hecho, pues la norma no establece un deber de evitar cierta conducta y ni siquiera un deber de vigilancia (por lo tanto, menos aun establece un deber común). Esta obligación de indemnizar los perjuicios que ha provocado el hecho de un tercero –que en el caso del Art. 2328 CC es desconocido– puede afectar a varias personas, pero incluso aunque la ejecución por parte de una de ellas aproveche a las demás, la norma de conducta civil no se refiere a la evitación del hecho ilícito, sino sólo a la obligación de indemnizar, y por eso puede perfectamente recaer sobre una persona que carece de toda vinculación con el hecho mismo. Por la misma razón –se trata de la indemnidad–, también cuando se piden y obtienen del juez civil medidas conducentes a “hacer cesar el daño”, ello es consecuencia del derecho que tiene la víctima a ser restituida en naturaleza a la condición anterior al ilícito⁶².

La figura propuesta para reemplazar el actual art. 269 pretende criminalizar la “participación” en desórdenes o actos de fuerza o violencia “que importen” la realización de alguno de los hechos que se enumeran. La combinación del verbo rector “participar” con la expresión “que importen” permite una interpretación –no es que obligue a realizarla, sólo la permite– según la cual para imputar el delito a una persona basta con que ésta se haya encontrado presente en el lugar como parte de un grupo, y que de las actividades desplegadas por miembros del grupo haya resultado, por ejemplo, una alteración del tránsito o un daño a la propiedad fiscal. Las diferencias con un modelo de imputación basado en la autorresponsabilidad son ostensibles. Conforme a este último, también es posible imputar a unos intervinientes lo que materialmente han hecho otros, pero para ello –dejando aparte las exigencias de índole subjetiva– cada sujeto debe realizar una conducta que pueda considerarse como realización del tipo, es decir, como configuración concreta de alguno de sus elementos.

Un breve análisis de la estructura del Art. 269 que se propone permite advertir las diferencias con mayor claridad. Tomemos como ejemplo el numeral 4 del inciso primero del

⁶¹ Cfr. Cornacchia, “Fahrlässige Mitverantwortung” en: M. Pawlik et al. (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln, 2007, p. 53 y ss.

⁶² Cfr. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2007, p. 877.

texto. Allí se considera como uno de los hechos que pueden seguirse de los desórdenes o actos de fuerza o violencia, el atentado “en contra de la autoridad o sus agentes en los términos de los artículos 261 ó 262 o de alguna de las formas previstas en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar o en los artículos 17, 17 bis, 17 ter y 17 quáter del Decreto Ley N° 2.460 de 1979, o en los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, según corresponda”. Como queda de manifiesto en la misma redacción, todas las hipótesis de atentado en contra de la autoridad o sus agentes se encuentran previstas y sancionadas en otras normas legales. La propuesta no pretende, pues, volver a tipificar estas conductas, sino simplemente “resolver” el problema de imputación del que se viene tratando. Lo que ocurre es que al parecer usualmente no existe prueba, o es muy difícil que llegue a haberla, de que tal o cual persona ha configurado con su conducta la realización de los tipos penales correspondientes. La “solución” consiste entonces en imputar a todos los hechos, pero en forma indirecta, por su pertenencia a un grupo que realiza desórdenes o actos de fuerza o violencia. Si algunos miembros del grupo –no se sabe cuáles– además atacan contra la autoridad o sus agentes, todos los miembros del grupo deben responder por ello.

La norma, sin embargo, debe ir y va aun más allá en su lógica expansiva. Lo lógico sería que si por alguna razón se lograra determinar quiénes concretamente cometieron los atentados, ello tuviera una doble consecuencia: los responsables deberían en cierto modo “salir” del grupo y ser acusados por el delito en cuestión, y los que no son responsables deberían ser absueltos, a no ser que se hubiera verificado en la especie algún otro de los numerales del inciso primero que se propone. Sin embargo, el proyecto no admite lo uno ni lo otro. En el inciso segundo se prevé que “la pena establecida en el inciso precedente se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en los daños, incendio, atentados, robo, infracciones a la Ley 17.798 sobre Control de Armas y, en general, otros delitos que cometan con motivo o con ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia”. Por disposición expresa, a los responsables del atentado se les impondrá además la pena por el delito de desórdenes, y a los que no son responsables del atentado igual habrá que castigarlos por su participación en unos desórdenes en cuyo contexto otros sujetos cometieron autorresponsablemente atentados contra la autoridad. La entidad de los desórdenes, la índole de la participación y la eventual previsibilidad de la comisión de atentados son aspectos que no interesan para los efectos de la imputación.

El problema es que la realización de los hechos contemplados en los numerales 1 a 6 del inciso primero es un elemento del injusto del delito propuesto. Por lo tanto, sólo si alguno de esos hechos tiene lugar se realiza el tipo penal. Esto significa que, en la situación descrita, la norma pretende sancionar dos veces por el mismo hecho al interviniente en el atentado –con violación del principio de culpabilidad en su manifestación de non bis in idem–, y al que no es interviniente en el atentado lo sanciona penalmente por el hecho de un tercero en el cual él no ha intervenido (pues, si lo hubiera hecho, pertenecería al primer grupo). Esto último constituye otra violación del principio de culpabilidad, esta vez como fundamentación de la responsabilidad penal ex iniuria tertii.

Esta problemática es inherente a la mayoría de las fórmulas legislativas encaminadas a evitar problemas probatorios cuando en un hecho intervienen varias personas, y afecta a todas las hipótesis en que el hecho “que importa” el desorden o la realización de actos de fuerza o violencia puede ser especialmente sancionado. El hecho de que en muchos

casos no se logre identificar a un responsable preciso de aquél no suprime la afectación del principio de culpabilidad, sino que solamente la oculta transitoriamente.

Algo similar puede decirse de la figura del pseudo-inductor incorporada en el inciso final: “Se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los hechos señalados en el inciso primero, siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquéllos”. Se trata de un pseudo-inductor (aunque también podría considerarse que cabe un pseudo-cómplice) porque según la ley él no induce a los hechos de que tratan los numerales 1 al 6, sino sólo a los desórdenes o actos de fuerza o violencia. La exigencia de que tales hechos fueran previsibles es una concesión superflua, pues si tales situaciones no se producen la conducta es atípica. Es decir, los hechos o situaciones previsibles son fundantes del injusto, pero como basta con que ellos sean previsibles para el pseudo-inductor en cuanto hechos ajenos, se trata de otro caso de responsabilidad por el hecho de un tercero.

Por último, es curioso que el Mensaje del Ejecutivo, refiriéndose al inciso segundo del Art. 269 propuesto, señale que “siguiendo la regulación tradicional en esta materia, se establece que la pena se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en [...] cualquier otro delito que se cometa con motivo u ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia”. Se trata con toda seguridad de una alusión a la parte final del actual Art. 269, según la cual la pena por la grave turbación de la tranquilidad pública provocada para causar injuria a una persona o alcanzar otro fin análogo se impondrá “sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados”.

El problema es que la estructura del delito establecido en el Art. 269 nada tiene que ver con la del que ahora se propone. Según se analizó en detalle, el Art. 269 exige que cada sujeto configure a través de su conducta un resultado típico preciso, la grave turbación de la tranquilidad pública. El delito de desórdenes públicos no es un delito de participación, sino un delito autónomo, que entre otras cosas ni siquiera tiene como requisito típico la obtención del fin reprobado o ulterior. En consecuencia, si el sujeto además interviene –en el sentido estricto de la teoría de la intervención delictiva– en la realización de un hecho que constituye otro delito, entonces podrán imponerse las penas por ambos bajo la forma concursal que proceda. La estructura actual de los desórdenes públicos no es violatoria del principio de culpabilidad, ni en la forma de un *bis in idem* ni en una fundamentación de la responsabilidad *ex iniuria terti*.

Frente a los dos aspectos señalados precedentemente –transformación de la figura en un delito político y vulneración del principio de culpabilidad mediante el establecimiento de un delito de participación–, los demás comentarios que cabe hacer al proyecto son menores. Entre ellos se puede mencionar el uso de la expresión “saquear” en el numeral 2, cuyo contenido es incierto. Para satisfacer el principio de tipicidad se requeriría sustituir esta palabra por verbos rectores de contenido unívoco, pero es posible que, al realizar este ejercicio, la conducta de que se trata pueda subsumirse sin problemas en tipos penales ya existentes. Por otro lado, llama la atención la enorme amplitud del alcance del tipo allí donde se utilizan las expresiones “algún servicio público” (numeral 1) y “o cualquiera otro” (numeral 2).

Breve conclusión

A título de breve conclusión, se puede señalar que resulta plausible una interpretación del tipo penal contemplado en el Art. 269 como un delito que, como los demás del Título VI del Libro II, atenta contra la seguridad personal o individual en contextos públicos de interacción. Esta interpretación, que goza de raigambre histórica tanto en la redacción del Código Penal como entre sus primeros comentaristas, y asimismo ha estado presente en la doctrina posterior, permite resolver de un modo satisfactorio los problemas de aplicación más relevantes. Ello explica que se encuentre implícita en muchas decisiones de los tribunales. Por otro lado, el análisis del proyecto de ley contenido en el Boletín 7975-25 confirma lo anterior.

Es cuanto puedo informar en derecho sobre lo que se me ha consultado.
Alex van Weezel

V. Sobre ciertos problemas que se han suscitado en relación al delito de trata de personas

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

I. Introducción: el ámbito del presente estudio

El presente estudio tiene su origen en un encargo de la Defensoría Penal Pública sobre ciertos aspectos determinados, relativos a la regulación actual de la trata de personas en Chile. De allí que en su desarrollo se da preferencia al esclarecimiento de esos puntos, y aspectos distintos o más generales sólo se abordan en cuanto se considera que sirven para una mejor comprensión de los puntos sobre los que versa el encargo, que son:

1. Elementos subjetivos del tipo en la trata simple y en la calificada, concretamente: 441 ter: acotar normativa y dogmáticamente los terminos promover y facilitar, referirse a la entrada y salida distinción si esta es licita o irregular analizar el término 'Para que ejerzan la prostitución' y con el objeto de explotación, rol del consentimiento.
2. Respecto del Art. 411 quater: entidad que deben tener los elementos subjetivos como 'engaño' y acotar y limitar los verbos rectores, que significa tener autoridad sobre otra persona.
3. Estructura penal del delito de organización ilícita para trata del 411 quintes.
4. Finalmente, referirse acerca de si en estos delitos estamos frente a un delito continuado o de ejecución instantánea de efectos permanentes¹.

Se han incorporado también algunos puntos que surgieron en una reunión posterior al encargo original².

¹ Correo electrónico mediante el cual recibí la consulta, el 26 de septiembre de 2012.

² Agradezco los comentarios de Claudia Castelletti Font, Fernando Mardones Vargas y César Ramos Pérez del Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, por sus valiosos comentarios.

II. Generalidades y precisiones terminológicas

1. Generalidades

El 8 de abril del año 2011, y luego de una discusión parlamentaria de más de seis años, se publicó la Ley N° 20.507³, que “tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”⁴, lo que da cuenta de que se había detectado en Chile la ocurrencia de este fenómeno delictual⁵. Al día de hoy existen al menos dos sentencias en aplicación de esta ley⁶. que modificó el Código penal introduciendo el párrafo 5 *bis* en el Título VIII del Libro II, bajo la denominación: “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”. Hasta abril de 2011, un tipo penal que en los hechos podía abarcar casos de trata era el hoy derogado artículo 367 *bis* del Código penal, que, empero, era considerado deficiente para dar cuenta del desvalor de la trata de personas⁷.

³ Esta ley tuvo su origen en una moción presentada por la diputada María Antonieta Saa y los diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, José Antonio Galilea Vidaurre, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D’Albora, Alejandro Navarro Brain, Osvaldo Palma Flores, Jaime Quintana Leal, María Antonieta Saa Díaz. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 4, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012. El proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.507 se aprobó en todas las instancias por altas mayorías y el apoyo de todos los sectores políticos.

⁴ En general, la investigación de este delito es particularmente difícil, y suele ser complicado llegar a cifras de víctimas (vid., con más antecedentes para Chile, si bien se refiere al periodo anterior a la normativa actual, el documento “Historia de la ley”, pp. 42-44, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012). Múltiples factores confluyen para ello, entre los que destaca el hecho de que las víctimas no siempre quieren dar información sobre los responsables, que acrecienta la cifra negra conatural a cualquier estadística delictual, y la inexistencia de un sistema homogéneo de recopilación de datos. Vid., con más antecedentes, Villacampa Estiarte, Carolina, Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal, InDret 1/2012, www.indret.com, consultada el 25 de diciembre de 2012, pp. 12-13. A la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen se le ha encomendado revertir en parte esta situación. Dos instrumentos relevantes son el human trafficking case law database <http://www.unodc.org/cld/index.jsp> consultada el 25 de diciembre de 2012 y los periódicos Global report on trafficking in persons, el último de 2012 puede consultarse en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012.

⁵ Vid., por ejemplo, el documento “Historia de la ley”, pp. 42, 95-96, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁶ Vid. la sentencia contra G. M., O. U. M., A. M. A. R., O. G. C., M. P. F. S., por asociación ilícita y trata de personas, RUC 1100440193-1, RIT 199-2012, disponible en [http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20\(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas\).pdf?opc_menu=&opc_item](http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas).pdf?opc_menu=&opc_item), de 7 de septiembre de 2012, consultada el 27 de diciembre de 2012; sentencia contra A. M. P. y otros, por asociación ilícita, trata de personas y tráfico de migrantes, RUC 1001114184-1, RIT 287-2012, de 13 de diciembre de 2012.

⁷ Los casos que fenomenológicamente correspondían a trata de personas o bien no se investigaban o bien se aplicaban otras figuras penales, que no necesariamente captan el desvalor específico de la conducta. Cfr., a saber, documento “Historia de la ley”, p. 43, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

2. Precisiones terminológicas

A) Trata de personas vs. tráfico de migrantes

Las denominaciones “tráfico de migrantes” y “trata de personas” pueden confundirse, tanto porque es común que los fenómenos a los que se refieren vayan unidos, como porque en inglés se utiliza la expresión “*human trafficking*” para referirse a la trata de personas. Con todo, es necesario distinguirlas claramente, pues se trata de delitos distintos, conforme lo entienden más de 120 Estados, incluyendo Chile, que han ratificado el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (en lo sucesivo Protocolo de Palermo contra la trata de personas)⁸; y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en lo sucesivo Protocolo de Palermo contra el tráfico de migrantes)⁹, ambas complementarias de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Conforme al artículo 3 del Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas:

Por 'trata de personas' se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Esta definición general se complementa con la letra c) y del mismo artículo, que reza:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará 'trata de personas' incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

En tanto, según el artículo 3 del Protocolo de Palermo contra el Tráfico de Migrantes, se entiende por tráfico de migrantes la “facilitación de la entrada ilegal al país de una persona no nacional ni residente, para obtener un beneficio material.

Resulta evidente entonces que cada una de las figuras penales tiene elementos distintos, que podrían coexistir –una persona que ingresa ilegalmente a un Estado queda por

⁸ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 25 de diciembre de 2003. A la fecha cuenta con 124 Estados Partes, incluyendo Chile desde noviembre de 2004 (vid. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist-traffic-kingsprotocol.html>, consultado el 23 de diciembre de 2012).

⁹ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado el 15 de noviembre de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2004. A la fecha cuenta con 135 Estados partes, entre los que se cuenta Chile desde noviembre de 2004 (vid. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-b&chapter=18&lang=en, consultado el 17 abril 2012).

ese solo hecho en una situación de desamparo que la hace fácil presa de trata-, pero no lo hacen necesariamente.

Este trabajo se centrará en los artículos 411 *ter*, *quater* y *quinquies* del Código penal, vale decir, en la tipificación chilena de la trata de personas, la asociación u organización para cometer trata o tráfico de personas y en la figura del 411 *ter*, que no es propiamente ni tráfico ni trata sino una figura que tiene elementos de ambos delitos.

B) Trata de personas vs. trata de blancas

En Chile ha subsistido, en parte, una denominación del fenómeno de trata de personas ya superada en el ámbito internacional, la de "trata de blancas"¹⁰. Esta última denominación es propia de los tratados de inicios del siglo XX, y es indicativa de una serie de restricciones respecto del sujeto pasivo del delito: en aquella época se consideraba que la conducta de trata solamente era punible como tal si se ejercía respecto de mujeres o niñas de raza blanca¹¹. Sólo con el correr de los años se agregaría como sujeto de protección a los niños varones, y dejaría de darse protección exclusivamente a personas de raza blanca¹².

Por su parte, la denominación "trata de personas", que se viene utilizando en el ámbito internacional desde 1949¹³, denota claramente un cambio de paradigma en la materia –fruto sin dudas del reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos– que es el que prima hasta hoy, y conforme al cual cualquier persona puede ser sujeto pasivo de este delito, sin que se proteja especialmente a determinados grupos de personas seleccionados por su raza o género¹⁴.

¹⁰ Incluso durante la tramitación de la Ley N° 20.507 se utilizó reiteradamente la denominación "trata de blancas" (o incluso "tráfico de blancas") por algunos intervinientes. Vid., a saber, el documento "Historia de la ley", p. 202, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

¹¹ El fenómeno se conocía como "*white slaves traffic*" o "*traite des blanches*". Cfr., con más antecedentes, Zimmermann, Sarah. Die Strafbarkeit des Menschenhandels in Lichte internationaler und europarechtliche Rechtsakte, Nomos, 2010, p. 55. Hitos en la materia lo constituyeron el Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (París, 1904), y Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (París, 1910), de los que Chile es Estado parte. Fueron publicados en el Diario Oficial de 18 de junio de 1935.

¹² Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921 y Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 1933.

¹³ Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, 1950.

¹⁴ Todo esto sin perjuicio de que en la fenomenología de la trata de personas las mujeres y niñas sigan siendo las víctimas mayoritarias del delito (75 por ciento de acuerdo al *Global report on trafficking in persons*, el último de 2012 puede consultarse en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012).

III. Sobre la obligación del Estado de Chile de tipificar la trata de personas y su cumplimiento mediante la Ley 20.507

La trata de personas es una figura penal que cabe dentro de la categoría del derecho penal de trascendencia internacional¹⁵. Sin tratarse de una conducta cuya punibilidad arranque directamente del derecho internacional, la comunidad de Estados ha considerado relevante llegar a ciertos acuerdos vinculantes a su respecto, que en este caso particular se traducen en el Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas, del que Chile es parte desde 2004.

En el artículo 5 de ese tratado se contienen obligaciones de penalización para los Estados partes.

Artículo 5. Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo [que define la trata de personas], cuando se cometan intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

Estas obligaciones se encuentran limitadas por el ámbito de aplicación del tratado:

Artículo 4. Ámbito de aplicación

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.

Los requisitos de carácter transnacional del delito y participación del crimen organizado, que encuadran la obligación de penalizar del Estado de Chile, al no estar previstos en la tipificación del Código Penal chileno, no limitan la punibilidad de la trata de personas en el derecho chileno, y es así que, haciendo uso de sus prerrogativas generales relativas a la tipificación de conductas como delitos, el Estado de Chile, al tipificar la trata de personas, ha ido más allá de los límites de la obligación adquirida al ratificar el Protocolo de Palermo.

¹⁵ Cfr., con más referencias, Werle, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. 2da ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 103, número marginal 121.

IV. La trata de personas (artículo 411 quater del Código Penal)

Se ha optado por iniciar el examen de los tipos en particular por la conducta descrita en el artículo 411 *quater* del Código Penal, sin seguir el orden que propone el mismo cuerpo legal (iniciando el examen por el artículo 411 *ter*), en razón de que es el artículo en comento el que recoge el tipo de trata propiamente tal, y de que para entender apropiadamente el ámbito de aplicación de la figura penal del artículo 411 *ter* del Código Penal es necesario conocer previamente el de el artículo en comento, según se explicará más adelante.

El delito de trata de personas está tipificado en el Código penal como sigue:

Artículo 411 quáter.- El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoga o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito¹⁶.

En lo que sigue, se interpretará el tipo penal de conformidad con los criterios mayoritariamente aceptados para la interpretación de la ley penal chilena¹⁷. El criterio gramatical es el que hace vinculante para el intérprete los términos utilizados por el legislador, obligándole sobre todo a no sobrepasar el sentido literal posible. Para la interpretación conforme al criterio “gramatical” se priorizan, donde los haya, la definición legal y el sentido técnico por sobre la norma de clausura del sentido corriente de los términos. El criterio sistemático obliga a considerar el contexto de la disposición, que incluye a normativa vinculante sobre el mismo tema. Cuando corresponda (cuando la ley contenga alguna expresión oscura atendiendo a su tenor literal) se atenderá también a consideraciones

¹⁶ Ley 20.507, artículo primero N° 4, publicada en el Diario Oficial el 08 de abril de 2011.

¹⁷ Matus Acuña, Jean Pierre. La ley penal y su interpretación. 2da. ed., Santiago: Editorial Metropolitana, 2005, pp. 63, 186 y ss., con más referencias; Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 190; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, tomo I, parte general. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2da ed. reimpresa, 2007, pp. 99 y ss.; Novoa Monreal, Eduardo. Curso de derecho penal chileno. Parte general, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 134 y ss.; Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 99 y ss.

teleológicas e históricas¹⁸; todo esto de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y siguientes del Código Civil.

En la literatura sobre trata de personas suelen distinguirse, dentro de la estructura del delito, entre actividad, medios y fines¹⁹.

- Actividad: corresponde a los verbos rectores. En el tipo penal chileno, captar, trasladar, acoger o recibir personas, y promover, facilitar o financiar estas actividades.
- Medios: hace referencia a las conductas utilizadas para llevar adelante la actividad. En el tipo penal chileno, violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.
- Fines: se refieren a la finalidad con que se lleva adelante la actividad. En el tipo penal chileno, que se pretenda que las personas sobre las que se ha llevado adelante la actividad sean objeto de alguna forma de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos.

Resulta relevante considerar que en los casos en los que el sujeto pasivo de la acción es un menor de edad, la consumación del delito no requiere que se emplee ningún medio en particular, bastando para ella que la actividad se realice con determinados fines.

Seguiremos en parte esta distinción, no sin considerar que dentro de ella, la actividad y los medios corresponden a lo que doctrina de raigambre centroeuropea son elementos objetivos del tipo, y los fines se cuentan entre los elementos subjetivos del tipo.

1. Elementos objetivos de la trata de personas

Se tratarán separadamente los sujetos activo y pasivo de la acción, los medios y los verbos rectores²⁰.

A) Sujeto activo de la trata de personas

Este primer elemento de la faz objetiva del tipo no presenta mayor complejidad. Cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción; se trata de un sujeto común (el que).

Nuestra ley penal, en el artículo 411 *octies*, inciso segundo, da a entender que el delito podría ser cometido no sólo por personas naturales, sino también por organizaciones delictivas²¹. Esta expresión no está definida en la ley, y tanto un eventual sentido técnico

¹⁸ En profundidad Simon, Eric. *Gesetzesauslegung im Strafrecht*. Berlín, Duncker & Humblot, 2005, 676 pp.

¹⁹ Así, por ejemplo, en el *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 16. Esta distinción también fue tenida a la vista por el Parlamento chileno. Vid. el documento "Historia de la ley", p. 46, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

²⁰ Serán tratados los medios antes que los verbos rectores, emulando el orden seguido por el tipo penal chileno.

²¹ "Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos indicados en este párrafo [...]".

de la expresión²² como su sentido natural y obvio hacen referencia a una pluralidad de personas. Por consideraciones sistemáticas, esta referencia a las organizaciones como sujeto activo del delito no podría ser entendida en su sentido literal, ya que nuestro sistema penal sólo conoce la responsabilidad penal individual, aunque esta recaiga sobre varias personas, como sucede en casos de coautoría o de participación. Por lo mismo, “organización delictiva” ha de interpretarse como sinónimo de “varias personas”, las que eventualmente serán castigadas no solamente por las conductas punibles en sí, sino también por asociarse para delinquir, conforme al artículo 411 *quinquies*.

La redacción del artículo 411 *octies*, inciso segundo del Código Penal parece ser un guiño a al Protocolo de Palermo sobre trata de personas, que se quiso implementar mediante la Ley 20.507²³, modificatoria del Código Penal al introducir el párrafo 5 bis (artículos 411 *bis* y siguientes). Así, como para aplicar el Protocolo (que es de donde se deriva la obligación de tipificar ciertas conductas para el Estado de Chile) se requiere de la intervención de un grupo delictivo organizado, la ley chilena señala que también las organizaciones pueden cometerlo, aunque la responsabilidad penal de organizaciones es desconocida en nuestro sistema, salvo por los casos –excepcionales– de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

B) Medios comisivos de la trata de personas

Los medios que prevé el artículo 411 *quater* del Código Penal son “violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”. Se trata de múltiples hipótesis, pero basta con que se concrete una de ellas –que se actúe o con violencia, o con engaño, por ejemplo– como medio para las acciones que se individualizarán *infra* (trasladar, acoger, etc.), para que, de concurrir los demás elementos típicos, pueda considerarse cometido el delito. Si concurre más de uno de los medios a la vez, por ejemplo se actúe mediando un engaño y aprovechando la condición de dependencia de la persona, se tratará simplemente de un caso de tipicidad reforzada²⁴, sin que eso obste a la calificación de una conducta como trata. En suma,

²² Si se entendiera a la expresión “organizaciones delictivas” como sinónimo de “grupo delictivo organizado” al que se dedica el artículo 2 letra a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, al disponer que “Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

²³ En reiteradas ocasiones durante la tramitación de la Ley N° 20.507 se mencionó que se dictaba dicha ley en cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 8 y s., 12, 15 y s., 27, 44, 55, 66, 70, 101, 110, 117, 151, 153, 158, 160 y s., 258, accesible en http://www.ley-chile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

²⁴ Cfr., a saber Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte general, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 455 y s.; Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 653. Aun sin utilizar esa denominación, pero aclarando que hay solo un delito, Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 225 y s. Refiriéndose a ellos bajo la denominación “delito alternativo”, Mir Puig, Santiago. Derecho penal, parte general, B de F, 2007, p. 229, número marginal 34.

basta con probar uno solo de los medios para entender que el delito se ha cometido, y si se ha presentado prueba de que concurren varios habrá que desvirtuarlos todos para absolver por ausencia de los medios comisivos que requiere la ley.

Se trata de medios para obtener o explotar una relación que, en los hechos, permita ejercer un control sobre la persona objeto de trata²⁵. En el artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas se dispone que, de concurrir alguno de estos medios, no se tomará en cuenta un eventual consentimiento de la víctima²⁶. Si bien en el ordenamiento interno chileno no existe una disposición análoga, es correcto aplicar el mismo criterio, en cuanto la concurrencia de estos medios hace que cualquier eventual manifestación de voluntad se encuentre viciada, al no darse condiciones básicas para su formación libre. Es más, cualquier consentimiento inicial quedaría anulado de concurrir alguna de las circunstancias siguientes; el eventual consentimiento de la víctima en una de las etapas del *iter* delictual no puede considerarse su consentimiento en todas sus etapas²⁷.

El entender los medios de la trata como circunstancias que apuntan a viciar la voluntad de quien actúa es perfectamente coherente con el hecho de que en los casos en los que el sujeto pasivo de la acción es un niño, la consumación del delito no requiere que se emplee ningún medio en particular²⁸, pues justamente se considera que ellos no tienen la madurez suficiente como para consentir válidamente.

²⁵ El requisito de ciertos medios cuando se trata de sujetos pasivos mayores de edad se encuentra desde el tratado de 1904, relajándose sólo en los tratados de 1933 y 1949 para ciertas conductas. Cfr., con más antecedentes, Zimmermann, Sarah. Die Strafbarkeit des Menschenhandels in Lichte internationaler und europarechtliche Rechtsakte, Nomos, 2010, p. 57.

²⁶ Vid el artículo 3 letra b) del Protocolo de Palermo contra la trata de personas: "El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado [donde se define la trata de personas] no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado".

²⁷ Vid. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, Manual para la lucha contra la trata de personas, 2007, p. xix.

²⁸ 27 por ciento de las víctimas de trata detectadas a nivel mundial son niños (Global report on trafficking in persons, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 7). Por su especial vulnerabilidad, los niños cuentan con protección especial en tratados internacionales, entre los que destacan la Convención de los derechos del niño de 1989 y dos de sus protocolos del año 2000, que fueron ratificados por Chile el año 2003, estando ya en vigor. El primero es el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que define la venta de niños en su art. 2, señalando que por "venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución". El segundo es el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. También puede ser relevante el convenio 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999, ratificado por Chile el año 2000. Fueron conocidos, durante la tramitación de la ley, casos de explotación de niños en Chile. En la p. 88 del documento "Historia de la ley" se hace referencia a niños bolivianos que pastorean ganado en Chile, recibiendo a cambio sólo comida y alojamiento miserables, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012. Más referencias, si bien igualmente del periodo anterior a la vigencia de

A continuación se abordan brevemente cada uno de los medios previstos por la ley.

i) Violencia

En nuestra ley penal, la voz violencia se suele utilizar para describir supuestos de aplicación de fuerza física²⁹. En este caso, la fuerza ha de ser suficiente como para doblegar la voluntad de la persona objeto de trata. Este medio comisivo estaba presente también en el derogado artículo 367 *bis* del Código Penal.

ii) Intimidación

En este supuesto se actúa infundiendo miedo en otro, usualmente amenazando con causar un mal, a la misma persona objeto de trata o a otra persona vinculada estrechamente con ella³⁰. Las amenazas deben ser serias, de modo de que sean aptas para doblegar su voluntad. Por ejemplo, si se amenaza a un padre con dar muerte a su hijo si no sigue determinadas indicaciones (por ejemplo de trasladarse). Este medio comisivo estaba presente también en el derogado artículo 367 *bis* del Código Penal.

iii) Coacción

No resulta posible separar a la coacción como medio de actuar de la violencia o intimidación, pues es como resultado de ellas que la acción no es ya fruto de la voluntad, sino que la persona actúa coaccionada³¹. De hecho, el Protocolo de Palermo sobre trata de personas utiliza, junto a “amenaza” y “uso de la fuerza” la expresión “u otras formas de coacción”, empleando así la voz “coacción” como un término amplio que comprende violencia e intimidación. Este resultado puede no ser del todo satisfactorio en cuanto se llega al resultado de que la ley es redundante, pero por otra parte no resultaría legítimo, en este caso, asumir una interpretación que vaya más allá del sentido literal posible de la expresión a interpretar, más aun si hay antecedentes que tanto en la discusión de la ley como en la negociación del Protocolo se optó por ser

la ley, en Araya, Denisse y Retuerto, Iria, Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de tratas de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes, en UNICEF, ACNUR y OIM, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos, Andros, 2012, p. 127.

²⁹ Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, p. 335 (a propósito del robo con violencia); Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, parte especial, tomo IV, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 196 y ss. (a propósito del robo con violencia); Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, pp. 359 y ss. (respecto del robo con violencia); Balmaceda Hoyos, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 209, pfo. 0895 (a propósito de la violación de morada): “Por violencia deben entenderse las vías de hecho o el uso de la fuerza, que puede ejercerse tanto en las cosas como en las personas”.

³⁰ Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, p. 335 (a propósito del robo con intimidación); Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, p. 253 y ss. (a propósito de la violación, con más referencias), p. 361 y s. (a propósito del robo con intimidación); Balmaceda Hoyos, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 209, pfo. 0895 (a propósito de la violación de morada): “La intimidación consiste en atemorizar a las personas [...] mediante amenazas serias y verosímiles de un mal inminente”.

³¹ Primera acepción del término en el Diccionario de la Real Academia: “[f]uerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo” (www.rae.es), consultado el 27 de diciembre de 2012.

redundante en ocasiones a fin de no arriesgarse a dejar fuera algún supuesto considerado relevante³².

iv) Engaño

Es uno de los medios usuales de comisión del delito. El fraude o engaño como medio de comisión se preveía ya en el Convenio internacional para la represión de la trata de blancas de 1910³³. Consiste en hacer creer a la persona que se actuará de determinado modo, cuando en realidad se piensa actuar de otro³⁴. Por ejemplo, alguien capta a un extranjero ofreciéndole tramitar su documentación de ingreso al país y entregándole en ese acto una tarjeta en la que figura como ejecutivo de una empresa que presta esa clase de servicios, actuando así mediante un engaño, pues en realidad lo que pretendía era obtener el pasaporte de modo de retenerlo, o se convence a alguien de dejar su país haciéndole creer que podrá ganar lo suficiente para enviar dinero a su familia trabajando en turismo o en un café, cuando en realidad se espera que estando aquí no le quede otra opción que prostituirse para poder enviar ese dinero³⁵. Este medio comisivo estaba presente también en el derogado artículo 367 *bis* del Código Penal.

Sobre la entidad del engaño podrían reproducirse aquí los mismos desarrollos que existen respecto del engaño en otros delitos, siendo acaso la doctrina sobre estafa la que ha llevado a más discusión sobre el punto³⁶. Con todo, la coexistencia del engaño y del

³² Vid. Documento "Historia de la ley", pp. 217 y 218, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hi?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012; Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 23.

³³ Artículo 2.

³⁴ Se sigue así el sentido que se da al término engaño en otros delitos, que coincide con el sentido natural y obvio de la expresión y con la primera y segunda acepciones del término en el Diccionario de la Real Academia: "[d]ar a la mentira apariencia de verdad", "[i]nducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas". En doctrina nacional, se puede confirmar esta noción, a saber, en Balmaceda, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 444, pfo. 2318 (a propósito de la estafa): "el engaño consiste en la 'simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas"; Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 392 y ss.

³⁵ Este segundo ejemplo está tomado de la reciente jurisprudencia respecto de este delito, vid. la sentencia contra G. M./ O. U. M./ A. M. A. R./ O. G. C./ M. P. F. S., por asociación ilícita y trata de personas, RUC 1100440193-1, RIT 199-2012, disponible en [http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20\(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas\).pdf?opc_menu=&opc_item](http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Sent%20Rit%20199%202012%20(asoc%20ilicita%20y%20trata%20de%20personas).pdf?opc_menu=&opc_item), de 7 de septiembre de 2012, consultada el 27 de diciembre de 2012; sentencia contra Amelfi Mota Pérez y otros, por asociación ilícita, trata de personas y tráfico de migrantes, RUC 1001114184-1, RIT 287-2012, de 13 de diciembre de 2012.

³⁶ Existe allí vasta literatura sobre la entidad o suficiencia del engaño. Balmaceda sistematiza tres corrientes: "(a) la 'objetivo-subjetiva': (La jurisprudencia chilena ha señalado que el engaño debe ser idóneo para inducir a error; lo que debe ser considerado objetivamente, y, paralelamente, desde la perspectiva subjetiva, momento en el cual deben tomarse en cuenta las condiciones particulares del sujeto pasivo [...]). (b) otra que recurre a la teoría de la imputación objetiva del resultado [...]; y, (c) [...] una renovada modalidad de la lesión de veracidad [...] la falta de correspondencia entra la veracidad y lo expresado." Balmaceda, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 445, pfo. 2321 (a propósito de la estafa). Cfr. asimismo Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez,

aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad como medio de trata de personas hace que la discusión acerca de la entidad del engaño no sea tan relevante para la punibilidad de la conducta en este caso. En lo central, quien engaña se conduce de modo que busca inducir a error al destinatario del engaño, o mantener a la persona en el error en el que se encuentra. Si se trata de una persona sobre la que pesa una obligación de decir la verdad, la sola omisión de declararla es suficiente como engaño³⁷. Normalmente el engaño versa sobre la naturaleza del trabajo o servicio que ha de prestarse o sobre las condiciones en las que debe prestarse³⁸.

v) Abuso de poder

Hay quienes entienden a esta forma de actuar simplemente como la otra cara de la moneda del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad (en la lógica de que se es poderoso frente al vulnerable), pero otra interpretación propone diferenciar este medio de comisión del que le sigue en el listado del 411 *ter* entendiendo que el poder al que se refiere es el poder que se tiene por el desempeño de un determinado cargo público³⁹. Esto parece atendible, y susceptible de ser extendido incluso a posiciones de poder distintas de cargos públicos, como podría ser la de quien sirve un cargo dentro de una empresa privada, de un establecimiento de educación o incluso en una estructura eclesiástica o análoga. Una forma de distinguir este supuesto del abuso de una situación de vulnerabilidad es entender el foco que tiene cada uno. Aquí lo relevante es el actuar abusivo de la persona que tiene autoridad, y no es necesario que se pruebe la vulnerabilidad de la persona que es sujeto pasivo del delito⁴⁰.

Parece necesario resaltar que para que se entienda que se da este supuesto no basta que quien actúa tenga un determinado poder, sino que se requiere que abuse (haga un mal uso, distinto del fin para el cual está investido de él) de él. Incurrirá en un abuso, por ejemplo, un profesor, supervisor de un internado, le pide a un estudiante que lo ayude

Maria Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, pp. 423 y ss.; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, parte especial, tomo IV, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 332 y ss. (a propósito de la estafa)).

³⁷ Cfr., en la doctrina nacional, por ejemplo Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, p. 242, 243; Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, parte especial, tomo IV, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 332 y ss. Balmaceda, Gustavo. Código penal y normas complementarias, Legis, 2011, p. 444, pfo. 2319 distingue tres formas de engaño: "(a) El engaño que se basa en una simulación expresa, esto es, en aparentar un hecho respaldándolo en una afirmación mendaz; (b) el engaño que se basa en actos concluyentes, esto es, en aparentar un hecho respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error; (c) El engaño que se basa en una omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad".

³⁸ Vid. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 21.

³⁹ Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, pp. 74 y s.

⁴⁰ Íbidem.

en determinadas labores del hogar. Dado que eso no está dentro del ámbito de las funciones que le cabe realizar a un profesor con sus estudiantes, puede entenderse que el emplear la posición de poder para obtener esos beneficios implica un abuso de poder.

vi) Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima

Este medio es el que se suele tener en mente al pensar en trata de personas⁴¹, se tiende a asociar al sujeto pasivo del delito de trata con una persona particularmente vulnerable ya sea por carencias económicas, educacionales, emocionales, por su corta o avanzada edad o por su pertenencia a alguna minoría⁴². Este medio está en cierta medida vinculado a los anteriores, pues puede ser la vulnerabilidad la que haga a ciertas personas más susceptibles a engaños o a abusos de poder. La tipificación actual no especifica el motivo de la vulnerabilidad. En el derogado artículo 367 *bis* del Código Penal este medio se contemplaba sólo parcialmente, haciéndose referencia solamente al desamparo económico de la víctima.

De manera análoga a lo que ocurre con el abuso de poder, no basta con que exista una persona vulnerable para que exista el delito de trata de personas, se debe poder constatar un abuso de esa situación de vulnerabilidad⁴³, como cuando se ofrece un empleo en condiciones que quien oferta reconoce como abusivas, notoriamente desmedradas comparándolas con las condiciones de trabajo usuales, sabiendo que la persona que recibe la oferta teme ser deportada y requiere trabajar.

Se trata de supuestos en los cuales quien solicita a otra persona realizar alguna conducta o le induce a realizarla sabe que, en el contexto dado, a la persona en cuestión no le queda más alternativa real que aceptar lo que se le propone⁴⁴, y utiliza esa circunstancia a su favor. No es necesario que la vulnerabilidad sea imputable a quienes intervienen

⁴¹ De hecho, existe un documento oficial reciente que se dedica especialmente a este medio de comisión, cfr. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012.

⁴² Cfr., con más antecedentes, Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, pp. 17 y ss.; vid. también Araya, Denisse y Retuerto, Iria, Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de tratas de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes, en Unicef, ACNUR y OIM, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos, Andros, 2012, p. 144.

⁴³ En el mismo sentido, Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 20.

⁴⁴ En el mismo sentido discurren los trabajos preparatorios del Protocolo contra la trata de personas. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons, issue paper, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2012, p. 22.

en la trata, puede ser una condición preexistente, de raíz independiente. Se requiere sí que se abuse de ella.

El aprovechamiento de la situación de dependencia de la víctima supone abusar de una clase particular de vulnerabilidad, cual es la de estar sujeto a la voluntad de otro.

vii) Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra

Si bien la primera hipótesis que se viene a la mente al pensar en una situación de consentimiento de una persona que tiene poder sobre otra es la de los padres respecto de sus niños, este supuesto es irrelevante, ya que justamente respecto de los niños no es necesario probar alguno de los medios de operar objeto de este texto (artículo 411 *quater* del Código Penal, inciso segundo).

Dejando fuera los supuestos de niños, debemos centrarnos en otras situaciones en las cuales una persona tenga la facultad de consentir por otra, pues de lo contrario sería irrelevante obtener su consentimiento para obtener la prestación que se desea por parte del sujeto pasivo de la acción. Sostenemos que es ese el alcance que debe darse a la expresión “que tenga autoridad sobre otra” en este contexto, por razones sistemáticas, ya que, por una parte, la autoridad, en esta disposición, va unida a la obtención de un consentimiento que parece ser relevante y, por otra, ampliar la conducta a otros sentidos literales posibles de la voz “autoridad”, que incluye a quienes podrían solamente influir en la formación de voluntad autónoma de otro parecerían caer más bien en el supuesto de abuso de poder o, incluso, ampliar en demasía el alcance de la trata de personas al ámbito de los malos consejos interesados, que no tienen, por sí solos, el mismo efecto sobre la libre voluntad de las personas que los demás medios listados en el artículo 411 *quater* del Código Penal.

Este medio, si bien se lo contempla separadamente, en los hechos siempre implica el abuso de la dependencia de una persona (por parte del tercero que ofrece) y de una posición de autoridad o dependencia (por parte de quien recibe), por lo que podría haberse prescindido de su inclusión⁴⁵.

C) Verbos rectores del inciso primero del artículo 411 *quater* del Código Penal

La trata de personas es un delito de hipótesis múltiple, cualquiera de las acciones que a continuación se especificarán basta para satisfacer el tipo. Basta con que concurra una de ellos, pero puede concurrir también más de una respecto de una misma persona en un mismo contexto espacio-temporal y habrá sólo un delito⁴⁶. Estas conductas pueden ser cometidas por diversas personas respecto de un mismo individuo. En ese caso, todas ellas pueden cometer el delito.

La trata de personas se ha tipificado en Chile como un delito de emprendimiento, “donde distintas conductas que pueden realizarse en diferentes momentos aparecen como modalidades independientes de la misma actividad compuesta por una serie indeter-

⁴⁵ Cfr. los antecedentes de que tanto en la discusión de la ley como en la negociación del Protocolo se optó por ser redundante en ocasiones a fin de no arriesgarse a dejar fuera algún supuesto que se consideraba relevante, nota 32.

⁴⁶ Sobre los delitos de hipótesis múltiple o alternativos, cfr. nota 24.

minada de acciones, iniciadas o no por el autor⁴⁷. La multiplicidad de conductas mediante las cuales puede cometerse el delito apunta claramente a abarcar a todas las personas que tengan funciones relevantes en esta empresa criminal.

i) Captar

No se trata de un término definido en la ley, y su sentido técnico coincide con el corriente, recogido en las acepciones cuarta y quinta de la voz captar en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁴⁸: “[a]traer a alguien, ganar la voluntad [...] de alguien”, “conseguir [...] estimación, atención, etc.” Acaso la forma más común de captar personas sea mediante una oferta de trabajo⁴⁹. Tratándose de extranjeros, un ejemplo podría ser la oferta de tramitar su documentación de ingreso al país.

Siendo la multiplicidad de verbos rectores una característica de los delitos de emprendimiento, resulta pertinente apuntar que si el verbo captar no estuviera como variante, seguramente la conducta “captar” podría constituirse en tentativa de los demás verbos rectores. Al estar tipificada la conducta por separado, el sólo hecho de captar ya basta para consumir el delito⁵⁰. Podrá haber o no tentativa de captar dependiendo de si la conducta mediante la cual se capta es fraccionable o no.

ii) Trasladar

El traslado de personas es una de las formas posibles de cometer el delito de trata de personas. *A contrario sensu*, el traslado no es un elemento esencial este delito⁵¹, si bien suele concurrir. Trasladar a una persona significa ocuparse de que ella cambie el lugar en el que está⁵², sea que se trate de abandonar un país para ingresar a otro (se

⁴⁷ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Derecho Penal, parte general, 2da edición, 2004, p. 454.

⁴⁸ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁴⁹ Ejemplos chilenos reales se tuvieron a la vista durante la tramitación. Cfr. el documento “Historia de la ley” pp. 41 y 42, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁵⁰ De hecho, Roxin apunta como la principal característica de los delitos de emprendimiento que en ellos se diluye la diferencia de disvalor entre conductas de tentativa y de consumación. Roxin, Claus. Strafrecht allgemeiner Teil, tomo I, 4ta ed. C.H. Beck 2006, p. 338, número marginal 125.

⁵¹ Lo que se comenta es la ley chilena. Distinto es el caso del Protocolo de Palermo contra la trata de personas, que se aplica a la delincuencia transnacional, con lo que habría más asidero para entender que ha de haber traslado. Sobre el traslado, cfr. Daunis Rodríguez, Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, p. 8. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012. Existen en cambio posiciones divergentes, conforme a las cuales aun contemporáneamente debe haber traslado para que pueda hablarse de trata de personas. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 161, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012; Araya, Denisse y Retuerto, Iria, Hacia una protección integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de tratas de personas en Chile. Nuevas condiciones y desafíos pendientes, en Unicef, ACNUR y OIM, Los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos, Andros, 2012, p. 143.

⁵² La primera y segunda acepciones de la voz “trasladar” en el Diccionario de la Real academia de la lengua se refieren a personas: “1. Llevar a alguien o algo de un lugar a otro. 2. Hacer pasar a alguien de un puesto o cargo

habla entonces de trata internacional)⁵³ o de dejar una localidad para encaminarse a otra dentro de un mismo Estado⁵⁴. Esta conducta de movilizar tendría el efecto de provocar una situación de desarraigo de la persona trasladada, que sin embargo no es un elemento típico en el Código penal chileno.

iii) Acoger

El sentido corriente de la expresión está recogido en las acepciones primera y quinta de la voz “acoger” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es “[a]dmitir en su casa o compañía a alguien”; “amparar”⁵⁵ (si bien aquí el amparo es aparente, por la voluntad de explotación que lo acompaña. No se trata necesariamente de convivir con alguien, sino que basta con proporcionar acogida, por ejemplo en forma de hospedaje. Esta conducta puede ejecutarse por un largo periodo de tiempo. Sería por ejemplo el caso de una madre que pretende la explotación sexual de su hija menor de edad, que vive con ella y depende de ella.

iv) Recibir

Para interpretar este verbo conforme a su sentido corriente, parecen particularmente atingentes la primera, segunda y séptima acepciones de la voz “recibir” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, todas referidas a personas: “[t]omar lo que le dan o le envían”, “[h]acerse cargo de lo que le dan o le envían”, “[a]dmitir a otra [persona] en su compañía o comunidad”⁵⁶. Estos significados dan cuenta de una conducta que usualmente seguirá a un traslado, pues se recibe a alguien que no estaba, y luego llega.

D) Verbos del inciso final del artículo 411 *quater* del Código Penal

El artículo 411 *quater* incluye, en su inciso final, tres conductas que significarán, para quienes incurran en ellas, las mismas penas que las del autor del delito⁵⁷. Se trata de las conductas punibles de promover, facilitar o financiar la ejecución de las conductas descritas en ese artículo.

a otro de la misma categoría”. www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012. Para los efectos del delito, el término se viene interpretando invariablemente en la primera de las acepciones.

⁵³ Naturalmente, es de esta manifestación del delito de la que suelen ocuparse más detenidamente los tratados internacionales, pues para su investigación y enjuiciamiento es imprescindible la cooperación internacional. Vid., a saber, el primer párrafo del preámbulo del Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Nuestra legislación también tiene en cuenta la fenomenología transnacional del delito en el artículo 411 *septies* del Código Penal. La categoría opuesta es la de trata interna o *domestic trafficking*.

⁵⁴ Esta clase de trata iría en aumento, con más del 25 por ciento del total de víctimas detectadas entre los países que entregaron información a Naciones Unidas sobre la nacionalidad de las víctimas, vid. *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 13.

⁵⁵ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁵⁶ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁵⁷ Esto ocurrió a pesar de la visión al parecer dominante durante la tramitación parlamentaria en cuanto a que aun sin esta disposición, quienes incurrieran en las conductas las que se refiere el inciso en comento serían punibles como autores, en virtud del artículo 15 del Código Penal. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 212, 213 y 215, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

i) Promover

Para interpretar este término conforme a su sentido corriente, en este contexto, resultan particularmente atinentes la primera y tercera acepciones de la voz “promover” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “[i]nciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”, “[t]omar la iniciativa para la realización o el logro de algo”⁵⁸. En este caso, es el captar, trasladar, acoger o recibir (en caso de mayores de edad, mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra).

ii) Facilitar

Facilitar ha de ser interpretado conforme al sentido corriente de los términos, como “[h]acer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”⁵⁹. En especial, se facilita una actividad cuando se procuran medios para llevarla a cabo.

Pueden trasladarse aquí las críticas formuladas a “facilitar” como verbo rector a propósito del delito de tráfico de migrantes, que se basan en que “facilitar” puede traducirse en conductas de diversa gravedad, lo que hace difícil distinguir a la autoría de las formas de participación⁶⁰ y actos de ejecución de actos preparatorios⁶¹, y podría generar problemas con el principio de culpabilidad, al equipararse el marco penal para conductas que merecen diversa valoración⁶². Ello, sin embargo, es característico de los delitos de emprendimiento⁶³.

iii) Financiar

La inclusión de esta conducta persigue (y consigue) claramente castigar al gestor financiero como autor. Con todo, resulta redundante, puesto que no es imaginable un supuesto de financiar que no implique al mismo tiempo facilitar. Esto lo confirman las dos acepciones de la voz “financiar” del Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “[a] portar el dinero necesario para una empresa” y “sufragar los gastos de una actividad”⁶⁴.

⁵⁸ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁵⁹ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012.

⁶⁰ Se seguiría un concepto unitario de autor, Pérez Cepeda, A. *Globalización, tráfico internacional lícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada, 2004, p. 209 y ss. Se explicaría porque se trata de delitos habitualmente vinculados a la criminalidad organizada.

⁶¹ Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, parte especial, tomo III, cuarta edición actualizada*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 313.

⁶² Pueden aplicarse los razonamientos que al efecto nos entrega Laurenzo Copello, P. La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Nº 12, 2003, p. 78 y ss.

⁶³ Roxin, Claus. *Strafrecht allgemeiner Teil*, tomo I, 4ta ed. C.H. Beck 2006, p. 338, número marginal 125.

⁶⁴ www.rae.es, consultado el 28 de diciembre de 2012. Cfr. los antecedentes de que tanto en la discusión de la ley como en la negociación del Protocolo se optó por ser redundante en ocasiones a fin de no arriesgarse a dejar fuera algún supuesto que se consideraba relevante, nota 32.

E) Sujeto pasivo/objeto de la acción la trata de personas

En las conductas del inciso primero del artículo 411 *quater* del Código Penal, puede ser objeto de la acción cualquier persona. Conforme a lo explicado *supra*, no se requieren características determinadas en cuanto al género, raza, nacionalidad, residencia o alguna otra⁶⁵. Si bien en el inciso primero se utiliza el plural para referirse a los sujetos pasivos de la acción, el hecho de que en el inciso segundo se utilice una formulación en singular (“la víctima”) despeja cualquier duda en cuanto a la punibilidad de la conducta aunque exista de una sola persona objeto de trata.

Respecto de las conductas del inciso final del artículo 411 *quater* del Código Penal, como ha quedado dicho, el objeto es la ejecución de algunas de las conductas del inciso primero.

2. Elementos subjetivos de la trata de personas

En lo subjetivo, el delito de trata de personas requiere de dolo respecto de todos los elementos objetivos del tipo, y, además, se requiere una tendencia interna trascendente, que consiste en realizar las acciones del inciso primero del artículo 411 *quater* con alguna de las siguientes finalidades respecto de las personas sobre las que se ha llevado adelante la actividad: que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, de trabajos o servicios forzados, de servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o de extracción de órganos. Todas estas finalidades tienen en común pretender la explotación de la persona que sufre la trata⁶⁶. Así y todo, en el Código penal chileno no se menciona la finalidad de explotación como finalidad genérica de la trata de personas, como sí se hace en el Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas en su artículo 3.

Vale la pena recalcar el carácter subjetivo de este requisito: debe probarse la voluntad de explotar, no siendo necesario que se pruebe un resultado de explotación⁶⁷, ni siendo suficiente por sí solo que se compruebe en los hechos la situación desfavorable de una persona (la cual, por cierto, sí podrá carácter indiciario si era conocida por quien se pretende responsabilizar, y tendrá uno mucho más fuerte si dicha persona obtiene un provecho de dicha explotación). Con todo, lo usual será que para probar que la empresa persigue determinados fines se pruebe la existencia de explotación (o la existencia de beneficio económico como consecuencia de ello) al menos respecto de algunas personas.

⁶⁵ Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, p. 8. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

⁶⁶ Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, p. 8. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012. En cada región del mundo puede observarse la prevalencia de unas sobre otras. Así, en Europa, Asia Central y América prevalecería la finalidad de explotación sexual, en tanto que en África, el Medio Oriente, el Pacífico y el sur y el este asiático prima la trata para desarrollar trabajos forzados. Cfr. *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 7.

⁶⁷ En el mismo sentido, Suazo Schwencke, Carolina, *Iter criminis en los delitos sexuales, análisis dogmático y jurisprudencial*, tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal de la Universidad de Chile, 2012, p. 9 (apartado).

A continuación se pasa revista a cada una de las finalidades descritas en el Código penal. Basta con que concurra una de ellas. La concurrencia de varias no es obstáculo para la consumación del delito.

A) Finalidad de que la persona sea objeto de explotación sexual

La finalidad de explotación sexual es la más tradicional en el delito de trata de personas, ya los primeros instrumentos dedicados a la materia se refieren a ella. Además, es la más recurrente a nivel mundial, con un 58% del total de los casos de trata de personas detectados⁶⁸.

Para interpretar el término “explotación sexual” conforme al sentido corriente del término se nos presentan básicamente dos opciones, que se encuentran recogidas en la segunda y tercera acepción de la voz explotar del Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁶⁹: la segunda “[s]acar utilidad de un negocio o industria en provecho propio” y la tercera “[u]tilizar en provecho propio, por general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”. La primera opción se desecha por razones sistemáticas, pues aceptarla equivaldría a equiparar la valoración jurídica del proxenetismo con conductas tan inequívocamente pertenecientes a la criminalidad más grave como el sometimiento a esclavitud y la extracción involuntaria de órganos, para lo cual no hay razones jurídicas en el ordenamiento chileno. Además, la interpretación propuesta es coincidente con el modo en que se ha entendido la voz “explotación” en el Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Allí, si bien la palabra “explotación” no está definida, se suele identificar con condiciones particularmente duras y abusivas, al extremo que atentan contra integridad moral de la persona, su dignidad humana⁷⁰.

Ya que la pornografía se incluye explícitamente en el tipo penal, parece atinente entender el término conforme a su definición legal en el artículo 366 *quinquies* inciso final del Código Penal⁷¹, pues no aparece que se use de modo diverso.

⁶⁸ *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 33.

⁶⁹ www.rae.es, consultado el 27 de diciembre de 2012. Cfr., con más antecedentes doctrinales, Daunis Rodríguez Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, *InDret* 1/2010, p. 22. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

⁷⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Ley Modelo contra la trata de personas*, p. 36, con referencias a la legislación belga y francesa, accesible en <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>, consultada el 27 de diciembre de 2012. Parte de la doctrina es reacia a presentar a la dignidad humana como bien jurídico protegido, pues ella es más bien el fundamento de todos los derechos, y es intocable, no es susceptible de ser vulnerada por delitos, existe siempre.

⁷¹ Como la representación de personas dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o toda representación de las personas en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.

B) Finalidad de que la persona sea objeto de trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud y otras prácticas análogas a ésta

La prohibición de la esclavitud es una de las piedras angulares del derecho internacional, y, en cuanto al derecho interno, Chile se vanagloria de haber tenido a este respecto una posición de avanzada⁷².

La esclavitud tradicional implicaba que ciertas personas eran jurídicamente propiedad de otras. Esto ya no es posible hoy, pero lo que sí subsiste son situaciones fácticas en que personas usan, gozan y/o disponen de otras⁷³. El hecho de que se trate de relaciones fácticas y no jurídicas hace que la solución del problema no esté en la sola abolición jurídica de la esclavitud, sino que es necesario un proceder más complejo si se pretende combatirla.

En estas explicaciones se ha optado por agrupar los trabajos o servicios forzados con la servidumbre, la esclavitud y las prácticas que le son análogas, porque tanto los trabajos forzados como la servidumbre son casos reconocidos de esclavitud, entendida en el sentido jurídico del término, como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”⁷⁴. En particular, se dispone de la fuerza laboral de una persona.

La relación entre esclavitud y trata de personas es muy estrecha. Así, en sus inicios la expresión “trata de blancas” nació justamente para distinguir ciertas conductas que no se concedían con las formas tradicionales de trata de esclavos, ligadas al reconocimiento de la propiedad de algunas personas sobre otras, pero se entendía que merecían igualmente ser proscritas. Actualmente, se entiende por una parte que la trata de personas es una forma de esclavitud⁷⁵, y por otra que la voluntad de esclavizar es un elemento relevante a la hora de cometer el delito de trata de personas.

La explotación laboral sería común en Chile⁷⁶. Durante la tramitación de la Ley 20.507 se prefirió la denominación “trabajos forzados” por sobre “explotación laboral” por el con-

⁷² Conocido es en particular el texto de la constitución de 1823 en su artículo 8, reproducido parcialmente en el artículo 19 N°2 de la actual constitución: “En Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes, ni naturalizarse jamás”. Accesible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

⁷³ Cfr., con más antecedentes, Dreixler, Markus. *Der Mensch als Ware. Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strefrechtlicher Sicht*, Peter Lang, 1998, p. 20.

⁷⁴ El de la Convención sobre la esclavitud de 1926, artículo 1 párrafo 1, accesible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/esclavitud.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

⁷⁵ Así, por ejemplo, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7 párrafos 1 letra c) y 2 letra c) (cfr. sus versiones en inglés y francés). La forma específica de esclavitud sexual puede ser constitutiva, según los casos, de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra, cfr. el artículo 1 párrafo 1 g) y el artículo 8 párrafo 2, literales b) xxii y e) vi), accesible bajo <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>, consultado el 27 de diciembre de 2012.

⁷⁶ La más común a la época de tramitación de la Ley 20.507, de acuerdo con abogado de la Organización Internacional para la Migraciones, señor Francisco Furlani, vid. el documento “Historia de la ley”, p. 205, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hf?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012. Cita el ejemplo de ciudadanos chinos detenidos e incommunicados en dependencias fabri-

tenido jurídico más definido que tienen los trabajos forzados y su clara prohibición en el derecho internacional. Se pretendía emplear un término que tuviera un sentido técnico más definido, que dejara fuera la posibilidad de que todo incumplimiento de normas laborales se equiparara con el delito de trata de personas⁷⁷.

Según el artículo 2 párrafo 1 del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el trabajo forzoso, de 1930⁷⁸, “la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Se ha señalado que la pena a la que se alude no es necesariamente una sanción penal, sino que puede consistir en una pérdida de derechos. En cuanto a las amenazas, se mencionan como ejemplo la amenaza de ser despedido o de denunciar⁷⁹.

La explicación de qué es lo que ha de entenderse por “servidumbre” como situación o práctica análoga a la esclavitud está contenida en los artículos 7 letra b) y 1 de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956. Quedan comprendidos en el término supuestos de servidumbre por deudas⁸⁰ y servidumbre de la gleba⁸¹, así como

les. A nivel global, representa un 36 por ciento del total de los casos detectados, vid. Global report on trafficking in persons, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 33.

⁷⁷ Vid. el documento “Historia de la ley”, p. 207 y 279, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hi?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁷⁸ Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, ratificado por Chile en 1933, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312174, consultado el 27 de diciembre de 2012.

⁷⁹ Cfr. Organización Mundial del Trabajo. Una alianza global para el trabajo forzado. Informe del Director General, 2002, pp. 5-6, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_082334.pdf, consultado el 27 de diciembre de 2012.

⁸⁰ “[E] estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios” (artículo 1 letra a) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

⁸¹ “[L]a condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición” (artículo 1 letra b) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

situaciones de cosificación de mujeres en el ámbito de las relaciones familiares⁸² y de cosificación de niños⁸³.

C) Finalidad de que la persona sea objeto de extracción de órganos

La modalidad de actuar con la intención de que a la persona se extraigan órganos es la de más reciente incorporación a la definición de de trata de personas. Siendo el derecho una herramienta eminentemente reactiva, no es de extrañar que se haya agregado este ánimo particular luego de haber pesquisado que sobre todo en algunos países se captaba a las personas con esa finalidad⁸⁴. En instrumentos relativos al Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas se dejó constancia que la extracción de órganos de niños con el consentimiento de un progenitor o tutor por razones médicas o terapéuticas legítimas no se considerará explotación⁸⁵.

3. ¿Delito continuado o de ejecución instantánea de efectos permanentes?

La pregunta por la clase de delito dentro de las que puede clasificarse la trata de personas está íntimamente ligada a los verbos rectores. Si bien es cierto que tiende a identificarse a la trata de personas con la creación de un estado de explotación de personas, ha de tenerse presente que el tipo no exige explotación, sino solamente la voluntad de explotar de distintas maneras. No siendo la explotación un elemento del tipo, no tiene ninguna relación con la consumación del delito.

Así las cosas, y existiendo pluralidad de verbos rectores, como es característico en los delitos de emprendimiento, tenemos que ellos se refieren aparentemente a acciones que podrían, según los casos, llevarse a cabo mediante varios actos distintos. Así, coexisten como verbos rectores la conducta de acoger, que perfectamente puede llevarse adelante por periodos prolongados de tiempo, con lo cual el delito se consuma por todo el periodo de tiempo por el que dure la acción de acoger (piénsese por ejem-

⁸² Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona" (artículo 1 letra c) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

⁸³ "Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven" (artículo 1 letra d) de la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/abolicion.htm>, consultada el 27 de diciembre de 2012.

⁸⁴ Con todo, a nivel mundial esta forma de trata concentra solamente el 0,2 por ciento de los casos, vid. *Global report on trafficking in persons*, 2012, disponible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf, accedida el 25 de diciembre de 2012, p. 33.

⁸⁵ Notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. UN Doc. A/55/838/Add. 1 de 3 de noviembre de 2000, párrafo 65, accesible en http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1s.pdf, consultado el 27 de diciembre de 2012.

plo en personas explotadas para el servicio doméstico, que pueden pasar toda la vida siendo acogidas por sus patrones)⁸⁶; con el verbo trasladar, que puede ser indicativo de una actividad que demore sólo un par de horas, días o semanas, según los casos. El verbo captar, usualmente se cometerá mediante conductas que, igual que el recibir, se realizan de una vez respecto de determinada persona. En cuanto a los verbos rectores del inciso final del artículo 411 *ter*, promover, facilitar y financiar también son conductas que se pueden llevar adelante por períodos prolongados de tiempo. La diferencia entre todos los supuestos es la duración de la consumación del delito en el tiempo: su consumación puede durar sólo un momento (si sólo se capta) o prolongarse en el tiempo (en el acoger, por ejemplo). En cuanto a la punibilidad de etapas de ejecución del delito anteriores a la consumación, podrá darse o no dependiendo de la divisibilidad de las conductas que el cada caso lleven a la consumación.

El delito continuado es en Chile una categoría doctrinal y jurisprudencial, que se aplica en supuestos en los que varias conductas que consideradas aisladamente son delito se valoran unitariamente (por ejemplo, varias apropiaciones indebidas de un empleado de confianza que cada día se queda con 1.000 hasta completar 100.000). En la trata de personas no parece necesario recurrir a esa figura, pues –en el caso de que se piense en diversas conductas respecto de una misma persona en un mismo contexto espacio-temporal– ya que el delito tiene hipótesis múltiples, si concurren varias hipótesis sólo hay tipicidad reforzada⁸⁷. Si en cambio se piensa en varias conductas que tienen como sujeto pasivo a distintas personas, tampoco podría aplicarse la construcción del delito continuado, pues los bienes jurídicos afectados son personalísimos, lo que impide su consideración como una sola acción.

V. El tipo del Art. 411 *ter* del Código Penal

Artículo 411 ter.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales⁸⁸.

⁸⁶ Una posición distinta, entendiendo que el delito de trata de personas es de mera actividad, sin más, sostienen, en la doctrina nacional, Suazo Schwencke, Carolina, *Iter criminis en los delitos sexuales, análisis dogmático y jurisprudencial*, tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal de la Universidad de Chile, 2012, p. 10 (apartado); y Aguilar Aranela, Cristian, *Delitos sexuales*, 2da edición 2012, Editorial Metropolitana, p. 209.

⁸⁷ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramirez, María Cecilia. *Parte general*, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 452 y ss.; Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 653 y ss., Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. *Derecho Penal, parte general*, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 111 y ss.

⁸⁸ Ley 20.507, artículo primero N° 4, publicada en el Diario Oficial el 08 de abril de 2011. Durante la tramitación de la ley, esta figura penal estuvo por desaparecer. Si bien estaba contemplada en el artículo 1 del proyecto de ley original, ya en el Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados se desechó, pues en ella se detectó lo que se denominó una contradicción (“[p]areciera, entonces, que solamente el cruce de fronteras [...] definiera como [ilícita la conducta]”). Sólo en el Segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado se agrega el artículo 411 *ter*, a propuesta del Ministerio Público y del profesor Juan Domingo Acosta. Vid. el

Es llamativo que en el nuevo régimen legal de tráfico y la trata del Código Penal se haya mantenido esta figura penal. Su ubicación –se encuentra entre la tipificación del tráfico de migrantes y la trata de personas– resulta casi simbólica e indicativa de su contenido. Al leer la descripción de la conducta punible resulta evidente que esta tiene elementos de ambas, lo que abre inmediatas interrogantes sobre su ámbito de aplicación.

1. Ámbito de aplicación del artículo 411 *ter* del Código Penal (concurso aparente de leyes penales)

Basta una primera lectura del artículo 411 *ter* del Código Penal para notar que sólo cabe considerar su aplicación si se actúa “para que” las personas que entran o salen del país “ejercen la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, según los casos.

El ámbito de aplicación de este artículo no es el mismo que el del derogado artículo 367 *bis* del Código Penal, pues ahora están vigentes, en conjunto con el 411 *ter*, también los demás artículos del párrafo 5 *bis*, lo que da lugar a un concurso aparente de leyes penales, vale decir, a un supuesto en que en el que más de una disposición legal es aparentemente aplicable al caso concreto⁸⁹. Sin embargo, como se ha explicado ya, conforme al artículo 411 *quater* del Código Penal, quienes promuevan o faciliten el traslado de personas (en los que se empleen ciertos medios, tratándose de adultos y) con ciertas finalidades, entre las que está la explotación sexual, reciben la pena correspondiente al autor de trata de personas. Siendo la pena de la trata del artículo 411 *quater* más severa que la del artículo 411 *ter*, corresponde aplicar la primera figura por sobre la segunda⁹⁰.

Tenemos entonces que los supuestos de aplicación del artículo 411 *ter* del Código Penal quedan acotados a aquellos casos en que se promueve o facilita la salida del país para que se ejerza la prostitución sin que se empleen los medios previstos en el artículo 411 *quater* tratándose de adultos, y (además, tratándose de sujetos pasivos adultos) sin que se pretenda que ella constituya una forma de explotación⁹¹.

documento “Historia de la ley”, pp. 18, 32 y 202, respectivamente, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

⁸⁹ “Hay un concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas.” Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 667. En las páginas sucesivas se refiere a los principios para resolverlo. Cfr. también Mir Puig, Santiago. Derecho penal, parte general, B de F, 2007, pp. 646 y ss., número marginal 64 y ss.; Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, parte general, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ra. ed., 2005, pp. 111 y ss.

⁹⁰ Es un supuesto de lo que se conoce parte de la doctrina denomina principio de subsidiariedad o de alternatividad (vid., en Chile, Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte general, 2da edición, 2004, pp. 459-461; Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, parte especial, tomo II, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 460), pues ambas figuras comparten aspectos relevantes, pero tienen otros que los diferencian, de modo que algunos casos concretos serían subsumibles en ambas figuras, y otros solamente en una.

⁹¹ Durante la tramitación de la Ley 20.507 se entendió que el artículo 411 *quater* reemplazaba al derogado 367 *bis*, como de hecho lo reemplaza en la enumeración del artículo 3 del decreto ley 321, de 1925, sobre libertad condicional. Cfr. el documento “Historia de la ley”, p. 131, accesible en <http://www.leychile.cl/Consulta/porta->

Por otra parte, saltan a la vista también las similitudes de la figura del artículo 411 *ter* del Código Penal con el delito de tráfico de migrantes de su artículo 411⁹². En efecto, ambas disposiciones comparten los verbos rectores (facilitar y promover) y parte —en el supuesto de entrada al país— del objeto de la acción. Existe también aquí un caso de concurso aparente de leyes que no es solucionable por la vía de la especialidad, ya que ninguna de las dos figuras está enteramente comprendida en la otra. Más bien nos encontramos con un caso de lo que en doctrina nacional se denomina subsidiariedad o alternatividad⁹³, con lo que es necesario preguntarse cuál es la pena más severa en el caso de estos dos tipos. La respuesta a dicha pregunta no es tan simple, puesto en que la figura base de tráfico la pena corporal tiene un límite interior más bajo que la del artículo 411 *ter*, si bien la pena de multa que se prevé es más elevada. En los supuestos agravados, el rango de pena corporal comienza en el mismo punto, pero como la pena de multa es más elevada, puede sostenerse que la pena es mayor.

2. Elementos objetivos del tipo del artículo 411 *ter* del Código Penal

A) Sujeto activo del artículo 411 *ter* del Código Penal

Este primer elemento de la faz objetiva del tipo no presenta mayor complejidad. Cualquiera persona puede ser sujeto activo de la acción; se trata de un sujeto común (el que). Nuestra ley penal, en el artículo 411 *octies*, inciso segundo, da a entender que el delito podría ser cometido no sólo por personas naturales, sino también por organizaciones criminales⁹⁴.

B) Verbos rectores del artículo 411 *ter* del Código Penal

Los verbos rectores en el artículo 411 *ter* son facilitar y promover. Se trata de un delito de hipótesis múltiple (basta con que concurra una de las conductas, pueden concurrir ambas y se comete un solo delito, si se trata de un mismo sujeto pasivo en un mismo contexto espacio-temporal). El significado de los verbos facilitar y promover ya fue explicado respecto del artículo 411 *quater* del Código Penal, y valen también para esta figura los reparos que suscita, en particular, en verbo facilitar.

da_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012: "La modificación se explica por la expresa derogación que esta ley hace del artículo 367 bis del Código Penal, y la incorporación, en su reemplazo, del delito de trata de personas tipificado en el artículo 411 *quater*" (el subrayado es propio).

⁹² "Artículo 411 bis.- Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260".

⁹³ Vid. nota 90.

⁹⁴ Cfr. *supra*, pp. 10 y 10 (IV.1.a).

C) Objeto de la acción

Lo que se facilita o promueve es la entrada al país o salida desde él de más de una personas (en el tipo se utiliza siempre el plural "personas" "ejerzan"), que a su vez constituye también el aspecto más claramente transnacional, pues la entrada o salida requieren necesariamente el paso desde otro Estado al chileno o viceversa. Vale la precisión hecha por Mario Garrido para el derogado artículo 367 *bis* del Código Penal, en cuanto a que la entrada o salida del país se refiere a las fronteras terrestres, marítimas o aéreas⁹⁵.

De las nociones entregadas de facilitar y promover resulta que para que el delito se encuentre consumado no se requiere que la persona efectivamente entre al país⁹⁶; o salga de él, y dicha entrada o salida tampoco está descrita como resultado separado de las conductas de facilitar y promover.

En tanto, la caracterización de la entrada o salida como ilegal dependerá para su determinación de los requisitos que disponga el Estado para la entrada al país o salida de él de la persona de que se trate, atendida su nacionalidad y demás circunstancias. Para los efectos de la tipicidad de la conducta es irrelevante que la entrada o salida sean lícitas o ilícitas, en ambos casos la conducta será típica.

3. Elementos subjetivos del tipo

Aparte del dolo respecto de todos los elementos del tipo objetivo, se requiere un elemento subjetivo adicional, que debe probarse. Se trata de una tipificación que requiere una tendencia interna trascendente: la conducta sólo será típica si se actúa "para" (con la finalidad de) que las personas que entran o salen del país "ejerzan la prostitución". Se trata de una tendencia interna trascendente. No se requiere en cambio un objetivo de explotación, que sí es un supuesto (si bien no se emplea el término) del delito de trata de personas del artículo 411 *quater* del Código Penal. Tampoco se dice que deba actuarse en contra de la voluntad de la persona que sale o entra del país. Todo eso es irrelevante para la tipicidad de la conducta.

4. ¿Delito continuado, o de ejecución instantánea de efectos permanentes?

Se trata de un delito de mera actividad, se consuma en cuanto se llevan adelante conductas de promoción o facilitación, sin que se requiera un resultado. Tampoco se crea algún estado ilegítimo. Ahora bien, en los casos en los que las actividades de promoción o facilitación perduren en el tiempo, el delito se estará consumando por todo el tiempo en que estas se estén realizando.

5. Punibilidad de promover o facilitar conductas lícitas

Con lo expuesto hasta ahora no podrá sino notarse que un punto insoslayable en el examen del artículo 411 *ter* del Código Penal es el de la legitimidad, en el sistema de

⁹⁵ Vid. Escobar Jiménez, C. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Estudios del Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 1561.

⁹⁶ Pérez Cepeda, A. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Comares, Granada, 2004, p. 206.

nuestro ordenamiento jurídico, de declarar punible la conducta típica, habida cuenta de que no se requiere en ella que se pretenda ninguna clase de explotación, ni que el traspaso de fronteras sea ilegal ni que se persiga algún ánimo de lucro. La conducta descrita como típica es una que —si prescindieramos del propio artículo 411 *ter* del Código Penal— sería lícita para el ordenamiento jurídico vigente. No encontramos entonces que en este artículo puedan reconocerse el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal, y un análisis a la luz del principio de lesividad presenta también dificultades. No se ve cómo la conducta típica contraría de otro modo el orden jurídico vigente. Siendo así, no resulta comprensible que se prevea para esta conducta un reproche penal análogo (si la pena se considera manifestación de él) al del tráfico de migrantes, en el que el disvalor no está dado sólo por la ilegalidad del traspaso fronterizo, sino sobre todo por el ánimo de lucro, que mercantiliza al ser humano, o en el abuso de las facultades de un empleado público⁹⁷.

En lo objetivo, la conducta es perfectamente lícita, y hasta vista con buenos ojos por los Estados, como regla general: promover o facilitar la entrada o salida del país. El rasgo distintivo de la conducta punible es un requisito subjetivo especial, que ha de recaer sobre los elementos objetivos del tipo: como ha quedado expresado, sólo cabe considerar la aplicación del artículo 411 *ter* del Código Penal si de actúa “para que” las personas que entran o salen del país “ejercen la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”, según los casos. Habida cuenta de que el ejercicio de la prostitución es una actividad lícita, no se vislumbra por qué se castiga penalmente su promoción o favorecimiento cuando ello implique cruzar la frontera nacional.

Ya que no se requiere que se actúe por ningún medio que anule la voluntad de la persona que traspasa la frontera, ni contra ella, vale la pena preguntarse si existe alguna razón jurídica para castigar el favorecimiento o promoción del traspaso de las fronteras nacionales para ejercer la prostitución en el caso en las que las personas que cruzan la frontera hayan decidido libremente hacerlo. En este punto no hay un consenso absoluto en las opiniones en doctrina: existe un grupo que estima que la prostitución debiera erradicarse, como una forma de “evitar la desigualdad y prevenir la violencia de género”⁹⁸. En efecto, en un sistema jurídico que se apoyara en esa postura y prohibiera o incluso criminalizara la prostitución podría tener al menos coherencia dentro del sistema nacional que se previera un tipo penal como el del artículo 411 *ter* del Código Penal chileno. En nuestro sistema jurídico, empero, no se prohíbe la prostitución de personas adultas, nacionales o extranjeras, y respecto de la prostitución de niños la punibilidad de la conducta está prevista ya en el ordenamiento.

Es el trasfondo de la prostitución de adultos como una conducta lícita, la que hace que el artículo 411 *ter* del Código Penal, de cuyo ámbito de aplicación se excluyen los casos de trata, implique una presunción *contra reo* a la que no se encuentra una expli-

⁹⁷ Sobre tráfico de migrantes, vid. Cárdenas, Claudia. El delito de tráfico de migrantes, con especial referencia a la legislación chilena, en Congreso internacional. Homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, tomo IV, pp. 435-465.

⁹⁸ Vid. sobre esta posición, con más antecedentes, Daunis Rodríguez, Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, pp. 24-25. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

cación sistémica dentro del ordenamiento jurídico: se asume la conducta típica como un acto contrario a la libertad sexual de quien se traslada, sin que se deba probarse que hubo engaño, abuso o la falta de una decisión libre⁹⁹. Ya antes de la Ley 20.507 existían voces críticas respecto de la aplicabilidad de la figura base del derogado artículo 367 *bis*, puesto que la voluntad de la persona que cruza la frontera excluiría la antijuridicidad del pretendido atentado a la libertad¹⁰⁰. Establecer por ley que la libertad sexual de personas adultas se ve vulnerada porque alguien facilita o promueve su entrada o salida del país para que se prostituyan (sin que se requiera engaño o abuso) es cuestionable en cuanto, en aras de proteger la libertad, en realidad se está más cerca de restringirla, al prescindir de dar alguna relevancia al consentimiento de los propios titulares de la libertad en cuestión¹⁰¹. Siendo la prostitución una actividad lícita, no se entiende la razón por la cual otras conductas, también lícitas, debieran pasar a a ser punibles por el sólo hecho de estar ligadas a ella.

VI. El tipo penal de asociación para cometer estos delitos (artículo 411 *quinquies* del Código Penal)

El artículo 411 *quinquies* del Código Penal dispone:

*Artículo 411 quinquies.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código*¹⁰².

Este artículo cumple en parte con la obligación de tipificar como delito “[l]a organización o dirección de otras personas para la comisión de” la trata de personas, que adquirió Chile en virtud del artículo 5 párrafo 2 letra c) del Protocolo de Palermo contra la trata de personas.

A continuación se examinará la estructura de este delito conforme a su tipificación en el Código Penal chileno.

⁹⁹ Cfr. Daunis Rodríguez, Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, pp. 27-28. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012.

¹⁰⁰ Así, a saber, Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. Parte especial, 2da edición, 2004, p. 208: “entendido que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual y que este es disponible, la voluntariedad del traslado excluiría la antijuridicidad de la conducta”.

¹⁰¹ Cfr. en esta línea, con más antecedentes sobre la discusión que en España ha ocasionado el artículo 188.1 del Código penal, referido a supuestos de proxenetismo (que no es la conducta punible en el caso chileno). Daunis Rodríguez, Alberto, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret 1/2010, pp. 19-24. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/693.pdf>, consultada el 25 de diciembre de 2012. Coincide en la irrelevancia del consentimiento de los involucrados para los efectos de la tipicidad, con más antecedentes de doctrina y resoluciones judiciales nacionales, Aguilar Aranela, Cristian. Delitos sexuales, 2da edición 2012, Editorial Metropolitana, p. 194.

¹⁰² Ley N° 20.507, artículo primero N° 4, publicada en el Diario Oficial el 08 de abril de 2011.

1. Elementos objetivos de la asociación para cometer tráfico de migrantes o tráfico de personas

A) Sujeto activo del artículo 411 *quinquies* del Código Penal

El sujeto activo puede ser cualquier persona, no se requiere de ninguna característica particular. Se trata sí de un delito de concurrencia necesaria, en el que necesariamente debe haber más de un sujeto activo, pues las conductas de asociarse u organizarse requieren necesariamente de una pluralidad de personas.

B) Verbos rectores del artículo 411 *quinquies* del Código Penal

Se trata de un delito en el que se mencionan dos verbos, con lo que aparentemente es de hipótesis múltiple. Sin embargo, la referencia a los artículos 292 y siguientes del Código Penal (que emplea las palabras “asociación” y “organizarse” para describir la conducta punible hace que en nuestro derecho interno se interpreten estos verbos como sinónimos. Ambas conductas estarían referidas a integrarse a agrupaciones de personas con ciertas características o formarlas.

La conducta de asociarse implica una pluralidad de personas que se interrelacionan mediante una estructura organizativa que goce de una cierta estabilidad¹⁰³. Sin los requisitos de una estructura y pervivencia en el tiempo, se haría difícil distinguir los supuestos de aplicación de este artículo de los de mera coautoría¹⁰⁴ o de actos preparatorios de conspiración¹⁰⁵, que requieren concierto. Además, la voz “asociación”, en el sentido técnico-penal que se le suele dar para los efectos de la asociación ilícita, no comprende a grupos de personas que sólo existen respecto de episodios determinados, como a las meras reuniones de personas¹⁰⁶.

Organizarse ha de entenderse como integrarse a una organización preexistente o formar una. Para que ésta exista se requeriría de estructuras que posibiliten delimitar al grupo respecto del entorno más allá de una situación concreta, coordinar sus actua-

¹⁰³ También ha sido la forma tradicional de entender la asociación criminal en España, vid. Villacampa Estiarte, Carolina, *Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal*, InDret 1/2012, www.indret.com, consultada el 25 de diciembre de 2012, p. 22.

¹⁰⁴ Tribunal Supremo español, sentencias de 3 de mayo de 2001 y de 18 de octubre de 1998, citado en Bustos Ramírez, J. *Obras Completas Juan Bustos Ramírez. Derecho Penal Parte Especial, tomo III*, segunda edición. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, p. 520. más referencias en Escobar Jiménez, C. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, en Ministerio de Justicia, Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid, 2004, p. 1595.

¹⁰⁵ Respecto de estos últimos cabe tener presente que en la moción parlamentaria que dio origen a la Ley N° 20.507 se señala que se sancionará especialmente la conspiración, lo que en definitiva no ocurre, al menos bajo esa denominación. En el Informe de la Comisión Familia, la subsecretaría (s) del Ministerio de Justicia señaló que “la sanción a la conspiración quedaría cubierta por la figura de la asociación ilícita contemplada en el proyecto”. Vid. el documento “Historia de la ley”, pp. 14 y 62, respectivamente, accesible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20507&anio=2012, consultado el 25 de diciembre de 2012.

¹⁰⁶ *Ibidem*. Vid. también a saber, Sánchez Lázaro, Fernando. El nuevo delito de tráfico ilegal de personas, en Lorenzo Copello, Patricia (coord.), *Inmigración y derecho penal*. Tirant lo Blanch, 2002, p. 343; Escobar Jiménez, C. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, en Ministerio de Justicia, Estudios del Ministerio Fiscal, Madrid, 2004, p. 1595.

ciones hacia un fin específico y poder adscribir las a la organización¹⁰⁷. Esta forma de comprender el término “organización” coincide con la definición de “grupo delictivo organizado” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (artículo 2 letras a) y c)). El artículo 2 letra a) define “grupo delictivo organizado” como “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”.

Puede existir una fungibilidad de los miembros ejecutores de la organización, pero no es necesaria. De hecho, en el último tiempo se ha detectado que las organizaciones han ido variando desde una línea vertical de mando a estructuras integradas horizontalmente, en las que varios “expertos” se asocian (el que falsifica los documentos, el que transporta, el que capta, etc.).

2. Elementos subjetivos de la asociación para cometer tráfico de migrantes o tráfico de personas

El delito requiere dolo respecto de los elementos objetivos del tipo, además de un requisito subjetivo adicional, una tendencia interna trascendente, cual es “el objeto de cometer alguno de los delitos” del párrafo correspondiente del Código Penal. Existiendo esta finalidad, nada obsta a que existan además otras.

3. ¿Delito continuado, o de ejecución instantánea de efectos permanentes?

Las conductas de asociarse y organizarse requieren necesariamente de una cierta permanencia en el tiempo. Es así que el delito se consuma permanentemente, por todo el tiempo en que la persona imputada permanece asociada u organizada con miras a cometer los delitos del título.

VIII. Reflexiones finales

La relación entre trata y pobreza es innegable. Las personas son vulnerables a la trata porque no ven otra forma de cubrir sus necesidades básicas o no tienen redes de apoyo que les permitan salir de ella¹⁰⁸. Teniendo presente el drama humano que eso implica es como mejor puede comprenderse la importancia de ser estrictos en la interpretación del delito de trata de personas, a fin de no vulnerar aquello que se pretende proteger. Parece relevante entender que no es labor del derecho penal determinar aquello que es razonable que las personas decidan¹⁰⁹, sino solamente resguardar que no se den supuestos que impidan decidir libremente, entendiéndose que

¹⁰⁷ Cfr., sobre el término organización, si bien utilizado en un contexto penal distinto, Werle, Gerhard y Burghardt, Boris. Erfordern Menschlichkeitsverbrechen die Beteiligung eines Staates oder einer „staatsähnlichen“ Organisation? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsgematik 6/2012, pp. 60-61.

¹⁰⁸ Cfr. Dreixler, Markus. Der Mensch als Ware. Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht, Peter Lang, 1998, p. 253.

¹⁰⁹ Vid., en el mismo sentido y con más antecedentes, Dreixler, Markus. Der Mensch als Ware. Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht, Peter Lang, 1998, p. 266 y s.

en derecho una decisión puede perfectamente considerarse libre aunque no coincida con nuestras preferencias más íntimas, con aquello que a las personas les gustaría realizar en circunstancias óptimas. Si se interpreta estas disposiciones determinando la incapacidad de las personas de decidir en los casos en los que no se constata una voluntad jurídicamente viciada, se toma una opción que contraría a la autodeterminación y a la dignidad humanas, que son los principales bienes a proteger por los delitos de tráfico de migrantes y de trata de personas.

VI. Algunos comentarios sobre el concepto de "terrorismo" de la Ley 18.314

MYRNA VILLEGAS DÍAZ
UNIVERSIDAD CENTRAL

Tipo de informe y descripción del objeto: análisis e interpretación del concepto de terrorismo en la Ley 18.314 y sus elementos aplicados al caso concreto.

Requerimiento de la defensa: La realización de un Informe en derecho sobre los fundamentos del voto disidente en el fallo dictado por el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de 15 de agosto de 2012 v/s L. P. S., específicamente en lo que respecta a la calificación de la conducta como terrorista.

Metodología:

Tipo de investigación: teórica, documental, descriptiva y aplicada.

Se examinan conceptos jurídico penales, a partir de textos jurídicos especializados nacionales e internacionales, así como jurisprudencia nacional, a fin de sostener la no calificación terrorista de las conductas desplegadas por el condenado contra argumentando el voto disidente.

Método de investigación: deductivo, dogmático y sistemático.

Se va desde lo general (concepto de terrorismo) a lo particular (subsunción del concepto de terrorismo en el caso en cuestión), identificando características, requisitos y núcleos problemáticos, en una interpretación armónica del ordenamiento jurídico nacional e internacional así como jurisprudencia nacional y comparada.

Abstract:

El voto disidente, a diferencia del voto de mayoría, incurre en una serie de interpretaciones erróneas sobre el o los conceptos de terrorismo en la doctrina y la naturaleza de los bienes jurídicos que protege. Se aprecia una mezcla de ideas dispares sobre los elementos del concepto de terrorismo, omitiendo algunos elementos básicos que algunos de los autores que cita, entre ellos, esta informante, que son copulativos en un concepto de terrorismo y no alternativos. Realiza asimismo y sobre la base de esta mezcla de ideas, una valoración de la prueba

que pudiera entrar en conflicto con el principio de congruencia toda vez que pretende dar por acreditados elementos del concepto de terrorismo sobre la base de hechos no probados por el tribunal.

Sumario: I. Del concepto de terrorismo, II. Concepto de terrorismo en la legislación chilena. Del concepto constitucional y legal del terrorismo. III. Reformas a la Ley 18.314, IV. Análisis de los fundamentos del voto disidente, V. Conclusiones.

I. Del concepto de terrorismo

A) concepciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales

Si bien no existe un aunamiento de criterios en doctrina y legislaciones, parece existir un relativo consenso en cuanto a que el terrorismo es un atentado contra la democracia, desde que viola de manera masiva y sistemática derechos humanos fundamentales. A este consenso se ha llegado después de una larga discusión (y todavía pendiente) entre quienes consideran que el terrorismo se puede definir desde perspectivas objetivas y quienes estiman que debe añadirse elementos subjetivos¹.

a.1) Las discrepancias doctrinarias y las posturas que priman en doctrina, jurisprudencia y legislación

Así, desde la perspectiva objetiva, lo que prima es la modalidad de acción empleada para cometer el delito, especialmente la utilización de medios dañosos y de gran poder destructivo. La dimensión material del terrorismo vendría entonces determinada por los medios empleados por los agentes para cometer los actos. En este sentido, y precursor de este concepto Quintano Ripollés entiende el terrorismo como “la violencia ejercida por procedimientos de riesgo general, singularmente por los de empleo de explosivos, que entrañan un riesgo o resultado lesivo para la comunidad social”².

En similar sentido Ramacciotti³: “el terrorismo no debe tipificarse en función de la ideología, causas, grupos u objetivos que puedan motivarlo sino por la naturaleza de la actividad en sí, en función de los hechos o resultados”.

Este criterio fue adoptado en España con la LO 8/1985 de 26 de diciembre, actualmente derogada, y algo similar ocurrió en la primitiva Ley 18.314 en Chile, en la que sin hacer alusión a finalidad, el legislador tipificó el terrorismo de manera objetiva acudiendo a un verdadero catálogo de delitos en los que se advertían los medios dañosos como nota distintiva del terrorismo. El problema de esta clase de definiciones es que al excluir cualquier consideración subjetiva relativa al ánimo o finalidad en el agente (sea que ella revista el carácter de elemento subjetivo de tendencia trascendente o de tendencia

¹ Ampliamente Villegas, M. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo de Chile y España” Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2002; Volumen II, cap. VI. Disponible en www.cybertesis.cl.

² QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo IV, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1967. p. 25.

³ “El terrorismo como crimen internacional” en “Cursos de Derecho Internacional XX-XXI, años 1993-1994”, Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 1996.

intensificada), implica el peligro inminente de poder utilizar la legislación antiterrorista, para castigar otro tipo de actos que no poseen ese carácter.

Desde la perspectiva subjetiva, encontramos desde concepciones que acentúan el terror como finalidad o como consecuencia de la conducta, pasando por concepciones que acentúan el resultado de alarma pública producido por la conducta, hasta concepciones que acentúan la finalidad política, siendo estas últimas las que han generado consenso en la legislación comparada.

Las primeras, esto es aquellas que acentúan el terror como finalidad o consecuencia de la conducta delictiva, se corresponden con las definiciones clásicas de terrorismo: "dominación por el terror, sucesión de actos de violencia para infundir terror" (Diccionario RAE), o bien, un "acto criminal perpetrado por el terror, la violencia o una gran intimidación con miras a la consecución de un fin determinado"⁴. Estos conceptos no resultan deseables para una adecuada tipificación acorde con los principios del estado democrático de derecho por cuanto mezclan el elemento psicológico, el terror, la intimidación, que son consecuencia de la conducta delictiva, con la violencia empleada, esto es la forma de realizar la conducta⁵.

En relación a las concepciones que acentúan el resultado de alarma pública producido por la conducta, encontramos la clásica definición de Jiménez de Asúa⁶, para quien el terrorismo "no constituye un grupo delictivo, o clase de infracciones, como los delitos *políticos, anarquistas y sociales*, que se distinguen por su índole *evolutiva*, frente al "atavismo" del delito común". Sino que "es más bien un crimen, o serie de crímenes que se tipifican por la *alarma que producen*, ordinariamente motivada por los medios de estrago que suele usar el terrorista". De acuerdo a su concepción, el terrorismo tendría como elementos centrales: los medios empleados capaces de causar grandes estragos, las víctimas y el fin inmediato de provocar la alarma o intimidación pública⁷.

La doctrina, y entre ellas un sector de la chilena⁸, han criticado estas concepciones entendiendo que la alarma o terror, ese resultado de pánico en la población o sector de ella, se produciría más bien a consecuencia del terrorismo entendido como fenómeno social y no como concepto jurídico. Por lo demás esta clase de resultados no son privativos de la delincuencia terrorista, y en ocasiones son fomentados a través de la violencia simbólica que ejercen los mass media.

⁴ SOTTILE, A. «Le terrorisme international», en *Récueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 65, 1938, p. 96. Véase su concepción desde las ciencias sociales, en Cap. II, IV, 3. Alcances de la expresión "terrorismo".

⁵ LAMARCA, C. *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p. 36, DEL BARRIO y LEÓN REYES. *Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos*. Programa de Derechos Humanos, AHC, Santiago de Chile 1990, p. 166.

⁶ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 1158 y T.III, p.237, 4ª ed.; Edit. Losada, Buenos Aires, 1964.

⁷ Así también, CARRILLO SALCEDO: "las actividades terroristas consisten en la utilización sistemática del asesinato y la destrucción, así como la amenaza de recurrir, para aterrorizar a individuos, grupos, comunidades o gobiernos y forzarles a hacer concesiones en favor de los objetivos terroristas". CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'académie", en *Les aspects juridiques du terrorisme international*, Académie de Droit International de La Haye, 1988, pp. 19- 53, esp. p. 21.

⁸ DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.167 que siguen en este punto a Carmen LAMARCA.

En relación a las concepciones que acentúan la finalidad política, se entiende en general que el terrorismo es “toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común” (Arroyo Zapatero), o “la violencia organizada con fines políticos” (Lamarca). La doctrina mayoritaria coincide en que sus elementos son:

Primero, el hecho de que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia mediante conductas que en sí mismas constituyen delito;

Segundo, a lo anterior suele agregarse el elemento relativo a la alarma o terror que producen los actos. En opinión de la doctrina mayoritaria, carece de utilidad en un concepto jurídico, dado que no es posible determinar objetivamente su dimensión o grado. La alarma debe vincularse más bien al fenómeno en sí que a una tipificación penal concreta.

Tercero, el terrorismo es un delito de finalidad política, finalidad que viene a ser en definitiva la característica que le diferencia de otras conductas que pueden producir alarma o terror. Esta finalidad política es la de alterar el régimen constitucional del Estado democrático, cuestión que le distingue de sus análogos in stricto sensu, los delitos políticos.

A favor también de esta postura se manifiestan Terradillos Basoco⁹, Serrano Piedecasas¹⁰, García Arán, Ferré Olivé, Hormazábal Malaree y López Garrido¹¹, F.J. Álvarez y M.A. Cobos.; Bueno Arús, F.¹²

La legislación española vigente sobre delitos de terrorismo, contenida en el Código Penal de 1995 y sus sucesivas modificaciones, entiende que los delitos de terrorismo son aquellos que cometen individuos que integrados en organizaciones terroristas, y con la finalidad de alterar el orden constitucional (Arts. 571 y ss. CP). Camino similar es el de los italianos, para quienes, “el terrorismo es una acción llevada a cabo como parte de un método de acción de la lucha política...” (Pontara). “Una acción violenta con fin político” (Bonanate)¹³.

En Chile, el concepto de terrorismo propuesto por Domínguez Vial¹⁴, aún cuando es un concepto sociológico, parece alinearse en gran parte a la postura doctrinaria *in comento*. Define al terrorismo como “la acción cruel y despiadada de una persona, un grupo o un Estado, desarrollada mediante la agresión directa o indirecta sobre los derechos inherentes a la dignidad humana, *al Estado de Derecho fundado en ellos y al régimen*

⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Edit. Tecnos, Madrid, 1988.

¹⁰ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*. Editorial PPU, Barcelona, 1988.

¹¹ GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVÉ, ET. AL., “Contra la Impunidad”, Dictamen auspiciado por Federación de Juristas progresistas sobre la persecución por tribunales españoles de los crímenes contra la Humanidad cometidos por las dictaduras chilena y argentina”, octubre de 1988.

¹² BUENO ARÚS, Francisco. “Principios generales de la legislación antiterrorista”, en *Rev. de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Monográfico N° 11, 1986, pp.135-145.

¹³ Citados por LAMARCA, 1985.

¹⁴ DOMÍNGUEZ VIAL, Andrés. “Terrorismo y Derechos Humanos”, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, junio de 1990.

democrático coherente con los principios y normas propias al derecho a la libre determinación del pueblo, a través de actos atroces capaces de producir terror, para imponer a grupos o a toda la sociedad, el sometimiento a las ideas o los propósitos utilitarios de quien es su autor". Cabe destacar, el acierto de la tesis de Domínguez Vial en cuanto vincula el terrorismo con los derechos humanos, criterio que resulta ser adecuado para efectuar la valoración del bien jurídico que se pretende proteger. Así también, Del Barrio y León Reyes para quienes el terrorismo puede definirse como: "Los actos de violencia armada contra la vida, la salud y la libertad de las personas que, ejecutados de un modo sistemático y planificado, tienden a crear una situación de inseguridad y de peligro colectivo, para alterar el orden constitucional o la organización jurídica del sistema democrático"¹⁵. Así también Villegas¹⁶ quien entrega algunos elementos para elaborar un concepto jurídico de terrorismo:

- Ser un delito común de aquellos que lesionan o ponen en peligro concreto la vida, la integridad física, la libertad o la salud de las personas.
- Ser cometido con la finalidad de "alterar" el ordenamiento constitucional democrático, entendiendo por tal el propósito de destruir los fundamentos del Estado democrático.
- Ser cometido por sujetos pertenecientes o integrantes de una organización criminal, una asociación ilícita.
- La conducta debe ser violenta para que pueda destacarse su carácter atentatorio contra los derechos humanos. En este sentido se atiende a los medios empleados y al resultado producido. Con la conducta debe perseguirse además la finalidad provisoria de causar temor a toda la población o a un sector de ella de verse expuesta al mismo daño. Se trata de intimidar a la población para conseguir la alteración del ordenamiento constitucional democrático, independientemente de que esta finalidad última o propósito efectivamente se alcance.

La jurisprudencia chilena, tratándose del delito de apología del terrorismo acogió en 1988 este criterio como principal: "*terrorismo son todos aquellos actos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas, de destrucción o interrupción de los servicios públicos, o de destrucción o apropiación del patrimonio que verificados sistemáticamente, tiendan a provocar una situación de terror que altere la seguridad o el orden público, con fines políticos*" (SCA de Stgo. de 13 de mayo de 1988, *Caso Almeyda*). Más tarde ha optado por reconocer en el terrorismo una finalidad político social.

Se ha dicho antes que esta clase de concepciones que adoptan la finalidad política, son las que mayor consenso han generado en la doctrina y legislación comparada, especialmente a nivel europeo. Cabe precisar, empero que, tal como lo explicita Lamarca, que el *reconocer relevancia a la finalidad política ideológica no dificulta la comprensión de los tipos penales ni tampoco obliga a aplicar el tratamiento benigno propio de la delincuencia política*, esto es, no conduce a una atenuación de las penas ni a un tra-

¹⁵ DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 208.

¹⁶ VILLEGAS, M. Terrorismo: un problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la legislación comparada. Especial referencia a los delitos de terrorismo de Chile y España" Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, España, 2002; Volumen II, cap. VI, pp.705-706.

tamiento procesal más benigno¹⁷. *Aquí no se están sancionando ideas*, sino que actos que atentan contra la convivencia democrática, que afectan a la sociedad en su conjunto, actos que se materializan en la comisión de delitos comunes que en su realización provocan un daño indiscriminado.

Lo que se sanciona es un delito común que forma parte de la táctica de una organización, y cuya estrategia consiste en atentar contra derechos humanos fundamentales, para obligar a la comunidad a adscribir a una determinada idea política sobre la base del temor. Por el contrario, el no reconocer relevancia política al terrorismo, y crear tipos penales solo sobre la base de los medios especialmente dañosos empleados y la finalidad de causar temor, terror, o alarma pública conlleva el peligro de extender la punibilidad hacia otras formas de violencia, distintas del terrorismo, suponiendo además una infracción al principio de lesividad, que hace radicar el fundamento de los delitos en la exclusiva protección de bienes jurídicos. En los delitos de terrorismo este bien jurídico tiene una naturaleza colectiva: el ordenamiento constitucional democrático.

Pero cabe precisar aún más, la violencia política, género al cual pertenece el terrorismo, se caracteriza en esencia por la presencia de un elemento ideológico normativo determinado por una ley histórica, y por tener una intencionalidad estratégica. Si estos elementos faltan, entonces la violencia que pretende destruir el sistema económico y social imperante es una *violencia social*¹⁸. La distinción entre violencia política y violencia social, permite *excluir de la calificación de delitos de terrorismo a actos de violencia individual o espontánea que no importa un riesgo grave de socavación a las bases del Estado democrático*¹⁹. En otras palabras, es esta intencionalidad estratégica que se dirige hacia la consecución de una finalidad política, y que se manifiesta a través de la existencia de una organización terrorista, la que permite distinguir la delincuencia terrorista de la delincuencia común. Esto no implica, empero, reconocer en el campo criminológico que el terrorismo pertenezca a la categoría de crimen organizado, y que su tratamiento jurídico deba obedecer a las directivas político criminales del mismo, porque la finalidad en el terrorismo es *política*. Y no implica reconocer que sea el criterio de la “desestabilización del sistema” el que deba ser el que nos guíe para aproximarnos al concepto jurídico de terrorismo. Ningún grupo armado tiene la capacidad de poner en peligro la estabilidad del sistema²⁰.

a.2) Los tratados internacionales

Finalmente la identificación de la finalidad política en el autor de delitos de terrorismo ha sido reconocida mayoritariamente en los tratados internacionales y otros instrumentos similares sobre terrorismo.

Así, la Convención Interamericana contra el terrorismo (OEA, 2002), ratificada por Chile mediante Decreto N° 263, Ministerio de Relaciones Exteriores (10 de febrero de 2005),

¹⁷ LAMARCA, C. 1985, p. 164.

¹⁸ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación. Editorial PPU, Barcelona, 1988. Le sigue VILLEGAS, 2002, cap. II.

¹⁹ Así LAMARCA, C. 1985, pp. 80 y 90; BONANATE y otros. *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, F. Angeli, Milano, 1979, p.129.; SERRANO PIEDECASAS, 1988, p.147.

²⁰ VILLEGAS, M. 2002, Cap. II y VI.

señala en su preámbulo que "el terrorismo constituye una grave amenaza para los valores democráticos y para la paz y la seguridad internacionales".

La Resolución 1373 de Naciones Unidas, ratificada por Chile mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores, N° 488 (13 Nov. de 2001), señala que "esos actos (los de 11 Sept. de 2001), al igual que todo acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales".

El convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, instrumento ratificado por Chile a través de Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 519 (6 de feb.2002), considera en su preámbulo la Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, de la Asamblea General de ONU, de 9 de diciembre de 1994, declaración que indica que: "los Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirman solemnemente que condenan en términos inequívocos todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos criminales e injustificables, dondequiera y quienquiera los cometa, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y los pueblos y amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados".

La Decisión Marco del Consejo de Europa sobre la lucha contra el terrorismo 30 de noviembre de 2001 señala que los delitos de terrorismo se cometen con "el fin de intimidarles (a países, instituciones o ciudadanos) y de alterar gravemente o destruir las estructuras políticas, económicas, medioambientales o sociales de un país".

a.3) La identificación de los bienes jurídicos: el atentado a derechos humanos fundamentales y su concreción en el orden constitucional del estado democrático de derecho

En el apartado anterior se ha dilucidado la discusión doctrinaria para comprender que el terrorismo tiene una finalidad política en el sentido de bregar por la destrucción del sistema democrático, mediante una estrategia de ataque masivo a derechos humanos fundamentales. Esta idea se encuentra presente en los tratados internacionales sobre terrorismo, entre ellos la Convención Interamericana contra el terrorismo (CICTE), en cuyo preámbulo declara que "el terrorismo es una grave amenaza para los valores democráticos y para la paz y la seguridad internacionales y es causa de profunda preocupación para los Estados", interpretándose ésta como una alusión directa a los derechos humanos en cuanto pilar de los Estados democráticos.

Así también el convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, que opta por condenar "en términos inequívocos todos los actos, métodos y prácticas terroristas *por considerarlos criminales e injustificables*, dondequiera y quienquiera los cometa".

En la doctrina que intenta conceptualizar el terrorismo encontramos las posturas de Del Barrio y León Reyna²¹, quienes estiman que "terrorismo es la violación organizada y sistemática de derechos humanos fundamentales, la vida, la integridad física y psíquica y

²¹ DEL BARRIO REYNA, A. - LEÓN REYES, J.; "Terrorismo, ley antiterrorista y derechos humanos". Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile. 1990.

la libertad personal”²². José Zalaquett²³ precisa que si el terrorismo es concebido como “violación masiva y sistemática de derechos humanos fundamentales”, dicho concepto solo corresponde aplicarla a agentes del estado.

En esta idea, es importante rescatar la última consideración en el sentido de que si la finalidad de los terroristas es quebrar el orden institucional en una democracia material, necesariamente ha de constituirse como una estrategia predominante o “método tendencialmente exclusivo”²⁴, un “método o teoría metodológica mediante la cual una organización o partido político intenta conseguir sus objetivos, recurriendo de modo preferente a la violencia”²⁵. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español el que indica que el terrorismo es “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, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido” (STS 2/1997 de 29-11-97)²⁶.

Esto significa entonces que el terrorismo requiere de una organización para llevarse a cabo, pues es la organización la que cualifica la violencia. En este sentido se discrepa de quienes sostienen la posibilidad de existencia de un terrorismo individual²⁷, tanto en lo sociológico como en lo sustantivo penal.

Por esto es que, Zalaquett tiene razón en cuanto será los agentes estatales los que mayores posibilidades tengan de materializar una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, mas ello no obsta a que si una organización insurgente (por contraposición a organización estatal) llega a configurarse, como señalan Patalano y Berner, en un “microestado, o un “Estado dentro del Estado”²⁸, pueda entonces caber bajo el rótulo de terrorismo en la medida que así constituida pudiera diseñar e implementar una estrategia como la descrita.

Es la misma idea que sostiene en Chile, Domínguez Vial: “En una democracia, el terrorismo es el asalto al poder del Estado desde el poder alternativo del grupo que ejerce el terror... amenaza indiscriminadamente a toda la población...trata de doblegar las

²² DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.126.

²³ ZALAUQUETT, J. “Conceptualización del terrorismo desde un punto de vista normativo”, en Varas, A. Jaque a la democracia, Orden Internacional y Violencia política en América Latina, edit. Gel, Buenos Aires, 1990, pp. 91- 123.

²⁴ Recordamos la expresión de Fernando REINARES. “Características y formas del terrorismo político en las sociedades industriales avanzadas”, en RIS, núm. 5, mayo-agosto, 1993, pp.35-67, esp. pp.42 y 47. Supra Capítulo II, IV.- El terrorismo, 1.- Un intento de caracterización.

²⁵ HARDMAN, J. *Encyclopedia of Social Science*, 1937, p.575.

²⁶ En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley), de las STC 199/1987, 89/1993 y 71/1994, STS. Sala de lo Penal de 4-11/1992, 14-12/1993, 26-01/1994 y 16-05/1995

²⁷ VILLEGAS, M. 2002, cap. VI. También de la misma autora, *Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal*, en Revista Política Criminal N°2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl.

²⁸ BERNER, “Die Lehre der Teilnahme an Verbrechen und die Controverse über dolus und culpa”, Berlín, 1847, p.486. PATALANO, V. *L'associazione per delinquere*, Ed. Jovene, Napoli, 1971, pp.152 y ss. Ambos, cits. por LAMARCA, C. 1985, p.92, nota 254.

instituciones públicas creadas por la soberanía popular... y por ello puede sostenerse que el grupo terrorista, por pequeño que sea se ha erigido en Estado...". La organización viola los derechos humanos "no por su condición de asociación privada, sino por el ejercicio de la soberanía usurpada"²⁹.

Esta idea es la que recoge la Constitución Política en su Art. 9 cuando declara que "el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos".

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos, y siguiendo esta idea, parece haber consenso en las legislaciones internacionales y la doctrina penal de las democracias occidentales que siendo el terrorismo un atentado sistemático contra derechos humanos fundamentales, las legislaciones antiterroristas no protegen simplemente bienes jurídicos individuales, sino ante todo un bien jurídico colectivo. La identificación de este o estos bienes jurídicos en uno u otro sentido se ve marcada por las discrepancias doctrinarias sobre su concepto. Así, para los objetivistas que creen que el terrorismo se define jurídicamente solo por la naturaleza de los medios empleados, los bienes jurídicos protegidos son solo individuales (vida, libertad, integridad, salud, etc.). Para quienes estiman que el terrorismo se define por la presencia de elementos subjetivos en el tipo penal, hay un bien jurídico colectivo (orden constitucional, seguridad pública) y bienes jurídicos individuales.

Considerando que el terrorismo ataca a uno de los pilares de las democracias, los derechos humanos, y a objeto de presentar un bien jurídico determinable u objetivable penalmente (en respeto al principio de legalidad y lesividad) el bien jurídico colectivo se identifica con el orden constitucional democrático³⁰. También lo ha manifestado así la jurisprudencia en nuestro país³¹. Los bienes jurídicos individuales son simplemente *el vehículo* para atentar contra ese bien jurídico colectivo, bajo la forma de lesión o puesta en peligro. De ahí que *los tipos penales de terrorismo deban construirse e interpretarse en relación con el bien jurídico colectivo*, mediante redacciones que signifiquen que los bienes jurídicos individuales son la forma a través de la cual se pone *en peligro concreto* la forma a través de la cual los ciudadanos han decidido expresarse (mecanismos de participación democrática)³².

²⁹ DOMÍNGUEZ VIAL, A. *El Poder y los derechos humanos*, Edit. Terranova, Stgo., Chile, 1988, pp. 56-57.

³⁰ Por todos, LAMARCA, 1985. VILLEGAS, 2002, LLOBET ANGLÍ, Maiona. *Terrorismo y guerra contra el terror: límites de su punición en un Estado democrático*. Tesis doctoral Univ. Pompeu Fabra, 2008.

³¹ "Que los miembros que componen la cúpula directiva de la organización delictual de carácter terrorista denominada Frente Patriótico Manuel Rodríguez, asociación que persigue como fin último, alterar el orden constitucional y asumir el poder total de la República por la vía armada, y que como medio para conseguir el fin indicado, lleva a cabo diferentes conductas atentatorias contra la seguridad pública, precisamente para estos efectos procedió a concebir, planificar, y ejecutar el alevoso asesinato del destacado hombre público, honorable senador de la República, Jaime Guzmán Errázuriz. Con la acción en referencia esta organización terrorista ha tratado de sembrar el caos y amedrentar a las autoridades legítimamente establecidas...". S. de primera instancia, 27-01-1994, Rol 39.800-91 c/ M. H., R. P. S. y otros. Confirmada por Sentencia Corte de Apelaciones de Stgo. de 15-04-1994.

³² En este sentido, LAMARCA PÉREZ en España. VILLEGAS DÍAZ en Chile.

a.4) La importancia del elemento estructural en la construcción de los tipos penales de terrorismo

Se ha dicho antes que es la organización terrorista la que cualifica la violencia, desde que se erige en una especie de microestado dentro del Estado.

En nuestra legislación, “la organización” está ausente en los tipos penales de terrorismo y solo aparece como un delito específico de asociación ilícita terrorista (Art. 2 N°5 Ley 18.314). En otras legislaciones, vr.gr. la española, no solo se encuentra recogida en un tipo penal específico de pertenencia a una organización terrorista (Art. 571 CP) sino que forma parte de lo injusto penal en los delitos de terrorismo (Arts. 572 y ss. CP), salvo la excepción del Art. 577 del CP que considera como tales ciertos actos al margen de organizaciones. En este punto el CP español de 1995 en un principio consideraba como elementos integrantes de los tipos penales a las “bandas armadas” y “organizaciones terroristas”, siendo el primer concepto más restrictivo que el segundo. La última reforma (2010) amplía el elemento estructural eliminando las bandas armadas, manteniendo la “organización terrorista” y contemplando el “grupo terrorista”, reforma que ha suscitado severas críticas por parte de la mayoría de los autores. Entre ellos Cancio Meliá quien ha indicado que “esta regulación desconoce la realidad de las organizaciones terroristas, en la que no hay nada parecido a una ‘militancia pasiva’, e introduce un nuevo injustificado tratamiento especial del delito de pertenencia a una organización terrorista frente a la modalidad común”³³.

La consideración en lo injusto de la organización, unida al elemento subjetivo relativo a la finalidad política, permite distinguir claramente las conductas de terrorismo de:

- a) Las conductas de violencia social, o violencia espontánea no organizada con finalidad política, como por ejemplo, piquetes de huelga de trabajadores, grupos de autodefensa estudiantil y en general las de violencia callejera, e incluso conductas de “individuos solitarios”. Todas ellas pueden llegar a tener trascendencia penal, como ocurrirá cuando la conducta pueda encuadrarse, por ejemplo, dentro de los delitos de desórdenes públicos, o atentados a la autoridad, o tenerla en menor grado o no tenerla, como ocurrirá cuando ellas no alcancen a las exigencias de ciertos tipos penales, y se trate ya de faltas o de conductas atípicas.
- b) Las manifestaciones de mera disidencia política que incluso situadas al margen de las reglas institucionales de participación, no comportan reacción penal si no pierden su carácter pacífico. Por ejemplo, manifestaciones en ejercicio del derecho a reunión en las que se divulgan ciertas ideas.
- c) Las conductas que son manifestación de la simple violencia organizada que no persigue fines políticos o no alcanza resultados políticos, tales como las asociaciones ilícitas comunes.

La necesaria integración de la organización en lo injusto penal ha sido aceptada por gran parte de la doctrina tanto española como chilena y también en la doctrina com-

³³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Delitos de terrorismo. En *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Fco. Javier Álvarez García y J.L. González Cussac, Directores, Capítulo 61, Tirant Lo Blanch, 2010.

parada³⁴. En las legislaciones, con mayor claridad se advierte en el CP español y en la *Terrorism Act* en Gran Bretaña. La jurisprudencia española incluso después de la entrada en vigencia del CP 1995, que tipificaba una figura conocida coloquialmente como "terrorismo individual" y que consiste en desplegar las mismas conductas pero al margen de una organización terrorista, siguió la tendencia a sancionar a título de terrorismo cuando el sujeto se hallare vinculado a una organización terrorista hasta más o menos el año 2000, en que la Audiencia Nacional comenzó a aplicar el terrorismo individual a los actos de violencia callejera. La jurisprudencia chilena a partir de 1992 comienza a valorar la organización como requisito indispensable en la definición formal de terrorismo³⁵.

II. Concepto de terrorismo en la legislación chilena. Del concepto constitucional y legal del terrorismo

La Ley 18.314 fue creada bajo el régimen militar (1984) con el claro objeto de reprimir a la disidencia política. Formalmente obedece al mando constitucional del Art. 9 de la Constitución Política de la República que junto con señalar que "el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos", ordena que sea una ley de quórum calificado la que fije las conductas terroristas y su penalidad. Posteriormente esta ley fue reformada en democracia (Ley 19.9237 de 1991) introduciendo elementos subjetivos en los tipos penales relativos a la finalidad terrorista para privarla de su extremo objetivismo y adecuarla al nuevo escenario político.

La ley antiterrorista reformada por la incipiente democracia consideró al terrorismo como un método de acción criminal, al que cualquiera pudiera recurrir, rechazando la idea de que sus autores pudieran estar inspirados por finalidades políticas que dijeran relación con un terrorismo concebido como atentado contra los derechos humanos entendiendo que estos forman parte de las bases del estado democrático. Esto sucede así³⁶ por una razón de Estado más que jurídica, y es que las "conductas terroristas" no podían ser confundidas con las "conductas atentatorias contra la seguridad del Estado"

³⁴ En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; la misma, "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común", en *ADPCP*, núm. 42, sept-dic. 1989, pp.957-988. esp.pp. 960 y ss.; *Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)*, *ADPCP*, 1993, pp.535-559.1993, esp. pp. 536-537; MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1987, pp.32 y ss.; DE PRADA SOLAESA, "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995", en *JpD* n° 25, marzo de 1996, pp. 73-77. esp. p.74, GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS. *Contra la Impunidad*, ob.cit.,1998, p. 55. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 206, GUTIÉRREZ SAHAMOD, *La política del Estado frente al terrorismo: La legislación antiterrorista y sus modificaciones*. Cuad. del CED n°14, Octubre 1991, Santiago, Chile, 1991, p.2. En la doctrina comparada, BONANATE. "Dimensioni del terrorismo politico" en Luigi Bonanate (ed.) *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, Franco Angeli, Milán,1979, pp.130-131. PATALANO, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos LAMARCA, C. 1985, pp.91-92. Véase también doctrina citada en Apartado tercero, I. Tipo objetivo, I. Sujeto activo del delito: elemento estructural u organizativo: ¿Requisito sine qua non del injusto?

³⁵ VILLEGAS, M. 2002, cap. 6.

³⁶ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, El delito de incendio terrorista, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, II-2003, párr. 2.

sancionadas por la Ley de Seguridad del Estado (Ley 12.927), y de paso porque contemplar la finalidad política podía llevar a que los en ese entonces presos políticos de la dictadura continuaran privados de libertad, en un mal entendimiento de lo que significa la finalidad política en el terrorismo, y una confusión desafortunada entre delincuencia política y delincuencia terrorista.

Otros autores sostienen que la no inclusión de la finalidad política en la ley fue producto de un entendimiento inadecuado del mandato constitucional de tratar para todos los efectos penales, los delitos de terrorismo como comunes y no políticos, pues *“habría sido posible configurar el delito terrorista como un delito caracterizado por una significación ideológica sin que ello los transformara en un ‘delito político’”*.

Esta reforma provocó una total inadecuación del concepto de terrorismo en la ley chilena al concepto constitucional e internacional de terrorismo interno.

Concretamente los delitos de terrorismo en esta ley se construyen como delitos de forma libre, esto es delitos comunes agravados por características terroristas de su comisión, tales características eran, de un lado: la finalidad de causar temor a la población o un sector de ella; o alternativamente la de arrancar resoluciones a la autoridad o imponerle exigencias³⁷.

La finalidad de causar temor se entendía probada según la misma ley, por el hecho de haberse empleado ciertos medios, catastróficos, o por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una *categoría o grupo de personas*. Incluso más, la finalidad terrorista se presumía en caso de cometerse el delito a través de medios catastróficos.

Claramente las críticas a esta concepción³⁸ decían relación con la construcción de un concepto de terrorismo sobre la base de la causación de temor o coacciones a la autoridad, olvidando que los efectos o resultados de alarma pública no son privativos de la delincuencia terrorista. Hay otras múltiples formas de delincuencia en las que podemos advertir esta característica. Ej: barras bravas, narcotraficantes. Por otra

³⁷ Art. 1. Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2°, cuando en ellos concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

1°. *“Que el delito se cometa 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 de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.*

Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.

2°. *“Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.*

³⁸ Ampliamente VILLEGAS, 2002. La misma autora en *Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal*, en Revista Política Criminal N°2, A3, Santiago, Chile, 2006, p.1-31, www.politicacriminal.cl; y en *“El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche”* en Contribuciones críticas al sistema penal de la pos modernidad. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal. Universidad Central, 2008. Así también, Observatorio Parlamentario. Minuta sobre Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad N° 18.314 y derechos fundamentales, septiembre 2010. Disponible en www.observatorioparlamentario.cl, boletín tercer trimestre 2010.

parte, terrorismo, como se ha dicho antes, no puede significar dogmático jurídico penalmente el causar terror o temor, es una tautología.

La finalidad de causar temor es tan solo un medio en la conducta³⁹ del terrorista para alcanzar su objetivo final: destruir las bases del sistema democrático, y es en cuanto tal – un medio en la conducta– que debe así interpretarse en un tipo penal.

De otro lado, la presunción de la finalidad terrorista implicaba una vulneración abierta a la presunción de inocencia y al principio de legalidad, fuera de producir problemas insalvables de *ne bis in idem* con uno de los tipos penales (Art. 2 N°4) por el cual la conducta de arrojar por ejemplo un coctel molotov para obstruir una vía, sin dañar propiedades, sin dañar personas, se transformaba automáticamente en una conducta de terrorismo⁴⁰. Sin embargo, la aplicación de esta ley quedaba al arbitrio del órgano persecutor al decidir la calificación jurídica al momento de la formalización, cuestión importante si se considera que en función de dicha calificación inicial, se determina el procedimiento a seguir. Y así por ejemplo, ha existido profusa aplicación de la misma en zonas de la Araucanía, donde se ha juzgado por ejemplo, por ley de conductas terroristas al estudiante pro causa mapuche que arrojaba una bomba molotov, en cambio al estudiante que realizaba la misma conducta en la región metropolitana se le aplicaba la ley común o la ley de control de armas.

Por otra parte, no existe ni ha existido nunca claridad en torno a los bienes jurídicos protegidos. Desde que no reconoce finalidad política, no logra dar cuenta del bien jurídico colectivo protegido, en el entendido que los delitos de terrorismo en un país se construyen para proteger el sistema democrático y no a grupos o personas individualmente consideradas, supuesto que para eso es suficiente la ley penal común. En cuanto a los bienes jurídicos protegidos individuales, la ley protege la propiedad privada a través de los delitos de incendio, sin corresponderse con el mandato de los tratados internacionales sobre la materia, concretamente el Convenio para la Represión de atentados terroristas cometidos con bombas (N. York, 1999), que protege a la propiedad solo en su función social.

Conforme a investigaciones que se han realizado, especialmente en zonas de la VII y IX regiones, los atentados por los que se ha aplicado ley de conductas terroristas, lo han sido en propiedades privadas, sin resultado de lesiones o muerte de personas⁴¹, con

³⁹ En este sentido la doctrina chilena: Del Barrio y León Reyes, Villegas Díaz. En España: Lamarca Pérez, Terradillos Basoco, Serrano Pie de Casas, Arroyo Zapatero, García Arán, Ferré Olivé, Berdugo Gómez de la Torre, entre otros.

⁴⁰ Ampliamente, VILLEGAS, 2002, 2006, también la misma autora en *"El derecho penal del enemigo y la criminalización del pueblo mapuche"* en Contribuciones críticas al sistema penal de la pos modernidad. Libro Homenaje a Eduardo Novoa Monreal. Universidad Central, 2008.

⁴¹ VILLEGAS, Myrna, Pizarro, Angélica, DÍAZ, Felipe, ALBORNOZ, Patricia, SANDOVAL, Beatriz "Derecho penal del Enemigo y criminalización de las demandas mapuche". Informe final. Universidad Central de Chile, proyectos de investigación Aplicada Ciencia y Tecnología, Inv. Responsable: Myrna Villegas D. Octubre 2008; y VILLEGAS, Myrna - QUINTANA, Luis - MEZA-LOPEHANDÍA, Matías - DÍAZ, Felipe - JAQUE, Italo "El ejercicio de derechos como acto subversivo y la respuesta estatal: El Derecho Penal del Enemigo". Informe Final, Iniciativa interdisciplinaria en Conflicto Mapuche y Derecho Penal. Inv. Responsable, Myrna Villegas, Programa de investigación Domeyko. Subprograma sujetos y actores sociales, Dir. Subprograma, Profa. Ph. Dra. Kemy Oyarzún Vaccaro, Universidad de Chile. Marzo 2010, todos disponibles en www.pensamientopenal.com.ar. (fecha consulta 30-08-2012).

excepción del atentado a un Fiscal de la VII regiones y personal policial de la PDI, que tuvo como resultado lesiones leves.

III. Reformas a la Ley 18.314

Si bien la LCT ha ido adecuándose a la normativa internacional surgida después de los atentados del 11 S, lo ha sido para fortalecer una legislación represiva de derechos y garantías fundamentales, especialmente en lo que dice relación con el ataque a las bases económicas del terrorismo⁴². En cambio, no existe avance alguno en relación al concepto de terrorismo ni a los bienes jurídicos protegidos. Ya se ha dicho que la Carta Fundamental al definir el terrorismo señala que éste es “*es por esencia contrario a los derechos humanos*” (Art. 9), cuestión que en armonía con los tratados internacionales sobre la materia puede identificarse, penalmente, con aquella *violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales para alcanzar un fin que dice relación con las bases de sustentación del Estado de derecho democrático*.

Esta idea ha sido pasada por alto siempre en las sucesivas reformas, a pesar de que es la misma Constitución la que se encarga de aclarar que los delitos de terrorismo son los más graves dentro de la legislación penal, por esta razón, ordena que la ley que regule esta clase de conductas debe tener un quórum especial para ser aprobada en el parlamento, y establece también gravísimas penas accesorias: el procesado por delitos de terrorismo pierde el derecho a sufragio (Art. 16 Constitución Política), y el condenado por estos delitos es inhabilitado por el plazo de quince años para el ejercicio de una serie de derechos y funciones: cargos de elección popular, labores de enseñanza en establecimientos educacionales y medios de comunicación social, ser dirigente de junta de vecinos, de sindicato, asociaciones gremiales, profesionales, empresariales, estudiantiles (Art. 9 de la Constitución Política). Asimismo el condenado por delitos de terrorismo pierde la calidad de ciudadano (Art. 17 Constitución Política).

Es decir, el terrorista – como el homo sacer⁴³– sufre la marginación y estigma social aun después de su condena, lo que acarrea de uno u otro modo la imposibilidad de reinserción social.

La idea que subyace a esta normativa constitucional es que no cualquiera puede ser “sacer”, por lo tanto, así como en la vieja Roma las causales para ser declarado sacer eran restrictivas, así también deberían serlo los tipos penales de terrorismo. Sin embargo nada de esto sucede en la ley actual. Más bien se acogen marcadamente criterios de derecho penal del enemigo para adelantar punibilidad mediante castigo de actos preparatorios, tentativas castigadas como delitos consumados, amenazas castigadas

⁴² Decreto N° 488 (Min. de Relaciones Exteriores de 13/11/2001), que ordena cumplir la Resolución N°1373 (28/9/2001), del Consejo de Seguridad de ONU. Decreto N° 519 (Min. de Relaciones Exteriores 6/2/2002), que promulga el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15/12/1997). Ley 19.906 de 13/11/2003 que modifica la Ley 18.314 incorporando un nuevo tipo penal, autónomo, que reprime, la financiación de los actos de terrorismo. Decreto N° 263 (Min. de Relaciones Exteriores de 10/2/2005, que promulga la Convención Interamericana contra el terrorismo (Barbados, 3/6/2002).

⁴³ Para entender la similitud, léase AGAMBEN, G. *Estado de excepción*. Homo Sacer, II, I. Trad. De Flavia Costa e Ivana Costa. Argentina: Adriana Hidalgo editora, 2004.

como tentativas; para aumentar penas y para alterar las reglas procesales y procedimentales ordinarias: ampliaciones de plazos de detención en manos de la policía (10 días en casos de terrorismo, hasta 72 horas en cualquier otro caso), prisión preventiva reforzada, posibilidades de intervención en las comunicaciones sin conocimiento del afectado y sin posibilidad de control judicial por parte del tribunal superior, uso de testigos con reserva de identidad, entre otros.

La última reforma (Ley 20.467, de 8 octubre 2010), aborda varios aspectos, que no pueden ser tratados en su totalidad en este informe, por lo que nos referiremos solo a aquello que dice relación con la calificación que se pretende impugnar, esto es, el concepto de terrorismo y los bienes jurídicos protegidos.

En cuanto al concepto de terrorismo, a pesar de las declaraciones de buenas intenciones contenidas en el mensaje del proyecto de ley, no logra adecuarse al concepto antes esbozado del mismo y que se contiene en los tratados internacionales, puesto que no considera los límites que esta misma normativa internacional impone, en cuanto a que nada de lo que en estos tratados se diga puede ser interpretado para restringir derechos humanos fundamentales⁴⁴.

En este sentido si bien la reforma elimina la presunción de la finalidad terrorista que operaba cuando se usaban en la comisión del delito medios catastróficos o estragantes, lo que vendría a salvar la inconstitucionalidad producida respecto del principio de presunción de inocencia, hay que destacar que por este motivo, esta presunción nunca fue usada por nuestros tribunales, tampoco en el caso de mapuche, como bien lo hizo ver el TOP de Angol⁴⁵, con lo cual su eliminación no resolvía ningún problema real. Muy por el contrario, la referencia que esta presunción hacía al uso de medios catastróficos o estragantes servía como criterio al juez para calificar una conducta como terrorista cuando se usaran esta clase de medios desde que eran usados para dar por probada la finalidad de atemorizar a la población. Hoy día al haber desaparecido esta referencia las conductas terroristas podrán verificarse por cualquier medio, quedando el tipo penal abierto.

Así las cosas podría suceder que un delito de terrorismo se verificara mediante hondas, cuchillos, piedras, es decir un medio que carece de toda capacidad para llevar adelante una estrategia sistemática de violación masiva a derechos humanos, con lo cual nos alejamos completamente de los elementos de un concepto jurídico de terrorismo acorde con los tratados internacionales.

⁴⁴ Arts. 14 y 19.1 del Convenio para represión de atentados terroristas cometidos con bombas y Art. 15 de la Convención Interamericana contra el terrorismo.

⁴⁵ *"...que la ley mencionada sobre conductas terroristas se encuentra en contraposición con lo consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que prohíbe que se pueda presumir de derecho la responsabilidad penal. En este orden de ideas, la presunción simplemente legal establecida en el artículo 1° de la Ley N° 18.314, relativa a la finalidad de producir en la población o en una parte de ella temor justificado de ser víctimas de delitos de la misma especie, se encuentra en abierta contradicción con el derecho a la presunción de inocencia que en nuestro país tiene rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta fundamental asegura respetar y garantizar en el inciso segundo de su artículo 5°, encontrándose entre tales tratados la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1999..."* STOP Angol 07-04-2006. RIT 21-2004.

La reforma también elimina como hipótesis alternativa de finalidad terrorista la de arrancar resoluciones o imponer exigencias a la autoridad. Sin embargo esta hipótesis pasa a formar parte de la manera de probar la concurrencia de la finalidad de causar temor, con lo cual no se adelanta mucho, y además se amplía a “inhibir” resoluciones de la autoridad, ampliando las hipótesis de comisión.

No se trata de afirmar que todos los delitos de terrorismo necesariamente deban ser cometidos con medios catastróficos capaces de causar muerte o lesiones graves, pero sí de guardar un mínimo de razonabilidad para impedir que ya definitivamente el terrorismo se convierta en el cajón de sastre de cualquier clase de conducta, pues de acuerdo a la actual redacción, que un estudiante lance piedras contra un edificio del ministerio de educación exigiendo a la autoridad mejoras educacionales, podrá – en función de lo que opine el fiscal de turno– ser considerado delito de terrorismo, porque por el solo hecho de tratar de arrancar una resolución a la autoridad, se evidenciará que tenía finalidad de causar temor un sector de la población.

Esto implica que los tipos penales en la ley de conductas terroristas siguen siendo abiertos y una tentación para su aplicación discrecional, como quedo de manifiesto en el proceso seguido contra comuneros mapuche, por el incendio al fundo Poluco Pidenco. Véase la siguiente tabla demostrativa:

Tribunal	Rit	Fecha	Imputado	Calificación y decisión
TOP Angol	21-04	22-08-2004	C/ J. H. y otros	Incendio terrorista. Condena 10 años y 1 día
TOP Angol	21-04	03-05-2005	C/ J. C. H.	Incendio terrorista. Condena (10 y años y 1 día
TOP Angol	21-04	07-04-2006	C/ J. C. y otro	Incendio común. Absolución falta de participación
TOP Angol	21-04	14-02-2007	C/ J. L.	Incendio común. Condena 5 años y 1 día
TOP Angol	21-04	28-05-2008	C/ L. C.	Incendio común. Condena 4 años

En directa relación con esta inadecuación a la constitución y a los tratados internacionales sobre terrorismo, la reforma a los delitos de incendio terrorista si bien impide que el juez pueda aumentar la pena hasta en tres grados (nunca ocurrió así en la jurisprudencia, generalmente el aumento de pena era en un grado pues ya con ese aumento quedaba lo suficientemente grave)⁴⁶, las penas siguen siendo las mismas⁴⁷.

Hay que hacer presente que durante la discusión parlamentaria se presentó una indicación a objeto de incorporar una norma que limitara la protección de la propiedad pri-

⁴⁶ Véase todas las sentencias del caso Poluco Pidenco, por ejemplo, TOP Angol, RIT 21-04, ya citadas en el texto.

⁴⁷ Concretamente los incendios del Art. 476 del CP tienen asignada como pena mínima la de 5 años y 1 día de privación de libertad. Aumentada en un grado queda en 10 años y un día. Así era antes de la reforma, y sigue siendo igual con ella pues si bien aplica las penas del código penal, señala expresamente que en esta clase de incendios (los del 476 num. 3) la pena mínima para el incendio terrorista sigue siendo de 10 años y un día de presidio.

vada, en los términos del Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas. El Art. 2 del citado Convenio establece que:

Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

- a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o
- b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

El Art. 1 entrega las definiciones de instalación pública o gubernamental⁴⁸, red de transporte público⁴⁹, lugar de uso público⁵⁰, así como de "instalación de infraestructura", que es la única referencia a la propiedad privada. Se entiende por tal "toda instalación de propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones.

Esta indicación⁵¹ fue rechazada. Durante la discusión parlamentaria se enfatizó que los tratados internacionales obligan a la protección de la propiedad solo en su función social, y que en aquellos casos en los que existen legislaciones que protegen la propiedad privada mediante este tipo de delitos (vr.gr. CP español), existen otra clase de restricciones en los tipos penales de terrorismo que determinan que no cualquiera pueda ser terrorista (ej. finalidad política, necesidad de la pertenencia a una organización terrorista o asociación ilícita terrorista).

⁴⁸ Por "instalación pública o gubernamental" se entiende toda instalación o vehículo permanente o provisional utilizado u ocupado por representantes de un Estado, miembros del gobierno, el poder legislativo o el judicial, funcionarios o empleados de una entidad estatal o administrativa o funcionarios o empleados de una organización intergubernamental a los efectos del desempeño de sus funciones oficiales.

⁴⁹ Por "red de transporte público" se entienden todas las instalaciones, vehículos e instrumentos de propiedad pública o privada que se utilicen en servicios públicos o para servicios públicos a los efectos del transporte de personas o mercancías.

⁵⁰ Por "lugar de uso público" se entienden las partes de todo edificio, terreno, vía pública, curso de agua u otro emplazamiento que sea accesible o esté abierto al público de manera permanente, periódica u ocasional, e incluye todo lugar comercial, empresarial, cultural, histórico, educativo, religioso, gubernamental, de entretenimiento, recreativo o análogo que sea accesible en tales condiciones o esté abierto al público.

⁵¹ La citada moción de los diputados señores Harboe, Accorsi, Burgos, Cornejo, Chain, Díaz, Saffirio y Schilling, pretendía incorporar un Art. 2 bis del siguiente tenor:

"Artículo 2° bis.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, sólo constituirán delitos de terrorismo aquellos que afecten la vida, la integridad física, la libertad y la salud de personas. Tratándose de atentados contra la propiedad tales como incendios y estragos descritos en el numeral 1 y los delitos de atentados descritos en los numerales 2 y 4, se juzgarán y sancionarán conforme a esta ley sólo cuando se tratare de lugares de uso público, redes de transporte público o instalaciones de infraestructura, entendiéndose por estas últimas toda propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público tales como los de abastecimiento de aguas, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones, y concurrirere además la finalidad de causar muerte o lesiones graves o una destrucción significativa, todo ello de conformidad con el Convenio para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas."

El rechazo a la incorporación de la indicación, a juicio de esta informante, ha de ser interpretado de la siguiente manera: habida consideración que el Convenio internacional para la Represión de Atentados terroristas cometidos con bombas es ley de la República desde el momento de su ratificación, la normativa antiterrorista debe ser interpretada conforme a este convenio, en el sentido de acoger expresamente que los atentados contra la propiedad solo serían punibles conforme a la ley de conductas terroristas, en la medida en que atacan la función social de la propiedad, cumpliéndose, empero los demás requisitos para que una conducta pueda ser considerada terrorista de acuerdo al concepto constitucional de terrorismo al que se ha hecho referencia, y cuyos elementos centrales serían la estrategia de ataque a derechos humanos fundamentales con la finalidad de destruir el orden constitucional llevada a cabo por una organización dotada de infraestructura e ideología tales que le permiten erigirse en una especie de micro estado dentro del estado.

IV. Análisis de los fundamentos del voto disidente

1. Interpretación doctrinal del concepto de terrorismo contenido en la Ley 18.314 y su aplicación al caso concreto

La primera idea que hemos de tener presente, tal como lo ha manifestado el voto mayoritario, así como también el voto disidente es que no hay aunamiento de criterios en torno al concepto de terrorismo. El voto mayoritario acude a una interpretación estrictamente legal, citando una interpretación del prof. Hernández que evidencia que nos encontramos ante tipos penales abiertos construidos sobre la base de una finalidad terrorista (atemorizar a la población o a un sector de ella) que es muy difícil de probar. El voto disidente alude a la postura de esta informante en torno a la finalidad política en el terrorismo y que rápidamente identifica con la finalidad del anarquismo de “suprimir el Estado”, saltándose varios pasos en la construcción del tipo penal de terrorismo.

Encontrándonos entonces y como se ha demostrado en los apartados anteriores ante un grave problema con el principio de legalidad por la existencia de tipos penales de terrorismo abiertos, corresponde interpretar la normativa antiterrorista acudiendo a la Carta Fundamental y a los tratados internacionales que Chile ha suscrito y ratificado en estas materias, y ver si se dan o no en el caso en examen. Esta apertura de los tipos penales viene dada, recordemos, por:

- a) La construcción de un concepto de terrorismo sobre la base de los efectos o el resultado de alarma pública que tales actos causen, lo cual no es privativo de la delincuencia terrorista, como ha sostenido la doctrina española y chilena⁵². Un violador en serie también causa alarma y atemoriza a un sector de la población, una barra brava enardecida lanzando piedras y riñendo con armas blancas a la salida de un estadio también causa alarma y atemoriza a los vecinos. Tal y como lo ha indicado la jurisprudencia en nuestro país: “la alarma es el resultado posible del carácter *programado, sistemático y organizado* que tiene la acción terrorista, que es además, una *violencia instrumental*, orientada a la consecución de determinados fines, y por

⁵² DEL BARRIO y LEÓN REYES, 1990, p.167, VILLEGAS; M. 2002, que siguen en este punto a Carmen LAMARCA.

tanto, la alarma específica del terrorismo debe vincularse más a esas características que al hecho mismo de la violencia"⁵³.

- b) Consciente de que la finalidad terrorista es compleja de probar, el legislador da por acreditada la finalidad de causar temor a la población o parte de ella en base a los medios empleados, los que dada la ausencia de restricción pudiera ser cualquiera, incluyendo medios que carezcan de cualquier potencialidad lesiva para formar parte de una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, como un artefacto explosivo casero de bajo poder destructivo como dio por probado el voto mayoritario; o la "evidencia" de obedecer a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de personas. Es tal vez la ausencia de esta restricción a los medios empleados lo más grave dentro de la ley de conductas terroristas, fuera de problemas de ne bis in idem con la figura penal del Art. 2 num. 4 a que nos referiremos en su momento. Por ende, aquello que debiera hacer sentido al juzgador para realizar una interpretación restrictiva.

Interpretar el Art. 1 de la ley de conductas terroristas a la luz del concepto constitucional de terrorismo y los tratados internacionales sobre la materia implica:

- a) Que la adecuación de los hechos al tipo penal concreto, dada su amplitud, debe ser particularmente restrictiva, de conformidad con el Art. 19 N°3 de la Constitución, procurando castigar auténticas conductas de terrorismo.
- b) Que los delitos de terrorismo se distinguen por formar parte de una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales. (Art.9 CPR: "el terrorismo es por esencia contrario a los derechos humanos"), luego solo serían castigables por terrorismo, conductas que formaren parte de una estrategia como la descrita, no pudiendo considerarse como tales, conductas como las del condenado, en la que no se ha logrado probar en juicio ni la existencia de una estrategia como la indicada, así como tampoco su pertenencia a una organización o asociación ilícita terrorista, única capaz de llevar a cabo una tarea de tal envergadura en la medida en que se convierta en una especie de "Micro Estado" dentro del Estado (Patalano, ya citado).
- c) El terrorismo tiene una finalidad política dirigida a destruir o socavar los fundamentos del orden constitucional que un pueblo en ejercicio de su derecho a la libre autodeterminación ha decidido darse⁵⁴. Dan cuenta de ello las gravísimas consecuencias jurídicas accesorias que acarrea la conducta de terrorismo: inhabilidades absolutas para participar en instituciones y organizaciones que dicen relación con la participación democrática (Art. 9 CPR), la pérdida del derecho a sufragio así como de la ciudadanía (Art. 16 CPR). Luego, el bien jurídico colectivo que protege es colectivo: el orden constitucional, siendo el atentado contra bienes jurídicos individuales el vehículo para atentar contra el mismo (como reconoce el voto disidente). Las ideologías contrarias al modelo imperante, no bastan, perse, para castigar a una conducta como terrorista, hacen falta, como se indica, otra serie de elementos

⁵³ SCA de Santiago, de 13-11- 1992, *considerando séptimo (caso Edwards)*, en GJ N°149, 1992.

⁵⁴ Véase definición entregada de terrorismo, en el plano sociológico, por DOMÍNGUEZ VIAL, ya citada, la cual recogemos a efectos de una interpretación jurídica que se encuentra presente en los tipos penales de terrorismo del Código Penal español, y también, en nuestra interpretación, en la ley chilena.

que la acompañen. En este sentido, los tipos penales de terrorismo deben construirse como delitos de “peligro concreto” respecto del bien jurídico protegido, y no simplemente como cualquier “delito de peligro” como lo sostiene el voto disidente.

- d) Las conductas de terrorismo, dadas estas consecuencias, son consideradas dentro de las más graves en la legislación, por lo mismo, la ley que regule las conductas terroristas y fije su penalidad, expresa la Carta Fundamental, ha de ser una ley de quórum calificado.
- e) Siendo una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, ésta solo puede ser llevada a cabo por individuos que se encuentren bajo mando de una organización capaz de llevar adelante tal estrategia, una organización terrorista, discrepándose en este punto de las consideraciones de alguna legislación extranjera sobre la incriminación del mal llamado terrorismo individual o terrorismo doméstico, normas que la doctrina, en general, española, está conteste en rechazar considerando como necesaria la inclusión del elemento estructural en los tipos penales de terrorismo a objeto de diferenciar la violencia terrorista de la violencia social e incluso de la violencia espontánea organizada que no persigue o no alcanza resultados políticos⁵⁵. En el caso in comento, no se ha logrado probar vinculación alguna del condenado con organizaciones terroristas, el órgano persecutor y la parte querellante intentaron probar su pertenencia a colectivos anarquistas, no a asociaciones ilícitas terroristas. A este respecto cabe recordar que la jurisprudencia nacional, en los últimos diez años, no ha reconocido la existencia de asociaciones ilícitas terroristas en nuestro país. Así sucedió con la Coordinadora Arauco Malleco, integrada por mapuche, a varios de cuyos miembros se les formalizó por asociación ilícita terrorista existiendo dos fallos al respecto, ambos absolutorios. El primero, en el denominado caso Poluco Pidenco (Sentencia TOP Angol, de 27-07-2005, RIT 080-2004 / RUC 0200142499-02), el segundo en el caso del atentado al Fiscal (Cañete)⁵⁶. Finalmente, en el último y reciente caso, denominado coloquialmente “Caso Bombas” en donde también se intentó probar la existencia de asociación ilícita terrorista esta vez en grupos anarquistas, cargos por los cuales los imputados fueron sobreseídos definitivamente (Resolución del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, de 7 octubre de 2011, RUC 1000636602-9), y cuya sentencia definitiva fue finalmente absolutoria.
- f) Interpretar la normativa de la Ley 18.314 de conformidad con el concepto constitucional de terrorismo, implica también que los medios que se utilicen en la comisión del delito, han de ser idóneos para llevar a cabo dicha estrategia, no pudiendo ser considerados como tales aquellos que carecen de potencialidad lesiva para atentar contra el orden constitucional. En el caso de que se trata, se probó que se

⁵⁵ En España LAMARCA, C. 1985, pp.48, 206 y ss., 456; 1989, pp. 960 y ss.; 1993 a, pp. 536-537; MESTRE DELGADO, E. 1987, pp.32 y ss.; DE PRADA SOLAESA, 1996, p.74, GARCÍA ARÁN, FERRÉ OLIVE, HORMAZÁBAL, LÓPEZ GARRIDO, SERRANO PIEDECASAS. *Contra la Impunidad*, ob.cit., 1998, p. 55. En Chile, DEL BARRIO y LEÓN REYES. 1990, p. 206, GUTIÉRREZ SAHAMOD, 1991, p.2. En la doctrina comparada, BONANATE. 1979, pp.130-131. y ss. PATALANO, 1971, pp.152 y ss. Cfr. Por todos LAMARCA, C. 1985, pp. 91-92.

⁵⁶ Sentencia TOP de Cañete, de 22 de marzo de 2011, Ministerio Público con H. J. L. C. y otros. Delito: robo con intimidación, atentado contra la autoridad, incendios, asociación ilícita terrorista y otros. RUC: 0800932994-4, RIT: 35-2010.

trataba de un artefacto explosivo casero, de bajo poder destructivo, toda vez que al explotar provoca autolesiones a quien la portaba, produciéndose la mayor parte de ellas por la deflagración de la pólvora mas que por la detonación. Los daños que se ocasionan a la propiedad privada son menores según da por probado el tribunal.

2. Sobre las características del terrorismo señaladas por el voto disidente

El voto disidente comienza citando algunos de los elementos que aquí se han mencionado, pero en su apartado II. "El terrorismo como método de violencia extrema" ya denota una confusión de carácter dogmático no menor y que resulta importante a la hora de analizar el caso, y es que al referirse a los bienes jurídicos protegidos por las leyes antiterroristas señala que los bienes jurídicos individuales son la forma de atentar contra el bien jurídico colectivo bajo la forma de lesión o puesta en peligro, lo que a su juicio "denota el carácter de peligro abstracto de este tipo de criminalidad", pero luego, cinco líneas más abajo, señala que son de "peligro concreto".

Si queremos sostener una interpretación acorde con la Constitución, de conformidad con sus Arts. 5, 9 y 19 núm. 3, y muy especialmente de conformidad con el principio de legalidad, entendido como límite al ius puniendi, debe concluirse que si las conductas de terrorismo son lo más grave en la legislación, necesariamente sus tipos penales deben construirse e interpretarse como delitos de peligro "concreto". Esto implica entonces que deberán cumplirse los elementos antes indicados para su consideración, y muy especialmente la idoneidad de la conducta y del medio para llevar a cabo una estrategia de violación masiva y sistemática a derechos humanos fundamentales, lo que en el caso no se da. El condenado no forma parte de ninguna asociación u organización terrorista, en cuya estrategia pudiera haberse incluido la conducta desplegada. No hay prueba de tales elementos en el juicio.

El voto disidente, algunos párrafos más adelante, citando a Carnevali, sostiene que las características del terrorismo y el carácter internacional que adquieren muchas de sus conductas, tornan difícil la interpretación de bienes jurídicos afectados que digan relación solo con el orden interno de los Estados, por lo que cabría aquí realizar consideraciones respecto de las finalidades de los agentes en cuanto estas dicen relación con la causación de temor o la intimidación, como sostienen algunos tratados internacionales, entre ellos el *Convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas*. Al respecto cabría hacer la distinción entre terrorismo internacional y terrorismo interno. En el terrorismo interno, la construcción de los tipos penales, debe hacerse con estricto apego a la legalidad y muy especialmente a la taxatividad, de manera tal que habrá que buscar bienes jurídicos más concretos y objetivables que cuestiones que se refieran al ánimo interno del infractor como es el deseo de atemorizar o de causar alarma (nótese que no es la causación del temor sino la mera finalidad de causar temor). Luego, el hecho de que en los convenios internacionales se haga alusión a estas finalidades no obliga, empero, ni a construir ni a interpretar tipos penales de terrorismo sobre la sola base de las mismas.

Debe recordarse que tanto la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Art. 15.2)⁵⁷ como el Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con Bombas (Art. 19)⁵⁸ e incluso el *Convenio para la represión del financiamiento del terrorismo* que el voto disidente cita (Art. 21)⁵⁹, señalan que nada de lo que se diga en estos tratados puede ser interpretado para menoscabar los derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas, y los Estados de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales está la garantía de la taxatividad o certeza en los tipos penales.

3. Sobre la ideología anarquista y la finalidad terrorista

Intentando dar por acreditada la finalidad terrorista, esta vez no ya de causar temor sino directamente de destruir el orden constitucional, el voto disidente realiza una *descripción* histórica del anarquismo que no viene sino a confirmar que la violencia empleada por grupos de esta ideología no es per se terrorista, a pesar de ello, en sus conclusiones expresa que *“el anarquismo en todas sus manifestaciones, aspira a la supresión del Estado y de toda forma de dominación entre los hombres, entrelazándose así con el terrorismo en todas sus expresiones, lacra que busca sancionar la Ley N° 18.314”*.

A este respecto, habría que precisar que debido al misticismo de los grupos anarquistas y su *propaganda mediante la acción* en los años noventa, la creencia generalizada era que esta violencia estaba encuadrada dentro de una estrategia sistemática del anarquismo internacional⁶⁰, cuya finalidad no era otra que la desestabilización y destrucción del sistema político y social imperante y que por ende era parte del “terrorismo sistemático”⁶¹. Lo cierto es que esa estrategia anarquista, el temido alto mando, la supuesta disciplina del partido, sólo existieron en la imaginación de la prensa de la época y de la policía. No hay bases reales que nos permitan afirmar que los asesinatos que se cometieron en Francia, Italia y otros países efectivamente formaban parte de ese

⁵⁷ Art. 15.2 CICTE: “2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las personas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados”.

⁵⁸ Artículo 19. 1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario.

⁵⁹ Artículo 21. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario y otros convenios pertinentes.

⁶⁰ VILLEGAS, M., 2002, Vol. II, cap. 6.

⁶¹ A este respecto Quintano Ripollés ha indicado: “los más de los atentados terroristas que ensangrentaron la Europa del fin de siglo se ajustaron a esa táctica, derivando unas veces al ataque magnicida individualizado, como en los regicidios de Humberto I de Italia, de la Emperatriz Isabel de Austria, los frustrados contra Alfonso XIII ... mientras que otras, más acusadamente terroristas, el acto careció de destinatario concreto, como acaeció en las bombas arrojadas en el Teatro Liceo de Barcelona, en el Diana de Milán o en la Cámara de Diputados de París...”. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. Tomo IV. Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967. p.27.

"plan", pese a la gran explosión propagandística que causaron en su momento⁶². Puede reafirmar esta idea el hecho de haber tenido, esta misma violencia anarquista, una significación distinta en países como Estados Unidos y España, ya que contaron con el apoyo de sectores específicos de la población. Así, en Estados Unidos encontraron apoyo de la clase obrera, y en España, el apoyo de la clase perteneciente a sectores agrícolas e industriales.

La doctrina tradicional ha señalado que la acción individual anarquista puede ser terrorista, aludiendo a *razones históricas*, refiriéndose a ejemplos de actos que "calificados sin polémica alguna" como actos de terrorismo, han sido realizados prescindiendo de cualquier estructura organizativa: la acción individual anarquista que impregnó las manifestaciones de violencia política durante las últimas décadas del siglo XIX y los primeros años del S. XX⁶³. Sin embargo, existen poderosas razones para argumentar que la denominada "acción individual" del anarquismo no puede identificarse de manera exacta con el terrorismo⁶⁴, y que esta consideración responde más bien a la extensión indebida del concepto "terrorismo" hacia la violencia política en general, fruto de una manipulación política que tiende a concebir a determinadas ideologías como terroristas⁶⁵. La diferenciación entre organizaciones terroristas y anarquistas se ha producido también en el campo estrictamente jurídico. Así la Ley de 10 de julio de 1897 en España diferenció entre asociaciones anarquistas, terroristas y colectivistas⁶⁶.

Las acciones diseñadas por la estrategia anarquista no son estrictamente individuales, sino que responden a un colectivo que no se estructura al estilo de las organizaciones que normalmente conocemos (centralismo democrático, estructura celular piramidal). En su Congreso de 14 de julio de 1881, el anarquismo adoptó la violencia como método de oposición al Estado a través de la "propaganda por el hecho", y a partir de esta línea política desarrollaron su accionar, por tanto, existía una estrategia política. Ahora, si bien es cierto el anarquismo ha recurrido en ocasiones al empleo de los métodos que

⁶² Sobre la violencia anarquista véase la Selección de obras de HOROWITZ, Irving. *Los Anarquistas. La teoría. La práctica*. 2 Vols. Madrid, 1975; JOLL, James. *Los anarquistas*. Barcelona, 1968; WOODCOCK, George. *El anarquismo*. Barcelona, 1979. Para el caso francés véase: MANFREDONIA, Gaetano. *L'individualisme anarchiste en France (1880-1914)*. París, 1991; PESSIN, Alain. *La rêverie anarchiste, 1848-1914*. París, 1982; MAITRON, Jean. *Histoire du mouvement anarchiste en France (1880-1914)*. 2 vols. París, 1983. Sobre el anarquismo en Gran Bretaña, véase: MacKERCHER, William Russell. *Libertarian Thought In Nineteenth Century Britain: Freedom, Equality and Authority*. Nueva York, 1987. Análisis sobre el anarquismo en Alemania puede encontrarse en CARLSON, Andrew R. *Anarchism in Germany*. Metuchen, New Jersey, 1972. Para el caso ruso, véase: VENTURI, Franco. *El populismo ruso*. Madrid, 1960. AVRICH, Paul. *Los anarquistas rusos*. Madrid, 1974. Finalmente, para el caso italiano véase: CIVOLANI, Eva. *L'Anarchismo dopo la Comune: il casi italiano e spagnolo*. Milán, 1981. MASINI, Pier Carlo. *Storia degli anarchici italiani: da Bakunin a Malatesta (1862-1892)* Milán, 1972.

⁶³ Así CUERDA ARNAU, M^a Luisa: "Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo", Ministerio de Justicia, e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 374 y ss. NÚÑEZ FLORENCIO. *El terrorismo anarquista (1888-1909)*, Madrid, 1983, p.38. Véase además bibliografía citada en Cap. II, punto II. *La violencia política*.

⁶⁴ Así WOODCOCK, G. *L'anarchia*, Fetrini, Milano, 1962, p.12.

⁶⁵ En este sentido BONANATE, 1979, pp. 130-131

⁶⁶ Véase al respecto el legendario pero aun vigente texto de GARCÍA PABLOS, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, 1977, p.37.

también utiliza el terrorismo, por ejemplo, algunas actividades de la “propaganda por el hecho”, no puede afirmarse que ello responda al concepto de terrorismo ya que desde el punto de vista histórico, calificar como terrorista cualquier acción que provenga de un individuo o de un grupo y que emplee medios crueles o bárbaros, implica eliminar la necesaria distinción entre un delito político y un delito de terrorismo, o entre otras conductas como el genocidio y los delitos de terrorismo. Si así fuera, habría bastado, como dijo Bonanate haya ya mas de veinte años, con evitar la discusión doctrinal, que ya bastantes años tiene, y considerar como terrorista cualquier acto violento con finalidad política y obviar cualquier esfuerzo por delimitar el contenido del terrorismo⁶⁷.

En tal sentido es acertado el voto de mayoría en cuanto reafirma la libertad de pensamiento y de expresión. La discrepancia de un colectivo o una organización con el actual sistema económico y político, o con la institucionalidad vigente, no puede servir como base, en un Estado democrático, para calificarle jurídicamente terrorista. El elemento base para la cualificación como terrorismo no es la declaración de oposición al orden establecido, así como tampoco actos aislados de alguno de sus integrantes o simpatizantes, sino la estrategia criminal, *atentatoria contra derechos humanos fundamentales*, que en sí misma subvierte el ordenamiento constitucional democrático. De lo contrario, no podríamos considerar terroristas a los grupos que amparados por la impunidad estatal, realizan violaciones a los derechos humanos pretendiendo mantener una determinada situación del Poder político.

Por lo demás, el criterio de cualificar como terrorista un colectivo u organización por mantener una ideología contraria a la del orden establecido es contrario al espíritu del legislador claramente manifestado en la historia fidedigna del establecimiento de la ley de conductas terroristas. Este criterio que inspiró al legislador de la ley 19.027 fue confirmado posteriormente por el Sr. Francisco Cumplido, ex ministro de Justicia del primer gobierno de la concertación (P. Aylwin), en un informe entregado al gobierno de turno (E. Frei) en 1998, en donde precisaba el sentido y alcance de algunas de las disposiciones de las leyes 19.047 y 19.027:

“ ... Si como se tuvo presente al aprobar estas normas el por el poder legislativo, el terrorismo es un medio de un instrumento, la mera ideología política contraria a la institucionalidad establecida no es suficiente para calificar una asociación de terrorista... la existencia de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas con algunos de los elementos indicados en el artículo 3° de la ley 17.798 sobre control de armas, sólo son asociaciones terroristas si su objeto es la comisión de delitos que deban calificarse como terroristas, es decir, reunirse alguna de las características descritas en el artículo 2° de la ley de conductas terroristas. Así, la asociación debe tener por fin la ejecución de conductas terroristas, situación difícil de producirse. Por constituir una de las características posibles de la conducta terrorista “intimidar a la población”, la ley 19.947 eliminó esta parte del tipo de los delitos contra la Seguridad del Estado ...”.

⁶⁷ BONANATE, 1979, pp.130-131.

4. Sobre los elementos del tipo penal perpetrado según el voto disidente y su interpretación del Art. 2 N°4 de la Ley 18.314 en relación con el Art. 1

4.1. Sobre la consideración del Art. 2 N° 4 como un delito de peligro

El Art. 2 num. 4 tipifica como terrorista, en la medida en que cumple con la finalidad descrito en el Art. 1 el *"Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos"*.

El voto disidente interpreta la norma in comento como un delito de peligro, pero tal y como se ha indicado anteriormente, la imprecisión manifestada páginas más atrás en cuanto a si los delitos de terrorismo, en general, expresan conductas de peligro concreto o abstracto, y en relación a qué bienes jurídicos, lo lleva a concluir que el solo hecho de colocar un artefacto explosivo de bajo poder destructivo constituye perse un delito de peligro "terrorista", descartando que una interpretación acorde con los Arts. 5, 9 y 19 N° 3 de la constitución, así como los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se mencionaron en el punto anterior exigen una interpretación del Art. 2 N°4 de la Ley 18.314 acorde con derechos humanos, debiendo entonces exigirse la interpretación penal de las conductas descritas en dicha norma como delitos de "peligro concreto" respecto del bien jurídico colectivo.

Para poner en peligro el orden constitucional hace falta algo más que un artefacto explosivo que pudiera causar daño, lesiones o muerte, a saber, que dicha conducta se enmarque en una estrategia de violación a derechos humanos fundamentales, en la que el temor o alarma pública sea considerado un medio en la conducta. Luego, las alusiones que el voto disidente realiza citando a Pozo Silva en orden a que el terrorista pone en peligro bienes jurídicos individuales en función de las consecuencias que pueda prever de su acto, a raíz de lo cual no haría falta probar un "temor justificado" para acreditar una conducta como terrorista, no parecen felices pues no solo es una interpretación que va contra texto expreso del Art. 1 de la Ley 18.314, sino que además contribuye a transformar los tipos penales de terrorismo en un cajón de sastre de cualquier clase de conductas. Porque siguiendo la interpretación del disidente, entonces un grupo de estudiantes, que en el marco de una manifestación tendiente a impedir la aprobación de una ley que les es desfavorable, lanzan piedras contra buses de carabineros poniendo en peligro la integridad física incluso de los transeúntes, podrían ser calificados como terroristas: a) tienen por finalidad atemorizar a un sector de la población, supuesto que la evidencia de dicha finalidad vendría dada por la intención de inhibir a la autoridad de aprobar la citada ley, b) el medio utilizado cabe dentro del amplísimo espectro de posibilidades.

La comprobación del peligro viene dada por el hecho de que la conducta forma parte de una estrategia dirigida a violar derechos humanos con masividad y sistematicidad, por una organización que se dedica a la comisión de esta clase de delitos, con un plan diseñado para tales efectos, a lo menos. En tal sentido se comparte la interpretación restrictiva del voto de mayoría en orden a apegarse al tenor literal del Art. 1 y exigir que el temor a que alude el Art. 1 de la Ley 18.314, debe ser justificado o a lo menos comprobable, sostener lo contrario es hacer una interpretación extensiva de la

ley penal, lo que parece delicado considerando las gravísimas consecuencias accesorias que para la participación del sujeto en la vida social acarrea el ser condenado por delitos de terrorismo.

4.2. El artefacto explosivo como doble fuente de ilicitud en la Ley 18.314

Otro punto que llama la atención dentro del desarrollo del voto disidente es que su interpretación del Art. 2 N° 4 que viene a justificar un grave problema que evidencia esta ley en orden a considerar el artefacto explosivo como doble fuente de ilicitud. Señala el voto disidente:

En este punto es relevante además de las consideraciones ya efectuadas, determinar los especiales “medios utilizados en la comisión de un delito”, que son los que la ley chilena enumera y para el caso particular, y siendo invocado el numeral cuarto del artículo 2° de la Ley N° 18.314, que sanciona la “...colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo...”, pues bien este medio comisivo, es evidentemente indiciario⁶⁸ de una conducta enmarcada dentro de la denominada ley antiterrorista chilena.

Lo que el voto disidente sostiene en su interpretación y que le parece adecuado es que el artefacto explosivo sirva no solo como elemento constitutivo del tipo penal del Art. 2 N° 4, sino además como forma de acreditar la finalidad terrorista según el Art. 1. Este punto ha sido fuertemente criticado por esta informante en todos sus textos indicando que existiría una violación al principio *de ne bis in ídem*⁶⁹.

Llama la atención que en todo el resto del razonamiento del disidente en el punto in comento haga alusión a hechos que no se dieron por probados en el juicio, a saber, el supuesto temor que habría causado a los habitantes cercanos, la repetición sistemática de hechos similares, incluso en una parte del fallo se refiere a estos hechos como “públicos y notorios”.

4.3. Sobre los elementos del tipo penal que el voto disidente da por concurrentes

En este punto simplemente resumiremos lo expuesto extensamente con el objeto de contra argumentar lo expuesto en este voto de minoría.

Según el disidente *“Son elementos del delito tipificado en el numeral cuarto del artículo 2° de la Ley N° 18.314, en armonía con el artículo 1° del mismo cuerpo legal los siguientes”:*

“a. Colocar, enviar, activar, arrojar, detonar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiario de cualquier tipo”.

⁶⁸ El destacado es nuestro.

⁶⁹ VILLEGAS, M. 2002, 2006, e incluso en los textos (minutas para debate parlamentario) que el propio voto disidente cita.

De acuerdo a las consideraciones anteriores nos encontraríamos ante un tipo penal abierto, que reclama una interpretación acorde con la constitución en los términos ya expresados.

"b. El carácter destructivo o los efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos de los elementos desplegados por la conducta del agente."

Este elemento no puede darse en el caso sublite toda vez que el medio empleado era un artefacto explosivo casero, de bajo poder destructivo, y que causó lesiones de envergadura a quien la portaba mas bien por la deflagración que por la explosión según se desprende del fallo. Los daños causados a la propiedad privada también fueron menores según dio por establecido el tribunal.

"c. Que la acción desplegada tenga por finalidad producir en la población o en parte de ella un temor justificado de ser víctimas de iguales delitos".

En este sentido se concuerda con el voto de mayoría en orden a no tener por probada esta finalidad. El legislador es expreso en exigir un temor justificado, y no meras aprehensiones o temores, o simples presunciones de temor como parece sostener el disidente.

"d. Que atendida la naturaleza y efectos de los medios empleados ese temor se configure, en la evidencia que obedece a un plan premeditado de atentados contra una categoría o grupo determinados de personas, o sea que su comisión tiene por objetivo arrancar o inhibir resoluciones de autoridad o imponerle exigencias".

No queda claro a cuál de las evidencias se está refiriendo el disidente:

- i) Si a la naturaleza y efectos de los medios empleados, en cuyo caso, como se ha indicado antes, estaríamos ante un serio problema de ne bis in idem y con la presunción de inocencia al dar por acreditada la finalidad terrorista con un artefacto explosivo que reviste doble fuente de ilicitud (como elemento del tipo en el Art. 2 N° 14 y como forma de probar la finalidad terrorista en el Art. 1);
- ii) o si se refiere al plan premeditado de atentar contra una categoría de personas (los bancos), cuestión que tampoco se probó dado que no hay evidencia de un plan premeditado que registre acciones destinadas a atentar contra tales personas jurídicas, ni la vinculación del condenado con otros hechos de similar naturaleza;
- iii) o si se refiere a arrancar resoluciones a la autoridad o inhibirla, que tampoco se da en la especie. El dolo del condenado mas bien parece dirigido a la causación de daños.

Llama la atención que el voto disidente, en el párrafo X "Naturaleza y efecto de los medios empleados y evidencia de un plan premeditado", haga alusiones erróneas respecto de lo que esta informante sostiene en sus textos, dado que confunde lo que era la "presunción" de la finalidad terrorista que existía en el antiguo Art. 1 N° 1 inciso 2 de la ley con la "evidencia" de la finalidad terrorista a que se refiere el legislador. El disidente interpreta la "evidencia" de la finalidad terrorista como una presunción simplemente legal, pero luego cita, para apoyar su postura, consideraciones que esta informante hacía de la antigua "presunción" de la finalidad terrorista (y no de la "evidencia") que fue eliminada por la reforma de la Ley 20.467/2010, consideraciones que se hicieron a modo de críptica y no de justificación de la forma en la cual estaba redactada, siendo el mensaje al juzgador el tener cuidado a la hora de dar por probada la finalidad terrorista,

a objeto de no incurrir en violaciones a la presunción de inocencia, o directamente al *ne bis in idem* cuando se trate de artefacto explosivo e incendiario.

Luego en los párrafos que siguen, mezcla conceptos, algunos de los cuales resultan contradictorios con lo que expone. Alude a la idoneidad del medio para configurar una conducta como terrorista, refiriéndose esta vez a un artefacto explosivo de “suficiente intensidad” para destruir bienes y privar de la vida, para luego hacer referencia a una serie de elementos que fueron desestimados por el voto de mayoría, por obedecer más bien a consideraciones de peligrosidad y derecho penal de autor (supuestas relaciones del condenado con colectivos anarquistas insurreccionalistas” que avalan la violencia como método de lucha, entre otras), desestimación que esta informante comparte.

Más adelante y luego de hacer referencia a la idoneidad del medio, lo que en su concepto serviría para probar una finalidad terrorista, también sobre la base de esta interpretación extensiva sobre el carácter del medio (“de cualquier tipo”), indica que para el legislador *“es indiferente” que el artefacto explosivo tenga una alta o baja intensidad o esté compuesto de un explosivo de elevada energía o no, es decir, que esté elaborado por “pólvora negra” -como en la especie’*. Y agrega: *“A mayor abundamiento, al legislador no solo le es indiferente que la bomba sea de alto o bajo poder destructivo según se razonó, sino que además la magnitud de los estragos que se produzcan con el artefacto explosivo le son igualmente estoicos, pues lo que está sancionando no es el resultado material concreto sino que ‘la afectación y puesta en riesgo de la paz social, la sana convivencia y la estabilidad institucional democrática’ que son algunos de los bienes jurídicos protegidos por la ley que sanciona las conductas terroristas”*.

Es decir, lo que el disidente sostiene es que da igual que se utilice en la comisión del delito una bomba de ruido que una de altísimo poder destructivo, la conducta siempre puede ser calificada como terrorista, lo que a juicio de esta informante es una interpretación no ajustada al principio de tipicidad, que debería ser mucho más estricto en estos casos dadas las consecuencias de estigmatización y marginación social que la calificación terrorista acarrea, sino que además produciría un indudable efecto criminógeno favorable al uso de medios extremadamente dañosos. Si será calificado como terrorista usando cualquier medio que más da, al delincuente, usar pólvora negra que TNT. La calificación y la pena siempre serán la misma.

Por otra parte, mezcla conceptos en torno a los bienes jurídicos protegidos citando algunos que son difícilmente comprobables de manera objetiva ante el tribunal. Conceptos difusos tales como “paz social”, “sana convivencia”.

4.4. Sobre la consideración del tipo penal del Art. 2 num. 4 como delito de resultado cortado. Toma de postura

Ciertamente que el delito se consuma con la colocación o instalación del artefacto con la finalidad terrorista, pero esta finalidad, a diferencia de lo que el disidente sostiene, no determina que sea un delito de resultado cortado.

Considerar que se trata de delitos de resultado cortado implica que bastaría para la configuración del tipo la presencia en el autor de dicha finalidad, independientemente de que objetivamente se realice la conducta, con lo cual nos encontraríamos ante un verdadero delito de “intención” en el que la acción se encamina por el elemento sub-

jetivo hacia la lesión del bien jurídico, entendiéndose que la consumación se produce con la sola realización del acto dirigido hacia la consecución de un resultado valorativo, resultado que está fuera del tipo. Luego, sería un tipo penal de consumación anticipada, o que al menos se adelanta a un momento anterior al de la lesión al bien jurídico, castigándose únicamente la peligrosidad de la acción.

Es de opinión de esta informante, que "desde el punto de vista de los derechos humanos la consumación en la lesión al bien jurídico protegido, debe hacerse depender de la constatación del peligro que se produce con la conducta típica. Si como señala Roxin 'lo decisivo no es el resultado del mundo externo, sino el que tenga o no relación con el tipo de injusto'⁷⁰, los elementos subjetivos van a determinar el marco del juicio típico, y éste ha de depender, para la consumación, de la lesión efectiva, que es un "peligro concreto"⁷¹.

Luego, si el elemento subjetivo ha de referirse "al tipo" siendo constitutivo del mismo, necesariamente ha de referirse al bien jurídico colectivo que se pretende proteger, como "tendencia" que impregna la voluntad del agente y que encamina la dirección de la conducta hacia el "resultado de lesión" o el "resultado de peligro" para dicho bien jurídico colectivo. Luego, se trata de un *elemento subjetivo de tendencia intensificada*⁷², de aquellos que codeterminan la clase de delito⁷³, concretando la propia acción verdaderamente lesiva del bien jurídico ante la imposibilidad del tipo objetivo de cumplir mínimamente con esa función de protección.

Interpretado de esta manera el elemento subjetivo específico del Art. 1 de la Ley 18.314, como tendencia o sentido subjetivo inherente a la acción típica, que no trasciende al resultado, se evita la artificiosa construcción de delitos de consumación anticipada, que normalmente en este tipo de materias (terrorismo) han servido para adelantar la punibilidad.

Luego, el delito se consuma "cuando se comprueba al menos *el resultado de peligro* (concreto) para el bien jurídico colectivo. Como bien expresa Hernández, "la caracterización como delito terrorista no es posible cuando respecto de ese eventual efecto de temor en la población, se obra solo con dolo eventual". A mayor abundamiento agrega que "si el sujeto no ha actuado con el preciso propósito de crear temor en el conjunto o parte de la población, aun cuando en los hechos efectivamente provoque ese efecto y aun cuando sus fines sean tanto o más reprobables, no es posible aplicar en la especie la legislación antiterrorista"⁷⁴.

⁷⁰ ROXIN, DP. PG., Civitas, Madrid, 1997, P.313.

⁷¹ VILLEGAS, M. 2002, Vol. II, p. 668.

⁷² En esta opinión en España, PRATS CANUT, "De los delitos de terrorismo", en QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS; VALLE MUÑIZ; PRATS CANUT; TAMARIT SUMALLA; GARCÍA ALBERO; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; Edit. Aranzadi, 2ª ed. 1999, p. 1622 y MIRANDA STRAMPES, M. "Delitos contra el Orden Público", en AA.VV. *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Edit. Comares, Granada, 1999, pp.1899-1978. 1999, p.1968.

⁷³ Utilizamos la clasificación de los elementos de tendencia intensificada que formula ROXIN, 1997, p. 317.

⁷⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. "Algunas modificaciones a la ley Num. 18.314. Informe en derecho N° 3. Febrero 2011, Defensoría Penal Pública.

4.5. Sobre la difusión de la conducta

Ciertamente que la diferencia entre un terrorista y un ladrón es que mientras el ladrón no quiere que se sepa lo que hace, el terrorista busca la difusión de sus actos siendo esta la razón de la espectacularidad de muchas veces adquieren los mismos (ej. torres gemelas) en la idea de provocar un sentimiento de inseguridad extrema en una población. La difusión que el terrorista hace es del hecho cometido, no pudiendo catalogarse como tales conductas de apoyo hacia la "persona" y no del acto mismo. En tal sentido, parece acertada la valoración de voto de mayoría. Por lo demás, tal y como lo señala el voto de mayoría, no puede obviarse que en todo delito existe una dimensión comunicativa.

4.6. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Art. 2 núm. 4

Respecto a la naturaleza jurídica del Art. 2 N° 4 se sostiene aquí que es un delito autónomo, que no tiene figura base, a diferencia de lo que sucede con los del Art. 2 núm. 1. Luego, cuando el voto mayoritario califica la conducta como de aquellas de la ley de control de armas, en la interpretación de esta informante no está volviendo "al delito base" porque ni el Art. 13 ni el Art. 9 de la Ley 17.798 sobre Control de Armas son delitos base del Art. 2 Num. 4 de la Ley 18.314, no solo porque las conductas descritas no cuentan con un correlato exacto en ambas leyes, sino además porque el legislador se ocupa de asignarles una pena distinta y autónoma, que no dice relación con una agravación de penas por delitos comunes o especiales como si ocurre con otras figuras del Art. 2 en relación con el Art. 3 de la Ley 18.314.

Esta consideración, que el voto disidente expresa, y con la que se concuerda según se menciona, no implica, empero que la conducta debe ser calificada como delito de terrorismo. Según los hechos probados en la sentencia el condenado se encontraba "instalando" un artefacto explosivo en la puerta de un banco cuando éste explotó causándole lesiones. Solo ésta conducta: "instalar" cuadra con el tipo penal de terrorismo indicado, pero falta una serie de otros elementos según la interpretación del voto de mayoría y también la que aquí se sostiene conforme a la constitución, a saber: la finalidad de causar temor que sería el medio en la conducta para atentar contra el orden constitucional; que esta conducta forme parte de una estrategia de violación masiva y sistemática de derechos humanos fundamentales, que existan al menos evidencias organizativas que puedan vislumbrar que se está en presencia de la citada estrategia. El dar por probada la finalidad terrorista con alegoría del carácter de doble fuente de ilicitud del artefacto explosivo es una interpretación extensiva de la ley penal no ajustada a normas constitucionales (Art. 19 num.3)

4.7. Consideraciones sobre la conducta desplegada y el *Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas*

Una de las cuestiones que llama la atención es que de conformidad con los hechos que se dan por establecidos en el fallo y la descripción de la conducta desplegada, no solo no es acorde con el concepto constitucional de terrorismo, sino que tampoco con la normativa del *Convenio para la represión de atentados terroristas cometidos con*

bombas⁷⁵, toda vez que dicho Convenio ordena a los Estados tipificar y castigar a quien "arroja o detona" un artefacto explosivo o incendiario:

- a) en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura y;
- b) con la finalidad de causar muerte o lesiones corporales graves, o con el propósito de causar una destrucción significativa del lugar que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

En el caso el artefacto explosivo se pretende poner en la puerta de un banco (propiedad privada sin función social y por ende fuera del concepto de "instalación de infraestructura" a que alude el convenio). La finalidad no era causar muerte o lesiones corporales graves dado que la conducta se realiza en horas de la madrugada y el inmueble no posee cajero automático, así como tampoco la de causar una "destrucción significativa" que produjere o hubiere podido producir un gran perjuicio económico, toda vez que el artefacto explosivo no era de aquellos capaces de causar una destrucción significativa que pudiese producir tal tipo de daños.

V. Conclusiones

La opinión de esta informante, en una interpretación estrictamente dogmática, es que la conducta desplegada por el condenado – sin perjuicio del delito de conducción de vehículo con placa patente de otro – es simplemente constitutiva del delito de daños, existiendo atipicidad en relación con la Ley 18.314, de conformidad con la interpretación que aquí se sostiene basada en la constitución y los tratados internacionales, puesto que no se cumplen los elementos del tipo penal de terrorismo, así como también habría atipicidad en relación con el tipo penal de la Ley 17.798, pues "instalar" un artefacto explosivo supone algo más que poseerlo o portarlo. Y las autolesiones no son punibles.

El voto de mayoría, en lo que esta informante considera un prudente ejercicio político criminal, entrega un argumento basado en ciertas oraciones subordinadas y entrega elementos validadores del mismo sosteniendo que la conducta debe calificarse además como posesión de artefactos explosivos, dado que en su razonamiento quien instala no puede sino poseer, lo que es también una interpretación ajustada a Derecho.

⁷⁵ Artículo 2

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o

b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

VII. El principio de ejecución del hecho y la vigencia de la ley procesal en el tiempo

JUAN PABLO MAÑALICH R.

La Defensoría Penal Pública de la Región del Maule me ha solicitado que informe en derecho acerca de la manera en que, bajo el derecho chileno, ha de determinarse cuál es el momento del hecho para los efectos de la identificación del tribunal competente para ejercer jurisdicción en lo penal, en relación con las circunstancias de hecho que se enuncian a continuación.

I. Las circunstancias del caso y la contienda de competencia

Para los efectos del presente informe, se asumirán como hechos del caso los siguientes:

Durante los años 1997 y 1998, en terrenos de propiedad del SERVIU, ubicados en Constitución, se construyó el Conjunto Habitacional Cerro O'Higgins. El conjunto consistía en 84 viviendas básicas, integradas en edificios de tres pisos, que debían financiarse mediante un subsidio y un crédito otorgado directamente por el SERVIU.

Para la construcción de éstas y otras viviendas, en diciembre de 1996 se había llamado a una licitación pública. Dentro de las bases de la licitación se encontraba la exigencia de la presentación de un estudio preliminar de mecánica de suelo al momento de la postulación. Se añadía que, con posterioridad a la adjudicación, el contratista debía presentar un estudio definitivo de mecánica de suelo, dentro del plazo de 20 días desde la celebración del contrato.

Para la apertura y el estudio de las ofertas, el SERVIU designó a una comisión técnica responsable. La construcción de las viviendas correspondientes al complejo Cerro O'Higgins fue otorgada a la empresa Consanit Ltda., mediante una resolución emanada de la directora del SERVIU de la Región del Maule, previo estudio de las ofertas y aceptación de las mismas por parte de la comisión técnica. Se designó, conforme a la exigencia legal, a una inspectora técnica de obra (ITO),

dotada de atribuciones y facultades suficientes para fiscalizar el adecuado desarrollo de la obra.

Durante el año 2005, el SERVIU realizó un catastro de las viviendas sociales que presentaban fallas estructurales. Incluyó en dicho catastro los edificios que componen el conjunto habitacional en cuestión. El año 2007, el SERVIU comunicó a los propietarios de las viviendas sociales del conjunto habitacional que se cancelarían las hipotecas en su contra y se condonarían todas las deudas asociadas a la compra, en el marco de una solución general al problema de las deudas hipotecarias. El fundamento esgrimido en la notificación fue que los edificios del conjunto habitacional sufrían de fallas “en su construcción”.

A consecuencia del terremoto acaecido el día 27 de febrero de 2010, varios edificios del conjunto habitacional sufrieron graves daños estructurales. Dos edificios del conjunto, construidos sobre la parte más alta del terreno, sufrieron el derrumbe de los dos pisos superiores sobre el primero, lo que llevó a la muerte de ocho personas que se encontraban en el interior.

La determinación del tribunal competente para conocer de los presuntos hechos constitutivos de ocho cuasidelitos de homicidios ha dado lugar a una contienda de competencia entre el Juzgado de Garantía de Constitución y el correspondiente Juzgado de Letras de la misma ciudad, que fuera resuelta por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, con fecha 19 de abril de 2010, a favor del ya mencionado Juzgado de Garantía. Las disposiciones legales invocadas, a tal efecto, son los Arts. 14, 190 y 192 del Código Orgánico de Tribunales y el Art. 483 del Código Procesal Penal.

En pos de establecer si esta determinación es sostenible o no de conformidad con las normas aplicables a tal efecto, es imprescindible, en primer lugar, efectuar algunas consideraciones acerca de la multiplicidad de funciones que, desde el punto de vista del derecho penal y del derecho procesal penal, puede desempeñar el concepto de “momento del hecho”, de lo cual se sigue, como habrá de mostrarse, que el sentido de la expresión varía según cuál sea la función de las reglas de cuya aplicación se trata. Después de ello se examinará, con mayor detalle, en qué consisten los criterios de los cuales depende, de conformidad con las reglas del derecho chileno, la determinación de la competencia de los tribunales que eventualmente pudieran llegar a conocer de los hechos del caso, en relación con el factor del momento del hecho. Finalmente, se establecerá si, ante las circunstancias del caso, el Juzgado de Garantía de Constitución tiene o no competencia para conocer de los hechos en cuestión.

II. La determinación funcional del “momento del hecho” bajo el principio de legalidad

En general, y desde el punto de vista de la aplicación del derecho penal sustantivo, son varias las preguntas para cuya respuesta es imprescindible determinar qué cuenta, bajo las reglas pertinentes, como el momento del hecho. Aquí puede ser útil circunscribir el análisis, por el momento, a la pregunta de cuándo resulta prospectiva la aplicación de una norma de sanción penal y cuándo, en cambio, retroactiva. La respuesta a esta pregunta es fundamental para establecer el alcance de la prohibición (constitucional y

legal) de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, así como el alcance del mandato de aplicación retroactiva de la ley penal favorable, principios que, *prima facie* al menos, sólo afectan la aplicación de normas de derecho penal sustantivo, y no la aplicación de la regulación procesal. Para tales efectos, el momento determinante se identifica con el momento de la “perpetración” (Art. 18 inc. 1º del Código Penal) o “comisión” (inc. 2º) del hecho.

Si nos preguntamos acerca del fundamento de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal, la respuesta más accesible será la siguiente: el principio de irretroactividad funciona como una garantía del ciudadano contra la posible arbitrariedad en el ejercicio del *ius puniendi*, específicamente por la vía de asegurar que el ciudadano no quede expuesto a ser sancionado bajo un régimen de punibilidad y penalidad que no haya estado vigente al momento de ejecutar o de omitir la acción prohibida u ordenada por la norma respectiva¹. Esto último ya ofrece la clave decisiva para determinar qué ha de contar como el momento de la perpetración o comisión del hecho, en los términos del Art. 18 del Código Penal. Pues si el ciudadano ha de tener la posibilidad de motivarse a evitar el comportamiento delictivo, para así no exponerse a sufrir una determinada sanción, entonces el momento en que ha de estar vigente el régimen jurídico bajo el cual el ciudadano pueda llegar a ser condenado, en caso de que pueda imputársele haber quebrantado la norma respectiva, es el momento en que el ciudadano ejecuta u omite la respectiva acción.

Frente a esto, el momento en que pudiera tener lugar la producción de un determinado resultado (tratándose, en efecto, de un hecho constitutivo de un delito de resultado), no es relevante en lo absoluto². Y si se tratara, en su caso, de la ejecución u omisión de una acción prolongada en el tiempo, de lo anterior se sigue que el nuevo régimen de punibilidad y penalidad sólo podría resultar aplicable, bajo la prohibición de retroactividad, a aquel fragmento de la ejecución u omisión de la acción que tenga lugar después de la entrada en vigencia de ese nuevo régimen.

Para dar un ejemplo: es claro que el principio de irretroactividad se vería vulnerado si, después de que el presunto autor ha disparado un arma de fuego en contra de otra persona, pero antes de que ésta muera (encontrándose, supóngase, hospitalizada), se produjera una modificación legislativa que incrementara la penalidad del homicidio, en términos tales que, después de producirse la muerte de la víctima, el autor fuese condenado bajo el nuevo régimen de penalidad más severo.

III. La competencia *ratione temporis* y la garantía constitucional del juez natural

Según lo ya sostenido, no es posible determinar lo que cuenta, en un contexto dado, como el momento del hecho si no se considera el fundamento y la función de las reglas para cuya aplicación tiene relevancia dicha determinación.

¹ Véase por todos Roxin, Claus: *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, § 5/19.

² En relación con el derecho alemán, Kindhäuser, Urs: *Lehr- und Praxiskommentar zum StGB*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, § 2, n.m. 3, § 8, n.m. 2.

Elo también rige, ciertamente, cuando se trata de la pregunta acerca de la incidencia de la determinación del momento del hecho en pos de la demarcación de la competencia de los tribunales que ejercen jurisdicción en lo penal. Para los efectos del presente informe, la cuestión se plantea en referencia al proceso, gradual y progresivo, de entrada en vigencia del Código Procesal Penal y la correspondiente legislación complementaria, que incluye, desde luego, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. A este respecto, el Art. 483 del Código Procesal Penal dispone que sus normas “sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, mientras que el Art. 484 establece la fecha de entrada en vigencia de ese mismo código en atención a la región del territorio nacional de que se trate. El Art. 4º transitorio de la Ley 19.640, por su parte, establece los mismos plazos para la entrada en vigencia de la normativa que autoriza al Ministerio Público “para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y los testigos”.

Así, el criterio de aplicabilidad de la nueva normativa procesal penal, en relación con la variable temporal, exige comparar dos términos: el momento de acaecimiento del hecho, por un lado, y el momento de la entrada en vigencia de la normativa procesal penal, por otro. Y esta normativa sólo será aplicable, en un caso dado, en la medida en que el hecho haya acaecido después de producida la entrada en vigencia de dicha normativa.

La aplicación misma de ese criterio exige, a su vez, determinar cuál ha sido el lugar en que se ha realizado el hecho. Pues dependiendo de cuál sea el lugar podrá establecerse si el Código Procesal Penal y la correspondiente legislación complementaria ya se encontraban vigentes al momento del hecho, en atención a la variabilidad de la fecha de dicha entrada en vigencia según cuál sea la respectiva región del país. El criterio para ello se encuentra establecido en el Art. 157 del Código Orgánico de Tribunales, cuyo inc. 3º dispone: “El delito se entenderá cometido en el lugar donde se hubiera dado comienzo a su ejecución”.

Es imprescindible advertir, sin embargo, que esta última disposición sólo tiene relevancia indirecta para responder la pregunta que aquí interesa, que es la pregunta de si los hechos juzgados acaecieron antes o después de la entrada en vigencia de la nueva normativa procesal penal. Pues el momento en que se da comienzo a la ejecución del delito determina el lugar en el cual el delito se entiende cometido; y entonces, dependiendo de cuál sea la región del país a la que corresponda ese lugar, podrá establecerse si el hecho acaeció después de la entrada en vigencia de la nueva normativa procesal penal. Sólo en este último caso resultará competente para conocer del caso aquel tribunal, “en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho” (Art. 157, inc. 1º, COT), cuyo ejercicio de jurisdicción esté asociado a la aplicación de dicha normativa procesal penal.

Pero lo anterior no basta, todavía, para poder concluir que el momento de acaecimiento del hecho, en el sentido del Art. 483 del Código Procesal Penal, deba necesariamente identificarse con el momento en que el hecho ha comenzado a ejecutarse. Piénsese, por ejemplo, en la configuración temporal de un delito de homicidio, cuyo autor efectúa un disparo con un arma de fuego en contra de la víctima en un momento-1, en un lugar-X, muriendo ésta en un momento-2, en un lugar-Y. Ante tal caso, en principio no habría problema alguno en entender, por un lado, que el hecho se habría cometido (Art. 157

COT) en el lugar-X, porque es ahí donde el autor dio ejecución al hecho, y en entender, por otro lado, que el momento del acaecimiento del hecho (Art. 483 CPP) habría sido el momento-2, siempre que el momento de acaecimiento del hecho tuviese que identificarse con el momento de consumación del hecho.

El problema, entonces, consiste en cómo ha de interpretarse la expresión “hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, en el contexto del Art. 483 del Código Procesal Penal. Y tal como habrá de mostrarse a continuación, la conclusión tiene que ser que un hecho se entiende acaecido, para tales efectos, en el momento en que tiene lugar el comienzo de ejecución.

Aquí es necesario advertir, sin embargo, que ello no se funda, en lo absoluto, en el principio de irretroactividad de la ley penal, que se encuentra consagrado en el Art. 19 N° 3, inc. 7°, de la Constitución Política. Pues es claro que, aun cuando la cuestión sea controversial respecto de ciertos ámbitos marginales,³ la regulación procesal no queda sometida, por principio, a dicha prohibición de aplicación retroactiva. En la medida en que la legislación procesal admita ser aplicada *in actum*, tal como lo prevé el Art. 11 del Código Procesal Penal – salvo que el tribunal estime más favorables al imputado las normas procesales que hubiesen estado vigentes al momento de iniciarse el proceso –, es claro que las normas procesales aplicables no necesitan haber estado vigentes ya al momento en que tuviera lugar la realización del presunto hecho delictivo⁴.

Que el principio constitucional de la legalidad de la pena, por ende, no venga en consideración aquí, no significa que no pueda haber razones para entender que determinada legislación procesal sí ha de haber estado vigente con anterioridad a un determinado hecho para que éste pueda ser juzgado con arreglo a ella. Y esto es precisamente lo que ocurre si la entrada en vigencia de determinada legislación procesal trae aparejada la constitución de un cuerpo de tribunales inexistentes con anterioridad. Pues la cuestión que entonces se plantea afecta, ni más ni menos, el derecho al “juez natural”, consagrado en el Art. 19 N° 3, inc. 4°, de la Constitución Política⁵, así como en tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile⁶.

La disposición constitucional establece, en lo que aquí interesa, que nadie puede ser juzgado sino “por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”. Aquí se encuentra la clave para determinar qué ha de contar como el acaecimiento del hecho en el sentido del Art. 483 del Código Procesal Penal. El derecho al juez natural funciona como una garantía de imparcialidad a favor del ciudadano, que se traduce en la exigencia de que el tribunal competente para juzgar el hecho que pudiera serle imputable ha de estar establecido

³ Véase por ejemplo Oliver, Guillermo: *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007 pp. 206 ss.

⁴ Véase por todos Roxin, *op. cit.*, § 5/55 ss., exceptuando únicamente aquella regulación de presupuestos o impedimentos de procesabilidad que “afectan la admisibilidad del conjunto del proceso”.

⁵ Al respecto véase Maturana, Cristián y Montero, Julio: *Derecho Procesal Penal*, Abeledo Perrot/Legal Publishing, Santiago, 2010, tomo 1, pp. 114 ss.

⁶ Respecto del alcance de la garantía bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con una revisión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Toro, Constanza: *El debido proceso penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, pp. 96 ss., 102.

por ley, con anterioridad a que el ciudadano ejecute la acción prohibida u omita la acción ordenada que puede ser objeto de enjuiciamiento, esto es, con anterioridad a la *perpetración* del hecho. Pues es claro que la expectativa de certeza asociada a esa garantía de imparcialidad se vería defraudada si, después de que el ciudadano ha ejecutado u omitido una determinada acción, pero eventualmente antes de que se produzca aquella consecuencia que pudiera contar como el correspondiente resultado, se estableciera un tribunal previamente inexistente que pudiera juzgar al ciudadano por el hecho en cuestión. Ello contaría como el establecimiento de un tribunal *ex post facto*, lo cual vulneraría la garantía constitucional en cuestión⁷.

Nótese de paso, que la actual redacción del inc. 4º del Art. 19 N° 3 de la Constitución Política es el resultado de la Ley 20.050, de reforma constitucional, del año 2005, que sustituyó la anterior redacción, que rezaba: "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta". Bajo la redacción original, la garantía exigía que el establecimiento del tribunal fuese anterior al inicio del juzgamiento respectivo, pero no anterior a la perpetración del hecho juzgado. La redacción actual de la disposición constitucional, en cambio, reproduce los términos en los cuales la garantía se encuentra consagrada, en el nivel legal, bajo el Art. 2º del Código Procesal Penal, de conformidad con el cual el tribunal juzgador ha de estar establecido por ley "con anterioridad a la perpetración del hecho".

Así, la interpretación aquí defendida consiste en sostener la equivalencia de las nociones de acaecimiento y de perpetración del hecho, entendiendo que la perpetración del hecho se identifica, tratándose de un posible delito de comisión activa, con la ejecución de la acción que el eventual autor debía abstenerse de realizar. Y a favor de la interpretación aquí defendida, habla decisivamente el tenor de la disposición 8ª transitoria de la Constitución Política, cuyo inc. 2º dispone:

El capítulo VII "Ministerio Público", la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.

Aquí es determinante que en esta disposición se emplee la expresión "hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones", puesto que esta terminología resulta enteramente coincidente con la que hace suya el Art. 483 del Código Procesal Penal. En la medida en que haya que asumir que la disposición 8ª transitoria se encuentra en una relación de congruencia normativa con la garantía del Art. 19 N° 3, inc. 4º, es posible concluir que, para los efectos de las reglas sobre aplicación de la nueva normativa procesal penal, la noción de acaecimiento del hecho es equivalente a la noción de perpetración del hecho bajo la garantía constitucional del juez natural. Y en estos términos, el hecho eventualmente constitutivo de un delito de resultado es

⁷ Las consideraciones sugeridas por López, siguiendo a Maier, en el sentido de que "no existiría violación del derecho al juez natural en el caso de una transformación total del sistema de administración de justicia que determinara una organización judicial completamente nueva" (Horvitz, María Inés y López, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, tomo 1, p. 63), pueden ser materialmente sensatas, pero resultan manifiestamente incompatibles con el sentido de la norma constitucional vigente.

perpetrado en el instante en que el presunto autor ejecuta la acción prohibida u omite la acción ordenada, según corresponda.

IV. Excurso: el carácter ideal del eventual concurso de los presuntos cuasidelitos de homicidio

Antes de entrar directamente en la pregunta concerniente a la identificación del tribunal que resulta competente, de conformidad con las normas del derecho chileno, para conocer de los hechos del caso, puede ser importante clarificar la cuestión relativa a cuántos presuntos hechos delictivos pudieran resultar imputables a cada una de las personas de cuya responsabilidad se trata. Esto vuelve necesario dar cuenta de la ambigüedad que exhibe el concepto de *hecho*, en atención a las dos diferentes funciones que el mismo puede desempeñar desde el punto de vista del derecho penal sustantivo⁸.

En términos del derecho penal sustantivo, el sentido primario en que puede hablarse de “hecho” es para designar, propiamente, un determinado hecho *delictivo*, esto es, un hecho que se distingue por constituir un delito. El criterio para ello es evidente sin más: un delito (consumado) está constituido por la realización imputable de un tipo delictivo, esto es, de una determinada descripción de una forma de comportamiento delictivo. Esto quiere decir, en otros términos, que la identificación de un determinado hecho delictivo es siempre relativa a, o dependiente de, una determinada descripción: cada realización (imputable) de un determinado tipo delictivo cuenta como un hecho delictivo *per se*⁹.

Pero el derecho penal sustantivo también conoce una noción diferente de “hecho”, a saber, aquella que sirve para la calificación de un (auténtico) concurso de delitos como un concurso ideal, precisamente en atención a que las dos o más realizaciones del mismo o de varios tipos delictivos tienen lugar en una situación de “unidad de hecho”, tal como lo prevé el Art. 75 del Código Penal¹⁰. Y la pregunta crucial, obviamente, se refiere al criterio para determinar cuándo tiene lugar una situación de unidad de hecho; esto es, cuándo un mismo hecho constituye los dos o más delitos, en los términos del Art. 75.

A este respecto, no es correcto recurrir a una exigencia de mera simultaneidad, así como tampoco a la exigencia de un solo movimiento corporal asociado al comportamiento del presunto autor. Antes bien, lo correcto es recurrir a un criterio con relevancia

⁸ Ciertamente, también cabe reconocer un concepto procesal de hecho, tal como éste define el alcance del principio de persecución penal única, de las excepciones de cosa juzgada y litis pendencia, así como del principio de congruencia, cuyo análisis, sin embargo, no es de interés aquí. Para ello véase Del Río, Carlos: *Los poderes de decisión del juez penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 147 ss.

⁹ Esto lo desconoce Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 8ª ed., 2005, pp. 664 s., en relación con lo que él denomina “delitos culposos con pluralidad de resultados”. Correctamente en sentido contrario Novoa, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, tomo II, pp. 229 ss. Obviamente, el reconocimiento de que en tales casos siempre existe una pluralidad de delitos aún no basta para determinar si ella constituye un concurso real o un concurso ideal.

¹⁰ Junto a la situación de concurso ideal, el Art. 75 del Código Penal prevé la aplicabilidad del mismo régimen de determinación de la pena (que es uno de absorción agravada) al así llamado “concurso medial”.

normativa para fundamentar la unificación (relativa) de las diferentes realizaciones típicas concurrentes, que en todo caso explique el tratamiento punitivo más favorable que el legislador asocia al concurso ideal frente al concurso real, que es aquella forma de concurso (auténtico) que se distingue, precisamente, por no presuponer una unidad de hecho entre las distintas realizaciones típicas concurrentes¹¹. Tal criterio tendría que descansar en la posibilidad de una aproximación de las distintas realizaciones típicas imputables a la misma persona desde el punto de vista de su respectivo desvalor de acción, por existir una relación de identidad (total o parcial) entre las respectivas acciones ejecutivas¹². Y para ello puede sugerirse un *test* de evitabilidad conjunta: si para el autor de los varios hechos delictivos concurrentes hubiera sido posible evitar las dos o más realizaciones típicas a través de la omisión de una misma acción, entonces puede afirmarse una unidad de hecho¹³.

Ahora bien, el concurso ideal puede asumir dos formas, según si los dos o más delitos que se encuentran en situación de unidad de hecho, en los términos recién expuestos, se corresponden con la realización de dos o más tipos delictivos diferentes, o bien con la realización de un mismo tipo delictivo dos o más veces. En el primer caso, el concurso ideal asume la forma de un concurso homogéneo; en el segundo caso, de un concurso heterogéneo¹⁴.

Así, si a través de un solo disparo de un arma de fuego tiene lugar la realización de dos tipos delictivos diferentes, por ejemplo, la descripción del homicidio y la descripción del aborto – porque el disparo impacta a una mujer embarazada, produciendo la muerte de ésta y también la del feto –, entonces hemos de reconocer la existencia de dos delitos o hechos delictivos diferentes, en relación de concurso ideal heterogéneo. Y asimismo, si a través de la detonación de una bomba se ve realizado tres veces el tipo delictivo del homicidio – porque a consecuencia de la explosión resultan muertas tres personas –, entonces hay que reconocer la existencia tres delitos o hechos delictivos diferentes, en relación de concurso ideal homogéneo.

En el caso al cual se refiere el presente informe, y bajo la hipótesis de que efectivamente se hallasen satisfechas las respectivas condiciones de responsabilidad personal, todo indica que habría que reconocer, respecto de cada imputado, la existencia de un posible concurso ideal (homogéneo) entre ocho presuntos cuasidelitos de homicidio. Pues

¹¹ El derecho penal chileno prevé dos regímenes punitivos alternativamente aplicables al concurso real: el del Art. 74 del Código Penal, que consiste en un régimen de acumulación material de las penas asociadas a los hechos delictivos concurrentes; y el del Art. 351 del Código Procesal Penal, que consiste en un régimen de formación de una pena única, o bien de exasperación de la pena mayor, siempre que los delitos concurrentes sean de la misma especie, esto es, siempre que afecten un mismo bien jurídico. Frente a ambos regímenes resulta más favorable, en todo caso, el régimen del concurso ideal (y medial), que consiste en la asperación o absorción agravada de la pena correspondiente al delito más grave.

¹² Al respecto, y por todos en la doctrina alemana, Kindhäuser, *op. cit.*, § 52, n.m. 4 ss.; en la doctrina española, por todos, Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., BDF, Montevideo y Buenos Aires, 2005, 27/44 ss.

¹³ Su formulación se encuentra en Kindhäuser, Urs: "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH NJW 1984, 1568", JuS 1985, pp. 104 s. Para un criterio coincidente, postulado en la doctrina chilena, véase Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo II, p. 120.

¹⁴ Como es obvio, la misma distinción es aplicable tratándose de un posible concurso real.

todo indica que, de haber bases para plantear la posibilidad de imputar la causación de las ocho muertes en cuestión, ello descansará en la identificación de la misma ejecución u omisión de una acción, respecto de cada uno de los eventuales responsables, con relevancia para la explicación causal de cada uno de esos ocho resultados.

Esto último, sin embargo, podría verse enfrentado a una importante objeción. Pues en la doctrina chilena existen planteamientos que proponen excluir la posibilidad de un concurso ideal homogéneo que quedara sometido al régimen previsto por el Art. 75 del Código Penal. Para ello usualmente se invocan dos argumentos. En primer lugar, se sostiene que el concepto de hecho, al que recurre el legislador en el inc. 1º del art. 75, abarcaría no sólo la acción sino también el resultado, en tanto se trate, en efecto, de delitos de resultado, por lo cual habría que reconocer tantos hechos como resultados delictivos vengan en consideración¹⁵. Pero el problema es que este argumento, a diferencia de lo que pretenden quienes lo invocan, no puede simplemente llevar a concluir que estaría excluida la posibilidad de reconocer un concurso ideal homogéneo bajo el Art. 75. Pues si el argumento se desarrolla consistentemente, lo mismo tendría que valer para cualquier caso de concurso ideal heterogéneo de dos o más delitos de resultado.

Así, en el ejemplo ya mencionado, en que una persona causa la muerte de una mujer embarazada y también la muerte del feto que ella porta en su vientre a través del mismo disparo de un arma de fuego, es evidente que estaríamos en presencia de dos delitos de resultado, en la medida en que tanto la consumación del homicidio como la consumación del aborto dependen del acaecimiento de un resultado¹⁶. Por ende, de aplicarse el criterio de que, para los efectos de la aplicación del Art. 75, siempre habría tantos hechos como resultados, la conclusión tendría que ser negar la existencia de un concurso ideal (heterogéneo) en el caso del ejemplo, para sostener, en cambio, la existencia de un concurso real. Pero ésta es una conclusión que en general los partidarios de la tesis aquí criticada no están dispuestos a validar¹⁷. Luego, el primer argumento queda desvirtuado en atención a que, desde el punto de vista la relación en que se encuentran los conceptos de hecho y de resultado, para los efectos de la aplicabilidad del Art. 75 del Código Penal, no hay diferencia alguna entre los casos de concurso homogéneo y los casos de concurso heterogéneo¹⁸.

El segundo argumento, ahora bien, apunta a que los términos en que se encuentra configurado el régimen de determinación de la pena previsto por el inc. 2º del Art. 75

¹⁵ Véase Novoa, *op. cit.*, tomo II, p. 232; Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, tomo II, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 452 s.

¹⁶ La tesis de que el aborto es un delito cuya consumación depende de la producción del resultado consistente en la muerte del feto no ha estado exenta de controversia en la doctrina chilena tradicional. Fundamental para el desarrollo de dicha tesis, contraria a la definición del concepto jurídico-penal de aborto como mera interrupción del embarazo, Bascañán Valdés, Antonio: Nota a sentencia "Contra Teresa Pastén", *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXII, N° 2, 3ª época (1963), pp. 221 ss.

¹⁷ Véase Garrido, *op. cit.*, p. 435, quien afirma la existencia de un concurso ideal entre homicidio y aborto en el caso en que a través de la misma acción una persona causa la muerte de la mujer embarazada y la muerte del feto. Sugiriendo una tesis favorable al reconocimiento de un concurso real para tal caso, Novoa, *op. cit.*, tomo II, p. 232.

¹⁸ Así Etcheberry, *op. cit.*, tomo II, p. 121; Cury, *op. cit.*, pp. 665 s.

lo volverían inaplicable a los casos de concurso ideal homogéneo¹⁹. Ello, en la medida en que ese régimen consiste en identificar cuál es la pena correspondiente al delito más grave, que absorbe la pena de los demás delitos concurrentes, para así proceder a imponerla en su umbral máximo. Luego, se dice, dicho régimen no sería aplicable si los dos o más delitos concurrentes son de igual gravedad, que es precisamente lo que ocurriría en una situación de concurso ideal homogéneo.

Pero el argumento anterior desconoce que el mismo problema podría presentarse en una situación de concurso ideal heterogéneo. Pues es obvio que dos o más delitos de distinta especie *stricto sensu* – en el sentido de que cada uno de ellos consiste en la realización imputable de un tipo delictivo diferente – pueden resultar de igual gravedad en atención a su respectiva penalidad²⁰. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sujeto que cause un aborto, ejerciendo violencia sobre la mujer embarazada, a consecuencia de lo cual ésta sufra lesiones corporales que le acarreen infertilidad. En la medida en que el autor haya actuado siquiera con dolo eventual respecto de la producción de dicho resultado de lesión corporal consistente en la “impotencia” de la mujer²¹, y suponiendo que se satisfacen las condiciones de imputación subjetiva del aborto en cuestión, cabría reconocer aquí un concurso ideal entre un delito de aborto con violencia del Art. 342 N° 1 y un delito de lesiones gravísimas del Art. 397 N° 1²². Ahora bien, ambos delitos son de igual gravedad, en la medida en los respectivos marcos penales son idénticos: presidio mayor en su grado mínimo. Y obviamente, esto no sería obstáculo para reconocer que lo que se da, en tal caso, es un concurso ideal (heterogéneo). Luego, nada distinto tendría que valer en caso de que el concurso ideal sea homogéneo: siendo los delitos concurrentes de igual gravedad, el tribunal ha de imponer la pena mayor correspondiente a cualquiera de ellos²³.

Lo anterior hace posible concluir, de cara a los hechos del caso al cual se refiere el presente informe, que en la medida en que se vean satisfechos los presupuestos de los ocho cuasidelitos de homicidio, respecto de uno o varios de los imputados, el régimen de concurso que habría que reconocer entre ellos sería el régimen del concurso ideal. De más está decir, a este respecto, que ello vuelve enteramente inviable la eventual sugerencia de que el régimen de penalidad aplicable pudiera ser el del Art. 351 del Código Procesal Penal. Pues la aplicabilidad de este régimen depende, necesariamente, de que entre dos o más delitos (o cuasidelitos) de la misma especie *lato sensu* – esto es, de delitos cuya lesividad se refiera al menoscabo de un mismo

¹⁹ Véase Garrido, *op. cit.*, p. 453.

²⁰ Este concepto de delitos de la misma especie en sentido estricto no coincide, como es obvio, con el concepto de delitos de la misma especie al que recurre el Art. 351 del Código Procesal Penal. Se trata más bien, del concepto de delitos de la misma especie que es propio de la regulación de la agravante por reincidencia específica del Art. 12 N° 16.

²¹ A favor de la interpretación de “impotente” como abarcando la impotencia (*generandi o coeundi*) de una persona de sexo femenino, Politoff, Sergio, Grisolia, Francisco y Bustos, Juan: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 216 s.

²² Para ello es fundamental reconocer que el concurso no podría ser calificado como aparente, en la medida en que el desvalor de las lesiones gravísimas ciertamente no queda comprendido por el desvalor del aborto violento. Con matices, a favor del concurso ideal en tal caso, *ibid.*, p. 152.

²³ Así Etcheberry, *op. cit.*, tomo II, pp. 121 s.

bien jurídico – se dé una relación de reiteración. Y por definición semejante relación de reiteración no puede darse entre delitos cuya perpetración tiene lugar en una situación de unidad de hecho.

V. Sobre la (in)competencia del Juzgado de Garantía de Constitución

Establecido lo anterior, lo que resta es indagar en el momento de la perpetración de los presuntos hechos delictivos constitutivos de homicidio, que son objeto del juzgamiento en el caso al cual se refiere el presente informe, para así determinar si tales hechos efectivamente acaecieron después de la entrada en vigencia de la correspondiente legislación procesal penal en la Región del Maule, lo cual ocurriera, de conformidad con el Art. 484 del Código Procesal Penal, el día 16 de octubre de 2001.

En atención a ello, es necesario establecer cuándo tuvo lugar el comportamiento del respectivo imputado que podría tener relevancia para explicar causalmente la muerte de cada una de las ocho personas fallecidas, de modo tal de poder atribuirle, eventualmente, ocho cuasidelitos de homicidio, en la medida en que es claro que una imputación a título de dolo tendría que ser descartada. Aquí es imprescindible, sin embargo, efectuar algunas precisiones.

En primer lugar, no puede perderse de vista que lo que está en juego es la eventual imputación de ocho cuasidelitos de homicidio, todos los cuales habrían sido perpetrados, por parte de cada posible imputado, en una situación de unidad de hecho en el sentido del Art. 75 del Código Penal, según ya se explicara. Ello, porque no parece posible afirmar que las personas involucradas en el desarrollo y la aprobación del proyecto urbanístico hayan actuado con una representación del riesgo concreto de la muerte de cada una de las víctimas que pudiera fundamentar el correspondiente dolo eventual²⁴.

Y en segundo lugar, tampoco puede perderse de vista que, en la medida en que se asuma que tratándose de cuasidelitos no sería aplicable la distinción entre autores y partícipes accesorios, habrá que determinar para cada imputado por separado si se satisfacen a su respecto las condiciones de imputación de los ocho presuntos cuasidelitos de homicidio. Esto lleva a que haya que preguntar, respecto de cada imputado por separado, cuándo se habría ejecutado la acción causal para la muerte de cada víctima, o bien cuándo se habría omitido la acción que habría podido impedir la muerte de cada víctima. Lo cual da cuenta, a su vez, de que es imprescindible establecer si los respectivos cuasidelitos de homicidio, respecto de cada imputado por separado, son constitutivos de delitos culposos de comisión activa o de delitos culposos de omisión (impropia).

La afirmación de la eventual existencia, respecto de cada imputado, de ocho presuntos cuasidelitos de homicidio de comisión activa requeriría identificar en qué podría haber consistido la contribución activa del respectivo imputado en la causación de cada una de las ocho muertes. Desde ya, si la contribución activa se enmarcó en el proceso

²⁴ Para el argumento correspondiente, ante la eventual imputación de hechos constitutivos de delitos de daños en las mismas circunstancias, véase Mañalich, Juan Pablo: "¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?", *Política Criminal*, vol. 5, N° 10, 2010 [http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A2.pdf], pp. 341 ss., 346 ss.

mismo de diseño y construcción del complejo habitacional en cuestión, es claro que la entrada en vigencia de la nueva normativa procesal penal se habrá producido con posterioridad a la perpetración de los cuasidelitos. Y aquí hay que observar que ello no se ve alterado por la circunstancia de que con posterioridad a dicha entrada en vigencia, el año 2007, haya tenido lugar una comunicación, por parte del SERVIU, que informaba de las fallas de construcción que habrían exhibido los edificios. Lo relevante, más bien, es si la infracción de la exigencia de cuidado, fundante del carácter imprudente o culposo de los presuntos homicidios, pudiera ser ya reconocible en la contribución activa de quienes intervinieron en la construcción defectuosa de los inmuebles cuyo derrumbe llevó a las muertes en cuestión.

La cuestión sólo cambiaría si, respecto de uno o más imputados, fuese posible afirmar la existencia de cuasidelitos de homicidio en omisión impropia, por una posterior omisión culposa de impedir que cada una de las víctimas se encontrase en el inmueble respectivo al momento del derrumbe. Para ello sería en todo caso indispensable fundamentar la respectiva posición de garante en virtud de la cual el imputado en cuestión podría haber quedado específicamente obligado a impedir que los moradores que en definitiva resultaron muertos continuaran ocupando los inmuebles correspondientes. Sólo en la medida en que semejante omisión imprudente o culposa pudiese haber tenido lugar con posterioridad al 16 de octubre de 2001, podría sostenerse la competencia del Juzgado de Garantía de Constitución para conocer de los hechos en cuestión.

Es imprescindible enfatizar, ahora bien, que en uno y otro caso resulta completamente irrelevante, para los efectos de determinar cuál sea el tribunal competente, el momento en que ocurriera cada una de las ocho muertes. Pues éstas constituyen los resultados de los presuntos cuasidelitos de homicidio, y el momento del resultado del hecho carece de toda relevancia, según ya se ha sostenido, para determinar en qué momento ha sido perpetrado el hecho. El momento de ocurrencia de cada una de esas muertes, en tanto momento que marca la consumación de cada uno de los presuntos cuasidelitos de homicidio, sí tiene relevancia, en cambio, como el punto a partir del cual comenzaran a correr los respectivos plazos de prescripción de la acción penal, no obstante la suspensión de los mismos en virtud del ejercicio de la respectiva acción penal.

Para concluir, es fundamental advertir una consecuencia que se sigue lo que aquí sostenido: en la medida en que pueda haber imputados a quienes sólo puedan resultar atribuibles hechos constitutivos de cuasidelitos en comisión activa, perpetrados con anterioridad al 16 de octubre de 2001, el Juzgado de Garantía de Constitución carecerá de competencia para conocer de dichos hechos, aun cuando pueda haber otros imputados a quienes sí puedan resultar atribuibles hechos constitutivos de cuasidelitos en omisión impropia, acaecidos con posterioridad a dicha fecha; sólo respecto de estos últimos podría reclamar competencia el Juzgado de Garantía de Constitución.

Esto es todo cuanto puedo a este respecto puedo informar.

Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich R.
Departamento de Ciencias Penales
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Diseño y producción:
Gráfica Metropolitana

La presente obra de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir
en octubre de 2013



Defensoría
Sin defensa no hay justicia

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.dpp.cl