

INFORMES EN DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL

2014

- Sobre el delito de prevaricación del abogado
José Luis Guzmán Dalbora
- Sobre las preguntas aclaratorias que el tribunal de juicio oral puede formular a testigos y peritos
Orlando Poblete Iturrate
- Algunas notas sobre el delito de estafa
Gonzalo Medina Schulz
- Las circunstancias modificatorias del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 del Código Penal como atenuantes por comportamiento procesal supererogatorio del imputado
Juan Pablo Mañalich Raffo
- Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal
Jonatan Valenzuela Saldías
- Sistema nacional de registro de ADN regulado en la ley N° 19.970: análisis de sus presupuestos de aplicación
Jorge Bofill Genzsch

N° 16 • Diciembre 2015

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN

DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL
2014

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O`Higgins 1449, piso 8, torre I

“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° 259.738

Santiago - Chile

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

I.S.B.N. N° 978-956-8349-43-1 (Volumen 16)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

ÍNDICE

Presentación.....	7
I. Sobre el delito de prevaricación del abogado	9
II. Sobre las preguntas aclaratorias que el tribunal de juicio oral puede formular a testigos y peritos	27
III. Algunas notas sobre el delito de estafa.....	65
IV. Las circunstancias modificatorias del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 del Código Penal como atenuantes por comportamiento procesal supererogatorio del imputado	87
V. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal	117
VI. Sistema nacional de registro de ADN regulado en la ley N° 19.970: análisis de sus presupuestos de aplicación	147

Presentación

En este número de esta colección se han recopilado seis informes en derecho elaborados por destacados académicos y que fueron solicitados por la Defensoría como material de apoyo para el trabajo de los defensores públicos, tanto en casos específicos como en el análisis de regulaciones legales.

La amplia gama de temas e instituciones jurídicas analizadas genera la oportunidad de profundizar la comprensión en instituciones vinculadas a la parte general del derecho penal, parte especial y derecho procesal penal. Si a lo anterior se suma la actualidad e importancia de los aspectos discutidos para la defensa en juicio, quien se introduzca en su lectura, podrá apreciar la evolución dogmática hasta la actualidad en las áreas especificadas.

Así, se incluye un informe en el que se analizan las circunstancias modificatorias del Código Penal del artículo 11 N°8 (el que pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito) y 11 N°9 (el colaborador eficaz). El autor sostiene una sistematización en las que resultan ubicadas entre aquellas que exigen un comportamiento posterior de carácter procesal (*lato sensu*) del imputado. La diferencia entre ellas radicaría en la naturaleza de la facilitación a la justicia realizada por la persona (jurídica y factual). Por otro lado, también se incluye un estudio de los principios que informan el proceso penal. En este se ofrece una conceptualización omnicompreensiva del sentido bajo el cual se encuentra estructurado el sistema penal, destacando los pilares orgánicos y funcionales que le dan sentido a la dirección proceso, la actividad y agencia judicial, la aportación prueba y las posibilidades de intervención del magistrado. Todo lo anterior, con miras a fijar el ámbito de intervención de este último en las preguntas aclaratorias.

En esta edición también se presenta un análisis del delito de estafa recaída sobre una “boleta de garantía”. El autor realiza un análisis de la estructura del tipo penal y de la naturaleza del instrumento mercantil con el objeto de resolver un conflicto jurídico en el que el elemento controvertido era la relevancia del engaño a efectos de la disposición patrimonial. El siguiente informe intenta establecer la presencia o ausencia en un caso específico del tipo penal de prevaricación de abogado, en un contexto en el que la defensa de los derechos de los mandantes y la estipulación de honorarios era controvertida.

Finalmente, los últimos dos informes intentan develar el sentido de dos importantes y controvertidas instituciones ubicadas en leyes especiales. El primero de ellos, la racionalidad de la sanción a la falta de noticia a la autoridad y a la negativa a someterse a exámenes corporales contenidas en la Ley N°18.290. El segundo estudia las medidas intrusivas contenidas en la Ley N° 19.970, que crea el “Sistema Nacional de Registro de ADN”, desde una perspectiva penal y procesal con una mirada constante a la protección de datos personales.

De esta forma, se pone a disposición de los operadores del sistema esta edición con la intención de aportar en el mejoramiento de la calidad de la defensa en juicio y en la construcción de un debate con perspectivas de cambio.

I. Sobre el delito de prevaricación del abogado

Prof. Dr. José Luis Guzmán Dalbora
Universidad de Valparaíso

I. Origen, antecedentes y objeto del Informe

Se emite el presente informe en derecho a solicitud de la Defensoría Penal de la Región de Coquimbo, entidad que a través de la jefa de su departamento de estudios, requirió nuestro parecer sobre la causa seguida en contra de los acusados F., D., O., A. y S.

El objeto del informe es realizar un análisis de los hechos materia de la acusación y determinar la existencia de los tipos penales invocados por ésta o si, en cambio, se trata de actuaciones propias del ejercicio de la profesión de abogado en la defensa de los derechos de sus mandantes y de estipulaciones de honorarios congruentes con los servicios que se prestó. Es que la señora D. y los señores O., A. y S. son letrados, y los capítulos de la acusación conciernen a actuaciones profesionales de estas personas.

En la elaboración del dictamen tuvimos a la vista copia de todas las piezas de la extensa investigación, especialmente el testimonio de múltiples vecinos de la localidad, los expedientes civiles y administrativos allegados a la carpeta penal, las declaraciones de los imputados, la transcripción policial de grabaciones de conversaciones telefónicas mantenidas por éstos y, en fin, los tres escritos de acusación, así la del Ministerio Público como las de los querellantes particulares. Dado el estado de la causa cuando escribimos estas cuartillas, o sea, no habiendo ocurrido aún la audiencia de preparación del juicio oral, carecemos de una fijación precisa e irrefragable de los hechos, que sólo podría proveer la sentencia dictada al término del juicio. Por

lo mismo, hemos de basarnos en nuestra personal apreciación de la dinámica fáctica de los sucesos, en parte coincidente y en parte polémica con la que presenta el Ministerio Público en su pliego acusatorio.

De la mano de dicha apreciación procuraremos relevar la atipicidad de las conductas atribuidas a O., A., D. y S. a título de prevaricación de abogado por perjuicio a su cliente, prevaricación por patrocinio simultáneo y estafa documental; del delito de desórdenes públicos sindicado a F. y, en fin, del de asociaciones ilícitas que los acusadores columbran en las actividades de cuatro acusados. La calificación jurídica que asignamos a los hechos irá precedida de un análisis de las infracciones que entran en consideración, principiando por el eje de todo este problema, la prevaricación de abogados y procuradores. Puesto que nuestro corolario en todos los extremos del requerimiento fiscal es que los hechos no se adecuan a las respectivas figuras legales, el análisis estará cifrado en los elementos típicos de los delitos que vienen al caso, cotejados con los bienes jurídicos subyacentes, porque el objeto de la tutela es siempre determinante de la interpretación de la ley penal, llamada por eso teleológica. Sólo en contadas ocasiones se hará mención de aspectos distintos de la teoría del delito, aplicada a alguno de los que acabamos de indicar.

2. El derecho

2.1. Los delitos de prevaricación de abogados por perjuicio de su cliente, revelación de sus secretos o patrocinio simultáneo de la parte contraria, en los artículos 231 y 232 del Código Penal chileno, son infracciones pluriofensivas cuya inserción sistemática en la parte especial del derecho penal ha despertado discusiones en la doctrina criminalista. El fulcro del dilema radica en la determinación del bien jurídico principalmente ofendido. De ello depende cuál es su titular, el carácter de la tutela, su extensión, así como si puede o no acordarse efecto desincriminante al consentimiento de la víctima de la práctica prevaricadora¹.

En términos generales, se piensa que estos delitos atentan contra la Administración de Justicia. De hecho, bajo esta rúbrica los regulan algunos códigos, como el italiano de 1930 (artículos 380 y 381), español de 1995 (artículo 467) y portugués de 1982 (artículo 370). Incluso los textos que no contienen aquel epígrafe, sino el de «delitos contra la Administración pública» o el más antiguo de «crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño

¹ Así, Medina de Seíça, en *Comentário Conimbricense do Código penal*. Parte especial. Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias. 3 vols. Coimbra Editora, Coimbra, 2001, t. III, cfr. pág. 630.

de sus cargos», que se leen en los códigos argentino de 1921 y chileno de 1874, respectivamente, no han impedido que los penalistas asocien la prevaricación en palabra, que en el código argentino comparece en el artículo 271, a la Administración de Justicia como bien jurídico y al Estado como titular de éste y, por tanto, sujeto pasivo del maleficio².

En otro lugar tenemos escrito que administración de justicia y función jurisdiccional son dos maneras distintas para designar un mismo concepto, al que definimos como una función pública cuyo contenido consiste en declarar coactivamente, con exclusividad e independencia, el derecho aplicable a un supuesto fáctico particular cuya entidad es controvertida, o respecto del cual se discute la norma que debe regirlo o el sentido o alcance de tal norma³. La prevaricación de abogados, sobre todo aquella que se comete al patrocinar simultáneamente a partes contrapuestas, que es la variedad más antigua del prevaricato⁴, caracterizada por Carrara como el delito del defensor o apoderado que se pone de acuerdo con la parte contraria, con miras de lucro y en perjuicio de su propio cliente⁵, se inscribe dentro de las formas genéricas de atentar contra la jurisdicción como uno de los quebrantamientos, por los órganos y sujetos de ésta, de sus particulares deberes para con ella, en tanto en cuanto la actuación suponga ejercicio de funciones jurisdiccionales o colaborar con ellas. Este último es precisamente el caso de los abogados que patrocinan o defienden a las partes en un juicio, ya que su intervención perfecciona la relación procesal –aportando el concepto de parte, la que en nuestro sistema procesal debe, en general, comparecer patrocinada por un abogado y representada por un mandatario judicial– y contribuye al correcto funcionamiento de

² Cfr., por todos, Rodríguez Collao y Ossandón Widow, *Delitos contra la función pública*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª ed., actualizada, 2008, pág. 223, y Creus, *Delitos contra la Administración pública*. Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 446.

³ Guzmán Dalbora, *Introducción a los delitos contra la Administración de Justicia*. Objeto, sistema y panorama comparativo. Publicaciones del Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua, Managua, 2005, cfr. págs. 22 y 26.

⁴ En efecto, procede del Derecho romano y a ella se remonta el significado etimológico de la palabra prevaricar, del latín *varicare*, que denota apoyar los pies en dos planos opuestos, torcidamente. *Varii* o patituertos llamaron los latinos a los individuos que, teniendo los pies planos, caminaban con sus extremidades inferiores apartadas. Cfr. Carmignani, *Elementos de Derecho criminal*. Traducción de Antonio Forero Otero y revisión técnica de Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, 1979, pág. 346.

⁵ *Programa de Derecho criminal*. 10 vols. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Temis, Bogotá, t. V de la Parte especial, 1961, cfr. pág. 141.

la administración de justicia, que “depende de ellos tanto como del juez. Su actuación infiel también pone en peligro, pues, aquel funcionamiento”⁶.

Sin embargo, de inmediato surgen dudas acerca de si la jurisdicción es el objeto inmediato o mediato de la tutela penal en esta clase de prevaricación, a diferencia de la cometida por jueces, en que el bien principal es indiscutible. En efecto, la prevaricación por perjuicio o revelación de secretos del cliente no requiere necesariamente la existencia de un pleito judicial, porque el elemento típico «cliente», con que el artículo 231 mienta al sujeto pasivo de la acción del abogado o procurador, abarca tanto a la parte de un juicio como al sujeto asesorado técnicamente en un asunto extra o prejudicial⁷; y no son pocos los autores que piensan en España y Chile que la prevaricación por patrocinio simultáneo de partes contrarias tampoco requiere una causa en curso ni la constitución formal del patrocinio del abogado⁸. Al argumento de que estas especies de prevaricato pueden darse al margen de una relación procesal, dato que ciertamente no habla a favor de su vinculación con el objeto público de la tutela –la administración de justicia– y, al revés, parece asociarlas a una deslealtad o incorrección profesional nociva de intereses particulares, es de añadir que algunos códigos incluyen como elemento negativo del tipo del patrocinio simultáneo o sucesivo de personas con intereses contradictorios, que el abogado o procurador, esto es, el sujeto agente, debe haber procedido *sin el consentimiento* de su primer representado⁹.

⁶ Creus, *op. cit.*, pág. 446.

⁷ De esta opinión, Etcheberry Orthusteguy, *Derecho penal*. 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3ª ed., revisada y actualizada, 1998 (según la cubierta, 1997), t. IV, cfr. pág. 221.

⁸ Pues “de exigirse u patrocinio formalmente constituido para ambas partes, la norma quedaría prácticamente sin posibilidades de ser aplicada”. Rodríguez Collao y Ossandón Widow, *op. et ed. cit.*, pág. 231. En España, Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*. Parte especial. Decimotercera edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, pág. 1141: “El concepto de partes no es el de partes en el proceso, pues la asistencia jurídica puede ser extraprocesal”. De otro sentir, Guzmán Dalbora, *op. cit.*, cfr. pág. 137, texto y nota 191, y Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, cfr. pág. 513.

⁹ Artículo 467 del Código español, donde el requisito se interpreta en el papel de determinante para un tipo que no ofende en primera línea la Administración de Justicia (cfr. González Rus, en *Curso de Derecho penal español*. Parte especial, obra dirigida por Manuel Cobo del Rosal. 2 vols. Pons, Madrid, 1997, t. II, págs. 544-545), y artículo 381 del italiano, como presupuesto sólo del patrocinio sucesivo, delito que no se configura si éste “es prestado con el consentimiento de la parte asistida anteriormente”. Cfr. Fiandaca y Musco, *Diritto penale*. Parte speciale. Publicados, 2 vols. Zanichelli, Bologna, t. I, 1ª ed., 1988, pág. 303.

Pues bien, estas consideraciones tienen repercusión en el caso que informamos. Quien, de la pareja de objetos tutelados, a saber, la administración de justicia y los intereses patrimoniales o extra-patrimoniales del cliente¹⁰, alzapreme el de carácter público, concluirá que el consentimiento del individuo que sufrió el perjuicio, cuyos secretos reveló el otro o al que éste asistió mientras apoyaba a la contraparte, es incapaz de surtir efecto liberador de responsabilidad criminal, a menos que se trate de bienes disponibles para su titular, como los patrimoniales¹¹. Al revés, pleno mérito eximente, por atipicidad o, en su caso, justificación de la conducta del abogado, habrá de atribuir al consentimiento del representado la postura que divisa en el prevaricato una ofensa primaria contra bienes jurídicos individuales, y otra sólo dependiente o remota contra la Administración de Justicia.

Parece que el primer punto de vista es el que inspira al código chileno con su decisión de incardinar estos delitos a remolque de los de jueces y funcionarios públicos en general. Queremos decir con esto que el tipo de lo injusto de la prevaricación de abogados y procuradores radica no solamente en una infidelidad de éstos para con sus patrocinados o representados, sino, ante todo, en la importancia institucional del papel de estos profesionales para la administración de justicia, a la que colaboran en la tutela jurídica que los tribunales están llamados a prestar a los justiciables. Siendo así, de la pertenencia estatal del bien se desprende su indisponibilidad y la consiguiente irrelevancia del consentimiento de las partes y las personas que acuden a la oficina del letrado sin tener todavía o no alcanzar jamás la calidad de sujetos de la relación procesal¹².

Con todo, el criterio institucional no debe ser exagerado, porque por debajo de él pulsa la consideración de intereses individuales también merecedores de estima. La advertencia, que rescata en su importancia el objeto mediato de la tutela, vale lo mismo para el artículo 231 que el 232 del código chileno. El primero estampa un elemento compuesto, normativo y subjetivo a la vez, que demanda en el autor de este delito especial propio el «abuso malicioso de su

¹⁰ Extra-patrimoniales, porque el perjuicio, requisito explícito del artículo 231 para que se dé el resultado del delito, e implícito o supuesto por la ley en el prevaricato del artículo 232, no tiene por qué ser de significación pecuniaria. Conformes, Etcheberry Orthusteguy, op., vol. et ed. cits., cfr. pág. 221, y Creus, op. cit., cfr. pág. 448.

¹¹ Así, Antoisei, *Manuale di Diritto penale*. Parte speciale. 2 vols. Novena edición, integrada y actualizada por Luigi Conti. Giuffrè, Milano, 1986, t. II, cfr. pág. 934. Véase, además, Fiandaca y Musco, op., ed. et vol. cits., pág. 301.

¹² De este parecer, Medina de Seïça, en op. et vol. cits., cfr. pág. 632; en Chile, Rodríguez Collao y Ossandón Widow, op. et ed. cits, cfr. pág. 226.

oficio». No existe abuso, o sea, un ejercicio excesivo, impropio o indebido de la profesión, ni, por ende, infracción a los deberes que ésta entraña, en el letrado que descubre los secretos o dispone de derechos patrimoniales del cliente con la autorización de él¹³. En tal caso, el acto resta atípico. Por su parte, el artículo 232 parte de la base de que el abogado, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocina simultáneamente a la parte contraria. Por cierto, es indiferente que, siendo el litigio judicial, el patrocinio bifronte exista en un proceso o bien en procedimientos distintos, con tal que se trate de la misma relación jurídica, porque la ley habla de «negocio», término que alude a la identidad del asunto material que se disputa, no a las diferentes acciones procesales que pueden derivar de él¹⁴. Además, carece de importancia que el abogado actúe directamente o realice su intervención a través de una persona interpuesta, siempre que el autor inmediato revista también la calidad de abogado¹⁵. Sin embargo, resulta ineludible la existencia de «partes contrarias». Sabemos que el consentimiento de ellas en el patrocinio dual es irrelevante de cara al bien jurídico que sirve de razón de ser a este delito, la administración de justicia. Pero si la intervención del letrado está al servicio de un interés común de los litigantes, como producir un avenimiento, una conciliación o transacción, los sujetos dejan de ser adversarios y el abogado ya no patrocina a partes contrapuestas¹⁶. A idéntico corolario arriban los penalistas alemanes en su interpretación del requisito típico de la contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*) de la actuación del abogado en el párrafo 356 del código penal federal, ya que se piensa que no es

¹³ Una confirmación legal de este límite del deber de secreto en el abogado la suministra el inciso segundo del artículo 303 del Código procesal penal.

¹⁴ Cfr. Maurach, Schroeder y Maiwald, *Strafrecht*. Besonderer Teil. 2 vols. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 8ª ed., 1999, t. II, pág. 291.

¹⁵ El patrocinante desleal será entonces autor mediato, sea porque obra utilizando un instrumento inculpable o mediante un sujeto no cualificado que actúa dolosamente. La falta de cualificación de éste descansa en que el abogado intermediario no es quien patrocina en realidad a partes contrarias, papel que compete al hombre de atrás. Cfr. Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, pág. 402. En el delito que comentamos tocan muy de pasada esta posibilidad Creus, *op. cit.*, cfr. pág. 450, Soler, *Derecho penal argentino*. 5 vols. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, t. V, 5ª ed., 1988, cfr. pág. 284, Etcheberry Orthustegui, *op.*, *vol. et ed. cits.*, cfr. pág. 222, y Rodríguez Collao y Ossandón Widow, *op. et ed. cits.*, cfr. pág. 231. Los colegas argentinos la declaran sin interés, porque de todos modos el patrocinante encubierto perjudicará a su cliente, con lo cual el tipo aplicable sería en Chile el del artículo 231.

¹⁶ Guzmán Dalbora, *op. cit.*, cfr. págs. 138, nota 294.

antijurídico, sino justificado, que el sujeto agente emprenda, con la aquiescencia de las partes, esfuerzos para lograr entre ellas un entendimiento¹⁷.

Aplicando las consideraciones precedentes a la actuación de los abogados en la presente causa, parécenos ostensible su atipicidad, por más que en alguno de sus aspectos haya visos cuestionables desde la óptica de la ética profesional.

En efecto, el Ministerio Público estima que A. cometió prevaricación al acompañar y asistir a X. en las declaraciones que ella rindió por la mañana y, luego, la tarde del 15 de septiembre de 2008, puesto que él, juntamente a O. y D., había comparecido como abogado patrocinante y apoderado de la querrela criminal presentada el día 10 del mismo mes por F. y otros miembros de una comunidad en contra de dirigentes de ésta, uno de los cuales era la mujer en palabra. Ahora bien, ni por asomo se divisa aquí los extremos del delito del artículo 231 del Código. Es que X. tampoco fue entonces ni sería nunca «cliente» de estos abogados, como exige el tipo. Las personas que habían solicitado los servicios profesionales del estudio liderado por O. fueron otras, precisamente, quienes figuran como actores en el escrito de querrela. Descartada, pues, la prevaricación por perjuicio del cliente, queda el prevaricato genuino, en el artículo 232. Sabemos que el patrocinio, para la concepción amplia de este delito, aquella que no ciñe el acto de patrocinar a su sentido propio en el derecho procesal –la defensa técnica en juicio–, amadriga también la asesoría o consejo fuera del marco de un proceso¹⁸. Por ende, A. habría perpetrado el delito si es que instó a la mujer a realizar una declaración con la que se incriminaba a sí misma, aceptando los términos de la querrela tanto en los hechos como por su participación punible en ellos. Sin embargo, no parece que las cosas se dieron de esa manera. En sus manifestaciones indagatorias, O., A. y D. indican que sus clientes acudieron al despacho profesional en compañía de X., y que significaron claramente a la última que iban a presentar una querrela en su contra. Ésta, por su parte, declaró en la causa que se había visto involucrada en un avenimiento judicial para el que no tenía pleno poder de sus mandantes, pero creyendo que el dinero obtenido con el acuerdo y el donado para miembros de la comunidad provenían del empresario agrícola Y., no de la compañía minera

¹⁷ Cfr., por todos, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung. Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11ª ed., 1969, pág. 525; Maurach, Schroeder y Maiwald, op., vol. et ed. cit., pág. 292, y las referencias glosadas en Guzmán Dalbora, ibidem.

¹⁸ Cfr. Cramer, en Adolf Schönke y Horst Schröder, *Strafgesetzbuch*. Kommentar. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 25ª ed., 1997, pág. 2333, y *supra*, texto y nota 8.

XX, y que con las sumas se beneficiaría a toda la comunidad, no a un grupo circunscrito de vecinos. Aunque hay para dudar de la credibilidad de la fémina, porque el mismo Y. señaló al Ministerio Público que fue ella quien decidió los beneficiarios de la donación y las cantidades precisas que recibirían, suma conspicua en el caso de X., lo cierto es que de los dichos de ésta, así ante el abogado asistente de la Fiscalía, en la causa contra los abogados, como en el proceso penal patrocinado por los últimos, se desprende que la declarante adujo en su favor una situación de error que la eximía de responsabilidad penal, admitiendo que hubiese delito en los hechos relatados en la querrela¹⁹. Por eso el asistente de fiscal expondría después que la mujer le pareció muy tranquila al declarar, que no aparentaba preocuparle la persona de A., quien la acompañó ese día al oficio del fiscal y permaneció fuera del despacho, a la espera del término de la diligencia. La conducta de aquél, pues, no puede ser considerada como patrocinio simultáneo. Éste tampoco se verifica si el abogado de un querellante recomienda al querellado ser leal en sus declaraciones, cuyo parece ser el caso en esa investigación criminal, máxime si lo expuesto por quien declara lo exime de responsabilidad criminal, aunque fuere a título de confesión calificada.

Ocurre, empero, que la declaración de la querellada fue uno de los antecedentes fácticos de las acciones civiles deducidas en contra de los donatarios con el fin de obtener la nulidad del avenimiento primitivo, la retención judicial de los dineros obsequiados y la anulación del proceso de insinuación de la liberalidad. Ahora, la acusación sostiene que los patrocinantes de los libelos, esto es, O., D. y A., así como el letrado de confianza de su estudio, S., prevaricaron al hacer creer a los comuneros, ya agrupados en un comité de defensa, persona jurídica cuyas administración, representación y razón social corresponde a los primeros tres colegas de profesión, que los donatarios estaban siendo demandados judicialmente por el comité, no por los letrados, y que la única forma de recuperar el monto de las donaciones, aceptadas en el ínterin, consistía en ceder a aquel organismo el cincuenta por ciento del dinero, como efectivamente sucedió merced a las transacciones sucesivas, su aprobación judicial y el alzamiento de la medida precautoria respecto de treinta y nueve de los ciento diecisiete donatarios, en cuya representación actuó un hombre de paja, S., que obraba en interés del comité y sus abogados.

Pasemos por alto la exactitud de que S. compareció a nombre de los treinta y nueve vecinos y que fue pagado –miseramente, a decir verdad– por

¹⁹ Eventualidad que, de nuestra parte, tenemos por muy discutible.

los abogados del bufete, que a su turno se embolsaron una cifra cuantiosa, el treinta y cinco por ciento de la millonaria suma entregada en virtud de las transacciones al organismo vecinal. Prescindamos también de la inmoralidad del pacto de *cuota litis*, tanto más crasa en este asunto cuanto que O., D. y A. se hicieron socios de su cliente, el Comité de Defensa, para recuperar las cosas que fueron objeto del pleito, acuerdo que repugna a la imparcialidad indispensable para ejercer la profesión de abogado, que no debe ser enturbiada por esta clase de especulaciones²⁰. Y es que la inmoralidad no constituye en sí misma delito alguno. Tampoco en los hechos que informamos. Bien examinado, no hubo prevaricación por patrocinio simultáneo en el ajuste de esas transacciones, su aprobación judicial y la liberación de los dineros retenidos, parte de los cuales irían a parar al bolsillo de los profesionales a través de su cliente, el famoso comité. Las declaraciones de F., las de muchos vecinos de la localidad, las escrituras de transacción, su aprobación judicial y las manifestaciones de los abogados, certifican más bien que éstos se afanaron por lograr un acuerdo entre el comité y los donatarios, que habían sido demandados por algunos de los dirigentes del primero en la causa sobre retención judicial seguida en la capital y que ahora pretendían incorporarse a la nueva organización y proseguir su lucha en contra de la edificación de un estanque de desechos mineros y ser indemnizados por la empresa que lo construyó. Esta situación los ponía en evidente conflicto con el comité y sus abogados, incompatibilidad que concernía lo mismo a las acciones civiles ya interpuestas en contra de los donatarios, aún impagos en sus pretensiones, que a las que se aprestaba a presentar el Comité, con todos sus miembros, beneficiados o no por la donación, en contra de Minera XX. Del mayor interés resultan los documentos de «haber sido informados» que firmaron los treinta y nueve individuos. Allí se lee que ellos sabían que su demandante en la causa civil de Santiago no era el comité, sino

²⁰ De ahí que el pacto en cuestión fue prohibido y castigado en el Derecho histórico, especialmente Las Siete Partidas y la Novísima Recopilación. Todavía lo penó como cohecho el Código español de 1928 (art. 478). Cfr. Rodríguez Devesa, *voz Cohecho*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. IV, 1952, pág. (354-364) 357. Sin embargo, no constituye prevaricato, ya que, «lejos de ser una traición al cliente y una falta de celo, el pacto de *cuota litis* es odioso precisamente por la sospecha opuesta, es decir, de celo excesivo». Carrara, *op. et vol. cits.*, pág. 158. El Código de ética profesional del Colegio de Abogados de Chile, vigente desde el 1º de agosto de 2011, lo admite dentro de ciertos límites, uno de los cuales es que la participación del abogado no supere la del cliente, regla harto generosa, por reducir al mínimo el reproche que ella merecería (artículo 36). Con todo, representa un conflicto prohibido de intereses que el abogado los adquiera pecuniariamente en el asunto en que interviene como patrocinante o apoderado de su cliente, reserva hecha de los honorarios (artículo 74). Por tanto, el abogado queda inhabilitado para formar una sociedad con su mandante, como aconteció en este caso.

un grupo de vecinos de la localidad, que podían allanarse o no a las demandas que impugnaron la donación, que se les informó de su derecho a no renunciar a ésta “por ahora y esperar el avance de los procesos”, y que firmaron sin albergar duda alguna acerca del contenido y alcance del texto. Por lo demás, a este punto carece de importancia que los firmantes creyesen que el actor civil era el comité, personas naturales de la comunidad o bien abogados del uno o de la otra. El hecho objetivo es que los profesionales consiguieron una transacción con la que poner parcial término a un juicio pendiente entre su cliente y los treinta y nueve donatarios. Por cierto, los últimos se apresuraron a rubricar el documento animados del mismo designio que inspiró a los abogados, el lucro. Las partes «contrarias», pues, fueron finalmente reunidas por la transacción, con lo que decae el elemento típico que exige el artículo 232, pero también las mancomunó la causa subjetiva que impulsó a todos, letrados y profanos: el dinero. En síntesis, un negocio jurídico perfecto, inobjetable para el derecho civil.

Aun suponiendo que la gestión conciliadora de los abogados no elimina el carácter típicamente antijurídico de la actuación en el sentido del delito de patrocinio simultáneo, porque igual habrían intervenido al servicio de partes contrapuestas, no por eso tienen que ser llamados a responder criminalmente. Llama la atención que en las escrituras de transacción y los documentos de haber sido informados los vecinos que se plegaron a ella, que imaginamos preparados por O., su mujer, D., y A., y en los escritos con que éstos y S. piden la aprobación judicial del acuerdo, los cuatro individuos no oculten en momento alguno que aquí había de por medio pleitos pendientes entre las partes del avenimiento. Otro tanto reconocen en sus declaraciones indagatorias, esto es, que actuaron intentando salvar el conflicto de intereses, incluso poniendo a disposición de los donatarios un abogado que los asistiese en la transacción y las gestiones judiciales subsiguientes. Que este último fuese de la confianza del estudio O. y que con la presencia del intermediario se conjuraba el riesgo de ser perseguidos penalmente, cosa que podía suceder si los mismos abogados de los demandantes aparecían patrocinando en el acuerdo a los demandados, no cancela el hecho de que los primeros creían firmemente –y con razón, digámoslo otra vez– que una gestión conciliadora entre litigantes suprime el tipo de la prevaricación y, en el fondo, está justificada. En otras palabras, estos profesionales habrían versado en un error indirecto de prohibición, juzgándose amparados por la causa de justificación del ejercicio legítimo del oficio (artículo 10, número 10, del Código Penal), mas que refluye sobre la figura de prevaricación, en su requisito de «partes contrarias», como error de tipo. Confusiones de esta índole son factibles incluso tratándose de personas con formación jurídica,

como son los abogados, en especial las que recaen sobre el efecto del consentimiento de los interesados y la prioridad de los deberes profesionales. Es más, “un error de prohibición puede ser inevitable incluso tratándose de un abogado experimentado”²¹. A la luz de los antecedentes, ese error sería invencible; y de haberlo podido evitar, por ejemplo, consultando a un colega penalista, tampoco responderían los incursos en la equivocación, ya que el prevaricato de abogados no admite ejecución culposa.

En fin, tanto menos se registra en los hechos una pluralidad de delitos de prevaricación, “reiterados y consumados”, como pretextan el Ministerio público y los acusadores particulares. La prevaricación de abogados, en cualquiera de sus tres especies, pero especialmente aquella por patrocinio simultáneo, no se agota, como regla general, en una acción única, sino que se prolonga en una sucesión de acciones. Pero la identidad material de la causa o litigio determina que esas acciones singulares constituyan, según el sentido teleológico del tipo, un solo acto y, por ende, un único delito de prevaricación. Que no muevan a engaño, pues, las múltiples actuaciones, judiciales y extrajudiciales, realizadas en distintos momentos respecto de los donatarios que aceptaron la transacción, porque tras ellas late “la *unidad de sentido* inherente a la conducta”, que es también única²².

2.1. La acusación imputa a los abogados que intervinieron en las transacciones y a los tres que se hicieron socios y representantes del Comité de Defensa unos delitos reiterados y consumados de suscripción engañosa de documentos, en el artículo 470, número 4º, reclamando para ellos las penas más altas de las que enlista el artículo 467 del Código Penal.

Dentro del incontenible casuismo con que el código chileno regula las defraudaciones en general y la estafa en particular, la figura del aquel artículo se recorta como una especie calificada de la última. La estafa documental, que es la designación técnica con que bautizó a la infracción la doctrina española, representa una forma agravada en que no media entre agente y víctima un título obligatorio, como en el artículo 467, pero el autor crea mendazmente la apariencia de un título no verídico con el objeto de producir un daño en el patrimonio ajeno y enriquecerse a sí mismo o a un tercero. En este sentido, la estafa documental reproduce exactamente la estructura de la estafa propia. Su peculiaridad radica tan sólo en la clase de engaño, que comprende dos posibilidades,

²¹ Maurach, Schroeder y Maiwald, *op. cit.*, ed. et vols. *cits.*, pág. 293.

²² Medina de Seïça, *op. cit.*, pág. 640.

ambas encapsuladas en el artículo 470, número 4°. Por una parte, el engaño que produce la motivación errada de un documento que no hubiera sido suscrito sin él, documento que tampoco por eso deja de ser auténtico y veraz, por ejemplo, si se hace que el paciente reconozca una deuda inexistente o autorice la transferencia de dinero a una sociedad simulada. Por otra, el engaño determinante de que se firme un documento de contenido esencialmente distinto al que el firmante creía suscribir, de lo que brinda un paradigma la escritura de venta en que el vendedor entendía estar confiriendo un poder o aquella en que se da por pagado del precio, pero se lo defrauda o perjudica en su monto. Como en la primera subespecie “los hechos mendaces constituyen las ficciones y apariencias que fueron necesarias para sugestionar al embaucado”²³, ella queda comprendida como un caso particular en la estafa calificada del artículo 468. El ámbito propio de la estafa documental, pues, viene a ser la segunda subespecie, en que el contenido del documento no corresponde a la verdadera voluntad del otorgante²⁴. Sin embargo, sigue habiendo en ella una estafa genuina, cuya única individualidad consiste en que el acto de disposición patrimonial se expresa en la firma del documento. Esto aparte, el momento consumativo coincide, como en toda estafa, con el perjuicio patrimonial de la víctima —el engañado y disponente, o sea, quien firmó— o de un tercero, perjuicio que, dependiendo de la naturaleza del documento, se producirá con su suscripción (por ejemplo, el recibo de pago de una deuda) o después (como la tradición de la cosa dada en venta por escrito o el pago de una letra de cambio o un cheque), siempre y cuando, en entrambos casos, exista daño emergente, por disminución del activo o aumento del pasivo, en el patrimonio del lesionado²⁵. La estafa, en todos sus tipos, incluida la documental, está acuñada como delito de lesión, no de peligro, para derechos patrimoniales.

El Ministerio público considera que los treinta y nueve donatarios fueron timados al suscribir las transacciones y resignar efectivamente, tras la aprobación judicial de éstas y la liberación de los dineros retenidos por la medida precautoria, la

²³ Antón Oneca, *Las estafas y otros engaños*, en sus *Obras*. Publicados, 3 vols. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. III, 2003, pág. 132.

²⁴ Característica que lo tornaría falso, en opinión del último autor glosado, ídem, cfr. pág. 133. En nuestra opinión, el documento es auténtico y veraz, sólo que el motivo de su suscripción fue viciado por el engaño. Del mismo sentir, Etcheberry Orthusteguy, *op. et ed. cits.*, t. III, cfr. pág. 415.

²⁵ Conformes, en Chile, Labatut Gléna, *Derecho penal*. 2 vols. Séptima edición, actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II (*Parte especial*), 1983, cfr. pág. 229; Etcheberry Orthusteguy, *ibidem*, y Garrido Montt, *Derecho penal*. Publicados, 4 vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. IV (*Parte especial*), 2000, cfr. pág. 354.

mitad de las sumas a que tenían derecho, engaño atribuible a los cuatro abogados que participaron en la operación. Este capítulo de las imputaciones es fácil de descartar una vez que se recuerde el enjuiciamiento desplegado en el acápite anterior. Sabemos ya que no hubo engaño alguno en el avenimiento que puso parcial término al conflicto entre aquéllos y sus antiguos demandantes, de lo que ministra terminante demostración la secuencia judicial y extrajudicial de actos que condujo a la erogación real de las cantidades, secuencia en que los sedicentes estafados fueron advertidos una y otra vez, incluso por funcionarios completamente ajenos a la negociación, sobre la índole y el contenido de los documentos que suscribieron. Por consiguiente, no procedieron equivocados acerca de la causa, naturaleza, los términos y consecuencias jurídicas de sus actos.

Pero el órgano acusador atribuye, además, unas estafas documentales a los letrados O., D. y A., y al acusado F., por haber hecho suscribir mediante engaño a ciento dieciocho vecinos la escritura pública de 19 de noviembre de 2008, con que se constituyó la sociedad colectiva civil de defensa del pueblo, porque estas personas ignoraban que los abogados, individuos no residentes allí y a los que inspiró un puro propósito lucrativo, serían socios de la entidad, representantes de ella ante terceros y encargados de distribuir las indemnizaciones que se obtuviese en la campaña contra la empresa minera responsable del deterioro de las condiciones ambientales de la localidad, indemnizaciones en que los abogados llevarían la parte del león. La verdad es que la escritura no permite determinar cuál habría sido la proporción que les hubiese correspondido, suponiendo que las acciones judiciales tuvieran éxito. Pero despejar este problema no tiene real significación, ya que tampoco parece que la sociedad haya conseguido nada de la empresa explotadora. El mismo Ministerio Público discurre en un tono condicional, esto es, que, “en el evento de lograr el pago de alguna cantidad de dinero”, los abogados y F. “obtendrían una cantidad” descomunal. Sin perjuicio del paciente, la estafa documental tampoco puede quedar consumada.

Pero ¿habrá tentativa en la firma de la escritura de constitución de la sociedad? Para ello tendríamos que conjeturar de que los engañados creyeron suscribir un documento de contenido diverso del que se les presentó, o que nunca lo hubiesen suscrito de haber conocido su auténtica causa, y que el acto de disposición, nocivo para sus intereses, yace en haber renunciado de antemano a los derechos que les tocaría en una repartición justa de las ganancias. Si se repasa las declaraciones de estas personas no podrá arribarse a una conclusión unívoca en cuanto a lo primero, el engaño. Hay quienes indican

que desconocían lo que hicieron al estampar sus rúbricas. Otros, por su parte, parecen haber entendido las solicitudes de los abogados, en especial que éstos habían llegado a la ciudad, no por una causa ambiental, sino con el sólo propósito de ganar dinero a costa de Minera XX, objetivo para el que arengaron a sumarse a los vecinos. Por cierto, no lograron convencer al testigo XY. De las declaraciones de este comerciante, persona más instruida que sus coterráneos, parece desprenderse que el trío profesional nunca ocultó al público sus verdaderas intenciones. Sea de ello lo que fuere, la hipótesis de una tentativa de estafa documental decae por otra razón. El engaño que hace perder a la víctima una expectativa legítima, o que ella deje de ganar algo (lucro cesante), nunca es estafa, sino un ilícito civil, a lo menos en el derecho nacional²⁶. Por lo demás, ¿cómo habría que determinar la pena de esta estafa intentada, si es imposible establecer el monto del perjuicio? En verdad, las pretensiones de los socios, de todos los que formaron la sociedad en comento, no llegan a expectativas, porque éstas suponen una cierta concreción, y mucho menos a un lucro cesante. Son meras ambiciones económicas, proyectos o deseos desprovistos de tutela penal.

3.1. Despejados los extremos precedentes, esto es, que no hay tipicidad en la actuación de los acusados con respecto a los delitos de prevaricación y estafa documental, desechar los restantes que la acusación atribuye a O., D., A. y F. resulta de trámite más sencillo.

Por lo pronto, el de asociaciones ilícitas. Según los términos del Ministerio Público, los tres abogados y F. habrían formado un consorcio cuyo objeto era obtener ilegalmente, tanto a través de la comisión de diversos delitos como el emprendimiento de actividades de supuesta reivindicación social, un enorme lucro económico a expensas de la compañía XX y los habitantes del pueblo. Quedó dicho que en la consecución de ganancias fueron exitosos. El pingüe desenlace, empero, no es sinónimo del delito de asociaciones ilícitas. Con más frecuencia que lo que sería de desear las acusaciones oficiales atribuyen a una pluralidad de malhechores esa infracción, sumamente compleja y provista de

²⁶ Naturalmente, esto depende de la concepción que se asuma acerca del patrimonio. Hay teorías, como la económica y jurídica, proclives a incluir la frustración de expectativas, incluso de fines subjetivos del paciente, en el daño patrimonial, conforme explica Hernández Basualto, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en el volumen colectivo *Problemas actuales de Derecho penal*. Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003, cfr. págs. (147-190) 171-184. Pero en el Código chileno el artículo 239, que castiga el delito de fraude al Estado y a ciertos entes públicos menores, deja de manifiesto que el lucro cesante cuenta sólo para el fisco, no en la estafa que ofende a particulares.

unos requisitos que, al contrario, raras veces se presentan en la práctica, tanto menos la chilena, donde faltan por principio las condiciones criminológicas que la posibilitarían, primera entre todas, un Estado y aparato policial débiles²⁷. Antes bien, la realidad criminal del país es fértil en conspiraciones, el concierto de dos o más personas para cometer uno o varios delitos, resolución manifestada que la ley declara punible en contadísimos casos (artículo 8 del Código Penal). Y median muchas diferencias entre el complot para delinquir y el delito que ahora nos ocupa. En la conspiración, el acuerdo recae en la ejecución de uno o varios delitos; a su vez, el objeto del acuerdo del delito previsto en el parágrafo 10, título VI, libro II del código, es constituir una asociación criminosa, o sea, *asociarse*, en lo que hay que tener presente que el pacto sobre los delitos determinados que compondrán el itinerario de actividades de los miembros de la asociación, vendrá después, en otro instante. Esto aparte, la asociación supone la existencia de una organización estable, duradera y jerarquizada, que se autorreproduce o sobrevive a los delitos individuales que van perpetrando sus miembros, todo lo cual se desprende de la exigencia colocada al final del artículo 292 («por el solo hecho de organizarse») y la mención de unos jefes, personas que ejercen mando y meros miembros, en los artículos 293 y 294. Además, para que exista una asociación ilícita y, con ella, el delito de peligro abstracto contra el orden público²⁸, es indispensable que su objeto consista en la comisión de crímenes o simples delitos, no ya atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades, fórmula de origen belga cuyo recto alcance es fijado por la pareja de artículos que acabamos de citar. En síntesis, la asociación ilícita no es una simple partida de criminales ni un colectivo puramente inmoral o antijurídico, sino, precisamente, una organización formada para cometer delitos en el sentido técnico de la expresión²⁹.

²⁷ Schneider, *Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada*, en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, número 3, 1993, cfr. págs. (723 y ss.) 738-739.

²⁸ Subjetivamente entendido, esto es, como el "sentimiento general de sosiego que, cautelado, posibilita el ejercicio de los derechos individuales, impide que los sujetos reduzcan su acción, retrayéndola a la esfera privada, y, muy especialmente, determina cierta condición fundamental para el desarrollo compartido de las relaciones en el tejido social". Guzmán Dalbora, *Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas*, en su libro *Estudios y defensas penales*. Legalpublishing, Santiago de Chile, 3ª ed., aumentada, 2009, pág. 160.

²⁹ Cfr. Grisolia Corbatón, *El delito de asociación ilícita*, en la *Revista Chilena de Derecho*, de Santiago de Chile, vol. 31, número 1, 2004, págs. (75-88) 82 y 84.

En los hechos parece existir un acuerdo de mantener o impulsar ciertas actividades en defensa de los intereses de los miembros de un poblado, principalmente, iniciativas judiciales. Lo corroboran las cláusulas de la sociedad creada el 19 de noviembre de 2008, como, sobre todo, las acciones entabladas ante distintos tribunales del país. Si lo primero, el acuerdo, aproxima el entendimiento entre los reos a la conspiración –ese «plan delictivo» de que discurre el Ministerio Público en las primeras líneas de su acusación–, el pacto se distancia radicalmente de una asociación ilícita por su objeto real, que nunca fue la perpetración de delitos. Es claro a este punto que los letrados no se concertaron para prevaricar ni estafar, sino para ganar dinero. Algo parecido cuadra a F. y, en general, los vecinos que dieron vida a una sociedad protectora. Perdida ya la esperanza de detener una obra que destruiría las condiciones de subsistencia humana y ambiental de su pueblo, enderezaron sus aspiraciones a ser indemnizados por el autor de la ruina.

Este último aspecto es clave para comprender la atipicidad del delito de desórdenes públicos que se imputa singularmente a F. Esta infracción, cuya forma básica es descrita por el artículo 269, inciso primero, del Código Penal, representa un acto de lesión del orden público objetivamente concebido, o sea, como paz o tranquilidad en las exteriorizaciones colectivas de la vida de relación³⁰. El tipo inserta dos elementos de superlativa importancia. Primero, uno de corte cognitivo, la gravedad de la turbación, que ésta revista cierta entidad, lo cual, a su vez, depende de las circunstancias de tiempo, lugar y personas del hecho. Segundo, un elemento subjetivo de lo injusto, que los agentes obren con la finalidad de causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado. Injuria significa aquí daño, mal equivale al menoscabo de algún bien jurídico y los otros fines reprobados han de serlo según el juicio del ordenamiento, como propósitos antijurídicos. De ello se deduce “que la alteración grave del orden sin perseguir finalidad alguna es atípica”³¹, aunque también cae fuera del tipo el desorden causado sin designios cuya materialización el derecho prohíbe³².

³⁰ Cfr. Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal*. Publicados, 3 vols. Ariel, Barcelona, t. III, 1978, pág. 574.

³¹ Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, ed. cit., pág. 899.

³² La vida cotidiana ofrece numerosos ejemplos de esta situación de atipicidad, entre otros, las celebraciones de un triunfo deportivo en plazas públicas, calles, aeropuertos, etc., que nunca solicitan la intervención de la autoridad, salvo cuando degeneran en daños, robos, lesiones, etc.

Dos motivos nos asisten para sostener la atipicidad de los desórdenes que habría liderado F. el día 7 de marzo de 2009, desde tempranas horas de la mañana y en compañía de otros vecinos. De una parte, es sobremanera opinable que el corte transitorio de la circulación de vehículos por un secundario camino rural represente una turbación grave del orden público. Piénsese que muchas interrupciones del tránsito de automotores, protagonizadas por manifestantes en neurálgicas avenidas de la capital del país, no son perseguidas como delito de desórdenes públicos, sino sólo a título de alguna falta contra el respectivo bien jurídico (artículos 494, número 2º, 495, número 1º, y 496, número 8º, del Código penal) o, dado que éstas exigen en los autores actuar en ofensa de algún bien o alguna persona, como contravención administrativa³³. De otra, porque las manifestaciones públicas cuyo fin es protestar por una construcción que deteriora el agua, suelo, aire, la flora o fauna de un paraje, o reclamar por mejores condiciones educativas, de salud, previsión social, trabajo u otra garantía fundamental, o en contra de las corruptelas en el aparato público o del mundo empresarial, no persiguen fines reprobados. Muy por el contrario, se trata de objetivos que el derecho valora hasta el punto de exigir de las autoridades públicas activarse en pos de su realización³⁴. También integra la libertad de reunión, que entra en liza en estas hipótesis, el quejarse públicamente, llamando la atención de la autoridad, por una obra dañina cuyos responsables se muestran reacios a compensar económicamente a los afectados.

III. Conclusiones

Al cabo de estas cuartillas creemos confirmada nuestra apreciación inicial de que el Ministerio Público se equivoca en la atribución de actos típicos al quinteto de acusados.

³³ En lo que viene a las mientes, entre otros, el artículo 200, en relación con los artículos 165 y 167 de la Ley número 18.290, sobre Tránsito.

³⁴ Por lo demás, traer la protesta social al ámbito penal implica desnaturalizar el trasfondo político de los problemas comprometidos, garantizando así que éstos no serán resueltos por quien tiene el deber jurídico de hacerlo. Al contrario, la protesta social constituye a veces causa de atipicidad, otras, causa de justificación, por estado de necesidad, como cuando "con un corte de ruta se llame la atención pública y de las autoridades, aunque éste tenga una duración considerable y ocasione algún peligro para la propiedad o los negocios. Se trata del medio menos ofensivo que queda en manos de las personas, para llamar la atención sobre sus necesidades en situación límite". Zaffaroni, *Derecho penal y protesta social*, en el volumen *Modernas tendencias de Dogmática penal y Política criminal*. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, dirigido por José Urquiza Olaechea y coordinado por Nelson Salazar Sánchez. Idemsa, Lima, 2007, pág. (1061-1077) 1075.

El valor procesal de la tipicidad, que siempre apremia tener en cuenta en situaciones de esta índole, se expresa en primerísimo lugar en que el tipo es uno de los presupuestos del proceso penal, es más, representa una de sus condiciones de existencia. Por eso, en tanto en cuanto la investigación carezca de algún tipo delictivo, tampoco se tendrá “el gancho a que colgar el caso”³⁵. Por eso la denuncia debe referirse a “*un hecho que revistiere caracteres de delito*” (artículo 173 del Código Procesal Penal), y si los hechos relatados en ella “*no fueren constitutivos de delito*”, el fiscal ha de abstenerse de toda investigación (idem, Art. 168). En rigor, no habiendo actuaciones típicas en la conducta de nuestros acusados, el Ministerio público debió prescindir de la investigación y, de haber sospechado inicialmente que estos sujetos transitaron por los núcleos de los delitos denunciados, hubiese debido ahorrarse la acusación y solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa. Puesto que no lo hizo, sólo resta que el tribunal del juicio oral absuelva a los reos por el mismo motivo en que debió fundarse el sobreseimiento, que los hechos investigados, maguer estar algunos en pugna con las exigencias de la deontología profesional, no son constitutivos de delito.

Esta es la opinión del letrado que suscribe, que cederá, como siempre, ante cualquiera otra más autorizada.

PROF. DR. DR. H.C. MULT. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
 Titular de Derecho penal,
 Universidad de Valparaíso.
 Valparaíso, 10 de diciembre de 2011.

³⁵ La gráfica expresión pertenece al creador de las teorías del tipo y de la tipicidad, Ernst von Beling, *El rector de los tipos de delito*. Traducción y Notas por L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas. Reus, Madrid, 1936, pág. 35.

II. Sobre las preguntas aclaratorias que el tribunal de juicio oral puede formular a testigos y peritos

Orlando Poblete Iturrate
Prof. Universidad de Los Andes

A petición de la Defensoría Penal Pública de la Región de Antofagasta se me ha pedido informar en derecho sobre los siguientes puntos:

- a) Los aspectos dogmáticos procesales respecto de las llamadas “preguntas aclaratorias” que puede dirigir el tribunal a los testigos de conformidad con lo establecido en el artículo 329, del Código Procesal Penal;
- b) La naturaleza y alcance de las facultades que el artículo 329 del Código citado otorga al Juez para proceder a la interrogación de los testigos;
- c) La interpretación del mismo artículo 329, desde la perspectiva de las normas internacionales sobre derechos humanos, constitucionales y procesales penales; y
- d) Los mecanismos de impugnación ante el uso excesivo de esta facultad, la legitimación para emplearlos y sus fundamentos.

1. Introducción

El tema objeto de este informe en derecho se enmarca genéricamente dentro del proceso penal y se relaciona, en particular, con los principios que informan el actual procedimiento penal, con las funciones atribuidas a los distintos sujetos procesales, con los

poderes del juez y del tribunal oral en lo penal y finalmente con los mecanismos procesales que dispone la ley para enfrentar los eventuales desbordes de tales funciones y poderes.

2. El proceso penal chileno. La mutación desde un sistema inquisitivo a uno de carácter acusatorio

El procedimiento penal inspirado en el sistema inquisitivo fue una realidad en el derecho procesal penal chileno hasta el año 2000. El sistema inquisitivo vigente desde antiguo y aplicado en la época de la colonia se mantuvo luego de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906 y durante todo el siglo XX, sin perjuicio de disímiles reformas orgánicas y procedimentales que no alteraron sustancialmente el referido carácter del procedimiento.

De un modo genérico y sin perjuicio de los diversos criterios para calificar un modelo procesal como inquisitivo (criterios históricos, geográficos, potestades del juez y las partes, mayor o menor reconocimiento de garantías procesales, legitimidad del sistema, etc.), lo que sí lo caracteriza es la concentración de las funciones que confluyen en el proceso penal en órganos públicos, jueces, jueces de instrucción, que asumen las funciones de investigación y de juicio. En palabras de FERRAJOLI, es inquisitivo el “sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta...”¹. En el caso chileno y como es sabido, la concentración de las funciones alcanzó límites extremos al encargarse la investigación del delito, en un procedimiento escrito y mayormente secreto, al juez del crimen, quien debía también, mediante una decisión que serviría de suficiente acusación, abrir la fase de juicio y finalmente decidir en ella².

Las reformas liberales de la justicia penal producidas durante el siglo XIX en Europa continental buscaron solucionar los inconvenientes del sistema inquisitivo diferenciando los roles que cumplirían los diversos sujetos procesales. El

¹ FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón*, Edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 564.

² Sobre el principio de oficialidad y el sistema inquisitivo *cf.* HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. I, págs. 34 y ss.; DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, págs. 71 y ss. MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, 2010, t. I, págs. 91 y ss.; CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual de derecho procesal. Los procesos declarativos*, edit. Lexis-Nexis, 2003, págs. 91 y ss.

relieve reconocido al brocardo *nemo iudex sine actore* y la importancia atribuida al principio de imparcialidad del juzgador, entre otros muchos puntos, dieron paso a un modelo de corte acusatorio. En palabras de FERRAJOLI, “se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba enfrentada a la defensa en u juicio contradictorio, oral y público, y resuelta por el juez según su libre convicción³.”

Como se ve, en el sistema acusatorio, el juez ocupa la posición distante y neutral propia de todo jurisdicente, con la que se fortalece su imparcialidad y las partes, mejor, el investigador, el acusador y el acusado, tienen las cargas de descubrir las evidencias, imputar, producir las pruebas ante el tribunal y defenderse. Así se logra que el proceso penal sea, como debe ser y como explica BÚLGARO, un acto entre tres sujetos (*processus trium personarum est*). Esta estructura triádica constituye “... la primera señal de identidad del proceso acusatorio y es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos, el de la tutela frente a los delitos, representado por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representado por la defensa”⁴.

Sobre estas ideas básicas discurrió el legislador del Código Procesal Penal (Ley 19.696, D.O. 12 de octubre de 2000), en adelante CPP, que cambió de manera esencial nuestro sistema procesal penal: distinguió etapas, distribuyó funciones distintas a órganos específicos y reconoció garantías procesales.

La investigación del ilícito penal la encomendó al Ministerio Público, órgano constitucional autónomo, que no posee atribuciones jurisdiccionales y cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley (Art. 83 CPR).

A su vez, el legislador distribuyó y separó las funciones propiamente jurisdiccionales, superando incluso el modelo de juez de instrucción. En efecto, creó un juez para la instrucción, el juez de garantía, para velar por la juridicidad de la investigación y dirimir los conflictos que ella naturalmente genera, y encargó al tribunal de juicio oral en lo penal el juicio propiamente tal.

³ FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón*, Edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 564.

⁴ FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y razón*, edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 581.

El nuevo código consideró, como explica DEL RÍO, que “el principio acusatorio impone la necesidad de que un órgano ajeno al juez introduzca aquello que va a ser objeto de la decisión, esto es, el objeto del proceso penal, para que el juez en una posición de ‘terceridad’ decida. (...). De manera tal que fue menester entregar la función de acusación pública al Ministerio Público (...) impidiéndose que el juez introdujera al proceso el objeto de su juzgamiento, porque era eso justamente lo que comprometía radicalmente la garantía de imparcialidad del juzgador, correspondiendo a las partes introducir el objeto del proceso”⁵.

En lo que respecta a la prueba, también el CPP produjo una mutación radical. No sólo estableció la legitimidad para probar de todo medio apto para producir fe y la libertad del tribunal para apreciarla sino que ordenó que el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

Indicar todos los rasgos que caracterizan un sistema acusatorio es una tarea compleja, más aún cuando pueden encontrarse diversos modelos (acusatorio mixto, acusatorio puro, etc.)⁶. Sin embargo, sí pueden indicarse algunos patrones que son necesarios para estar en presencia de un sistema acusatorio, como lo son, por ejemplo, que la acusación debe ser propuesta y mantenida por persona distinta al juez (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine accusatore*); la existencia de una simetría entre los poderes del acusador y del imputado; la exclusión de la iniciativa del juez en la práctica de la actividad probatoria (*secundum allegata et probata partium*); el que la práctica de prueba sólo pueda realizarse por el acusador y los demás intervinientes; la oralidad; la bilateralidad de la audiencia y el contradictorio, la correlación o congruencia entre la sentencia y la acusación (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), etc.⁷. Establecido lo anterior, es claro que muchos de tales patrones del modelo acusatorio están presentes en las normas de nuestro CPP, lo que confirma la orientación del mismo, expresada en los primeros párrafos del Mensaje del Eje-

⁵ DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pág. 73.

⁶ Sobre los tipos o modelos de sistemas acusatorios cfr. DÍAZ CABIALE, José Antonio, *Principio de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Editorial Comares, Granada 1996, págs. 207 y ss.

⁷ Sobre las diversas características de un sistema acusatorio cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional. Proceso Penal* (con Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo), Barcelona, 1993, t. III, págs. 16-20; CONSO, Giovanni, “Accusa e sistema accusatorio (Diritto processuale penale)” en *Enc. Dir.*, Milano, t. I, 1958, pág. 336; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, págs. 115-124;

cutivo con el que se propuso y sin perjuicio de la historia de su establecimiento, que refleja también diversas consideraciones sobre el punto, incluidas algunas variantes como las introducidas al juicio oral, el cual al momento de su gestación tenía ciertos rasgos propios de un modelo acusatorio europeo continental y durante el proceso legislativo se fue transformando más bien en un modelo acusatorio adversarial, como el propio del mundo anglosajón⁸.

En suma, nuestro sistema procesal penal responde indudablemente a un sistema acusatorio: órganos distintos ejercen las funciones de investigar, de acusar y de decidir⁹; las funciones de investigar y acusar están entregadas a un organismo autónomo, denominado *Ministerio Público* (Art. 83, de la Constitución Política); la acusación no es formulada por el órgano jurisdiccional; la función decisoria es atribuida a un órgano jurisdiccional colegiado denominado tribunal de juicio oral en lo penal o a un órgano unipersonal, el juez de garantía, según reglas de competencia determinadas (Arts. 14 y sgtes. del Código Orgánico de Tribunales) y siempre se hayan protegidos los derechos y garantías del imputado y del acusado.

3. El principio de imparcialidad del juzgador

El proceso es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos que se caracteriza por la presencia de un tercero imparcial que resuelve la controversia sometida a su decisión por quien ha ejercido la acción frente a otro que es su adversario. El proceso penal no escapa a esta característica elemental, correspondiendo al órgano jurisdiccional la misma posición equidistante o distante del acusador, que ejerce la acción penal, y del acusado, que es su adversario. La imparcialidad se expresa en dos conocidos aforismos clásicos –que “nadie puede ser juez en su propia causa” y que “nadie puede ser juez y parte”– y su exigencia es justificada: “si un juez no está en condiciones de garantizar esta elemental pauta de justicia, debe abstenerse de juzgar la causa,

⁸ Sobre esta mixtura de sistemas y su evolución, especialmente del juicio oral *cfr.* DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 373-404. De un modo general HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. I, págs. 23 y 24.

⁹ En este sentido HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. I, págs. 43-46. De un modo más restringido pero en la misma línea *cfr.* DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, págs. 74-78.

ya sea actuando por su propia iniciativa o a través de una petición de la parte interesada que ejerce su derecho a la recusación (en sentido lato)”¹⁰.

Como sostiene MAIER, la imparcialidad es la ausencia en el juez de prejuicios a favor o en contra de una de las partes o en relación con la materia sobre la cual deben decidir¹¹. Generalmente se diferencia entre imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva, siendo realmente la importante –la que nos interesa– la segunda. En efecto, la imparcialidad subjetiva se presume y se refiere a las relaciones personales que puedan vincular al juez con las partes de un proceso. En cambio, la imparcialidad objetiva es aquella que relaciona al juez con el proceso propiamente dicho y con los prejuicios que su contacto con él pueden provocarle en las decisiones que debe adoptar en el seno del procedimiento. Así lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que: “la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario, (y) la denominada imparcialidad objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”¹². En otros términos, “el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”¹³.

Reafirman las ideas precedentes las consideraciones de FERRAJOLI, para quien “la imparcialidad del juez respecto de los fines perseguidos por las partes debe ser tanto personal como institucional. Es necesario en primer lugar, que el juez no tenga ningún interés privado o personal en el resultado de la causa: nadie

¹⁰ ROMERO SEGUÉL, Alejandro, Curso de Derecho Procesal Civil, t. II, . Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 73.

¹¹ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pag. 739 y740.

¹² *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) (Venezuela)*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182, párr. 56; *Caso Barreto Leiva (Venezuela)*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206, párr. 98, y *Caso Usón Ramírez (Venezuela)*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C N° 207, párr. 117. Estos casos son citados por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Tavolari Oliveros, Raúl (director), *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, págs. 1-72 (véase especialmente pág. 21).

¹³ *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de los Contencioso Administrativo”)*, cit; párr. 55, citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Tavolari Oliveros, Raúl (director), *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, págs. 1-72 (véase especialmente pág. 22).

debe ser juez o árbitro en su propia causa y por ello –son palabras de Hobbes– nadie puede ser árbitro si para él resulta aparentemente un mayor provecho, material o espiritual, de la victoria de una parte que de la de la otra”¹⁴.

La imparcialidad del juzgador es, también, por un lado, un presupuesto procesal, es decir, una garantía insoslayable para la legitimidad de la decisión, y también una garantía para las partes. Lo que se busca es que el juez, el tercero imparcial que juzga, no pierda ese carácter de tercero imparcial, no revele una influencia a favor o en contra de alguna de las partes, antes o durante la emisión del juicio. Como puede advertirse, la garantía se funda en la necesaria separación que debe existir entre el juez y las partes que forman la relación procesal¹⁵. El juez perderá la imparcialidad cuando aparezca en el proceso más próximo a una de las partes que a la otra, abandonando el equilibrio o equidistancia que le corresponde.

De otro lado, la imparcialidad no es ni indiferencia ni impersonalidad. La imparcialidad “implica una extremada atención a las situaciones concretas, al caso en su singularidad... implica conocimiento profundo de los hechos”¹⁶. Por eso, junto con la imparcialidad, el legislador proclama y consagra la oralidad, como medio de favorecer la inmediatez, el contacto o relación directa entre el juez y el objeto del proceso. También la imparcialidad “siempre tiene que ser muy personalizada, tanto para la atención al caso en su singularidad como por la responsabilidad que se toma quien está institucionalmente llamado a interpretar las reglas y aplicarlas”¹⁷.

La imparcialidad del juzgador, por lo dicho, constituye un principio natural de todo proceso. No se trata de un criterio informador del procedimiento o de una regla técnica por la cual se puede o no optar en una normativa determinada sino, por el contrario, de un principio esencial y elemento conformador del debido proceso.

La Constitución Política de la República, al afirmar que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (Art. 19 N° 3 inc.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 581.

¹⁵ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, t. II., pág. 73.

¹⁶ SARTEA, Claudio, “Imparcialidad y deontología jurídica”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 24, Universidad de los Andes, Santiago, 2014, pág. 88.

¹⁷ *Idem*.

6° CPR), reconoce implícitamente la garantía de la imparcialidad del juzgador, lo cual es sin perjuicio de la mención expresa de la misma en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos).

El Tribunal Constitucional se ha referido especialmente a la imparcialidad del juzgador expresando "... que el debido proceso, tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este máximo tribunal en los ingresos N°s. 4954-08; 1414-09 y 4164-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, en cuya virtud toda sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, N° 3, inciso 5°, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Es así, que en torno a los aspectos que contempla el derecho a un debido proceso, no hay pareceres discrepantes en cuanto lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y las leyes, entregan a las partes de la relación procesal, asegurándose que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes con la decisión, que se respeten los procedimientos establecidos en la ley, se dicten resoluciones motivadas o fundadas, etc.; en tanto que, por la *imparcialidad del tribunal, se comprenden garantías individuales de que gozan las personas en relación a la organización judicial del Estado, como lo son el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referida también a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales instituidos por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse esa función, y finalmente, a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de manera tal que no exista compromiso con las partes, porque en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los responsables de los delitos, como también la absolución del inocente, ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano establecido por el Estado precisamente con ese objetivo, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del imputado, debiendo al mismo tiempo el tribunal actuar con imparcialidad y objetividad, que no puede*

conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes, independiente y desinteresada sobre el objeto y fin del proceso."¹⁸ (La cursiva es nuestra).

Por otra parte, la Corte Americana de Derechos Humanos ha señalado que: *"la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad"*¹⁹.

En consecuencia, la imparcialidad del juzgador es una garantía básica, elemental, constitucional, de todo proceso en un Estado de derecho. El juez no solo no puede ser parte, lo que es obvio, sino que no puede asumir, bajo ningún respecto, funciones de parte. No puede realizar actos de parte ni tener vínculos ni relaciones con las partes ni con sus abogados. Consecuentemente, ha de cuidar siempre que sus actos, de dirección del proceso, disciplinarios y de decisión, todos sus actos y actuaciones, no puedan hacerlo sospechoso de circunstancias que puedan inclinarlo o lo hagan aparecer en favor o en contra de alguna de las partes.

Creemos necesario enfatizar el punto anterior. El juez debe ser imparcial, es decir, la imparcialidad debe ser un atributo consustancial suyo, y también debe parecer imparcial, esto es, "aparecer o dejarse ver" como tal. Es tan esencial la imparcialidad del juzgador que "sin su clara manifestación bien pudiera decirse que no existe proceso o, cuando menos, que este no es jurisdiccional"²⁰.

4. La actividad probatoria y la función del juez en el sistema procesal penal acusatorio

En un modelo acusatorio no corresponde al órgano jurisdiccional ninguna iniciativa probatoria. Ni de oferta ni menos de producción de pruebas. Son las

¹⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 3909-09, de 15 de septiembre de 2009, (considerando 9°).

¹⁹ Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo"), cit; párr. 56; Caso Barreto Leiva, cit; párr. 98, y Caso Usón Ramírez, cit., párr. 117. Estos casos son citados por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Tavorari Oliveros, Raúl (director), *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, págs. 1-72, (véase especialmente pág. 21).

²⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, Angel, *La abstención y la recusación de los Jueces y Magistrados*, EDDERSA, Madrid, 1999, pág. 31.

partes, quienes mejor conocen los hechos y por lo mismo pueden definir la mejor estrategia procesal para demostrarlos, quienes tienen la carga de ofrecer los medios de prueba y de producirlos, debiendo la ley otorgarles libertad para determinar tanto la información que pretenden suministrar al proceso, su cantidad y calidad, como el orden en que se quiere incorporar durante el juicio oral²¹.

El tribunal del juicio es y debe ser siempre pasivo, ajeno a las partes. Su no intervención en la generación y producción de las pruebas protege o resguarda tanto su imparcialidad como la igualdad de las partes, ambos elementos integrantes del modelo acusatorio. Si se entregaran al juez del juicio poderes de intervención o dirección material, específicamente en cuanto a la determinación y rendición de las pruebas que se aportan al proceso, se arriesgaría su imparcialidad y el principio de igualdad. ¿De qué igualdad de las partes podría hablarse si se legitimaran en el juez conductas capaces de crear a una de ellas posiciones más favorables o de privilegio? Todas las partes deben tener los mismos derechos, posibilidades y cargas, en su caso, y no puede el tribunal alterar esta condición.

La protección de la imparcialidad del juzgador y de la igualdad de las partes lleva a nuestro legislador, desde luego, a excluir de la competencia del tribunal oral en lo penal la preparación del juicio oral. La preparación del juicio oral y todo lo que ella exige es de competencia del juez de garantía. Precisamente para resguardar la imparcialidad del tribunal oral en lo penal, sus miembros deben desconocer lo actuado con anterioridad, de modo que su conocimiento del objeto del proceso y su contacto con las pruebas se produzcan sólo durante el juicio oral.

En un modelo acusatorio adversarial el tribunal debe limitarse a valorar la prueba rendida, siendo de soberana determinación del Ministerio Público cuál y cuánta prueba es necesaria para satisfacer el estándar de convicción del tribunal²².

Entre las normas del juicio oral, Título III del Libro II, del CPP, no hay ninguna que reconozca iniciativa probatoria al tribunal ni que lo habilite para promover actividad probatoria alguna ni para completarla ni complementarla. El CPP muestra un riguroso cuidado en que el tribunal no intervenga materialmente en la producción de la prueba del juicio.

²¹ En este sentido *vid.* DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 397.

²² MATORANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, 2010, t. II, pág. 718.

Nótese este cuidado, primeramente, en las normas sobre “Dirección y disciplina”, del Libro II, Título III, Párrafo 3º, CPP. El juez presidente de la sala “dirigirá el debate, ordenará la rendición de las pruebas, exigirá el cumplimiento de las formalidades que correspondieren y moderará la discusión”, pudiendo incluso “impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles... (y) limitar el tiempo del uso de la palabra” (Art. 292, CPP), pero no puede determinar ni intervenir en el orden de recepción de las pruebas en la audiencia del juicio oral. Perentoriamente, el Art. 328, CPP, dispone que “cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba”.

Vemos en la regla citada un particular celo del legislador por evitar la intervención del tribunal en un acto que eventualmente puede inclinar su parecer o reflejar una preferencia o un interés suyos. Si alguien pudiese calificar el “orden de recepción de las pruebas” como una cuestión de mera organización, de coordinación y hasta de dirección, el legislador despeja toda duda, y expresa y categóricamente excluye tal cuestión de la dirección del proceso. ¿Por qué el legislador prescribió que “*cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba*”? Nos parece evidente que porque no quiere errores ni interpretaciones. Porque le parece que el tema es delicado, que puede prestarse para un compromiso de la imparcialidad o de la igualdad. Zanja entonces la potencial duda acerca de si podría tratarse de un poder de dirección formal y lo excluye perentoriamente.

De otro lado, y siguiendo la misma lógica procesal, pero ante una hipótesis de mayor riesgo, la ley dispone que cuando el acusado preste declaración, “*el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente*”, y luego de ser interrogado por los intervinientes en el orden que la misma ley señala, “*el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos*” (Art. 326, CPP). Lo mismo hace tratándose de la producción de la prueba de testigos y peritos. Tras la declaración de los testigos y peritos, su interrogatorio y contrainterrogatorio, que se sujetarán a la dinámica que le impriman las partes, “finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas a los testigos o peritos con el fin de aclarar sus dichos”, conforme con el artículo 329, inc. 4º CPP.

Las normas citadas evidencian, insistimos, el celo del legislador en evitar circunstancias o condiciones que pudieren comprometer la imparcialidad del juzgador. La posición en que el código sitúa al juez dista sustancialmente de la que le reconoce a los intervinientes. A su vez, lo que permite hacer a los intervinientes se diferencia también sustancialmente de lo que autoriza a las partes.

Como es patente, tras estas definiciones del código está el modelo acusatorio en que se inspira. Asimismo, el celo del legislador apunta también a proteger la igualdad de las partes. Como hemos puesto de manifiesto antes, la parcialidad del juez producirá un desequilibrio y una alteración ilegítimos de la posición de las partes; la igualdad de las mismas se verá comprometida toda vez que el juez descuide sus actos y actuaciones y aparezca creando condiciones favorables o desfavorable para alguna de las partes.

Es que, entiéndase bien, “la litigación en el juicio oral está focalizada fundamentalmente en un debate sobre hechos, esto es, en una competencia de relatos o historias que los litigantes presentan a terceros imparciales que no poseen antecedentes previos sobre el caso, a excepción de los hechos que vienen sucintamente presentados en el auto de apertura del juicio oral”²³. Los litigantes son el fiscal, el querellante particular, el imputado, el acusado sus abogados, todos son intervinientes. El juez es siempre un sujeto procesal y nunca puede ser interviniente.

El señalado debate sobre los hechos y la competencia de relatos o historias de que hablamos se dará en todos los actos de declaración y en las pruebas, con ocasión de todas las pruebas y especialmente tratándose de la producción de las pruebas de testigos y de peritos.

5. El principio de aportación de prueba a petición de parte. La carga de la prueba

De singular relevancia en materia de prueba y particularmente de carga de la misma, es el principio o presunción de inocencia, que el CPP proclama en su Art. 4º. Toda persona es inocente y así debe ser considerada y tratada mientras no se declare su culpabilidad por una sentencia judicial firme. Además del referido reconocimiento legal, este principio está consagrado constitucionalmente por la vigencia de diversos tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8.2)²⁴.

²³ BLANCO SUÁREZ, Rafael, DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, MORENO HOLMANN, Leonardo y ROJAS CORRAL, Hugo; *Litigación estrategia en el nuevo proceso penal*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, pág. 155.

²⁴ Sobre la presunción de inocencia *vid.* BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2º edic., 1999, págs. 121 y ss.; MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino. Fundamentos*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, págs. 252 y ss.; HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Jualián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de

El principio de inocencia tiene un triple impacto en el proceso penal. Primero, conlleva la vigencia del principio *in dubio pro reo*; al mismo tiempo, impone la carga de la prueba al órgano persecuidor y en coherencia con lo anterior, exige conferir al imputado y al acusado un trato de inocente. Como se lee en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, emitido en la tramitación legislativa del CPP, “Entre los principales efectos que habrá de producir la aplicación del principio de inocencia, cabe destacar: la eliminación de todas las formas de prejuzgamiento judicial que impliquen detrimentos provisionales respecto de la persona del imputado; la aplicación de cualquier medida cautelar personal es excepcional y la normativa que la consagra tiene que ser interpretada en forma restrictiva; la imposición de medidas cautelares debe ser dispuesta siempre por decisión judicial, y procederá bajo determinadas circunstancias que nunca dejaran al juez impedido de decretarlas, si la penalidad del hecho las justifica; *la carga de la prueba en el proceso recae en el fiscal, por lo cual la persona no debe probar su inocencia, la supresión del arraigo de pleno derecho, como sucede hoy en día por el hecho de dictarse auto de procesamiento*”²⁵.

En suma, ni al imputado ni al acusado les corresponde acreditar los hechos que demuestran su inocencia. Es el Ministerio Público quien, cuando acusa, tiene la carga de destruir la presunción de inocencia²⁶. Esta, finalmente, opera en nuestro sistema como una regla de enjuiciamiento: si el Ministerio Público no logra satisfacer el estándar de convicción que impone la ley procesal penal, el órgano jurisdiccional deberá absolver al acusado (*in dubio pro reo*). Repetimos lo sabido: en el proceso penal, el peso de la prueba recae absolutamente en el acusador.

En cualquier caso, la cuestión de la carga de la prueba y particularmente de su peso tendrá incidencia vital en el momento del juicio, en la sentencia definitiva. Allí definirá el juez si la prueba destruyó o no la presunción de inocencia y logró su convicción más allá de toda duda razonable. Antes de la sentencia no habrá de adoptar decisión alguna. Precisamente su imparcialidad le impide pronunciarse, prejuzgar. El conocimiento progresivo del objeto del proceso que va adquiriendo con el contradictorio y la producción de las pruebas podrán, como

Chile, Santiago, 2004, t. I, págs. 78y ss.; MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, 2010, t. II, pág. 718.

²⁵ Vid. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

²⁶ En este mismo sentido lo ha manifestado la CORTE AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese (Paraguay)*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C Nº 111, párr. 154.

debe ser, inclinarlo en un sentido u otro, mostrarle unos medios de prueba más vigorosos y otros más débiles, convencerlo o no de unos hechos y una o más circunstancias, pero jamás podrá expresar estas impresiones o cavilaciones que deberá mantener en su fuero interno. Solo así será y parecerá imparcial. Solo así contribuirá a mantener la posición de igualdad de las partes. Jamás su percepción de insuficiencia de las pruebas puede hacerle abandonar su imparcialidad ni legitimarle una iniciativa probatoria^{27 28}.

6. La prueba de testigos y la de peritos en el proceso penal

Las pruebas de testigos y de peritos se encuentran reguladas en los párrafos 5° y 6°, del Título III, del Libro II, del Código Procesal Penal, artículos 298 al 313, que contienen las normas básicas definitorias de las mismas, y en los artículos 329 al 332, referidos a su producción en el juicio oral.

Ambas pruebas se caracterizan por corresponder a informaciones de conocimiento que terceros prestan en juicio y por tratarse de declaraciones. El CPP dispone que durante la audiencia de juicio oral peritos y testigos sean interrogados personalmente (Art. 329 inc. 1°, CPP); su declaración personal no puede ser sustituida; la declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio que realicen las partes y los peritos tras la exposición breve de su informe podrán ser interrogados por las partes (Art. 329 inc. 3° CPP); los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de *aclarar* sus dichos (Art. 329 inc. 4° CPP) y; a solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieren declarado en la audiencia (Art. 329 inc. 5° CPP).

En cuanto a la forma en que los testigos prestan declaración, la doctrina distingue diversos sistemas²⁹: a) el de la libre expresión, en el cual los testigos pueden declarar libremente todo lo que saben respecto de los hechos; b) el de la declaración dirigida, en el cual los testigos declaran al tenor de las preguntas

²⁷ En este sentido la CORTE SUPREMA, 6 de diciembre de 2005, rol 4889-2005, ha expresado que "(...) es dable hacer presente que de la lectura sistemática del Código se entiende que tanto el Juez de Garantía como el Tribunal Oral en lo Penal, carecen de iniciativa probatoria, pues, sólo puede ordenar la práctica de diligencias probatorias que hayan sido propuestas por los intervinientes, de lo contrario, se estaría ejerciendo una facultad de la que se carece (...)".

²⁸ En este sentido *cfr.* HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. I, pág. 42.

²⁹ MATORANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, edit. Abeledo Perrot/ Legal Publishing, 2010, t. II, pág. 1008.

que les son formuladas por el tribunal o las partes; y c) el ecléctico o mixto, en el cual los testigos declaran libremente todo lo que saben sobre los hechos, y luego son interrogados por el tribunal y las partes.

En el juicio oral o en la prueba anticipada ante el juez de garantía, en su caso, el interrogatorio de los peritos y de los testigos se rige por el sistema de la declaración dirigida. El artículo 329, inciso tercero, CPP, dispone que “la declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes”. La misma regla, con un pequeño matiz consistente en que la prueba se inicia con la exposición breve del contenido del informe, se aplica a los peritos.

El Código Procesal Penal se refiere expresamente a la forma en que se producirá la prueba de testigos. Los testigos deben ser citados para que comparezcan al juicio a prestar declaración (Art. 298 CPP). La declaración de los peritos, a su vez, se rige “por las normas previstas en el artículo 329 y, supletoriamente por las establecidas para los testigos”, según el Art. 319, CPP. Posteriormente, en la audiencia del juicio oral y para la producción de estas pruebas, el juez presidente deberá identificar al perito y al testigo y ordenará que preste juramento (Arts. 329, inc. 2º, y 306, CPP). Las declaraciones de unos y otros serán siempre personales. La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes (Art. 329 inc. 3º CPP) debiendo proceder a interrogarlo la parte que lo hubiere presentado y luego por las restantes. La declaración del perito tiene la variante inicial que antes indicamos, correspondiendo posteriormente el interrogatorio de las partes.

Sólo una vez que haya culminado el interrogatorio del testigo o al perito por las partes, la ley permite que los *miembros del tribunal oral pueden formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos* (Art. 329 inc. 4º).

Según el claro tenor del artículo 329, CPP, son las partes las que directamente interrogarán a cada testigo o perito. Ellas directamente deben dirigirles las preguntas. Sólo excepcionalmente, el testigo menor de edad solo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio (Art. 310).

Por otro lado, el artículo 330, CPP, regula los métodos de interrogación, reconociendo expresamente tanto el interrogatorio como el conainterrogatorio del testigo, expresando que *“en sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta.- Durante el conainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con su propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.- En ningún caso se admitirán preguntas*

engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos.- Estas normas se aplicarán al imputado cuando se allanare a prestar declaración.”

El interrogatorio y el contrainterrogatorio pertenecen a las partes. Los intervinientes son los que pueden dirigir al testigo preguntas o contrainterrogaciones respecto de los hechos que estimen pertinentes. Las únicas limitaciones que tienen las partes en relación con el interrogatorio del testigo consisten en que no pueden dirigirle preguntas engañosas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o que fueren formuladas en términos poco claros o preguntas impertinentes, reiterativas y que tengan carácter dilatorio ni preguntas inductivas o sugestivas (Art. 330 CPP)³⁰.

En suma, el artículo 329, CPP, regula expresamente el interrogatorio de testigos y de peritos sin establecer la posibilidad de que los miembros del tribunal puedan interrogar al testigo ni al perito. Sólo admite la ley que los miembros del tribunal puedan formularle preguntas *“con el fin de aclarar sus dichos”*.

¿Qué significa preguntar para aclarar los dichos de los testigos y peritos? Esta es la cuestión clave. De partida, la facultad de preguntar para aclarar se haya reconocida en un inciso que la regula exclusivamente y le imprime una notoria diferencia con lo que el resto del artículo al que pertenece dispone respecto de las partes. A todas luces el legislador quiere diferenciar o no confundir.

De otro lado, el significado de la facultad de preguntar para aclarar reconocida a los jueces ha de construirse a partir de los principios del proceso penal a que antes nos hemos referido y que integran esencialmente el modelo acusatorio vigente. Esto permitirá entender por qué el legislador la ha tratado especialmente, diferenciadamente, a la vez que situarla en el plano jurídico que corresponde.

³⁰ Sobre los interrogatorios *vid.* BAYTELMAN, Andrés, “El juicio oral”, en: AA. VV., *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2000, págs. 268 y ss.; BLANCO SUAREZ, Rafael; DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio; MORENO HOLMAN, Leonardo; ROJAS CORRAL, Hugo, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago, 2005, págs. 168 y ss.; DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián, “Reformas a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información”, en: VV.AA., *Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina*, Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2008, págs. 13-94; MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, edit. Abeledo Perrot/Legal Publishing, 2010, págs. 1008 y ss.

6.1. La regulación por la ley procesal de la producción de todas las pruebas y especialmente de las de peritos y de testigo

Destacamos que el CPP dispone que “la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral”, en el Art. 296, y reitera que “el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”. Salvo el caso de prueba anticipada, la prueba es la producida en el juicio oral. No hay otra prueba, así de categórico.

Ahora bien, siendo así, cuida también el legislador las formas de introducir la prueba en el proceso. No se trata de lograr cualquier prueba sino de una que sea fruto de ciertas formas y ciertos principios. Entre los artículos 295 y 342, CPP, el legislador aplica un particular cuidado por la prueba, su admisibilidad, su producción, su apreciación. Son reglas de derecho público y de orden público, rigurosas, precisas, que configuran un procedimiento predeterminado, que no admite improvisación. Es que lo que está en juego es nada menos que la vigencia de las garantías procesales, sin las cuales no hay proceso justo ni debido. Sostiene FERRAJOLI que “es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades...el conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido...para frenar al juez, y la sanción natural de todos los preceptos que constituyen el procedimiento es la nulidad de cualquier acto que la viole...la observancia del rito no es solo una garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia”³¹.

Así, cuando ponemos atención a las formas, al sentido correcto de las facultades procesales y a sus límites, estamos defendiendo la legalidad que impide la arbitrariedad, el abuso y la injusticia.

7. Las facultades del juez en el interrogatorio del perito y del testigo

La regla del inciso 4º, del artículo 329, CPP, debe ser definida en su sentido y alcance. El concepto de “preguntas aclaratorias”, que resume la facultad de preguntar para aclarar, utilizable también respecto de la declaración del acusado, merece ser precisado, tanto para definir los verdaderos poderes que conlleva para el tribunal como para advertir cuando estos pueden ejercerse indebida o ilegítimamente.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 621.

El artículo 20 del Código Civil expresa que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas el significado legal. El CPP no ha prescrito lo que debe entenderse por aclarar.

Como criterio básico, entendemos que el sentido y alcance del concepto debe indagarse a partir del marco que impone el proceso acusatorio y concretamente, en relación estricta con los principios de imparcialidad del juzgador, de igualdad y de aportación de prueba a petición de parte, todos integrantes del debido proceso de ley. Las preguntas aclaratorias de los jueces al acusado, al testigo y al perito se dan, en efecto, en el contexto de un proceso cuyo perfil está definido por esos principios y en el que el papel de los sujetos debe responder a los mismos. Dicho de otro modo, las “preguntas aclaratorias” de que se trata representan el ejercicio de facultades o poderes reconocidos al tribunal oral en lo penal que, en su expresión efectiva, no pueden ser sino la materialización o expresión fiel y seria de esos principios.

Las “preguntas aclaratorias” entendidas sin referencia a tales principios y concebidas separadamente del contexto que los mismos determinan, podrían convertirse en mecanismos de riesgo para los mismos. Si por “pregunta aclaratoria” pudiere entenderse toda indagación, interrogación, interpelación, examen, encuesta, curiosidad y duda posible de plantear por el tribunal al testigo, al perito o al acusado, en su caso, se crearía el riesgo de echar por tierra la vigencia de los referidos principios, de desdibujarlos en perjuicio de las partes y de comprometer el Estado de derecho. Imaginemos estas hipótesis y extremémoslas. El tribunal podría, so pretexto de aclarar, exigir al testigo y al perito pronunciarse otra vez sobre los hechos, eventualmente ampliarlos o reducirlos y variarlos; podría provocar contradicciones en las declaraciones; podría hacer con las preguntas un nuevo interrogatorio que importaría desplazar la posición del fiscal, del defensor y de los abogados y desvirtuar la actividad procesal probatoria que ellos ya han realizado.

De otro lado, entender las “preguntas aclaratorias” sin parámetros contradice claramente otras instituciones del CPP. En efecto, ¿qué sentido tendría la rigurosa regulación que la ley hace del interrogatorio de testigos y peritos por las partes si el tribunal, por medio de una “pregunta aclaratoria”, pudiere alterar los resultados generados por el interrogatorio de las partes?

¿Qué sentido tendría autorizar al juez el ejercicio de poderes de dirección formal en el interrogatorio y conainterrogatorio (nos referimos a los del artículo

292, CPP) y resolver durante el transcurso de los mismos los conflictos generados acerca de la procedencia, pertinencia y carácter de las interrogaciones y contrainterrogaciones, si transcurrida esa fase, el mismo tribunal, sin límites, pudiera formular “preguntas aclaratorias” de cualquier tipo y entre estas posiblemente aquellas que el método previsto excluye? Se daría, entonces, el absurdo de que en un momento crucial del juicio oral, el juez imparcial puede abandonar su posición neutral y bordear, cuando no traspasar derechamente, el perfil del inquisidor. Nos parece que puesto así el tema, con intensidad, se nota más su profundidad y queda en mayor evidencia el riesgo que puede generar una interpretación errada de las normas.

El análisis precedente, que podría parecer exagerado, no lo es. La Excelentísima Corte Suprema ha resuelto numerosos recursos de nulidad, acogiéndolos, reconociendo precisamente la violación del artículo 329, inc. 4°, CPP. Ha declarado que “el tribunal hizo uso indebido de (esa) facultad...al realizar un interrogatorio directo e inductivo a la víctima del hecho”³²; que con inobservancia de la Constitución Política, del Código Procesal Penal, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, “la magistrada...realizó una serie de preguntas sugestivas y de manera reiterada...(su actuación consistió) en un nuevo interrogatorio asemejándose al examen que la ley solo franquea al Ministerio Público, al querellante particular o a la defensoría penal en su caso”³³; que “el tribunal en lo penal constituye un sujeto procesal que, en cuanto conductor del procedimiento desde una posición neutral, no tiene la calidad de interviniente...lo que queda infringido) por la actuación de la juez...al poner al acusado en una situación desventajosa o desfavorable al incorporar de oficio antecedentes que no fueron hechos valer por la parte acusadora...elaborando una nueva línea de indagación... indagaciones (que) claramente exceden el ámbito excepcional que el artículo 329 del CPP permite para intervención de los jueces”³⁴.

Volvamos al punto preciso: ¿cómo entender y qué sentido dar a las “preguntas aclaratorias”? Sólo se las entenderá y comprenderá su correcto sentido cuando se interprete la norma que las consagra de manera armónica con los caracteres del proceso penal en que se insertan y en coherencia con los principios que informan el mismo.

³² CORTE SUPREMA, 4 de noviembre de 2009, rol 6165-2009.

³³ CORTE SUPREMA, 01 de septiembre de 2009, rol 4164-2009.

³⁴ CORTE SUPREMA, 19 de junio de 2014, rol 8644-2014.

El verbo aclarar no está definido por la ley, razón por la cual deberemos acudir al sentido natural y obvio de esa palabra. Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española y entre las acepciones que consideramos pertinentes a los efectos del informe, “aclarar” puede ser entendido en su sentido de “disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia”, de “hacer más perceptible”, de “iluminar, alumbrar”, de “esclarecer”, de “hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo en claro, explicarlo”³⁵.

Aclarar es también dilucidar, explicar un asunto, una proposición o una obra³⁶. Esclarecer es iluminar, ilustrar el conocimiento, poner claro. Despejar también es poner en claro. Limpiar podría usarse en el sentido de quitar las imperfecciones o defectos, es decir, de aclarar. Explicar es declarar, exponer. Cualquiera de estas acepciones de la voz aclarar sirve para entender razonablemente qué puede hacer el tribunal de juicio con su facultad de formular “preguntas aclaratorias”.

Sin embargo, no bastan las acepciones indicadas para entender el concepto. Si bien ellas contribuyen a encauzarlo, nos parece indispensable establecer también cuales son los límites de estas expresiones. Si el juez puede, por medio de una “pregunta aclaratoria”, esclarecer, iluminar, hacer más perceptible o más inteligible el dicho del perito o del testigo, siempre nos queda por definir hasta dónde puede llegar con tales actuaciones.

La respuesta podemos lograrla, primero, contrastando la expresión con aquellos verbos que objetiva y racionalmente importan exceder el contenido de la facultad por comprometer directamente los principios en que la misma se asienta. En segundo lugar, definiendo el fundamento de la facultad reconocida al juez, y tercero, precisando las acciones que el juez no puede realizar, bajo ningún respecto, por ser esencialmente contrarias a los principios en que se inspira el proceso.

De partida, aclarar no es investigar ni indagar ni descubrir ni interrogar ni contradecir ni descalificar. Cada uno de estos verbos conlleva acciones que el juez no puede desarrollar. Todo atisbo de investigación o indagación es improcedente, inaceptable, merecedor del más categórico reproche, por la confusión que acarrea con la función exclusiva del Ministerio Público. El ánimo de descubrir hechos, de develarlos, es también impropio del juez, por lo dicho antes y por corresponder a las partes. La interrogación la encomienda la ley a las partes

³⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Madrid, 1992.

³⁶ SUMMA DICCIONARIO, Océano Grupo Editorial S.A., Barcelona.

y la misma ley, en un inciso propio, reconoce al juez potestad para aclarar y no para interrogar. Como es palpable, diferencia los términos y no usa iguales verbos. La contradicción tampoco es propia de los jueces. El contradictorio corresponde a las partes porque son estas quienes contienden y controvierten con igualdad de armas y lealmente, dotado el inculpado de un defensor. Las descalificaciones, a su vez, carecen de todo espacio en la tarea de los jueces.

En cuanto al fundamento de la facultad establecida, lo encontramos en el supuesto de que los jueces, no obstante haber oído la declaración de que se trate, los interrogatorios y contrainterrogatorios, perciben que esa declaración es oscura, sucia, confusa, ininteligible. Nótese bien, sólo al final del contradictorio, de la declaración e interrogatorios, “Finalmente,..”, se presenta una hipótesis de oscuridad e ininteligencia que los jueces deben tener la posibilidad de resolver. La ley ha previsto esta hipótesis y ante ella, le ha parecido razonable y justo, reconocer a los jueces la posibilidad de formular “preguntas aclaratorias”.

Lo que la hipótesis considera, entonces, es que los jueces puedan actuar respecto de la declaración concreta oída, considerando la declaración misma. La hipótesis supone que oída la declaración, los jueces no la entienden, no les es clara, la estiman confusa. No discurre la hipótesis sobre la idea de que el juez o jueces tengan dudas acerca del mérito de la declaración, de su correspondencia o no con los hechos discutidos y controvertidos. La pregunta aclaratoria no puede justificarse por la duda. Esta, entendida como “indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones”³⁷, no podría resolverla el tribunal a través de una “pregunta aclaratoria”. La duda, incertidumbre, vacilación, incredulidad, sospecha, conjetura, prejuicio y suspicacia que puede presentar una declaración no puede ser planteada por el juez por medio de una “pregunta aclaratoria”. Si estas situaciones se producen, “finalmente”, quiere decir que las partes con su actividad en torno a los testigos y peritos, fueron incapaces de generar en el tribunal la certeza, certidumbre, convicción, seguridad, confianza, determinación y credulidad necesarias en torno a los hechos o que, probablemente, el tribunal no podrá alcanzar el estándar de convicción que le exige la ley para condenar. En ningún caso estas hipótesis legitiman la posibilidad de que el tribunal, mediante una “pregunta aclaratoria”, las supere o les ponga término.

Si el tribunal, ante las dudas señaladas estuviere legitimado para formular “preguntas aclaratorias”, podría indagar en la línea que su duda le indicare, buscar

³⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Madrid, 1992.

declaraciones sobre nuevos hechos y circunstancias, llegar hasta descubrir nuevas realidades. Tales actuaciones son absolutamente improcedentes y contrarias a la ley. Estaríamos, entonces, ante un juez con iniciativa probatoria porque fundado en su duda podría escudriñar e indagar. O habríamos consagrado una especie de medida judicial para mejor resolver, fórmula cercana a la anterior, para complementar la prueba de las partes o para mejorarla. En ambos casos nos situaríamos fuera del proceso actual.

Ahondando en el punto. La hipótesis normativa está construida desde los verbos aclarar y oscurecer, desde los calificativos claro y oscuro, que son contrapuestos. ¿Cómo entender mejor esto? Prestada la declaración del testigo o perito, la oscuridad consiste en que se afirma algo oscuro, que no se percibe, sucio en el sentido de unido a dichos y expresiones incomprensibles. En tal caso, el tribunal pide que el declarante precise, reitere, pero nunca podrá interrogar ni contrainterrogar ni examinar ni contraexaminar ni siquiera confrontar al testigo o perito con sus propios dichos o con otras versiones. Aquí hallamos el segundo factor limitativo de que hablamos antes, las acciones que el tribunal no puede realizar por ser esencialmente contrarias al sistema, al modelo procesal definido por sus principios. Recordemos la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema que antes citamos y que ha reprochado los interrogatorios directos e inductivos, las preguntas sugestivas y reiteradas, la incorporación de nuevos antecedentes y la creación de una nueva línea de indagación³⁸.

Si, por otro lado, las partes no pueden dirigir preguntas sugestivas, engañosas, capciosas o que importen elementos coactivos por considerárselas comprometedoras del derecho de defensa o contrarias a la dignidad de la persona, es claro también que en ningún caso tal tipo de preguntas podría identificarse con la idea de aclaración. Esta misma argumentación puede hacerse respecto de las “preguntas aclaratorias” del tribunal, en el sentido que su facultad de aclarar jamás podría conllevar preguntas sugestivas, engañosas, capciosas o elaboradas en términos coactivos. Así, estas hipótesis constituyen también un referente limitativo a las “preguntas aclaratorias” que puede dirigir el tribunal y por ende un elemento interpretativo del correcto sentido de su facultad.

Llegamos con lo dicho a configurar un espacio preciso para la facultad de los jueces de formular al testigo o perito preguntas para que aclaren sus dichos. Se trata, a todas luces, de un espacio limitado, restringido, diametralmente distinto al definido por la ley para los intervinientes en la producción de las mismas

³⁸ CORTE SUPREMA, 01 de septiembre de 2009, rol 4164-2009.

pruebas. Se trata, a la vez, de un espacio que debe encuadrarse en límites objetivos, determinados por una causa que debe interpretarse objetivamente, cual es que la declaración sea considerada oscura. Así lo indica la ley. La legalidad consagra una facultad extraordinaria y especial que debe aplicarse estrictamente.

En este espacio ha de ejercerse esta atribución excepcional, extraordinaria, que el juez debe compatibilizar con la pasividad que le es exigible, con su posición neutral, ajena a toda iniciativa e interés a favor o en contra de una prueba. La capacidad perceptiva del tribunal, su inquietud natural, su vocación y su voluntad de resolver el conflicto penal, deben ser volcadas, utilizadas, en la línea de entender el debate, el conflicto y sus variables, y no de indagar en ellas. Repetimos aquí que la imparcialidad no es indiferencia sino atención precisa a las situaciones concretas, a las declaraciones en este caso, y ánimo profundo por conocer los hechos, pero sin intervenir en su generación. En el caso de oscuridad, de confusión de una declaración, insistimos, el juez puede solicitar su aclaración, que se disipe aquello que la ensucia, que la hace ininteligible. También puede hacer que el testigo explique el significado de conceptos técnicos no esclarecidos por los interrogadores, con el objeto que el tribunal se ilustre y comprenda los dichos del testigo³⁹. Pero lo que no puede hacer es aplicar interpretaciones subjetivas de la norma, invadir la esfera de las partes, asumir su posición, suplir sus deficiencias, cooperar con ellas, contribuir a mejorar o a empeorar la prueba.

Por otra parte, deben también considerarse los factores éticos envueltos en la hipótesis. Es obvio que una atribución de este carácter exige en su ejercicio cualidades morales, honestidad, prudencia, moderación, de manera de configurar una práctica seria y responsable. La imparcialidad es un deber ético sobre el que descansa la administración de justicia, que el juez debe cuidar especialmente. Si el debido ejercicio de la facultad que tratamos puede no resultar fácil de realizar, de buenas a primeras, es preciso apelar también al juez y a su vocación de servicio, para que la utilice moderadamente, como hombre de Derecho que es, consciente de lo bueno y de lo malo que su actuar puede llevar para la vigencia de principios esenciales o para su conculcación. A esta altura, bien vale una pequeña disquisición. No se logrará encauzar esta facultad persiguiendo la responsabilidad de los jueces; al contrario, será su decisión

³⁹ Así lo afirman HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, pág. 270.

consciente, hasta virtuosa, de ajustar sus actos a un modelo respetuoso de las garantías esenciales, la que pondrá las cosas en su lugar.

Parte relevante de los argumentos jurídicos antes dados ha sido recogida por la jurisprudencia. La Excma. Corte Suprema ha expresado que: *“la facultad que el artículo 329 en su inciso 4º concede a los jueces constituye una prerrogativa bastante acotada, puesto que sólo les permite formular preguntas ‘con el fin de aclarar su dichos’, habiéndose ya declarado por esta Corte, en reiteradas ocasiones, lo que ha de entenderse por ello, esto es, ‘disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo; hacer ilustre, esclarecer; hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo en claro, explicarlo’; lo que supone la existencia de una declaración previa del testigo o perito, pero donde su manifestación no ha sido lo suficientemente clara, o bien, precisa de una explicación”*⁴⁰.

También se ha establecido jurisprudencialmente que aclarar no es averiguar ni verificar hechos sobre los cuales el testigo no ha declarado tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio⁴¹. La Corte Suprema, a su vez, ha señalado: *“...que de lo razonado queda de relieve la restricción de cualquier iniciativa consistente en incorporar pruebas de cargo o descargo de forma oficiosa por el tribunal, que no debe confundirse con la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal expresamente habilita a los jueces del tribunal oral, atinente a que sus miembros puedan formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos, toda vez que el supuesto de la norma es que la prueba testimonial o pericial respectiva, ya fue presentada por uno de los intervinientes en la controversia, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde, y por otro lado sus preguntas aclaratorias sólo*

⁴⁰ CORTE SUPREMA, 23 de junio de 2010, rol. 2655-2010, (considerando 2º del voto disidente). En el mismo sentido *vid.* CORTE SUPREMA, 01 de septiembre de 2009, rol 4164-2009 (considerando 11º) al afirmar que: *“(...) aparece de manifiesto que la intervención reseñada no se ajustó a los supuestos del artículo 329 del Código Procesal Penal, pues no fueron dirigidas a aclarar aspectos puntuales entregados por la ofendida y la perito psicóloga Arriagada Brito, en orden a la efectividad de la agresión sexual y la eventual participación del inculpado, por lo que puede sostenerse que eso significó en los hechos la producción de prueba por parte del tribunal, dado que, como ya se dijo, ella no fue introducida por los contendientes, y la actividad desplegada por la jueza cuestionada no se ciñó precisamente a aclarar, que según el Diccionario de la Lengua Española significa ‘disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo’, ni procedió a hacer perceptible, manifiesto, inteligible, aquellos temas ya indicados, sino que se propuso derechamente obtenerlos por sí misma, para así apoyar su decisión condenatoria, aspectos que sin duda van más allá de la claridad del examen y contra examen de las deponentes ya individualizadas, conclusión que permite que el presente reclamo pueda prosperar”*.

⁴¹ En este sentido CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, 13 de julio de 2004, rol. 374-2004.

*se producen luego de ejecutado el examen y contraexamen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla -como ya se ha tenido oportunidad de advertir, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre como coto, que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellas*⁴².

En consecuencia, el juez al ejercer esta atribución debe evitar introducir nuevos temas y, quizás lo más importante, cuidar que sus expresiones no creen riesgo alguno de indagación o inquisición. Su actividad debe restringirse objetivamente a los puntos oscuros o dudosos en que incurrió el testigo o perito. El juez no está facultado por la ley para volver al interrogatorio o contrainterrogatorio ni para encaminarlo por donde no lo quisieron llevar las partes. Sólo de esta manera el juez mantendrá su imparcialidad, su objetividad y neutralidad en el ejercicio de su facultad⁴³.

Finalmente, en la misma línea señalada, se ha pronunciado la Fiscalía del Ministerio Público mediante instrucción general que imparte criterios de actuación sobre el juicio oral, ha señalado a los fiscales que “los miembros del tribunal pueden formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos. Esta facultad del tribunal está limitada a lo que los testigos positivamente

⁴² CORTE SUPREMA, 01 de septiembre de 2009, rol. 4164-2009 (considerando 10°).

⁴³ Sobre los problemas que presenta el interrogatorio del juez en el sistema de enjuiciamiento civil español *vid.* SANTELICES ARIZTÍA, Fernando, “Contradicción, imparcialidad e intermediación en la ley de enjuiciamiento civil española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica”, en *Revista Ius et Praxis*, año 18, N° 1, 2012, pp. 187-248, quien afirma (pág. 223) que “otra temática interesante al respecto dice relación con la posibilidad de los jueces de efectuar preguntas a los testigos, conforme al art. 372.2. de la LEC. Partiendo de las ideas fuerzas analizadas anteriormente, parece sin duda que la actividad del juez debiera limitarse única y exclusivamente a clarificar ciertos puntos que no han quedado claros de lo dicho por la parte o testigo. Debe evitar el juez introducir nuevos temas en el interrogatorio. Ahí, me parece que la idea de “adiciones” puesta por el legislador puede prestarse para malos entendidos o incentivos perversos. Recordemos que no estamos frente a un juez instructor sino frente a un juez que decide en base a derecho y sobre lo que las partes le llevan a juicio. Como señala Montero Aroca: “El juez de la LEC de 2000 es un juez neutral, imparcial, entre dos partes parciales, y el atribuirle la facultad de hacer preguntas a los testigos que supongan encaminar el interrogatorio por donde no lo han querido llevar las partes es contrario a esa imparcialidad”. Es que, en la práctica, como bien señalan Duce, Marín y Riego, “cada pregunta que se hace en un juicio no viene desde ninguna parte, ni va hacia ninguna parte. Las preguntas vienen desde una versión de los hechos y van dirigidas a corroborarla o desmentirla”. En la práctica es una facultad utilizada por los jueces, pudiendo incluso apreciarla durante el interrogatorio que realizaba una de las partes, interrumpiendo las preguntas de la parte. Más allá de las buenas intenciones de dicho juez, esa actividad, en la práctica, afecta a las partes y pone en riesgo su imparcialidad”.

declararon, no pudiendo ir más allá del contenido de dichas declaraciones. Ciertamente, atendido a que la actividad probatoria recae en los intervinientes, correspondiéndole al tribunal un rol pasivo y de control, los jueces no pueden formular preguntas que introduzcan elementos nuevos o extraños a la declaración previa del testigo o perito y deben constreñirse, en consecuencia, únicamente a dicha declaración y, en sujeción al principio de imparcialidad; esto es, sin influir ni en la persona del testigo o perito ni en el sentido de lo que exponga”⁴⁴.

8. Consecuencias jurídicas relativas a la violación del artículo 329, inciso 4°, CPP, que autoriza a los miembros del tribunal para dirigir preguntar al testigo con el objeto que éste aclare sus dichos

Conviene ocuparnos ahora de la cuestión de definir qué consecuencias se generan si los miembros del tribunal oral en lo penal exceden la facultad que les otorga la ley en el artículo 329, inc. 4°, CPP. Adelantamos que en el CPP los mecanismos correctivos generales para la protección de garantías son la nulidad procesal, la exclusión de prueba ilícita y el recurso de nulidad.

8.1. Se produce una transgresión de una regla de derecho público y de orden público

Como es indudable la regla del inciso 4° del artículo 329, CPP, es una ley procesal penal toda vez que se trata de una norma regulatoria del proceso penal. Son leyes procesales penales las que regulan el *processus iudici* que sirve para la aplicación de la ley penal. “Son leyes procesales las que regulan la dinámica de la acción y de la jurisdicción (...) disponen el orden de sucesión de las actividades procesales (...) establecen vínculos, expectativas y cargas tanto para las partes como para el juez”⁴⁵. Así también, el derecho procesal penal es “la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal”⁴⁶.

⁴⁴ Oficio FN N° 285-2010.

⁴⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho procesal civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, págs. 24 y 25.

⁴⁶ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2002, tomo I, pág. 75.

Asimismo, se trata de una norma procesal que es instrumental al derecho penal sustantivo y de aquí su carácter penal. Si las normas penales sustantivas atribuyen “al Estado el poder punitivo, delimitándole sus ejercicio práctico en resguardo de la zona de libertad (*nullum crimen nulla poena sine lege previa*) (...) a su vez y para su ejercicio el poder punitivo requiere el previo ejercicio de otro poder, lo que tiene su razón de ser en la exigencia constitucional del juicio previo (*nulla poena sine iudicio y ne procedat iudex ex officio*)”⁴⁷.

La ley procesal penal, de otra parte, como todo el derecho procesal integra el Derecho público porque regula una función y una actividad estatal que exige la inevitable intervención del Estado para la efectiva realización de la justicia. Consecuentemente se trata también, de una regla irrenunciable, tanto por su carácter de norma de derecho público como por su vinculación con garantías procesales esenciales que antes hemos tratado⁴⁸.

La infracción de una norma de esta naturaleza acarrea la nulidad del acto. Precisamente el CPP, art. 159, prevé que “existe un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento” y agrega como presunción de derecho del perjuicio la hipótesis en que “la infracción hubiera impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la Republica (art 160, CPP).

Atendidas las consideraciones formuladas precedentemente, la infracción de la regla de que se trata configura, a nuestro juicio, un vicio de nulidad procesal. Pensamos que la actitud del juez en las hipótesis que hemos reprochado previamente compromete derechos esenciales del acusado y ocasiona a este un perjuicio indiscutido. Consecuentemente, la parte o interviniente afectado, el defensor, debería impetrar fundadamente la declaración de nulidad procesal argumentando en torno al uso indebido o excesivo de la facultad del tribunal de hacer preguntas aclaratorias, y requerir la extensión de la nulidad a lo que haya derivado y sea fruto directo o indirecto de dicha transgresión de la ley (título VII, Libro I, CPP), pudiendo el tribunal renovar, rectificar o ratificar los actos a los que la nulidad pudo extenderse.

⁴⁷ CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Derecho procesal penal*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, t. I, 1998, págs. 22 y 23.

⁴⁸ En este sentido, *idem*.

Insistimos que la argumentación para requerir la declaración de nulidad procesal del material probatorio generado por el uso indebido de la facultad de que se trata, deberá partir de la base de que los poderes del juez en relación con la prueba de testigos y peritos son de naturaleza formal y no material. Que se trata de poderes de dirección formal del proceso, necesarios para la substanciación de cualquier proceso, pero que no pueden afectar la configuración del objeto del mismo ni el debate, debiendo ejercerse dentro de los cauces que determinan su naturaleza. Deberá puntualizarse que el juez no tiene facultades de dirección material sino sólo formal, y a estas últimas facultades responden sus poderes oficiales para intervenir en la práctica de prueba testimonial y pericial, mediante la dirección de las audiencias y de la formulación de preguntas aclaratorias.

8.2. Se vulnera el principio acusatorio que informa el sistema procesal penal

Como hemos dicho, el CPP responde a un modelo acusatorio adversarial similar al instaurado en países del mundo anglosajón, en el que la ley atribuye a diversos sujetos procesales roles o funciones disímiles.

Al órgano jurisdiccional le corresponde “conocer y juzgar”, en los términos del artículo 76 de la Constitución. De otro lado, le está impedido desarrollar funciones de indagación o investigación, porque estas corresponden exclusivamente al Ministerio Público, también por disposición constitucional.

En consecuencia, en el evento que el juez dirija a los testigos preguntas que sobrepasando los límites que dispone el artículo 329, inc. 4º, CPP, se apartaren de sus funciones propias e importaren investigar, vulneraría el principio acusatorio que informa el sistema procesal penal. El juez pasaría a cumplir una función que la ley no le asigna y que le entrega exclusivamente al Ministerio Público y de otro lado, abandonaría la función que le es propia, diluyendo los límites que la separan y diferencian de las otras funciones del proceso penal. En el proceso penal acusatorio el juez no investiga, no incorpora ni recopila evidencias contra el sujeto investigado y tampoco procura la mejor solución según el caso concreto, sino que se aboca a su función natural que viene dada por la propia Constitución Política, esto es, conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado, sin participación en las actuaciones previas desarrolladas por los intervinientes⁴⁹.

⁴⁹ En este sentido *vid.* ROJAS CHAMACA, Julio, “El rol del juez en la prueba: efectos que genera en el juicio oral la formulación de preguntas aclaratorias a testigos y peritos conforme al artículo

8.3. Se infringe la imparcialidad del juzgador

Los jueces al sobrepasar los límites que la ley les impone en el artículo 329, inciso 4º, CPP, ponen en riesgo el principio de imparcialidad del juzgador, infringiendo los artículos 19, N° 3, inciso 6º, de la Constitución Política de la República, 1º, CPP, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como ya se ha explicado, durante muchos años nuestro sistema procesal penal estuvo informado por el principio inquisitivo constatándose compromisos serios del principio de imparcialidad del juzgador. En el actual sistema procesal penal, de corte acusatorio, se busca, entre otras cosas que el juez tenga la menor intervención durante el juicio y que sólo conozca del objeto del proceso en el juicio oral, cuidándose siempre, con singular celo, la imparcialidad del juzgador. Como bien explica MONTERO AROCA, la posibilidad del juez de proponer pruebas de oficio es incompatible con un proceso acusatorio dado que el sentenciador asumiría las funciones propias de las partes, con la consecuente pérdida de la garantía de la imparcialidad⁵⁰. En este mismo sentido se expresa ORTELLS RAMOS al indicar que “el fundamento del principio acusatorio es garantizar la imparcialidad del juez (requisito de rango constitucional), que podría verse comprometida si se le atribuyeran a él mismo las funciones de descubrir, investigar y perseguir los posibles delitos”⁵¹.

En este sentido ha sido de vital importancia la opinión de la jurisprudencia la cual ha reconocido que “*constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 19, N° 3º, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio*

329 inciso cuarto del Código Procesal Penal,” en: VV.AA, *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 432-456.

⁵⁰ MONTERO AROCA, Juan, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”, en *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 157 a 159.

⁵¹ Así lo afirma ORTELLS RAMOS, Manuel en el prólogo del libro de DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pág. 21.

de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa⁵².

En consecuencia, las “preguntas aclaratorias” dirigidas al testigo o perito sin los límites a que nos referimos y sin la mesura y prudencia exigibles al juez, compromete gravemente la garantía constitucional de la imparcialidad del juzgador.

8.4. Se conculca el principio de igualdad y en particular la igualdad de armas.

El principio de igualdad de armas también aparece conculcado cuando los miembros del tribunal dirigen a los testigos preguntas que no tienen por objeto sólo aclarar la oscuridad de sus declaraciones. El juicio oral configura una estructura de partes contrapuestas que cumplen sus funciones, deberes y cargas conforme con la bilateralidad de la audiencia y la contradicción. Todos los intervinientes, como es palpable de la sola lectura de las reglas del juicio oral, tienen derecho a actuar, a contradecir, a debatir, a interrogar, a contrainterrogar,

⁵² CORTE SUPREMA, 12 de octubre de 2012, rol 5922-2012 (considerando 5°); CORTE SUPREMA, 17 de septiembre de 2013, rol 4909-2013 (considerando 4°); CORTE SUPREMA, 1° de septiembre de 2009, rol. 4164-2009 (considerando 9°); CORTE SUPREMA, 19 de mayo de 2009, rol 1414-2009, (considerando 1°). En similar sentido CORTE SUPREMA, 12 de noviembre de 2008, rol. 4954-08.

a declarar, cada uno en función de su interés y en ejercicio de derechos procesales propios y específicos.

Esta igualdad de armas se compromete, si no se pierde, cuando los miembros del tribunal sobrepasan los límites que dispone el artículo 329, inc. 4°, CPP, toda vez que si el juez interroga al testigo o si su finalidad excede la sola aclaración, altera la posición de las partes en cuanto favorece a una y perjudica a otra. Al desvirtuar o convertir la “pregunta aclaratoria” en un interrogatorio, una indagación o un requerimiento coactivo o un contrainterrogatorio, desplaza a las partes y genera indiscutibles condiciones de desigualdad.

Como ha declarado la Excelentísima Corte Suprema : “... *la igualdad de las partes es una garantía que debe proyectarse al interior del proceso penal, traduciéndose en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, por lo que estamos ante una infracción de esta naturaleza cuando se sitúa a las partes a una situación de desigualdad o se impida la aplicación efectiva del principio de contradicción. Este relevante rol incumbe al tribunal oral, quien deberá velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el enjuiciado y la parte acusadora, representada por el fiscal y/o querellante particular, durante el desarrollo del juicio oral.- Que, por consiguiente, el persecutor penal es el exclusivo motor del proceso criminal en vigencia, de manera que resulta agravante para la igualdad de posiciones de los litigantes que el tribunal concurra a suplir o corregir deficiencias en esa actividad, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, como la incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien soporta ese peso; y emerge una especie de subsidio procesal brindado por la juez en beneficio de las posiciones del Ministerio Público, conducta que resulta totalmente fuera de lugar en el contexto de estos procedimientos*”⁵³.

8.5. Se transgrede el derecho de defensa

En general entendemos por derecho de defensa el derecho a intervenir en el proceso con el propósito de satisfacer un interés propio, ejerciendo todos los derechos, de postulación, de prueba, de impugnación que sean pertinentes. En palabras de VÁSQUEZ ROSSI, “es la facultad del imputado de intervenir...para

⁵³ CORTE SUPREMA, 01 de septiembre de 2009, rol 4164-2009 (considerandos 16° y 17°). En idéntico sentido CORTE SUPREMA, 19 de junio de 2014, rol 8644-2014 (considerando 11°); CORTE SUPREMA, 4 de noviembre de 2009, rol 6165-2009 (considerandos 13° y ss.).

poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe”. Se trata en el fondo del derecho a actuar, a participar en el proceso y a intervenir para lograr un resultado favorable⁵⁴.

En coherencia con tal idea, el uso excesivo o ilimitado de la facultad prevista en el Art. 329, inc. 4º, CPP, compromete el derecho de defensa porque sitúa a la parte afectada, a aquella que queda en posición de desventaja y desigualdad, ante una realidad adversa que compromete sus derechos y en la que, en principio, y sin perjuicio de lo que diremos (punto 9), se encuentra inermes.

8.6. Se configura una hipótesis de prueba ilícita

Como es sabido, el artículo 276, CPP permite la exclusión para el juicio oral de las pruebas “que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. Se trata de una especial categoría de pruebas reprochables en razón de ser consecuencia de actos de obtención violentos o contrarios a los derechos o libertades fundamentales porque reflejan “la existencia de una tensión existente entre estos derechos y las necesidades de la persecución penal⁵⁵. En cualquier caso, lo relevante es el resultado, la posibilidad del acusado, de su defensor, de excluirla del juicio oral o de reclamar de nulidad del fallo, sea que se argumente por un criterio de confiabilidad de la evidencia o de prevención o de integridad judicial⁵⁶.

Estimamos que en la hipótesis de exceso de las “preguntas aclaratorias” puede configurarse eventualmente una prueba ilícita. Si las preguntas dirigidas por el tribunal provocan declaraciones sobre hechos y circunstancias nuevos, éstos, claramente, en cuanto son fruto del ejercicio ilegítimo de una facultad y constituyen material probatorio, son prueba ilícita. Representan material probatorio generado voluntaria o involuntariamente con infracción de garantías procesales esenciales. Así, si el tribunal valorare estas “nuevas pruebas” y a partir de ellas estableciera hechos, incurriría en la causal del Art. 373, letra a) CPP, toda vez que en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se

⁵⁴ Citado por HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. I, pág. 226.

⁵⁵ HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, págs. 169-170.

⁵⁶ Véase sobre este punto HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, págs. 182-184.

habrían infringido substancialmente derechos y garantías asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales.

Consecuentemente, con toda propiedad el defensor podrá recurrir de nulidad del fallo.

8.7. Se infringe el debido proceso

Como es evidente, la afectación de garantías procesales tan relevantes como el principio acusatorio, la imparcialidad del juzgador, la defensa y la igualdad de las partes, configura naturalmente una infracción al debido proceso de ley. Es sabido que éste, entendido de modo genérico por la Constitución Política como la exigencia de racionalidad y justicia en la estructura y función del proceso, se integra por numerosos principios y garantías procesales que la misma Constitución reconoce de manera expresa o implícita, pero que en cualquier caso se hayan también vigentes entre nosotros por las reglas del derecho internacional.

Tales principios y garantías son, entre otros, todos los antes mencionados.

Reiteramos sobre este particular lo declarado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia en sus fallos de 12 de octubre de 2012, rol 5922-2012 (considerando 5º); 17 de septiembre de 2013, rol 4909-2013 (considerando 4º); 1º de septiembre de 2009, rol. 4164-2009 (considerando 9º); y 19 de mayo de 2009, rol 1414-2009, (considerando 1º), en todos los cuales se alude expresamente al principio del debido proceso.

9. Mecanismos de impugnación que son procedentes para combatir el uso abusivo por el Juez de la facultad establecida en el artículo 329, inc. 4 CPP

9.1. Objeciones

La ley procesal penal regula expresamente en el artículo 330, CPP, los métodos de interrogación y contrainterrogación de los testigos y peritos, regla que busca un juego justo durante el debate.

La infracción a este método de interrogación de testigos y peritos da lugar al planteamiento de objeciones que deben ser resueltas por el tribunal.

Las objeciones constituyen un mecanismo procesal de defensa, entregado a las partes para que éstas se controlen recíprocamente y una herramienta para

que el tribunal pueda dar curso al debate. A través de las objeciones se fortalece la lógica adversarial del proceso⁵⁷.

Las partes tienen derecho a objetar las preguntas que formula la otra parte al testigo o perito cuando estas no cumplen las exigencias o formalidades que indica la ley. De esta manera, el artículo 330, CPP, indica que en sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado al testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieran la respuesta. De producirse esta situación la parte contraria puede objetar la pregunta, trabándose un incidente (Art. 290 CPP) que deberá resolver el juez de inmediato, salvo que se retire o reformule la pregunta. La objeción podrá ser fundada en que la pregunta que se dirige al testigo o perito es impertinente, porque busca coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, por tratarse de una pregunta que afecte ciertos derechos como el deber de secreto (Art. 303), porque se trata de una pregunta capciosa, repetitiva, la que busca una opinión, la formulada en términos poco claros, la que es confusa, vaga o ambigua.

Sin embargo, tratándose de la facultad establecida en el artículo 329, inc. 4º, CPP que permite al tribunal dirigir preguntas aclaratorias al testigo o perito, cabe preguntarse sobre la idoneidad de este mecanismo para que la parte afectada pueda objetar la pregunta aclaratoria de alguno de los jueces cuando estime que la misma se excede de los límites que le son propios.

La ley no resuelve el punto. HORVITZ Y LÓPEZ sostienen que "...los jueces deben ser extremadamente prudentes al hacer uso de esta facultad, pues deben considerar que las partes no podrán objetar las preguntas claramente inconducentes ni que excedan el ámbito de la mera aclaración, dejando de otro lado traslucir la pérdida de imparcialidad que debieran mantener inalterable hasta el final del juicio"⁵⁸.

Estimamos que el punto es complejo. Entendemos que la objeción es propia del debate y del contradictorio entre las partes y que resulta forzado plantearla respecto del tribunal. Sin embargo, para ser coherentes con la gravedad que tiene la infracción de la regla, atendido el compromiso que genera para garantías esenciales, nos resulta mucho más grave dejar a la parte en la indefensión y postergar simplemente su derecho a poner de manifiesto el vicio de que se trata.

⁵⁷ Sobre las objeciones *vid.* BLANCO SUÁREZ, Rafael, DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio, MORENO HOLMANN, Leonardo y ROJAS CORRAL, Hugo; *Litigación estrategia en el nuevo proceso penal*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, págs. 192 y ss.

⁵⁸ HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, t. II, pág. 295.

Los intervinientes tienen siempre derecho a solicitar la reposición de las resoluciones pronunciadas durante las audiencias orales, cuando no hubieren sido precedidas de debate (Art. 363, CPP) y hasta pueden impetrar la declaración de nulidad de actuaciones judiciales durante el juicio oral, en cualquiera de sus audiencias (Art. 165, CPP). Tanto en la solicitud de reposición como en el requerimiento de nulidad van envueltos juicios críticos o reproches a la actuación del tribunal, a una decisión suya, a una supuesta errada interpretación suya. ¿Por qué no podría el interviniente plantear al tribunal que la pregunta que hace al testigo o perito la estima contraria o violatoria de la regla pertinente?

Nótese también que el artículo 8, CPP, “ámbito de la defensa” proclama el derecho del imputado 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*. Claramente la posibilidad de alegar el uso indebido de que se trata no se haya entre las excepciones señaladas.

Así las cosas, si este planteamiento constituye o no una objeción o si puede hacerse valer por medio de estas, parece una cuestión secundaria. En verdad las objeciones son propias de la litigación entre partes y del juego dialéctico en torno a las pruebas de testigos y peritos, pero ni siquiera están mencionadas por nuestra ley procesal penal. Los métodos de interrogación de los Arts. 329 y 330, CPP, suponen que los deberes y derechos que se imponen y reconocen sean hechos valer ante el tribunal y asegurados por este. En esta lógica, el derecho de las partes a una prueba de testigos y peritos desarrollada de conformidad con la ley y con pleno respeto a las garantías procesales esenciales, ¿no merece también su planteamiento y aseguramiento por el tribunal y de inmediato?

En consecuencia, estimamos que en la hipótesis en que el tribunal excede los límites que le confiere el Art. 329, inc. 4º, CPP, el interviniente afectado, el defensor, debe hacer presente al tribunal, fundadamente, la necesidad de rectificación de la pregunta aclaratoria. Lo contrario es admitir un momento o estado de indefensión que resulta incompatible con la normativa procesal penal vigente y concretamente, con las múltiples formas con que el legislador protege las garantías procesales.

Por otra parte, no creemos que esta cuestión esté relacionada con el principio de contradicción y el control recíproco entre los intervinientes. Nos parece que este control recíproco que favorece el contradictorio debe operar entre los intervinientes. El juez asegura ese contradictorio pero no interviene en él. Sus poderes de dirección formal le permiten velar porque se dé el contradictorio

efectivamente pero no le autorizan para participar en el contradictorio. El juez es garante del juego limpio y como garante debe ser imparcial.

Precisamente el punto que tratamos es distinto. Se produce cuando el juez abandona su dirección formal e ingresa al contradictorio. En este caso, se trata de impedirle ese ingreso, en el acto, directamente, para evitar un daño mayor. Así, cuando el tribunal niega a la parte el reproche que ésta le formula por la infracción en que incurre al hacerle una “pregunta aclaratoria” improcedente, no es que le niegue el control de una prueba sino algo mucho peor, le niega el derecho a defender la vigencia de los principios centrales que hemos mencionado.

La jurisprudencia reconoce en parte lo anterior al expresar que: *“la circunstancia que el tribunal de juicio oral haya anunciado que, de plano, las preguntas que formularan sus integrantes no podían ser objetadas por los intervinientes, ha impedido al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga, pues, en términos amplios, se vio privado de la posibilidad de controlar la prueba que ingresaba al juicio, y específicamente, de las facultades que le otorgan los artículos 329 y 330 del Código Procesal Penal, ya analizado”*⁵⁹.

En consecuencia, entendemos que es perfectamente posible objetar las preguntas que realicen los miembros del tribunal cuando exceden del ámbito que indica el artículo 329, inc. 4°, CPP. Esta posibilidad es de toda lógica en un sistema acusatorio como el nuestro en donde la bilateralidad de la audiencia o contradictorio de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral aparece como una de las principales garantías de las partes. Además, esta interpretación fomenta el principio de economía procesal toda vez que la objeción aparece como un mecanismo procesal razonable, poco oneroso y proporcionado, evitando los típicos costos económicos y temporales que pueden sobrevenir en un eventual recurso de nulidad que tendrá por objeto remediar esta situación.

Además, si el defensor recurrirá posteriormente de nulidad, ésta constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resolviere la cuestión en el momento en que se plantea, conforme con los Arts. 165, 290 y 377, CPP.

9.2. Incidente de nulidad

Sin perjuicio de lo que hemos adelantado sobre este punto, es claro que el interviniente, el defensor afectado porque el tribunal actúa excediendo los

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Copiapó, de 26 de noviembre de 2007, rol 173-2007 (considerando 8).

límites impuestos por el artículo 329, inc. 4°, CPP, puede plantear un incidente de nulidad procesal conforme con los arts. 159 y siguientes CPP.

Las consideraciones que hemos hecho permiten configurar en la hipótesis una *diligencia judicial defectuosa del procedimiento* “que ocasiona a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”, según el Art. 159, CPP.

Nos parece claro también que en la misma hipótesis se da el concepto de perjuicio que el artículo recién citado expresa, toda vez que “existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”. Si lo anterior no fuere suficiente, podrá invocarse para la nulidad procesal la configuración de la presunción de derecho del perjuicio que establece el Art. 160, CPP. Dispone este que “se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiera impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la constitución, o en las demás leyes de la República”.

En el caso de que tratamos, como hemos dicho, el artículo 290 admite el planteamiento de un incidente de nulidad procesal en la audiencia de juicio oral y ordena que se resuelva inmediatamente por el tribunal. Rechazado este incidente de nulidad, la vía procedente para la reclamación de la transgresión de las garantías procesales será el recurso de nulidad, conforme con la letra a) del Art. 373 y con el Art. 374 letra c), ambos del CPP.

9.3. Recurso de nulidad

En el evento que los miembros del tribunal actúen excediendo los límites impuestos por el artículo 329, inc. 4°, del CPP, los intervinientes pueden interponer el recurso de nulidad.

El recurso de nulidad puede ser fundado en las siguientes causales: *a)* en que se han infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, conforme con el Art. 373 letra a) del CPP; y *b)* en que al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley otorga, conforme con el Art. 374 letra c) del CPP). Analizaremos ambas causales.

La primera causal puede utilizarse en todas las hipótesis que hemos analizado precedentemente. Como se ha explicado los miembros del tribunal al exceder el ámbito de aplicación o los límites naturales del inciso 4°, del artículo 329, CPP, infringen sustancialmente una serie de derechos o garantías procesales que aseguran tanto la Constitución como los tratados internacionales vigentes

en Chile. En efecto y como se ha demostrado, la vulneración de la norma tantas veces citada, importa una violación de los derechos que precisamente resguarda el recurso de nulidad.

Asimismo, la causal segunda será aplicable en los casos en que al defensor se le infiere un perjuicio al situarlo en una posición de desigualdad y al impedirle reclamar del acto por el cual el tribunal lo ha puesto en situación de desventaja, sea que la objeción que haya planteado haya sido declarada inadmisibile o que se le haya impedido impetrar, en la ocasión, el correspondiente incidente de nulidad procesal.

Es cuanto puedo informar a US.,

ORLANDO POBLETE ITURRATE
Magíster en Derecho Judicial, Universidad de Chile
Profesor de Derecho Procesal
Facultad de Derecho, Universidad de los Andes

III. Algunas notas sobre el delito de estafa

Gonzalo Medina Schulz
Universidad de Chile

I. Antecedentes previos de la formalización

La formalización indica que:

“El 7 junio 2012 el imputado concurrió al Banco S., con ánimo de defraudar y atribuyéndose un crédito que no le pertenecía sobre una boleta de garantía 45703 de 13 de julio de 2007, tomada por la Consultora XX ante el banco del desarrollo por 300 UF a favor del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, deliberadamente faltó a la verdad señalando que dicha boleta se le había extraviado, para lo cual suscribió un documento denominado aviso de extravío de documentos nominativos.

En el aviso el imputado declaró habersele extraviado dicha boleta de garantía y no poder encontrarla no obstante las reiteradas y cuidadosas búsquedas realizadas agregando expresamente lo siguiente “declaro bajo juramento no haber cedido a terceros los derechos que emanan de tal boleta de garantía”.

En virtud de esta declaración y aviso engañoso los representantes del banco bajo error entregaron el dinero al representante de Consultora XX, por un monto de \$6.276.675.- pesos perjudicando a los “verdaderos acreedores de dicho valor” por cuanto M. “había cedido el crédito” a quienes se dirá, circunstancia de pleno conocimiento del imputado incluso por parte de los demás socios de la XX.

En efecto, el imputado junto con los otros socios y operadores de la consultora XX, A., U. y U. habían sido formalizados por fiscalía en el tribunal de garantía de Valdivia por el delito de estafa que afectó a la cantidad de 229 víctimas.

En dicha causa el 29 de junio de 2011 se celebró audiencia de suspensión condicional del procedimiento compareciendo el imputado M. con los otros imputados de la época, en tal ocasión el tribunal de garantía aprobó la suspensión condicional del procedimiento respecto de los otros co-imputados ya mencionados y no de M. en la que se manifestó entre otras condiciones el consentimiento para entregar la boleta de garantía de 300 uf , la que se encontraba a esa fecha retenida por el tribunal de garantía en el Banco S., para que el dinero fuera entregado a las víctimas a prorrata. Por otra parte en esa audiencia del 29 de junio del 2011 no se aprobó salida alternativa del imputado M. ya que para proponerla la fiscalía la jueza le informo que debía pagar a las 231 víctimas la suma total y única de \$12.544.000 razón por la cual se procedió a fijar nueva fecha ya que M. manifestó estar en condiciones de hacerlo.

En la misma oportunidad el imputado M. manifestó su conformidad para que el Banco S. remitiera el monto de las 300 UF correspondiente a la boleta de garantía 45702 de 13 de julio de 2007 con el preciso objeto de girar esos dineros entre los afectados por el delito materia de acusación en esa causa, por lo tanto el imputado y los socios habían cedido dichas sumas de dinero respaldadas por la boleta de garantía, el imputado de esa forma pretendía configurar la atenuante del artículo 11 número 7 del Código Penal, o ser un antecedente favorable para negociar una salida alternativa, sin embargo ante la negativa del imputado de pagar el monto defraudado, fue llevado a juicio oral y con fecha 23 de abril del 2012 el tribunal oral en lo penal dictó sentencia condenatoria por el delito de estafa a la pena de 3 años de presidio menor en su grado media más 14 UTM con remisión condicional de la pena.

Fue así que una vez condenado y suspendidos condicionalmente los otros socios y operadores de la consultora, aprovechando que el Banco S. no remitía el dinero al tribunal de garantía conforme este lo ordenaba, concurrió a dicho banco el 7 de junio de 2012 en la forma mendaz y engañosa al inicio de este relato, apropiándose de los valores indicados en perjuicio de sus legítimos titulares las víctimas que indicaremos burlándolas en su legítima acreencia todas personas de escasos recursos económicos.

Esto configura el delito de estafa previsto y sancionado en el artículo 468 en relación al artículo 467 número 1 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado y en calidad de autor”.

II. Cuestiones generales

A fin de determinar la procedencia de un delito de estafa, de acuerdo a la calificación que el Ministerio Público ha realizado en la formalización de la investigación, es menester tener presente que la mencionada figura penal es de carácter complejo, y su atribución requiere de la constatación de la concurrencia de diversos elementos.

Así, la estafa es tradicionalmente entendida como nosotros como un delito conformado por un engaño, que produce un error, el que a su vez motiva una disposición patrimonial que resulta perjudicial¹.

Pese a que se considera ampliamente que el delito de estafa es uno de resultado y por lo tanto el modo habitual de examen de su concurrencia está dado por el establecimiento de un resultado típico, y en seguida la determinación del comportamiento penalmente relevante que lo causa, el delito de estafa suele ser examinado de manera cronológica, comenzado con el engaño y concluyendo con el perjuicio², pese a las dificultades que ambos modelos presentan, se seguirá en este informe el método tradicional.

En principio la conducta engañosa imputada a M. está dada por la falsedad que afirma ante el Banco S., al cual engaña respecto del extravío de una boleta de garantía (engaño), por lo cual el banco entrega una suma de dinero equivalente al valor de la boleta (error y disposición patrimonial) lo cual genera un perjuicio a los verdaderos acreedores de dicho valor, quienes ostentaban la calidad de cesionarios (perjuicio patrimonial).

Las cuestiones a resolver son:

1. Si la afirmación sobre el extravío y la titularidad de la boleta de garantía es un engaño en términos del delito de estafa.
2. Si se produce un error y en quién.
3. Si es posible realizar actos jurídicos de transferencia de la calidad de acreedor de la boleta de garantía, ya sea por parte de terceros, el tribunal o por las mismas partes de la boleta de garantía, es decir el tomador, beneficiario y el banco.
4. Con relación al punto anterior, si es conceptualmente posible afirmar un eventual perjuicio patrimonial.

¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. En, Problemas Actuales de Derecho Penal. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003. p. 150.

² HEFENDEHL, Roland. § 263 StGB, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, Rn. 37-38.

Con todo, dado que el objeto sobre el cual recaería la estafa es uno particular, la disposición sobre boleta de garantía bancaria, de cuyas características derivan diversas consecuencias para el tratamiento de los elementos de la estafa, se comenzará por un breve análisis del estatus jurídico de dicho instrumento, en cuanto sea relevante tener presente para este informe.

III. La boleta de garantía

Como se ha indicado, un elemento determinante del caso es la caución por medio de una boleta de garantía bancaria. Por lo anterior es importante definirla, establecer sus características, definir sus alcances (sobre todo analizar si es posible cederla y su vigencia) y observar cómo opera en la práctica.

1. Definición y características de la boleta de garantía

En la boleta de garantía un sujeto, denominado tomador, solicita a una institución bancaria, la emisión de una boleta de garantía para asegurar al beneficiario el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato³.

A pesar de ser redundante, esta boleta es una garantía, es decir, su importancia práctica es la de garantizar alguna obligación. Pero no lo es solamente en sentido general, sino que es una garantía en sentido estricto, la cuales se caracterizan por: permitir la satisfacción del interés del acreedor de manera independiente a otros acreedores, actúa sobre bienes concretos del patrimonio del deudor, no afecta a todos los acreedores, sino solamente a los que han pactado y, en algunas hipótesis no se extingue al enajenar los bienes que se han destinado a la función de garantía⁴.

Para la emisión de una boleta de garantía por un tomador se puede proceder de dos formas. (i) la primera mediante un depósito de dinero en el banco por el tomador y (ii) mediante un crédito que otorga el banco respectivo al tomador. En la presente causa penal importa la primera modalidad ya que es la seguida según se observa de los antecedentes tenidos en consideración.

Bajo la modalidad del depósito en el banco para la emisión de una boleta de garantía, evidentemente se genera una inmovilización de los fondos

³ AEDO BARRENA, Cristián. Las garantías del acreedor frente al incumplimiento. En Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 2, 2008. p. 298. En similar sentido Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chile. Recopilación Actualizada de Normas. Capítulo 8-11. Hoja 1.

⁴ AEDO BARRENA, Cristián. Las garantías del acreedor... *op. Cit.* p. 296

depositados⁵, ya que ellos debiesen estar disponibles al momento en que el beneficiario decida hacer valer la garantía⁶.

Las especiales características de la boleta de garantía no se coligen de una norma especial que la regule sino de normas generales⁷, de derecho privado, por lo cual su especialidad viene dada por la práctica económica y las prácticas, usos y costumbres del comercio⁸.

Aunque como se verá *infra* a pesar de no tener una regulación detallada específica, existe una norma en la Ley General de Bancos que la nombra y establece una de sus características, la cual es fundamental para la presente causa penal. Además, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante SBIF) reconoce su existencia en su Recopilación Actualizada de Normas y regula algunos de sus aspectos⁹.

Es del todo relevante, pero sin relevancia importante hasta antes del cobro de la boleta de garantía, que es un contrato accesorio, es decir, se trata de una convención que está ligada a una obligación principal¹⁰. Pero no tiene mayor relevancia antes del cobro, ya que es fundamental en la boleta de garantía que sin importar si se haya obtenido mediante un depósito o un crédito, y sin importar la obligación caucionada, debe ser igualmente pagada al beneficiario en la oportunidad que éste lo demande¹¹.

Por ende su importancia, tal como lo hace notar la doctrina es la facilidad de su cobro, ya que al ser un título incondicionado el cobro se realiza al primer requerimiento, sin ser necesario un proceso judicial previo de ejecución, ni depende de la situación patrimonial del deudor (por lo cual es evidente el blindaje jurídico dado al acreedor)¹².

⁵ *Ibid.* p. 298.

⁶ Se utiliza esta terminología ya que la boleta de garantía es una caución con especiales características, las cuales permiten que el beneficiario haga valer la garantía independiente de la voluntad del tomador y si efectivamente se ha generado la situación que permite hacer valer la garantía según la obligación caucionada. La determinación de si la boleta de garantía fue cobrada correcta o incorrectamente es parte de un juicio posterior como se verá *infra*.

⁷ AEDO BARRENA, Cristián. Las garantías del acreedor... *op. cit.* p. 299.

⁸ JEQUIER LEHUDÉ, Eduardo. Boleta de garantía e insolvencia. Su impacto en el principio de la *par conditio creditorum*. En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20, N° 2, 2013. p. 176.

⁹ *Ibid.* p. 179.

¹⁰ AEDO BARRENA, Cristián. Las garantías del acreedor... *op. cit.* p. 299.

¹¹ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chile. Recopilación actualizada... *op. cit.* Hoja 1.

¹² JEQUIER LEHUDÉ, Eduardo. Boleta de garantía... *op. cit.* p. 176.

En lo que viene a continuación serán expuestas las características principales de la boleta de garantía y que son atingentes a este caso.

2. Cualidad inembargable de la boleta de garantía

A pesar, como ya se dijo, que la boleta de garantía no tiene una regulación legal específica, la Ley General de Bancos la nombra en su artículo 69, el cual establece las operaciones que pueden efectuar los bancos, pero además de expresar que las boletas de garantías son operaciones que se pueden efectuar, explicita una de sus características esenciales:

- 13) Emitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen.

En la sección anterior se mencionó la eficacia de la boleta de garantía como instrumento económico, la cual otorga gran seguridad al acreedor, ya que no necesita especiales procedimientos para su cobro y que los fondos son retenidos por el banco. Pero a lo anterior se suma que la boleta de garantía no puede ser embargada, por lo mismo, el cobro de la boleta de garantía no pende de la situación patrimonial específica del deudor, ya que los fondos estarán siempre seguros mientras la boleta de garantía se encuentre vigente.

Sin embargo se establecen causales de embargo, la cuales serían aquellos que no son extraños al contrato o a la obligación que se caucione.

Esto se puede explicar por otra de sus características, ser un contrato accesorio. La boleta de garantía cauciona una obligación (que puede ser un contrato), ahora, al ser una caución independiente y abstracta no es relevante la obligación principal para su cobro, pero sí para una posterior determinación sobre si fue correctamente hecha efectiva.

Teniendo lo anterior en consideración, que es apoyado por normas legales, los actos de retención, y posterior levantamiento de prohibiciones con fines específicos, realizados por el juzgado de garantía en esta causa son del todo irrelevantes. Ya que no tenía las facultades para tomar tales decisiones, aunque en el caso concreto estas decisiones sobre la boleta de garantía no tienen mayor incidencia. Aunque el punto es relevante ya que determina que todo lo relacionado con su cualidad inembargable no puede ser, por tanto, punto de partida de una imputación penal.

3. La boleta de garantía no es un título de crédito

Es también muy importante el carácter nominativo y no endosable¹³ de la boleta de garantía, tal como lo establece la Recopilación de Normas de la SBIF. Que sea nominativo significa que solamente puede ser cobrada por la persona que es individualizada, es decir por el beneficiario.

Lo anterior implica que la boleta de garantía no es cedible o transferible. Por lo mismo se dice, a pesar de lo extraño de la terminología, que la boleta de garantía no es un título de crédito, ya que la característica fundamental de los títulos de crédito es su transferibilidad, en otras palabras la boleta de garantía no circula en el tráfico económico¹⁴.

De este modo también este antecedente es relevante, ya que al no ser transferible no se puede establecer que una persona distinta del beneficiario haya sido acreedor de la misma, en específico las personas que supuestamente fueron estafadas.

4. Plazo de validez de la boleta de garantía

En las normas de la SBIF claramente se estipula que las boletas de garantía pueden ser validas por un plazo determinado o indefinido¹⁵. En este caso según las declaraciones de funcionarios del Banco S., el plazo de validez era de dos años, por lo cual estuvo vigente hasta el año 2009.

La pregunta relevante es entonces, qué sucede después del fin del plazo de validez. Al respecto, los mismos funcionarios del banco respondieron, acorde a su regulación, que se genera una acreencia para el acreedor de los fondos que eran objeto de la boleta de garantía.

Lo anterior es un argumento más para entender que las decisiones del tribunal y la supuesta cesión de la boleta de garantía, no son tales, pues no era posible efectuar la mencionada cesión.

Además, resulta importante que de las declaraciones de los funcionarios del banco, se desprende que el procedimiento seguido por el imputado era el normal para su cobro, y según un razonamiento lógico así parece serlo, ya que una vez que termine la validez de una boleta de garantía por plazo, no pareciese

¹³ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chile. Recopilación Actualizada... *op cit.* Hoja 2.

¹⁴ JEQUIER LEHUEDE, Eduardo. Boleta de Garantía... *op. cit.* p. 185 y ss.

¹⁵ Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chile. Recopilación Actualizada... *op cit.* Hoja 3.

común que el tomador vaya donde el beneficiario a solicitársela, a pesar que el beneficiario ya no puede cobrarla, parece entendible que vaya el tomador al banco a cobrar los fondos que ya no son garantía y declare lo que el banco le solicita para su cobro.

IV. Estafa

1. El engaño en la estafa

El concepto de engaño en la estafa constituye uno de los aspectos más discutidos en el ámbito penal chileno¹⁶. Con todo, a efectos operativos del presente informe se admite un concepto simple de engaño referido a la conducta que falsea o altera la realidad, sin perjuicio de que el juicio de aptitud de la conducta bajo criterios de imputación objetiva es una cuestión necesaria¹⁷.

La primera cuestión a dilucidar es si, en principio, la conducta del imputado respecto al extravío de la boleta de garantía puede o no ser calificado como un engaño. Al respecto han de considerarse dos posiciones contrapuestas en la doctrina nacional respecto al concepto de engaño.

Un sector de la doctrina afirma requerirse un examen de la entidad de la conducta desplegada por el autor para considerar que se está frente a un engaño típicamente relevante¹⁸.

En ese sentido de exigencia objetivo se manifiesta claramente Etcheberry¹⁹ y Garrido²⁰, quienes exigen que el engaño posea una cualidad que la diferencia de la mera mentira para satisfacer el elemento típico²¹. La postura contraria,

¹⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática... *op. cit.* p. 160.

¹⁷ FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro. Engaño y Víctima en la Estafa. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I. Valparaíso, 2005. p. 184 ss.

¹⁸ Para mayor información véase CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. El Engaño Típicamente Relevante a Título de Estafa. Modelos Dogmáticos y Análisis Jurisprudencial. Legal Publishing, Santiago, 2009. p. 41 y ss.

¹⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo tercero, tercera edición revisada y actualizada 1997. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998. p. 393 y ss.

²⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010. p. 332 ss.

²¹ En un sentido crítico HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del Engaño. En, Revista Chilena de Derecho, vol. 37 N° 1. 2010. p. 10 y ss.

en cambio, entiende que la mera afirmación mendaz no revestida de mayores elementos basta para configurar el engaño típicamente relevante²².

Lo primero entonces es establecer si se satisface alguno de esos criterios, cuestión que a objeto del presente informe, como se detalla más adelante, resulta en todo caso no determinante para la construcción de un fraude patrimonial, pues el problema no se centra en la existencia o ausencia de maniobras de entidad para la generación del error y la disposición patrimonial.

Con todo, la realización un engaño típicamente relevante debe conectarse funcionalmente con los restantes elementos del delito, esto es, si el acto constitutivo del engaño es determinante para la producción del error que genera la disposición patrimonial.

En el caso en análisis esto es un punto que merece especial atención, dado que el supuesto engaño típico respecto al banco, sería uno que recaería sobre el derecho que se tenía para obtener los fondos de la boleta de garantía bancaria.

Ese engaño, que motivaría un pago no procedente, sería causal para el perjuicio patrimonial de los supuestos cesionarios en virtud de la condición impuesta en la suspensión condicional.

Sin embargo, tales afirmaciones no son compatibles con el estatus de la boleta de garantía bancaria de acuerdo a la regulación previamente expuesta en este informe, dado que los supuestos cesionarios (acreedores) nunca lo fueron, y el supuesto engaño típico era irrelevante en términos de la causación de la disposición patrimonial.

El primero de los puntos se resolverá conforme al tratamiento del perjuicio patrimonial al final de esta sección del informe, el segundo conforme al problema del error y la disposición patrimonial en la sección siguiente.

2. El error

El error es otro elemento importante a analizar, sobre todo ante propuestas que proponen su no consideración como elemento de este delito, las que no han sido recogidas en la jurisprudencia y que tienen importantes críticas²³, principalmente

²² En ese sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática... *op. cit.* p. 161 ss.; también, POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. p. 430 y ss.

²³ Véase, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. En, *El Engaño y el Error en la Estafa. Doctrina y Jurisprudencia Penal Año 1, N° 1*. Universidad de los Andes. Abeledo Perrot, Santiago, 2010. p. 36.

porque el error es el elemento que explica la responsabilidad penal del autor del delito de estafa, y no un comportamiento atípico y voluntario de la víctima²⁴.

Si se afirma que existe una conducta de engaño, sea por considerar que se satisface el elemento típico con la mera afirmación de falsedad, o con un maquinación de entidad suficiente, resultando en este aspecto irrelevante la alternativa adoptada, entonces se puede afirmar un error por parte del respectivo funcionario o funcionarios del banco que generan las operaciones de pago de la suma de dinero, siempre y cuando se entienda que el comportamiento de afirmación de falsedad produjo una falsa creencia de la realidad en el banco, y que la disposición patrimonial posterior se funda en ello²⁵.

En tal sentido, el elemento de error estaría configurado. Sin embargo, lo que es pertinente es analizar la concurrencia de un error relevante para el acto de disposición patrimonial.

Dada la naturaleza en que opera la boleta de garantía, el banco no tenía otra opción que entregar la suma de dinero al titular de ella, pues habían operado las condiciones jurídicas que daban lugar a su pago, dado el vencimiento de la misma.

Así, el error no recae sobre la obligación de pago de la suma de dinero (el acto de disposición patrimonial), sino que podría únicamente ser relevante en el evento que, con la afirmación de un supuesto falso extravío, se hubiese generado un proceso de pago improcedente a un sujeto que no se encontraba habilitado para la recepción del dinero.

Entonces, la interrogante es si las declaraciones del Sr. M., sobre la pérdida de la boleta, a pesar de ser falsas, en el sentido de no ser veraces al no haber extraviado la boleta de garantía como declaró, son elemento para producir un error en el banco, es decir, si para el banco tales declaraciones hayan sido efectivamente creadoras de una falsa realidad relevante, o si eran una formalidad para el cobro, la cual es común en el caso de cobro de acreencias generadas por boletas de garantía vencidas.

²⁴ El argumento ocupa una estructura similar al de la autoría mediata, si existe responsabilidad del hombre de adelante, no existiría responsabilidad del hombre de atrás. La autoría del hombre de atrás tiene como elemento integrante justamente algún criterio de imputación que falla en el hombre de adelante. De este modo si la supuesta víctima de estafa no se encuentra en error no se puede explicar por qué es responsable al autor de estafa y no un comportamiento responsable de la víctima.

²⁵ Respecto a un concepto normativo del error en contextos complejos véase, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Por qué no puede... *op. cit.* p. 37.

A este respecto, deben ser determinantes las declaraciones de los funcionarios del banco, las cuales son la única prueba relevante, de acuerdo a los antecedentes manejados, para saber si efectivamente incurrieron en un error, o si tales declaraciones son las requeridas en el tráfico comercial bancario normal para el cobro de boletas vencidas, entendiéndose esta formalidad como un resguardo de la posición jurídica del propio banco.

A mayor abundamiento declaró con fecha 14 de diciembre de 2012 la gerente de sucursal Banco S., la cual afirma que según la información que maneja la boleta venció el 13 de junio de 2009. Por otro lado declaró el 10 de junio de 2013 el gerente de procesos contables de Banco S., respecto al caso afirma que el Sr. M. dio la información de extravío de documento y otros antecedentes, pero a la vez declara que en el caso de acreencias generadas por vencimiento de boletas de garantía tomadas en efectivo, se requieren los mismos documentos que entregó M. para su cobro²⁶.

De acuerdo con los antecedentes anteriores no se desprende la existencia de un engaño típico, dejando de lado la falsedad de la declaración de extravío, ya que aquella información no es relevante para el banco, sino constituye mera formalidad, por lo cual aquella no tiene conexión alguna con la disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial a los que hacen referencia el delito de estafa.

3. La disposición patrimonial

Afirmar la disposición patrimonial no resulta problemático en el caso concreto, en la medida que fenomenológicamente es posible constatar una transferencia de dinero que es realizada por el banco y, en principio, uno puede naturalísticamente vincular esa disposición a un, eventual, error producto de un engaño realizado por el supuesto autor.

Sin perjuicio de lo anterior, la existencia de un acto de disposición patrimonial típicamente relevante en términos de un delito de estafa debe consecuentemente ser también negado, si es que se siguen los términos establecidos en los apartados anteriores, ya que la disposición patrimonial relevante en términos penales debe ser producida por el error del banco, el cual no concurre.

²⁶ Así se desprende de sus respuestas 3 y respuesta 4, en que enumera los mismos requisitos.

4. Perjuicio patrimonial

Para establecer la existencia de un perjuicio patrimonial, resulta en primer lugar pertinente distinguir la tesis de patrimonio penalmente protegido en el ámbito de los fraudes patrimoniales que se va a sustentar.

Por cierto, este es el elemento que mayor lugar a controversia jurídica ha generado en los diversos debates penales del derecho comparado, siendo su precisión esencial para establecer en el caso concreto la existencia efectiva de un perjuicio.

Con todo, se anticipa desde ya que se trata de lo que en doctrina suele denominarse el problema de expectativas patrimoniales como objeto de protección penal, tal como se detalla más adelante. Dado que, según el estudio de las peculiaridades de la boleta de garantía, es indubitado que no es un crédito transferible que pueda fundamentar la calidad de acreedor de las supuestas víctimas de este caso.

4.1. Sobre el concepto de patrimonio

Si se describe una evolución histórica de los diferentes conceptos de patrimonio en materia penal, el orden que ha de seguirse es el del concepto jurídico, el económico, el mixto y los predominantes conceptos actuales, que pueden englobarse bajo la categoría de conceptos funcionales de patrimonio²⁷.

a. Concepto jurídico de patrimonio

Este concepto adquiere relevancia a fines del siglo XIX y principios del siglo XX en Alemania, siendo su importancia actual el estudio del punto de partida de la controversia sobre los conceptos de patrimonio²⁸.

Independiente de los sustentos metodológicos de los puntos de partida del concepto jurídico de patrimonio²⁹, es claro cuál es el contenido de la propuesta. El concepto penal de patrimonio dependería de su reconocimiento en otras áreas del derecho, siendo pertinente es especial el derecho privado.

²⁷ Dejo aquí de lado el concepto personal de patrimonio, cuya mayor relevancia se encuentra en el campo de los negocios no bilaterales y la recepción de la frustración de fines en el concepto de perjuicio patrimonial.

²⁸ GALLEGO SOLLER, José-Ignacio. Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial. Tirant to Blanch, Valencia, 2002. p. 109 y ss. Gallego Soler expone las divergencias sobre su acogida en la jurisprudencia alemana hasta 1887 o hasta 1910, momento(s) en que pasaría a ser predominante el concepto económico de patrimonio.

²⁹ Para mayor información véase, *ibid.* p. 11 y ss.

Por lo anterior para esta corriente el patrimonio estaría integrado por los valores que son reconocidos como derechos subjetivos patrimoniales por el derecho privado o por el derecho público³⁰, es decir por el conjunto de relaciones jurídicas que lo componen. Produciéndose la lesión del patrimonio en las partes que lo componen y no en su totalidad.

De este modo el concepto de derecho subjetivo cumple un rol esencial, ya que la protección es exclusivamente de ellos. En este entendido, no se protege el sustrato corporal sino el derecho sobre el sustrato, por ejemplo, hay perjuicio en casos de contraprestaciones equivalentes, o en caso de cosas sin valor económico, siempre que exista un derecho sobre ellas, así, las reglas de derecho civil sobre nulidad son aplicables para fundamentar que no hay perjuicio, las expectativas no tienen cabida, y quedan excluidos del concepto jurídico valores económicos respecto de los cuales no habría derechos, como lo es la clientela³¹.

Es preciso realizar una crítica general que es bastante certera, en cuanto a que el concepto jurídico de patrimonio otorga una protección muy amplia, ya que se protegerían derechos carentes de valor económico, y a la vez muy estrecha o restringida, ya que no otorgaría protección a situaciones económicas relevantes que se encuentran ajenas al concepto de derecho subjetivo³².

b. Concepto económico de patrimonio

El concepto económico de patrimonio implica que éste sería el conjunto de bienes que sí tienen una significación económica. En otras palabras los criterios de determinación son económicos, analizando en concreto los elementos patrimoniales pertenecientes al patrimonio y su efectivo valor, dejando de lado elementos jurídicos relativos a los derechos subjetivos³³, propios de la concepción jurídica.

³⁰ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Editorial Civitas, Madrid, 1990. p. 21.

³¹ Véase, GALLEGO SOLLER, José-Ignacio. Responsabilidad Penal... *op. cit.* p. 116 y ss.; también, MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El perjuicio patrimonial... *op. cit.* p. 22 y ss.

³² Véase, GALLEGO SOLLER, José-Ignacio. Responsabilidad Penal... *op. cit.* p. 118; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El perjuicio patrimonial... *op. cit.* p. 22 y ss. Además de estas críticas existen otras de importancia, como por ejemplo que el perjuicio patrimonial se vería determinado en gran medida por la voluntad del titular, y otras que se desprenden de la estrecha concepción, por ejemplo la dificultad para esta concepción de graduar la gravedad del delito en función del valor económico.

³³ GALLEGO SOLLER, José-Ignacio. Responsabilidad Penal... *op. cit.* p. 125 y ss.

Es importante tener en consideración una definición general, ya que en concreto las concepciones económicas respecto a lo que debe entenderse por valor económico son variadas³⁴. Así podríamos nombrar criterios de poder de disposición, relaciones económicas, situaciones fácticas, y los fines dados al valor económico.

Entonces, serían elementos integrantes del concepto económico los derechos subjetivos patrimoniales con valor económico, obligaciones naturales con valor económico, bienes materiales susceptibles de tráfico, situaciones que son transmisibles como la posesión, entre otros que siguen la misma lógica.

Se critica a esta concepción la indeterminación a la hora de encontrar criterios para dotarla de contenido, específicamente por no existir criterios claros que definan que es el valor económico. También se critica por su amplitud, pues que el poder de disposición fáctico llegue a consecuencias independientes de criterios jurídicos sobre qué debe ser protegido, en el sentido que la protección dada por el derecho penal, no es independiente de las normas de adjudicación de bienes, las que pueden estar determinadas por el derecho privado. Es decir se critica las relaciones de hecho sin reconocimiento jurídico³⁵.

Asimismo también se critica del concepto económico su real independencia como criterio, en concreto ser un concepto circular, ya que en todo caso el concepto económico depende de conceptos de derecho privado para determinar la pertenencia patrimonial³⁶, en cuanto criterio previo que permita identificar lo relevante para analizar según el criterio económico.

c. Concepto mixto de patrimonio

El concepto jurídico-económico es una teoría ecléctica que toma puntos de partida de los dos conceptos anteriores, teniendo esta gran acogida tanto en la doctrina como jurisprudencia comparada³⁷.

El concepto mixto coincide en el punto de partida con el concepto económico de patrimonio, en tanto el alcance del concepto consideraría elementos del patrimonio aquellos objetos, posiciones u otros que son evaluables económicamente³⁸, pero a lo anterior le debe ser agregado que es parte del patrimonio

³⁴ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El perjuicio patrimonial... *op. cit.* p. 25.

³⁵ *Ibid.* p. 25 y ss.

³⁶ GALLEGO SOLLER, José-Ignacio. Responsabilidad penal... *op. cit.* p. 139 y ss.

³⁷ *Ibid.* p. 148.

³⁸ En sentido similar, *Ibid.* p. 150.

no solo lo que es evaluable económicamente sino lo que es al mismo tiempo protegido por el ordenamiento jurídico.

Al igual que el concepto económico, por la amplitud de conceptos, surgen distintas teorías sobre el concepto mixto, existiendo variantes sobre restricciones solamente a derechos subjetivos, a la aprobación del ordenamiento jurídico, a los derechos patrimoniales, al poder jurídico de disposición, al reconocimiento del ordenamiento jurídico, entre otras³⁹, pero siempre en referencia al valor económico de tal restricción normativa.

En un sentido amplio se puede decir que serían elementos integrantes del patrimonio aquellos valores económicos que no cuentan con una desaprobación jurídica, de este modo pareciese que la idea limita las falencias del concepto jurídico y del concepto económico.

Inmediatamente surge el problema de la indeterminación, ya que la restricción normativa dada por el ordenamiento jurídico puede ser dada por distintos conceptos, pero al mismo tiempo ya vimos el problema de determinación de qué es valor económico.

Por otro lado, es común la crítica a posturas eclécticas, que no serían un concepto fuerte, sino que sería el planteamiento de una incongruencia sistemática, a este respecto es del todo cierto que la protección del patrimonio no puede ser solamente la mera suma cuantitativa de éste⁴⁰. Además, no dispensar protección a ciertas cosas o situaciones que no tienen protección jurídica puede ser nuevamente problemático, al igual que con el concepto jurídico.

d. Concepto económico-normativo de patrimonio

Bajo un concepto económico-normativo de patrimonio se procura mitigar los problemas derivados de las tesis económicas y jurídicas, así como el arrastre de esos problemas en un concepto mixto⁴¹.

Patrimonio entonces debe ser entendido que existe cuando una persona puede disponer a voluntad de actividades económicas compatibles con el

³⁹ Con todo véase *Ibíd.* p. 152 y ss.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 174.

⁴¹ Sobre el concepto económico-normativo véase HEFENDEHL, Roland. § 263 StGB, Münchener Kommentar zum StGB *op.cit.* Rn. 374 ss. GALLEGU SOLLER entiende que los conceptos personales de patrimonio tienen similitud con las propuestas de correcciones normativas a las teorías mixtas, véase *Ibíd.* p. 177.

ordenamiento jurídico, por medio de posibilidades de realización jurídicamente reconocidas y puede combatir factores de perturbación de modo efectivo⁴².

No se trata de posiciones económicas que puedan realizarse por la fuerza y no se trata de una mera variación de la tesis jurídica, pues el derecho privado no es fundamental para la constitución del patrimonio. Lo relevante es la existencia de procedimientos jurídicos reglados, u otra base normativa equivalente, que pueda ser constitutiva del patrimonio.

Es decir, es de importancia un fundamento de hechos sociales, ya sean convencionales o institucionalizados, no permitiendo la identificación de un valor económico sin referencia al orden jurídico y económico. En base a estas consideraciones, entonces, el patrimonio no es la suma de elementos individuales sino un potencial total⁴³.

Con todo, el aspecto económico sigue siendo relevante y por ello se requiere una concreción del modelo de dominio⁴⁴, este se lleva a cabo mediante los principios inspirados en la contabilidad⁴⁵, constituyendo, estos, correcciones de criterios interpretativos por medios contables. Lo anterior permite la individualización y concretización de los componentes del patrimonio por medio de una vinculación entre la consideración económica-objetiva y la jurídica, que a su vez trae aparejada una desnormativización orientada hacia un reflejo efectivo de la realidad económica.

4.2. El perjuicio patrimonial según el concepto económico-normativo de patrimonio

El perjuicio patrimonial es, también, fundamental para afirmar un delito de estafa. Debe aclararse antes de continuar, que el eventual perjuicio patrimonial se evaluará respecto de las supuestas víctimas y no del banco. El Banco S. no

⁴² En el entendido de la definición puede resaltarse que el patrimonio no sería la suma de valores cuantitativos, sino un bien jurídico que se encuentra fundamentado para el desarrollo del desenvolvimiento de la persona. Debe notarse inmediatamente que esta concepción le son ajenas las críticas realizadas a las teorías mixtas.

⁴³ GALLEGO SOLLER, José-Ignacio. Responsabilidad Penal... *op. cit.* p. 197.

⁴⁴ El modelo de dominio significa un poder jurídicamente reconocido. Su justificación a pesar del alcance de nombre no viene dada por el derecho civil, sino por el derecho. Es decir, el derecho civil puede ser relevante pero no es el único dato a considerar, por lo anterior el concepto de derecho subjetivo propio de la teoría jurídica no es relevante.

⁴⁵ La justificación de este modelo viene dada por una homogeneidad entre la técnica para determinar el saldo entre la contabilidad y el derecho penal, lo que se traduce en que estos principios pueden ser aplicados en la comparación patrimonial para la determinación de perjuicios.

sufre perjuicio patrimonial alguno, ya que los montos que detentaba eran una acreencia, generados por una boleta de garantía, generados a la vez por un depósito.

Ahora, no obsta a la configuración del delito de estafa que el perjuicio patrimonial sea de un tercero y no de la persona que por error realiza una disposición patrimonial⁴⁶, cuestión que se suele denominar como modalidad de estafa triangular, siendo lo esencial la identidad entre engañado, sujeto que hierra y que dispone.

Entonces, se debe determinar si las presuntas víctimas nombradas en la formalización sufrieron un perjuicio patrimonial, en tanto su patrimonio se haya visto lesionado por el cobro de la acreencia de la boleta de garantía vencida por parte del Sr. M.

Resultaría infructuoso analizar los patrimonios de las víctimas en momentos anteriores y posteriores, lo que cabe analizar acá si efectivamente la acreencia generada por la boleta de garantía vencida era parte del patrimonio de las supuestas víctimas, o del patrimonio del Sr. M., de acuerdo a un criterio de dominio que se sustente en normas del ordenamiento jurídico.

Y respecto a lo anterior, de acuerdo a la exposición de la sección de boleta de garantía, no queda más que concluir que sobre la acreencia tenía titularidad el Sr. M. y no las víctimas. Esto puede ser argumentado del siguiente modo: el tribunal no pudo haber retenido la boleta de garantía, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo no podía ceder la titularidad de la boleta, el Sr. M. no podía tampoco cambiar al acreedor de la boleta de garantía y, finalmente, el banco no podía pagar la acreencia a otra persona que al Sr. M.

De lo anterior, se sigue que la mencionada boleta de garantía, o la respectiva suma de dinero, no pueden ser catalogados como objetos de valor patrimonial sobre los cuales los supuestos cesionarios podríana haber tenido una expectativa de que legítimamente ingresara a su patrimonio y, por tanto, no son objetos sobre los cuales se pueda predicar la realización de un perjuicio patrimonial, como se explica a continuación.

5. Expectativas patrimoniales

Para aclarar la afirmación realizada al concluir el apartado anterior, resta analizar por qué éste no puede ser el caso de expectativas patrimoniales de las supuestas víctimas, en que el delito de estafa pueda tener relevancia. Sin entrar

⁴⁶ En este sentido, GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal... *op. cit.* p. 340.

en consideraciones del bien jurídico y el concepto económico-normativo de patrimonio necesario para dar protección a las expectativas⁴⁷, enumeraremos criterios generales que deben ser ciertos para afirmar que la frustración de expectativas pueden ser relevantes para el delito de estafa⁴⁸:

- a. El titular ha de ser capaz de evitar factores impeditivos externos en el desarrollo de la expectativa a valor pleno por medio de posibilidades jurídicamente reconocidas;
- b. Aquél del cual debe obtenerse el objeto de la expectativa no ha de poder librarse de su deber sin sanción alguna;
- c. El potencial titular de la expectativa debe haber expresado su intención en el mundo exterior.

Queda totalmente claro que para el concepto jurídico de patrimonio las expectativas no deben ser tomadas en cuenta dentro de su alcance, al no ser estas un derecho subjetivo que permita justificar la lesión al patrimonio. Para el concepto económico, debido a su amplitud, las expectativas están protegidas. En cuanto al concepto mixto las expectativas son protegidas dependiendo del criterio normativo o jurídico que restrinja el mero valor económico. En cuanto al concepto económico-normativo de patrimonio dado acá y relacionado con la jurisprudencia en Chile, no se ve de qué modo las expectativas podrían estar dentro del alcance de la protección del patrimonio.

En todo evento, si las expectativas deben ser entendidas como protegidas por el patrimonio y, por tanto, ser relevantes para el delito de estafa se deben dar los tres requisitos ya enumerados. Analizaremos brevemente este caso con los tres requisitos.

El primero es que los titulares de la expectativa, en este caso las supuestas víctimas, tendrían que haber tenido un control en la generación de la expectativa. Esto en el caso concreto no se da, las supuestas víctimas no tenían ningún rol en la expectativa ni en la aparente, y contraria al ordenamiento jurídico, transferencia de la titularidad de la boleta de garantía.

⁴⁷ Para un análisis amplio del concepto de expectativa en los distintos conceptos de patrimonio véase SCHLACK MUÑOZ, Andrés. El concepto de Patrimonio y su contenido en el Delito de Estafa. En, Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, N° 2. 2008. *Passim*.

⁴⁸ Sobre estos criterios HEFENDEHL, Roland. § 263 StGB, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014, Rn. 404 ss.

El banco, cuestión que no podía ser alterado por la resolución judicial, no tenía otra posibilidad sino la de pagar al Sr. M. el dinero, dada las características jurídicas bajo las cuales operan las boletas de garantía bancaria.

Además no existía deber alguno para el Sr. M. de entregar la boleta de garantía. El único deber del Sr. M. puede ser el de tener responsabilidad civil por el juicio anterior, pero no de los hechos concretos que en la causa presente se imputan. El tercer requisito, al no darse los dos primeros carecen de relevancia.

En todo caso no está de más decir que las expectativas no son relevantes por no tener ninguna posibilidad de concreción, y quedarse solamente en meras expectativas, ya que de acuerdo a la normativa que regula la boleta de garantía, no hay posibilidad alguna de transferencia de su titularidad, y fácticamente también era imposible la concreción ya que esta se encontraba vencida.

V. CONCLUSIONES

1. La boleta de garantía es una caución en que son partes el tomador, el beneficiario y el banco. En este caso el tomador es el Sr. M., el beneficiario el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y el banco es el Banco S.
2. Es indubitado, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, que la boleta de garantía no puede ser embargada y tampoco es un título de crédito transferible en este caso.
3. Que una vez vencida la boleta de garantía, por haberse constituido por un depósito, generó una acreencia a favor del Sr. M.
4. Que en este caso las falsas declaraciones sobre extravío de la boleta de garantía pueden ser constitutivas de un engaño, aunque no de un engaño relevante, dado que según consta en los antecedentes, no fueron determinantes para producir un error en los funcionarios del Banco S. que produjera una disposición patrimonial.
5. Que la acreencia al momento del cobro efectivamente estaba a nombre del Sr. M., y que los documentos requeridos para el cobro de la acreencia son los solicitados por el banco, por lo que las declaraciones del Sr. M. no produjeron error alguno.
6. Se puede constatar materialmente una disposición, pero que no se encuentra conectada con los elementos de error y perjuicio patrimonial como se expuso.

7. Que en el caso concreto no se puede afirmar perjuicio patrimonial de las víctimas que son nombradas en la formalización, ya que el efectivo titular de la acreencia era el Sr. M., ya que:
 - 7.1. La boleta de garantía por su naturaleza jurídica no admite posibilidad de transferencia alguna.
 - 7.2. Que la acreencia se genera a favor del tomador de la boleta de garantía una vez vencida.
8. Por lo anterior el cobro de los montos de la boleta de garantía no son un perjuicio patrimonial por no haber tenido dominio de ella, de acuerdo a normas jurídicas que sustenten tal posición.
9. Tampoco se trataría de un caso de expectativas patrimonialmente relevantes que puedan ser relevantes para el delito de estafa, ya que como se vio *supra* no había control ni facultad de realización alguna por parte de los titulares de la expectativa, ni eran más que simples expectativas sin posibilidad jurídica alguna de concreción.
10. Por todo, es imposible la configuración del delito de estafa según los antecedentes que se tienen a la vista, por faltar varios de sus elementos configuradores ya descritos.

Bibliografía

- AEDO BARRENA, Cristián. Las garantías del acreedor frente al incumplimiento. En, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 2, 2008.
- CABRERA, Jorge y CONTRERAS, Marcos. El engaño típicamente relevante a título de estafa. Modelos dogmáticos y análisis jurisprudencial. Legal Publishing, Santiago, 2009.
- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal. Parte especial. Tomo tercero, tercera edición revisada y actualizada 1997. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- JEQUIER LEHUDÉ, Eduardo. Boleta de garantía e insolvencia. Su impacto en el principio de la *par conditio creditorum*. En, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 2, 2013.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro. Engaño y víctima en la estafa. En, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Semestre I. Valparaíso, 2005.
- GARRIDO MONTT, Mario. Derecho penal. Parte especial. Tomo IV. Cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

- HEFENDEHL, Roland. § 263 StGB, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2014.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. En, Problemas Actuales de Derecho Penal. Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Normativización del engaño. En, Revista Chilena de Derecho, vol. 37 N° 1. 2010.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa. En, El engaño y el error en la estafa. Doctrina y jurisprudencia penal Año 1, N° 1. Universidad de los Andes. Abeledo Perrot, Santiago, 2010.
- GALLEGO SOLLER, José-Ignacio. Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial. Tirant to Blanch, Valencia, 2002.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Editorial Civitas, Madrid, 1990.
- POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Lecciones de derecho penal chileno, Parte Especial. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- SCHLACK MUÑOZ, Andrés. El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa. En, Revista Chilena de Derecho, Vol. 35, N° 2. 2008. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chile. Recopilación Actualizada de Normas. Capítulo 8-11.

Gonzalo Medina Schulz
Abogado
Santiago, octubre de 2014.

IV. Las circunstancias modificatorias del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 del Código Penal como atenuantes por comportamiento procesal supererogatorio del imputado

Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo
Universidad de Chile

SUMARIO

1. Introducción
2. Una taxonomía de las atenuantes y agravantes genéricas como factores de determinación de la pena
 - 2.1. Circunstancias modificatorias intrínsecas *versus* circunstancias modificatorias extrínsecas
 - 2.2. Los presupuestos del injusto y de la culpabilidad (por el injusto) *versus* el comportamiento anterior o posterior al hecho punible como objeto de referencia
 - 2.3. El esquema clasificatorio resultante
3. La especificidad de las atenuantes relativas al comportamiento procesal del imputado
 - 3.1. El comportamiento procesal del imputado como objeto de referencia de las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 del Código Penal
 - 3.2. ¿Incentivo político-criminal como fundamento de las atenuantes referidas al comportamiento procesal del imputado?

- 3.3. Prestación supererogatoria como fundamento del efecto atenuante del comportamiento procesal del imputado
4. La colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos como prestación supererogatoria del imputado
 - 4.1. El “esclarecimiento de los hechos” como objeto de la prestación del imputado
 - 4.2. El carácter “sustancial” de la colaboración: ¿la contribución procesal del imputado como *condicio si- ne qua non* para la fundamentación de la condena?
 - 4.3. ¿Pervivencia latente de la atenuante de “espontánea confesión”?
5. La denuncia y confesión del delito no obstante la posibilidad de elusión de la persecución como prestación supererogatoria del imputado
 - 5.1. La posibilidad de elusión de la persecución como presupuesto
 - 5.2. La denuncia y confesión del delito como prestación del imputado
6. La compatibilidad de las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11
7. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La Defensoría Regional de Antofagasta me ha solicitado informar en derecho acerca de los presupuestos de cuya satisfacción depende la operatividad de las atenuantes de responsabilidad establecidas en los numerales 8 y 9 del art. 11 del Código Penal.

Para ello, se ofrecerá primero una propuesta de taxonomía de las circunstancias modificatorias previstas por los Arts. 11, 12 y 13 del mismo código, construida a partir de la distinción entre circunstancias concernientes al hecho y circunstancias ajenas al respectivo hecho punible. Sobre esta base, y en segundo lugar, se clarificará en qué consiste la especificidad de aquellas circunstancias –ajenas al hecho– que se encuentran referidas al comportamiento procesal del imputado. Con ello se estará en condiciones de determinar con precisión el fundamento de cada una de las dos atenuantes ya mencionada, así como los criterios que deben gobernar la aplicación de las reglas que las instituyen.

2. Una taxonomía de las atenuantes y agravantes genéricas como factores de determinación de la pena

2.1. Circunstancias modificatorias intrínsecas versus circunstancias modificatorias extrínsecas

Las circunstancias que la ley establece como atenuantes o agravantes de responsabilidad desempeñan una función polivalente como factores de determinación de la pena. De una parte, ellas pueden operar –en el nivel de la determinación legal de la pena– como criterios de concreción o alteración del marco penal previsto por la respectiva norma de sanción¹. En este nivel, a su vez, cabe introducir una distinción entre aquellas circunstancias que por sí mismas tienen un impacto directo en esa operación de concreción o alteración del respectivo marco penal, por un lado, y aquellas cuya potencial incidencia queda determinada por las reglas que se ocupan de la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes o agravantes, fijadas en los Arts. 65 a 68 bis del Código Penal, por otro. Las primeras pueden ser denominadas “circunstancias de eficacia extraordinaria”; las segundas, “circunstancias de eficacia ordinaria”². De otra parte, las (mismas) circunstancias modificatorias pueden operar –ahora en el nivel de la determinación judicial de la pena– como criterios de medición de la pena exacta, esto es, de individualización de la pena al interior del marco ya concretado, tal como lo prevén los Arts. 69 y 70 del mismo código tratándose de la imposición de una pena privativa de libertad o de una pena pecuniaria, respectivamente.

Esta compleja función en tanto factor de determinación de la pena es potencialmente desempeñada por toda circunstancia modificatoria de responsabilidad, con independencia de que ella sea “genérica”, esto es, *prima facie* pertinente respecto de cualquier especie de hecho punible, o bien “específica”, esto es, *prima facie* pertinente sólo respecto de determinada(s) especie(s) de hecho punible³. Ello no significa, empero, que en la reconstrucción dogmática de la

¹ Mañalich, Juan Pablo: “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009*, DPP, 2010, pp. 42 ss. Véase también Couso, Jaime: “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78”, en Couso y Hernández (coords.), *Código Penal Comentado*, tomo I, 2011, pp. 511 ss.

² Mañalich, *op. cit.*, p. 46, con referencias ulteriores.

³ Nótese que esta última clasificación es ciertamente gradual. Así por ejemplo, las agravantes previstas en los numerales 1 a 5 del art. 12 sólo resultan aplicables tratándose de hechos constitutivos de crímenes o simples delitos contra las personas, esto es, tipificados bajo el Título VIII del Libro

regulación no puedan ser introducidas determinadas distinciones ulteriores desde el punto de vista del específico fundamento del reconocimiento de la respectiva circunstancia como atenuante o agravante.

Esto último es especialmente importante en atención al significado que haya de atribuirse al principio de culpabilidad por el hecho como estándar de determinación de la pena. Pues un irrestricto compromiso de la regulación con la realización del principio de culpabilidad por el hecho *qua* estándar de determinación de la pena, tendría que traducirse en que como circunstancias modificatorias de responsabilidad sólo vinieran en consideración atenuantes o agravantes en alguna medida concernientes a los presupuestos de fundamentación de la culpabilidad por el hecho que se atribuye al imputado, esto es, circunstancias *intrínsecas* al respectivo hecho punible. En tal caso, tendrían que quedar descartadas circunstancias que no guarden relación con esos mismos presupuestos, esto es, circunstancias *extrínsecas* al respectivo hecho punible.

Aun cuando expresada en otra terminología, tal distinción se encuentra explícitamente reconocida por la ley. En efecto, el inc. final del Art. 343 del Código Procesal Penal prevé que, tratándose del pronunciamiento de una sentencia condenatoria, “el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal” en la misma audiencia en que se comunique la decisión de absolución o condena, a menos que se trate de “circunstancias ajenas al hecho punible”, en relación con las cuales el tribunal ha de abrir debate “inmediatamente después de pronunciada la decisión [de absolución y condena] y en la misma audiencia”. Si bien la disposición sólo hace referencia, diferenciadamente, a las circunstancias *ajenas al hecho*, es claro que la regulación procesal penal asume una distinción entre tales circunstancias y aquellas que cabría definir, correspondientemente, como circunstancias *propias del hecho*. Por estas últimas cabe entender, más precisamente, aquellas circunstancias modificatorias que se encuentran referidas a aspectos internamente conectados con la específica configuración del hecho punible de cuya imputación se trata. Por contrapartida, cuentan como circunstancias modificatorias ajenas al hecho todas aquellas atenuantes o agravantes que no se encuentran referidas a aspectos concernientes a la configuración del hecho punible en cuestión.

Que la regulación procesal penal reconozca esta distinción entre circunstancias modificatorias propias del –o intrínsecas al– hecho punible en cuestión,

II del Código Penal. Véase al respecto Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., 2005, p. 472.

por un lado, y circunstancias modificatorias ajenas –o extrínsecas– al mismo, por otro, muestra entonces que, al menos desde el punto de vista del régimen de las atenuantes y agravantes, bajo el derecho chileno el proceso de determinación de la pena no se encuentra irrestrictamente sometido al principio de culpabilidad por el hecho. Pues lo que distingue a las circunstancias modificatorias extrínsecas es, precisamente, su desacoplamiento de los presupuestos de constitución del respectivo hecho punible, presupuestos que a su vez circunscriben el alcance del correspondiente reproche de culpabilidad. En tal medida, si la regulación otorga relevancia, como factores de determinación de la pena, a circunstancias que *no* tienen impacto alguno en la constitución del objeto del reproche manifestado a través de la pena impuesta sobre el condenado, la regulación muestra, *eo ipso*, un compromiso sólo parcial con el principio de culpabilidad por el hecho como estándar de determinación de la pena.

2.2. Los presupuestos del injusto y de la culpabilidad (por el injusto) versus el comportamiento anterior o posterior al hecho punible como objeto de referencia

Si se examina, en lo que aquí interesa, el catálogo de circunstancias modificatorias establecidas en los Arts. 11, 12 y 13 del CP, no resulta difícil determinar cuáles de ellas han de ser caracterizadas como intrínsecas y cuáles, en cambio, como extrínsecas. Para ello, sin embargo, resulta crucial hacer explícitos los criterios sobre la base de los cuales se encuentra trazada la diferenciación en cuestión, en los términos de la propia regulación legal.

En lo que respecta a las circunstancias que han de ser entendidas como intrínsecas, la regulación legal admite ser interpretada en el sentido de que la especificidad de tales atenuantes y agravantes consiste en que ellas en general aparecen referidas a los presupuestos del carácter específicamente delictivo del respectivo hecho punible, y más precisamente: o bien a los presupuestos del injusto, o bien a los presupuestos de la culpabilidad (por el injusto)⁴. Así por ejemplo, es claro que tanto la atenuante del Art. 11 N° 10 como la agravante del Art. 12 N° 2 tendrían que ser categorizadas como circunstancias (intrínsecas) relativas a presupuestos de la culpabilidad. Esto, porque ambas se encuentran referidas a aspectos concernientes al específico proceso de motivación involucrado en la perpetración del hecho punible en cuestión, en circunstancias de que el concepto de motivación se corresponde, en general, con una categoría

⁴ Al respecto Mañalich, Juan Pablo: "El delito como injusto culpable", *Revista de Derecho de la UACH*, vol. 24, 2011, pp. 89 ss., 93 ss.

pertinente en el contexto de la fundamentación de la culpabilidad en tanto escalón de la imputación. Y así también tendría que ser suficientemente claro, por su parte, que tanto la atenuante del Art. 11 N° 3 como la agravante del Art. 12 N° 7 han de ser categorizadas como circunstancias (intrínsecas) relativas a presupuestos del injusto. Pues una y otra se encuentran referidas a la específica posición del autor para con la persona de la víctima en la concreta situación del hecho⁵.

Ciertamente, es del todo posible que una determinada circunstancia, asimismo intrínseca, pueda exhibir una referencia variable tanto a los presupuestos del injusto como a los presupuestos de la culpabilidad. Bajo el catálogo aquí considerado, ello sucede con la atenuante por "eximente incompleta" del Art. 11 N° 1, cuya referencia al injusto o a la culpabilidad en tanto presupuestos de la responsabilidad dependerá de cuál sea la naturaleza sustantiva que exhiba la eximente (de aquellas establecidas en el Art. 10) de cuya "conurrencia incompleta" se trate: tratándose de una eximente que haya de ser entendida en el sentido de un fundamento de exclusión del injusto –verbigracia, como una causa de justificación–, esa "relatividad-al-injusto" se comunicará a la atenuante en cuestión; tratándose en cambio de una eximente a ser entendida en el sentido de un fundamento de exclusión de la culpabilidad, será la correspondiente "relatividad-a-la-culpabilidad" lo que se comunique a la misma atenuante.

Las atenuantes y agravantes que por su parte admiten ser entendidas como extrínsecas también se dejan clasificar ulteriormente, con arreglo al criterio de si ellas están referidas al comportamiento anterior o posterior al hecho punible por parte del imputado. Así, tanto la atenuante de "irreprochable conducta anterior", prevista por el N° 6 del art. 11, como las agravantes correspondientes a las diferentes variantes de reincidencia, establecidas en el N° 14, el N° 15 y el N° 16 del Art. 12, constituyen circunstancias modificatorias (extrínsecas) relativas al comportamiento anterior del imputado. De otro lado, las atenuantes previstas en el N° 7, el N° 8 y el N° 9 del Art. 11 se encuentran referidas al comportamiento posterior del imputado.

⁵ Ello sugiere que, *prima facie* al menos, el mismo estatus tendría que ser predicable de la circunstancia "mixta" del parentesco, establecida en el art. 13 CP, cuyo efecto atenuante o agravante tendrá que ser determinado según cuáles sean "la naturaleza y los accidentes del delito". Nótese que de esto no se sigue que sea correcta la tesis según la cual la circunstancia del parentesco necesariamente tendría que operar como una agravante tratándose de un delito contra un bien jurídico personalísimo (o "contra la persona") y como una atenuante, en cambio, tratándose de un delito contra un bien jurídico puramente patrimonial. Véase sin embargo Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., tomo II, 1997, pp. 46 y s.

2.3. El esquema clasificatorio resultante

Para cerrar esta primera sección, puede ser conveniente esquematizar la propuesta de clasificación precedentemente esbozada, tomando como base la distinción legal entre circunstancias atenuantes y agravantes “genéricas”⁶.

Así, el catálogo de las circunstancias atenuantes se deja organizar como sigue:

Atenuantes	Intrínsecas	Relativas al injusto	Art. 11 N° 1
			Art. 11 N° 3
			Art. 11 N° 4
			Art. 13
	Extrínsecas	Relativas a la culpabilidad	Art. 11 N° 1
			Art. 11 N° 5
			Art. 11 N° 10
		Relativas al comportamiento anterior del imputado	Art. 11 N° 6
			Art. 11 N° 7
			Art. 11 N° 8
Relativas al comportamiento posterior del imputado	Art. 11 N° 9		

Por su parte, el catálogo de las circunstancias agravantes tendría que organizarse de la siguiente manera:

⁶ Véase *supra*, nota 3.

Agravantes	Intrínsecas	Relativas al injusto	Art. 12 N° 1
			Art. 12 N° 3
			Art. 12 N° 4
			Art. 12 N° 5
			Art. 12 N° 6
			Art. 12 N° 7
			Art. 12 N° 8
			Art. 12 N° 9
			Art. 12 N° 10
			Art. 12 N° 11
			Art. 12 N° 12
			Art. 12 N° 13
			Art. 12 N° 17
			Art. 12 N° 18
			Art. 12 N° 19
			Art. 12 N° 20
			Art. 13
	Extrínsecas	Relativas a la culpabilidad	Art. 12 N° 2
			Art. 12 N° 21
		Relativas al comportamiento anterior del imputado	Art. 12 N° 14
Art. 12 N° 15			
	Relativas al comportamiento posterior del imputado	Art. 12 N° 16	

Para los propósitos del presente informe, es importante constatar la asimetría que muestra la clasificación de las circunstancias agravantes –aquí consideradas– que exhiben el estatus de circunstancias extrínsecas. Pues el dato que la regulación impone, a este respecto, consiste en el hecho de que las agravantes de esa índole, legislativamente reconocidas como tales, están exclusivamente constituidas por circunstancias relativas al comportamiento *anterior* del imputado. Ello se traduce en que la regulación vigente sólo conoce circunstancias modificatorias (extrínsecas) referidas al comportamiento *posterior* del imputado en la forma de *atenuantes*. Y en ello es posible encontrar una pista acerca del fundamento sustantivo que subyace a la consagración de éstas últimas como factores de determinación de la pena.

3. La especificidad de las atenuantes relativas al comportamiento procesal del imputado

3.1. El comportamiento procesal del imputado como objeto de referencia de las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 del Código Penal

En relación con las tres circunstancias atenuantes del catálogo del Art. 11 que se hallan referidas al comportamiento posterior al hecho punible por parte del imputado, cabe introducir una subdistinción, en atención a si el comportamiento de cuyo efecto atenuante se trata tiene como específico contexto el proceso penal en el marco del cual se lo ha declarado responsable en relación con el hecho que se le imputara. Pues de esas tres circunstancias atenuantes, dos descansan en tal presupuesto, a saber: las establecidas en el N° 8 y el N° 9 del Art. 11. A diferencia de estas últimas, la atenuante del N° 7, en tanto consiste en que el imputado haya “procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”, está referida a una forma de comportamiento posterior al hecho punible que es, empero, conceptualmente independiente del proceso penal en el marco del cual se le imputa el hecho en cuestión. Esto no obsta, ciertamente, a que la atenuante del N° 7 del Art. 11 se deje racionalizar por referencia a un fundamento material compartido por las circunstancias del N° 8 y el N° 9.

3.2. ¿Incentivo político-criminal como fundamento de las atenuantes referidas al comportamiento procesal del imputado?

Un sector de la doctrina tiende a identificar el fundamento del efecto atenuante reconocido al comportamiento procesal del imputado con un *incentivo* de índole premial a su contribución al establecimiento judicial de su responsabilidad jurídico-penal, esto es, a la facilitación procesal de su propia condena⁷. Identificado así el correspondiente género próximo, la diferencia específica entre una y otra atenuante radicaría en la modalidad que exhibiría semejante contribución procesal del imputado: mientras la atenuante del N° 8 del Art. 11 premiaría la prestación del imputado consistente en la facilitación de la decisión condenatoria

⁷ Véase Garrido, Mario: *Derecho penal parte general*, tomo I, 2ª ed., pp. 197, 200 ss.; Matus, Jean Pierre: “Comentario al artículo 11”, en Politoff y Ortiz (directores), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, 2002, pp. 182, 184. Véase sin embargo Cury, *op. cit.*, pp. 494 s., 496 s., quien definiendo la tesis de que las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 se fundamentarían en un juicio de “exigibilidad disminuida”, en la medida en que la facilitación de la acción de la justicia sería expresiva de una personalidad respetuosa del derecho, “de la cual el hecho punible bien puede no haber sido un producto anómalo”.

por vía de denunciarse y confesar el hecho punible que se le es imputable, la atenuante del N° 9 premiaría la prestación consistente en una “colaboración sustancial” al esclarecimiento de los hechos.

Aquí no interesa todavía entrar en la demarcación detallada de una y otra atenuante, sino sólo en el mérito de la tesis que hace suya la doctrina dominante en cuanto al fundamento material sobre el cual reposan una y otra regla, tesis que aparece inequívocamente favorecida por una cierta línea de jurisprudencia. Y según ya se anticipara, ese fundamento tiende a ser identificado con un incentivo, político-criminalmente motivado, a la facilitación del propio juzgamiento conducente a una decisión judicial de condena. Como habrá de mostrarse a continuación, tal tesis resulta insostenible frente a algunas definiciones básicas del ordenamiento jurídico chileno a este respecto.

Para advertir esto último, sin embargo, es indispensable dar cuenta, siquiera mínimamente por el momento, de la diferencia fundamental que exhiben las atenuantes del N° 8 y del N° 9 del artículo 11. Esta diferencia se deja reconocer en atención a cuál era la formulación original de la regla del Art. 11 N° 9 a la entrada en vigencia del Código Penal y que –con la única salvedad de la sustitución del término “reo” por el término “procesado”– se preservara íntegramente hasta la modificación introducida por la Ley 19.806, de 31 de mayo de 2002. Hasta entonces, la respectiva atenuante se configuraba “[s]i del proceso no resulta contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión”.

Ello podría resultar llamativo, dado que en el N° 8 del Art. 11 también aparece una referencia a la “confesión” prestada por el imputado. En contra de las apariencias, empero, no cabía reconocer redundancia alguna en la consagración sucesiva de las dos atenuantes. Pues el sentido en que para una y otra circunstancia modificatoria resultaba relevante la confesión del imputado es enteramente diverso. En efecto, bajo el N° 8 del Art. 11 lo relevante es, hasta hoy, que el imputado, no obstante haber contado con la posibilidad de eludir la acción judicial por la vía de fugarse u ocultarse, se haya presentado –en la terminología del código: “denunciado”– ante la justicia “confesando el delito”, esto es, se haya entregado asumiendo su involucramiento en el hecho respectivo⁸. Bajo la antigua versión del N° 9, en cambio, la “espontánea confesión” del imputado venía en consideración, técnicamente, como medio de prueba; y más precisamente, como el único medio de prueba que sustentase la comprobación judicial de su intervención en el hecho a título de autor, partícipe o

⁸ Véase Etcheberry, *op. cit.*, p. 26; Mera, Jorge: “Comentario a los artículos 11 N° 8-9”, en Couso y Hernández (coords.), *op. cit.*, p. 304.

encubridor. Esto significa que, en sus propios términos, el comportamiento del imputado que configura la atenuante (todavía hoy) prevista por el N° 8 del Art. 11 no necesita exhibir relevancia probatoria alguna; antes bien, el efecto de atenuación que el mismo puede desplegar consiste en posibilitar factualmente la acción de la justicia a su respecto. En cambio, la relevancia del comportamiento procesal del imputado con efecto potencialmente atenuante bajo el N° 9 del Art. 11 quedaba precisamente definida por su significación probatoria cualificada, en el sentido recién indicado.

Como es sabido, la ya mencionada modificación legal introducida por la Ley 19.806 persiguió hacer compatible el régimen de las atenuantes referidas al comportamiento procesal del imputado con el modelo de persecución y juzgamiento establecido en el Código Procesal Penal⁹. En lo fundamental, las disposiciones determinantes de este último cuerpo legal son el Art. 93 g), el Art. 98 y el inc. final del Art. 340. El Art. 93 consagra el derecho del imputado a “guardar silencio y, en caso de consentir prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”; por su parte, el Art. 98 define el estatus y el régimen de la declaración del imputado como “medio de defensa”; finalmente, el inc. final del Art. 340 establece una regla que obsta al pronunciamiento de una sentencia condenatoria que estuviere fundada “en el solo mérito de su declaración”. Este decidido destronamiento legislativo de la confesión de su sitial de “reina de las pruebas”, operado a través de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, llevó a que, poco tiempo después, el legislador se convenciera de la necesidad de suprimir la atenuante hasta entonces contemplada en el N° 9 del Art. 11 del Código Penal, cuyo lugar pasó a quedar ocupado por la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

Bajo el derecho actualmente vigente, en consecuencia, sigue siendo en el N° 9 del Art. 11 del Código Penal donde se encuentra reconocida una atenuante referida a una contribución *probatoriamente relevante* por parte del imputado. En contraposición a ésta, la atenuante del N° 8 del mismo Art. 11, asimismo referida al comportamiento procesal del imputado, halla su fundamento en una facilitación de la persecución por parte del mismo, de índole puramente *factual*. Y puesto que la regulación procesal hoy vigente impide que la imputación judicial del hecho punible –aun cuando la existencia de éste hubiese sido comprobada por otra vía– pueda apoyarse en nada más que la declaración

⁹ Véase al respecto González, Juan Manuel: “La circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y su evolución legislativa: desde la confesión espontánea a la colaboración sustancial”, *Gaceta Jurídica*, N° 318, 2006, pp. 12 ss., 15 ss.

eventualmente prestada por la persona del imputado, parece manifiestamente equívoco identificar el fundamento de la atenuante del Art. 11 N° 9 con un *incentivo* dirigido al imputado en orden a que éste facilite el accionar de la justicia por la vía de emitir una declaración autoinculpatoria, y ya en términos tales que el carácter *sustancial* de la colaboración así efectuada hubiera de depender del hecho de que su declaración resulte *indispensable* para fundamentar la eventual decisión condenatoria.

Por ello, resulta imprescindible explorar la posibilidad de una fundamentación alternativa del efecto atenuante que la ley reconoce a la contribución procesal, sea factual (bajo el N° 8 del Art. 11), sea probatoria (bajo el N° 9 del Art. 11), desplegada por el imputado.

3.3. Prestación supererogatoria como fundamento del efecto atenuante del comportamiento procesal del imputado

La posibilidad de ofrecer una fundamentación alternativa del efecto atenuante que la ley atribuye al comportamiento procesal del imputado que facilita el accionar de la justicia, ha quedado circunscrita al esfuerzo de Cury por identificar ese fundamento con un supuesto juicio de “exigibilidad disminuida”¹⁰. Desde ya, hay que advertir que la tesis de Cury supone redefinir el estatus de las atenuantes en cuestión, a saber: como circunstancias modificatorias referidas a (una disminución de) la culpabilidad, y en tal medida intrínsecas al respectivo hecho punible¹¹. Sin embargo, el presupuesto argumentativo de la tesis resulta ser altamente débil. El presupuesto consiste en que el comportamiento procesalmente colaborativo del imputado exhibiría relevancia como *criterio de evidencia* de que el comportamiento de esa misma persona, constitutivo del respectivo hecho punible, no sería expresivo de su genuina identidad –en palabras de Cury: la identidad de “una persona respetuosa de los mandatos y las prohibiciones del derecho”–, lo cual a su vez sugeriría que “el hecho punible bien pudo no haber sido sino un producto anómalo, determinado por circunstancias que alteraron el proceso de formación de la voluntad”¹².

Si bien al argumento subyace una representación del todo correcta del fundamento último de un posible juicio de exculpación¹³, o en su caso de un posible

¹⁰ Cury, *op. cit.*, pp. 494 ss., 496 ss.

¹¹ Véase *supra*, 2.1.

¹² Cury, *op. cit.*, p. 495.

¹³ Véase Mañalich, Juan Pablo: “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno”, en Van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el*

juicio de atenuación por referencia a la correspondiente causa de exculpación en tanto “eximente incompleta”, el argumento se encuentra enteramente fuera de lugar en lo que aquí interesa. Pues si la relevancia del comportamiento posterior de la persona responsable se restringiera a su función como supuesto criterio de evidencia de la situación motivacionalmente anómala en la cual tuvo lugar el hecho punible, la configuración legislativa de las atenuantes respectivas ciertamente habría sido otra; verbigracia, una configuración mucho más próxima a la plasmada en la regla del Art. 11 N° 5, que inequívocamente instituye una atenuante referida a una situación de alteración motivacional que no alcanza a fundamentar una exclusión de la exigibilidad de una motivación con arreglo a derecho.

Pero de ello no se sigue que el fundamento de las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 tenga que ser identificado, entonces, con un incentivo –político-criminalmente motivado– a la colaboración del imputado para con el éxito de la pretensión punitiva ejercida en su contra. Pues como ya se ha mostrado, tal tesis resulta igualmente implausible, en la medida en que contraviene definiciones básicas del régimen procesal penal vigente, en atención a las cuales, por lo demás, fuera sustituida la atenuante consistente en la “espontánea confesión” del imputado por la atenuante consistente en su colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Antes bien, y respetando su categorización como circunstancias extrínsecas, el fundamento de las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 ha de ser identificado con la valoración jurídica del comportamiento procesal del imputado como una instancia de *prestación supererogatoria* de su parte¹⁴.

Un comportamiento se deja caracterizar como *supererogatorio* cuando el mismo consiste en una prestación que excede lo que, en la respectiva situación, cabe exigir del agente. De ahí que en la literatura filosófica referida al problema, sea usual que el concepto de supererogación sea asociado con aquello que se encuentra “más allá del llamado del deber”¹⁵. Aquí no es posible, pero tampoco necesario, ofrecer una indagación pormenorizada en los derroteros

derecho penal. *Estudios en memoria de Enrique Cury*, 2013, pp. 723 ss., 727 ss.

¹⁴ Esta tesis se encuentra sugerida ya en Mañalich, Juan Pablo: “Determinación y ejecución de la pena”, *Revista de Derecho de la UAI*, N° 3, 2013, pp. 309 ss., precisamente en referencia a los dos atenuantes aquí consideradas; en referencia a la atenuante del art. 11 N° 7, véase asimismo Mañalich, Juan Pablo: “Determinación y ejecución de la pena”, *Revista de Derecho de la UAI*, N° 2, 2005, pp. 516 ss.

¹⁵ Véase al respecto, y desde diferentes perspectivas, Hurd, Heidi: “Duties Beyond the Call of Duty”, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, N° 6, 1998, pp. 3 ss.; Heyd, David: “Supererogation”, *Stanford*

de la discusión filosófica acerca del estatus normativo de la supererogación. Pero es importante hacer explícita la conexión que en el marco de esa misma discusión suele reconocerse entre las nociones de supererogación y altruismo. Pues una nota distintiva de aquello que puede contar como una instancia de comportamiento supererogatorio consiste, precisamente, en el hecho de que ese comportamiento se oriente al bienestar de sujetos de intereses distintos del agente. En tal medida, es característico de la supererogación que la respectiva prestación supererogatoria muestre una especie de “prescindencia de sí mismo” por parte del agente.

Es crucial, sin embargo, no confundir esta caracterización objetiva del significado de una prestación supererogatoria como tal, por un lado, con la base motivacional que puede explicar su realización por parte del agente, por otro. Esta distinción es de especial importancia de cara a la posibilidad de que un determinado ordenamiento jurídico pueda conferir relevancia a determinadas formas de comportamiento supererogatorio, verbigracia, por la vía de vincularlas con algún régimen de consecuencias jurídicas. Pues en tal situación será naturalmente posible que cualquier agente expuesto a quedar sometido al respectivo régimen de consecuencias jurídicas pueda efectuar una prestación jurídicamente categorizada –y por ende: estandarizada– como supererogatoria para los efectos de hacer operativa alguna modulación de una o más consecuencias jurídicas que le sea favorable. Y ciertamente, en el marco de un Estado de derecho nada jurídicamente censurable hay en que un agente cualquiera pueda exhibir semejante orientación estratégica frente a la regulación jurídica de su comportamiento y sus consecuencias, sin que lo mismo valga para la posible orientación estratégica del Estado y sus agentes en la aplicación y reforzamiento de esa misma regulación¹⁶. Tal definición asimétrica de la posición del ciudadano y la posición del Estado frente al derecho, y también frente al derecho penal, es constitutiva de un Estado de derecho.

Pues bien, bajo el catálogo del Art. 11 del Código Penal, lo que tienen en común las tres atenuantes (extrínsecas) referidas al comportamiento posterior del imputado es que su establecimiento legislativo se corresponde con la estandarización de formas de comportamiento jurídicamente supererogatorio. Esto significa que se trata de prestaciones cuya descripción legal las convierte en

Encyclopedia of Philosophy, 2012, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/supererogation/>; Jackson, M.W.: “The Nature of Supererogation”, *The Journal of Value Inquiry*, N° 20, *passim*.

¹⁶ Véase Mañalich, Juan Pablo: “La pena como retribución”, *Estudios Públicos*, N° 108, 2007, pp. 183 ss.

prestaciones que van más allá de lo jurídicamente exigible al imputado de cuya responsabilidad jurídico-penal se trata. En tal medida, la *ratio* sustantivamente compartida por esas tres atenuantes se deja articular como sigue: el comportamiento posterior al hecho punible por parte del imputado puede llegar a exhibir fuerza atenuante cuando ese comportamiento es expresivo de un ejercicio supererogatorio de fidelidad a derecho por parte de quien resulta responsable de un quebrantamiento del derecho, en términos tales que la correspondiente reacción punitiva en cuestión puede verse modulada, de modo favorable al imputado, en atención a esa muestra –tardía– de fidelidad a derecho.

La ventaja capital de esta propuesta de reconstrucción dogmática radica en que de ese modo, y al menos en lo concerniente al catálogo de circunstancias atenuantes del Art. 11, se consigue una cierta descompresión de la heterogeneidad del fundamento material de las circunstancias extrínsecas frente a las circunstancias intrínsecas, lo cual ciertamente no equivale a hacer colapsar la distinción sistemática entre unas y otras¹⁷. Pues si las circunstancias modificatorias que cuentan como atenuantes intrínsecas se hallan referidas a los presupuestos de los cuales depende la constitución del hecho con significación delictiva –esto es: el injusto culpable– que resulta jurídicamente reprochable en tanto expresivo de un déficit de fidelidad al derecho, es comprensible que la ley también pueda reconocer fuerza atenuante al comportamiento posterior del imputado, si ese comportamiento posterior es a su vez constitutivo de una muestra cualificada de fidelidad al derecho por su parte¹⁸. Y desde este punto de vista, la especificidad de las atenuantes relativas al comportamiento posterior del imputado se halla en que la respectiva muestra cualificada de fidelidad al derecho se identifica con una contribución que excede el margen

¹⁷ *Supra*, 2.1.

¹⁸ Nótese que ello favorece una cierta racionalización del reconocimiento de fuerza atenuante a la "irreprochable conducta anterior" por parte del imputado bajo el N° 6 del mismo Art. 11. Pues si en el comportamiento del imputado anterior al respectivo hecho punible no se registran instancias previas de quebrantamiento del derecho –y bajo la acertada interpretación hoy dominante: constitutivas de un crimen o un simple delito–, ello es indicativo, *eo ipso*, de una medida biográficamente elevada de fidelidad al derecho. Ciertamente, aquí se encuentra implicada una desviación del régimen de determinación de la pena respecto del principio de culpabilidad por el hecho, la cual no resulta problemática, empero, en tanto ella opera *a favor* del imputado. Desde luego, el argumento no se deja invertir para racionalizar una agravación de responsabilidad por reincidencia, puesto que en este último caso la correspondiente desviación del principio de culpabilidad por el hecho, entendido como un estándar de legitimación de la producción y aplicación de las normas de sanción penal, tiene lugar *en detrimento* de la posición jurídica del imputado.

de lo que es jurídicamente esperable de su parte, esto es: con una contribución jurídicamente supererogatoria.

Tratándose de la circunstancia del N° 7, el carácter supererogatorio del comportamiento constitutivo de la atenuante está determinado por el hecho de que la prestación aquí relevante ciertamente no se identifica con una prestación indemnizatoria a la cual pudiera quedar obligado el condenado, en caso de que el hecho punible en cuestión exhibiera al mismo tiempo el carácter de un hecho fundante de responsabilidad (civil) extracontractual. Para esto, es decisiva ya la terminología en la cual se encuentra formulada la disposición, no sólo porque bajo ésta queda comprendido, junto con la reparación “del mal causado”, el impedimento de las “ulteriores perniciosas consecuencias” del comportamiento punible, sino también porque la prestación (reparativa o impeditiva) no se encuentra estandarizada en referencia al resultado de una reparación o un impedimento exitosos, sino más bien al esfuerzo desplegado por el agente en tal empeño, quien tiene que haber “procurado con celo” realizar tal objetivo¹⁹.

Tratándose, en cambio, de las circunstancias del N° 8 y el N° 9, el carácter jurídicamente supererogatorio del comportamiento –aquí: “procesal”– del imputado se fundamenta en la constatación de que sobre el responsable de un hecho punible no pesa deber jurídico alguno de ponerse a disposición de la justicia asumiendo su involucramiento eventualmente fundante de responsabilidad, o bien de contribuir a la comprobación judicial de las circunstancias que fundamentan esa misma responsabilidad, o bien la responsabilidad de otras personas eventualmente implicadas en la perpetración del hecho. Precisamente tratándose de la atenuante del N° 9 del Art. 11, su estatus como una circunstancia modificatoria referida a una instancia de comportamiento jurídicamente supererogatorio del imputado ha quedado muy acertadamente plasmada en la siguiente caracterización ofrecida por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, extraída de un fallo de 8 de agosto del año en curso, rol N° 222-14, y que se deja encontrar en una serie de pronunciamientos previos de parte del mismo tribunal²⁰:

¹⁹ Según ya se anticipara, para ello es enteramente irrelevante cuál sea el motivo que anime al agente en ese empeño. Véase Garrido, *op. cit.*, p. 201; Mera, *op. cit.*, pp. 305 s.

²⁰ Véase las sentencias pronunciadas por la Corte de Antofagasta con fecha 29 de julio de 2010, rol N° 245-2010 (c. 5°); con fecha 2 de enero de 2012, rol N° 336-2011 (c.4°); con fecha 21 de noviembre de 2005, rol N° 160-2005 (c. 12°); con fecha 4 de noviembre de 2003, rol N° 104-2003 (c.19°); con fecha 29 de julio de 2003, rol N° 64-2003 (c. 10°); con fecha 24 de diciembre de 2002, rol N° 63-2002 (c. 17°); y con fecha 30 de noviembre de 2002, rol N° 48-2002 (c. 17°).

Que [...] con la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos se pretende premiar al imputado que, por vía de aportación de antecedentes, facilita la labor persecutoria del Estado, desarrollando así una actuación a la que no está obligado en modo alguno, desde que tiene derecho a guardar silencio durante todo el procedimiento [c. 4°].

Sobre esta base, entonces, cabe proceder a la determinación precisa de las condiciones de aplicación de una y otra atenuante.

4. La colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos como prestación supererogatoria del imputado

4.1. El “esclarecimiento de los hechos” como objeto de la prestación del imputado

Según ya se sostuvo, la diferencia fundamental que cabe reconocer entre las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 se encuentra en la naturaleza específica de la contribución procesal desplegada por el imputado en uno y otro caso: mientras bajo el N° 8 se trata de una contribución con relevancia puramente factual, bajo el N° 9 se trata de una contribución con relevancia probatoria. Por supuesto, esto último no debe ser interpretado restrictivamente, en el sentido de que el imputado tendría que proporcionar, por sí mismo, uno o más medios de prueba que lleguen a sustentar, siquiera parcialmente, la decisión condenatoria. Pues es a todas luces suficiente que el imputado suministre antecedentes que hayan de conducir a la obtención de elementos probatorios en los cuales pueda sustentarse la sentencia²¹, sea en lo concerniente a la comprobación del hecho punible, sea en lo concerniente a la intervención del propio imputado o de otras personas en el mismo²². En tal medida, lo determinante tampoco es que la contribución del imputado haya resultado ser *ex post* eficaz para la sustentación probatoria de la decisión judicial²³, sino más bien el compromiso para con el accionar de la justicia así manifestado²⁴. Por supuesto, lo anterior es enteramente consistente con que la disposición legal no circunscriba la oportunidad en la cual puede materializarse la contribución del imputado al esclarecimiento de los hechos a una determinada etapa de la

²¹ Garrido, *op. cit.*, p. 200.

²² Véase Mera, *op. cit.*, pp. 305 s.

²³ Lo cual sí es exigido, en cambio, por la regla del Art. 22 de la Ley 20.000 para que se configure la atenuante privilegiada de la así –en tal medida: exactamente– llamada “cooperación eficaz”.

²⁴ Véase Cury, *op. cit.*, p. 497; Garrido, *op. cit.*, p. 200; Mera, *op. cit.*, p. 305.

investigación o del proceso jurisdiccional propiamente tal²⁵. De ahí que el carácter “procesal” de la contribución del imputado tenga que ser entendido lato sensu, en términos tales que la colaboración en cuestión puede ser prestada no sólo ante el respectivo tribunal, sino también ante el Ministerio Público, o bien ante agentes policiales²⁶.

Precisamente una comprensión de los presupuestos de la atenuante como la recién reseñada fue hecha suya por la Corte Suprema en un relevante pronunciamiento de 29 de abril de 2011, rol N° 7153-10, en los siguientes términos:

Que, acorde a lo anterior, como se expresa en la sentencia, entre los antecedentes incriminatorios que cobran relevancia al momento de arribar a la decisión condenatoria, se recurre a la querrela del Servicio de Impuestos Internos, que materializa la imputación delictiva que se construye sobre la base de antecedentes documentales que el propio imputado aportó, un informe pericial que se confecciona a partir de la documentación contable del contribuyente, la decisión. También se incorporan los testimonios de supuestos proveedores que desconocen la relación comercial que los vincula al inculcado, datos que también se corroboran a partir de anotaciones y respaldos que consigna en su contabilidad.

Para efectos de comprobar la participación del inculcado en los sucesos delictuosos, no obstante su negativa, se llega a la convicción sancionatoria sobre la base de presunciones que, al igual que el hecho punible, surgen desde el análisis de toda la prueba documental y testimonial que se edifica a partir de la documentación contable que el propio encartado aporta. Tal proceder permitió esclarecer el injusto y su participación como autor [c. 5°].

Es especialmente significativo que la Corte entienda configurada la atenuante en atención a los antecedentes aportados por el imputado, a pesar de que éste negó la responsabilidad que se le atribuía. En efecto, la Corte hace aún más explícito su punto de vista en el considerando inmediatamente siguiente:

Que, como se anticipó, la minorante consagrada en el literal 9° del artículo 11 del Código Penal procede en el evento que la colaboración del inculcado haya sido de relevancia para la clarificación

²⁵ Véase Etcheberry, *op. cit.*, p. 26; Garrido, *op. cit.*, p. 202; Mera, *op. cit.*, p. 304.

²⁶ Así González, *op. cit.*, p. 18.

del suceso. De esta suerte, en este caso, la contribución del encartado expresa una voluntad de participación en la entrega de información, aún [sic] cuando haya negado intervención punible en los hechos [c. 6°].

Lo crucial de este último pasaje se encuentra en la consideración de que la negativa, por parte del imputado, de haber intervenido en el hecho punible deja intacta la constatación de su “voluntad de participación en la entrega de información”, lo cual da cuenta de que la Corte acertadamente no reduce la específica significación de la contribución del imputado para con el esclarecimiento de los hechos a su eficacia, sino que la vincula con el reconocimiento del compromiso colaborativo del imputado para con el desarrollo del proceso. Y que la contribución así reconocida al imputado no necesita en modo alguno consistir en una asunción de responsabilidad al modo de una confesión, resulta enteramente confirmado por el hecho de que la Corte entiende configurada la atenuante, según ya se dijo, no obstante la negativa de responsabilidad por parte del mismo imputado.

4.2. El carácter “sustancial” de la colaboración: ¿la contribución procesal del imputado como *condicio sine qua non* para la fundamentación de la condena?

Pero con la indagación precedente aún no ha quedado clarificado el alcance de la exigencia cuya satisfacción tiende a concentrar buena parte del debate judicial concerniente a la aplicabilidad del Art. 11 N° 9, a saber: la exigencia de que la colaboración con el esclarecimiento de los hechos sea “sustancial”. Aquí puede ser útil tomar como punto de partida otra toma de posición extraída de un pronunciamiento de la Corte Suprema, plasmado en una sentencia de 3 de enero de 2006, rol N° 5741-05. Respecto del alcance de la disposición legal, observa la Corte que

[l]a colaboración debe ser sustancial, vale decir, no ha de limitarse a proporcionar detalles intrascendentes, sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de las averiguaciones, aunque no es preciso que se traduzca verdaderamente en resultados concretos [c. 5°].

El pasaje, que por lo demás reproduce una interpretación de la exigencia de sustancialidad de la colaboración que cuenta con importante apoyo doctrinal²⁷, refuerza aún más la tesis según la cual no es de la eficacia ex post de

²⁷ Véase Cury, *op. cit.*, p. 497; Garrido, *op. cit.*, p. 200; Mera, *op. cit.*, p. 305.

la colaboración prestada por el imputado que depende la operatividad de la atenuante, en términos tales –cabe agregar ahora– que es posible reconocer carácter sustancial a una colaboración que en definitiva no lleve, en palabras de la propia Corte Suprema, a “resultados concretos”.

Pero esto último contrasta manifiestamente con una tesis interpretativa diferente, que tiende a contar con respaldo en una cierta línea jurisprudencial, según la cual el carácter sustancial de la colaboración del imputado equivaldría a su carácter de *imprescindible*, y más precisamente: *de condicio sine qua non* para el establecimiento de su responsabilidad por el hecho punible que se le imputa²⁸. Esta última orientación interpretativa aparece nítidamente retratada en el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 5 de mayo de 2014, rol N° 99-14:

Que en la especie, de los considerandos octavo y noveno del fallo, se desprende la existencia de diversos antecedentes tales como declaraciones de funcionarios aprehensores, escuchas telefónicas, incautación de droga, peritajes, que permitieron tener por acreditada la existencia del hecho punible así como la participación de los acusados, por lo que sus declaraciones, no aportaron mayormente a la investigación, pues carecen de la sustancialidad requerida para estos efectos, además que los datos proporcionados por éstos no lograron ser comprobables [c.4°].

Lo decisivo aquí es reparar en la implícita apelación a la fórmula de la así llamada “supresión mental hipotética” a la cual parece recurrir la Corte: la existencia de otros antecedentes, de diversa índole, sobre los cuales se deja apoyar la imputación formulada en su contra determinaría la falta de sustancialidad de la colaboración prestada por los imputados.

Semejante interpretación de la exigencia en cuestión es incompatible con el hecho de que el reconocimiento de la atenuante, de acuerdo con la tesis más generalizada en la doctrina y hecha suya por el importante fallo de la Corte Suprema del año 2011, ya mencionado²⁹, no queda supeditado a una simple exigencia de eficacia *ex post*. Pero aun prescindiendo de esto último, es claro que el recurso a la fórmula de la supresión mental hipotética no puede estimarse adecuado, por la misma razón que la hace impracticable –no obstante la generalizada creencia en sentido contrario– para la comprobación de una relación

²⁸ Véase al respecto, González, *op. cit.*, pp. 19 ss.

²⁹ Véase *supra*, 4.1.

causal cualquiera. Pues la fórmula en cuestión resulta enteramente inservible tratándose de resultados causalmente sobre-condicionados³⁰.

Así, si A dispara un arma de fuego sobre C, al tiempo que B hace lo propio, en circunstancias de que C resulta muerto inmediatamente, comprobándose que cualquiera de los dos disparos, de no haber estado acompañado del otro, habría bastado para producir la muerte de C en el preciso instante en que ella de hecho acaeció, entonces ni el disparo efectuado por A ni el disparo efectuado por B cuenta como condición necesaria para la muerte de C. Pero sería a todas luces equívoco –por no decir: absurdo– concluir, por ello, que la muerte de C no ha sido causada por A ni por B. Antes bien, el problema se disipa si se abandona la definición del concepto de causa basada en la noción de condición necesaria, lo cual supone abandonar la fórmula de la supresión mental hipotética³¹.

Pues bien, la extrapolación del mismo razonamiento al ámbito que aquí interesa tiene que llevar a descartar la pertinencia de la fórmula de la supresión mental hipotética para la determinación del carácter sustancial que ha de exhibir la colaboración del imputado. Nada inconsistente hay en que la contribución del imputado pueda representar una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos sí, tanto para la determinación del hecho punible como para la determinación de las personas responsables del mismo, el tribunal llega a disponer de medios de pruebas que descansan en antecedentes distintos de los aportados por el imputado. Pues los adjetivos “sustancial” e “imprescindible” están lejos de constituir términos sinónimos. A este respecto, es suficientemente ilustrativo el reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 8 de julio de 2014, recaído en autos rol N° 187-14:

Que además, y tal como lo manifestó la abogada defensora en la audiencia del recurso, la declaración del imputado, para que constituya la referida atenuante, no precisa ser única, prioritaria y determinante. Es por ello, que no resulta del todo certera, en especial en este caso, la propuesta del recurrente en el sentido que si se suprime la declaración del acusado, igualmente, estaría acreditado el hecho y la participación, porque en tal caso, la colaboración mutaría de sustancial a esencial [c. 6°].

Como habrá de examinarse a continuación, empero, este acertado punto de vista está lejos de encontrarse suficientemente generalizado.

³⁰ En detalle Mañalich, Juan Pablo: *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 39 ss., 43 ss.

³¹ Como alternativa a seguir destaca la fórmula de la condición mínima suficiente; véase *ibid*.

4.3. ¿Pervivencia latente de la atenuante de “espontánea confesión”?

En la praxis judicial de reciente data es posible reconocer una distorsión todavía más severa del sentido y alcance del Art. 11 N° 9, que consiste en desconocer toda significación a la ya reseñada modificación, introducida el año 2002 por la Ley 19.806, y que *de facto* conduce a validar la confusión de la exigencia de que la colaboración sea sustancial con la exigencia de que ella sea imprescindible.

La propia Corte Suprema ha abrazado, en algunos fallos, la línea de decisión que aquí se denuncia. En efecto, considérese el siguiente pasaje de su sentencia de 1° de septiembre de 2008, rol N° 1342-08:

Que, en la perspectiva de la censura formulada, es necesario advertir, además, que al mismo resultado se arriba si se considera el contexto histórico de la enmienda introducida por el artículo 1° de la ley N° 19.806 publicada en el Diario Oficial de treinta y uno de mayo de dos mil dos, al artículo 11 N° 9 del cuerpo punitivo, pues no obstante la modificación de su redacción, la alta exigencia que planteaba la norma para aminorar la responsabilidad penal, es decir, que el único medio para acreditar la participación del enjuiciado fuera la confesión espontánea, se mantiene, requiriéndose también hoy que su contribución sea determinante a la hora de la aclaración de los hechos, los que, de otra forma, no pudiesen haber sido comprobados [c. 8°].

La misma tesis se encuentra más detalladamente presentada en la posterior sentencia de 17 de junio de 2011, rol N° 6204-09:

Que en la perspectiva de la crítica formulada, es preciso advertir que a similar parecer se arriba si se considera el contexto histórico de la enmienda incorporada por el artículo 1° de la Ley N° 19.806, de treinta y uno de mayo de dos mil dos, a la causal del artículo 11, N° 9°, de la recopilación sancionatoria. En efecto, aquélla se hizo a propósito de la adecuación de las normas contenidas en diversos cuerpos legales a las instituciones del nuevo proceso penal. Así la antigua regla exigía para componer la motivación que no existiera en contra del inculcado otro antecedente que su espontánea confesión, que a la luz de los principios que integran el nuevo sistema de persecución criminal devino incongruente.

Entonces, aunque se cambió la redacción del precepto para compatibilizarlo con los nuevos dogmas, conviene resaltar que la

alta exigencia que planteaba la norma para aminorar la responsabilidad penal, es decir, que el único medio para acreditar la participación del hechor fuera su confesión espontánea, se mantiene, requiriéndose también hoy que su contribución sea determinante a la hora de clarificar los sucesos que, de otra forma, no pudiesen comprobarse [c. 6°].

Resulta llamativo que la Corte Suprema ni siquiera advierta la necesidad de hacer explícita la radical diferencia de criterio que separa a estos dos pronunciamientos de aquella otra línea de decisión por ella sostenida y ya reseñada. Pues esto conspira directamente contra la factibilidad misma de sostener que en Chile existe auténtica jurisprudencia en el nivel de los pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia. Pero aun dejando de lado esta observación más general, lo específicamente preocupante del criterio plasmado en los dos pronunciamientos recién reproducidos se encuentra en que en ellos se atribuye una significación nada más que marginal a la sustitución de la antigua atenuante de confesión espontánea por la nueva atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Esto, hasta el punto de que en el segundo de los fallos la Corte Suprema llega a sugerir que habría que reconocer la continuidad del “precepto”, no obstante el “cambio de redacción” que lo afectara en pos de su compatibilización “con los nuevos dogmas”.

Para desactivar el malentendido que parece subyacer a esta sugerencia, es imprescindible desambiguar el uso que se está dando a la expresión “precepto”. Pues si por “precepto” se entiende la *disposición* susceptible de ser identificado como el N° 9 del Art. 11 del Código Penal, es obvio que después de la modificación legislativa operada el 31 de mayo de 2002 siguió existiendo tal “precepto”. Pero si por “precepto” se entiende la *norma* expresada a través de esa disposición, entonces es claro que el “precepto” vigente a partir del “cambio de redacción” constitutivo de esa misma modificación legislativa es distinto del “precepto” vigente hasta entonces. Y esto determina, entonces, que sea un sinsentido sostener, como sin embargo lo hace la Corte, que “la alta exigencia que planteaba la norma para aminorar la responsabilidad penal, es decir, que el único medio para acreditar la participación del hechor fuera su confesión espontánea, se mantiene”. Pues compárese el texto de la disposición identificada como el N° 9 del Art. 11 del Código Penal en su configuración anterior y posterior a la modificación del año 2002:

Norma vigente hasta el 31.05.2001	Norma vigente a partir del 31.05.2001
Art. 11. Son circunstancias atenuantes: [...] 9º Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión.	Art. 11. Son circunstancias atenuantes: [...] 9º Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

¿Cómo podría sugerirse medianamente en serio que la exigencia plasmada en la cláusula “no resulta [...] otro antecedente que” pudo conservarse tras la modificación legislativa en cuestión, si en el texto resultante del correspondiente “cambio de redacción” no hay cláusula alguna que pudiera plasmar, siquiera remotamente, semejante exigencia? Lo que la Corte Suprema parece no haber advertido, al sostener el criterio aquí criticado, es que si efectivamente la modificación legislativa pretendió hacer posible un ajuste de la regulación para con “los nuevos dogmas”, esto es, con los parámetros de legitimación de la persecución penal fijados por el Código Procesal Penal, entonces ese ajuste no puede sino haberse traducido en que, para exhibir potencial fuerza atenuante, la colaboración procesal del imputado no necesita en modo alguno consistir en la aportación de antecedentes que funjan como *condicio sine qua non* de la posible decisión condenatoria.

5. La denuncia y confesión del delito no obstante la posibilidad de elusión de la persecución como prestación supererogatoria del imputado

5.1. La posibilidad de elusión de la persecución como presupuesto

Sobre la base de la reconstrucción ya ofrecida del sentido y alcance del Art. 11 N° 9, de acuerdo con su actual configuración, cabe ahora indagar en las consecuencias que se siguen de la adopción de la misma estrategia de racionalización a la hora de interpretar el N° 8 del Art. 11.

Que a diferencia de la atenuante del N° 9, la del N° 8 se encuentre referida a una contribución facilitadora de índole puramente factual³², determina el sentido preciso que ha de atribuirse a la exigencia de que el imputado haya podido “eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose”. A este respecto, resulta especialmente afortunada la interpretación ofrecida por Garrido, según quien

³² Véase *supra*, 3.2.

[e]l precepto legal da especial importancia al hecho de que el delincuente se haya encontrado materialmente en condiciones de evadir la acción persecutoria del Estado. No exige que realmente lo haya hecho; se satisface con la posibilidad de que hubiera podido hacerlo frente a una real situación fáctica. Además, no se pretende que haya podido evitar la acción persecutoria a todo evento; es suficiente que haya tenido una alternativa de fugarse o de ocultarse y sin embargo no haber hecho uso de ella. Si se presentó objetivamente esa posibilidad, se cumple la primera condición requerida para que la atenuante proceda³³.

En tal medida, el presupuesto de la atenuante está constituido por la *posibilidad* con la que ha de contar el imputado para eludir la acción de la justicia a su respecto, posibilidad que ha de servir de contexto, entonces, a la contribución por él prestada, consistente en renunciar a hacer uso de ella, por la vía de haberse “denunciado y confesado el delito”. Esta clarificación deviene especialmente importante, puesto que de ello se sigue que el requisito en cuestión no puede ser dissociado de la descripción que la propia disposición legal hace de la contribución del imputado a la cual se reconoce efecto atenuante. Pues tal como ya se ha anticipado, esta contribución tiene que ser entendida como consistente en “posibilitar la acción de la justicia pudiendo eludirla”³⁴.

Considérese cómo se presentaba el problema a la Corte Suprema en el caso al cual se refiere su sentencia (de reemplazo) de 18 de mayo de 2010, rol N° 8090-08, por la cual la Corte –en opinión de mayoría– declaró:

Que lo concerniente a las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal de los numerales octavo y noveno del artículo 11 del Código Penal, que invoca la defensa del enjuiciado, coincidiendo esta Corte con la opinión de la señora Fiscal Judicial, expuesta en el dictamen de fojas 395 y 396, estima también que no concurren los supuestos requeridos por la ley para su aceptación, puesto que, en cuanto a la primera, la presentación al tribunal y el reconocimiento que de los hechos hizo el acusado, resultaron tardíos, ya que se había denunciado el delito con anterioridad y se habían reunido antecedentes suficientes y bastantes sobre los hechos imputados [c. 1°].

³³ Garrido, *op. cit.*, p. 202; coincidentemente a este respecto ya Novoa, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., 2003, tomo II, p. 37; Etcheberry, *op. cit.*, pp. 26 s. Véase en igual sentido, asimismo, Mera, *op. cit.*, p. 304.

³⁴ Etcheberry, *op. cit.*, p. 26.

No es difícil advertir dónde radica el malentendido a partir del cual parece razonar la Corte, a saber: en una incorrecta interpretación de la mención legal de la denuncia de sí mismo que ha de efectuar el imputado, que lleva a la Corte a sostener el carácter supuestamente extemporáneo de su comparecencia y asunción de responsabilidad ante el tribunal en cuestión. Y se trata de un malentendido, toda vez que, por esa vía, la Corte desconoce el carácter puramente factual de la contribución que, por tal vía, ha de prestar el imputado, en tanto contribución facilitadora del actuar de la justicia a su respecto. Notablemente, la interpretación correcta de esa misma exigencia aparece concisamente presentada en el voto de prevención del ministro Künsemüller, quien no compartía

el argumento empleado para rechazar la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal, porque a su juicio, basta que el sujeto comparezca voluntariamente al juicio, aunque éste se haya iniciado con anterioridad.

Que ésta última resulta ser la tesis correcta, empero, tiene que demostrarse examinando, con mayor precisión, en qué consiste la contribución procesal del imputado asociada a que éste se denuncie y confiese el delito.

5.2. La denuncia y confesión del delito como prestación del imputado

La errada interpretación recién denunciada, según ya se anticipara, se encuentra internamente conectada con una comprensión igualmente desacertada del uso que la ley hace de las expresiones verbales “denunciarse” y “confesar” en el contexto del Art. 11 N° 8. Nuevamente, el punto es muy precisamente clarificado por Garrido:

El sujeto debe, además, *denunciarse*, noción que la jurisprudencia ha entendido en el sentido de que debe ser el primero en dar cuenta del delito a la autoridad. Esa exigencia sobrepasa el texto de la norma legal; como bien señala la doctrina nacional, la voz *denunciarse* está empleada en esta oportunidad en su sentido natural, corriente, y no jurídico. Es suficiente que el inculpado se presente ante la autoridad respectiva y confiese, aunque exista denuncia anterior o que [sic] el proceso se esté instruyendo³⁵.

Es decir: el concepto de *denuncia* no ha de ser tomado técnicamente, en el sentido de la correspondiente noción procesal, sino que debe ser entendido

³⁵ Garrido, *op. cit.*, p. 202.

como designativo de la acción por la cual el imputado se “pone a disposición” de la justicia, esto es, comparece ante ella³⁶.

Pero la ley cualifica el sentido preciso de esta auto-presentación procesal (*lato sensu*) del imputado, precisamente por la vía de exigir que éste “confiese” el delito. Esto significa que no es acertado asumir que la denuncia y la confesión serían dos requisitos diferenciados; antes bien, se trata de *dos aspectos* de una y la misma acción, a saber: la de *presentarse* ante la justicia *reconociendo* su involucramiento en el hecho punible en cuestión³⁷. De ahí que tampoco la noción de confesión pueda ser entendida, en el presente contexto, en el sentido del correspondiente término técnico. Ello explica, por de pronto, que en la doctrina se encuentre extendida la tesis según la cual una así llamada “confesión calificada” –esto es, aquella por la cual el imputado invoca asimismo circunstancias que, de ser efectivas, pudieran eximirlo de responsabilidad– resulta suficiente para la configuración de la atenuante³⁸.

Lo crucial, en todo caso, es no perder de vista que la contribución del imputado que configura la atenuante del N° 8 del Art. 11 no necesita exhibir relevancia probatoria alguna, y ya con total independencia de la redefinición del estatus de la declaración del imputado que trajo consigo la entrada en vigencia del Código Procesal Penal. Pues como se ha mostrado, ello tuvo impacto –como no podía ser de otro modo– en la redefinición de la atenuante referida al comportamiento procesal del imputado que se distingue por exhibir relevancia probatoria, a saber: la del N° 9 de ese mismo artículo. La atenuante del N° 8, empero, y ya desde la entrada en vigencia del Código Penal, ha estado referida a un comportamiento del imputado cuya contribución para con el accionar de la justicia es puramente factual, y no probatorio, en el sentido ya explicado.

6. La compatibilidad de las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11

El último problema que resta por examinar consiste en la pregunta de si es posible que, en el marco de un mismo proceso, la contribución con el accionar de la justicia desplegada por el imputado pueda conllevar la configuración tanto de la atenuante del N° 8 como de la atenuante del N° 9 del Art. 11, en términos

³⁶ Etcheberry, *op. cit.*, p. 26; así ya Novoa, *op. cit.*, p. 37, observando acertadamente que la noción de denuncia tampoco aparece usada en “su sentido corriente”.

³⁷ Véase Etcheberry, *op. cit.*, p. 26.

³⁸ Etcheberry, *op. cit.*, p. 26; Cury, *op. cit.*, p. 495; Garrido, *op. cit.*, p. 202; Mera, *op. cit.*, pp. 304 s. De otra opinión, empero, Novoa, *op. cit.*, pp. 37 s.

tales que una y otra puedan operar conjuntamente como factores de determinación de la pena. La pregunta tiene máxima significación práctica, toda vez que, bajo una correcta interpretación de los Arts. 65 y siguientes del Código Penal, la concurrencia ya de dos circunstancias atenuantes, no acompañadas de agravante alguna, debe dar lugar a una rebaja de pena en al menos un grado³⁹.

La reconstrucción de una y otra circunstancia modificatoria aquí ofrecida hace posible advertir que la pregunta recién planteada tiene que ser respondida afirmativamente. Pues si bien en ambas es reconocible una contribución supererogatoria para con el ejercicio de la persecución penal, una y otra atenuante se diferencian en atención a la específica naturaleza que exhibe la colaboración del imputado: bajo el N° 8 se trata de una contribución de índole factual; bajo el N° 9, en cambio, de una contribución con relevancia probatoria⁴⁰. De ahí que sea enteramente posible que una y otra atenuante se configuren en beneficio del mismo imputado en el marco del proceso respectivo, en la medida en que su comportamiento colaborativo exhiba relevancia a ambos títulos.

Este punto de vista ha sido explícitamente validado, por lo demás, por la propia Corte Suprema, en su sentencia de 12 de julio de 2007, rol N° 2427-07:

Que también favorece [al acusado] la atenuante prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Atenuante que fue reconocida por el Ministerio Público señalando lo sustancial que resultaron en la etapa de investigación los antecedentes aportados por este acusado para configurar tanto el delito como participación. [...]

Que la defensa del acusado [...] invocó también la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 8 del Código Penal, esto es, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito. Por su parte, tanto el Ministerio Público como el querellante señalaron que ésta no se configuraba. Se invocó para su rechazo que ya se reconoció la existencia de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal que se refiere al mismo bien jurídico de administración de justicia, por lo que no puede valorarse dos veces; que

³⁹ Para una pormenorizada defensa de esta interpretación, con una crítica de los fundamentos esgrimidos a favor de la tesis del carácter supuestamente facultativo de tal rebaja, véase Mañalich, *op. cit.* ("¿Discrecionalidad judicial...?"), pp. 49 ss., 54 ss.

⁴⁰ *Supra*, 3.3.

no se denunció personalmente ya que quien contacta a la policía es [otro acusado] el 18 de enero y que ya se había denunciado el hecho el 16 de enero buscándose un segundo individuo que había participado en el ilícito.

Que el Tribunal acogerá también esta circunstancia ya que las atenuantes del artículo 11 N° 8 y 9 del Código Penal se refieren a hechos diferentes. En el presente caso si bien ya se sabía que había participado un segundo sujeto y existía una investigación, no existían antecedentes que a esa fecha involucraran [al acusado], tanto así que incluso fue a Investigaciones a realizar un trámite y salió sin problemas de ese lugar, nadie lo asoció al caso, siendo el mismo quien le contó [a un testigo] que él era el segundo individuo que buscaban, [el testigo] con su autorización llama a un detective que conocía para que vaya a conversar con él y se produce el encuentro con la policía, con su confesión. [El acusado] hasta ese momento contaba con el dinero que le había entregado [el otro acusado] y nadie lo buscaba por lo que pudo perfectamente huir y no lo hizo. Así este Tribunal estima que se cumplen las circunstancias fácticas y jurídicas para acoger la atenuante [c. 23].

Es especialmente acertado el razonamiento que la Corte ofrece, en el pasaje recién reproducido, para concluir que a favor del imputado se configuraba la atenuante del N° 8 del Art. 11, justamente por el énfasis en el carácter factual de la contribución respectiva, en atención al hecho de que, “nadie lo asoció al caso”, habiendo podido “perfectamente huir y no lo hizo”. Que el mismo imputado también prestara una contribución con relevancia para el esclarecimiento de los hechos es enteramente independiente de ello, lo cual lleva, como correctamente advierte la Corte, a que ambas atenuantes deban ser tenidas por configuradas concurrentemente.

7. Conclusiones

7.1. En el contexto de las reglas que establecen circunstancias atenuantes y agravantes como factores de determinación de la pena, es necesario distinguir entre circunstancias intrínsecas y circunstancias extrínsecas al respectivo hecho punible. Entre las segundas destacan las atenuantes que se encuentran referidas al comportamiento posterior del imputado.

- 7.2. Entre las circunstancias atenuantes (“genéricas”) referidas al comportamiento posterior del imputado, es posible identificar un subgrupo, constituido por aquellas que se encuentran referidas al comportamiento procesal (*lato sensu*) del imputado, a saber: las atenuantes del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 del Código Penal. En contra de una tesis bastante generalizada, su fundamento no se encuentra en un supuesto incentivo político-criminal, sino en el reconocimiento del carácter jurídicamente supererogatorio que exhibe la contribución desplegada por el imputado, con independencia de cuál sea su específica base motivacional.
- 7.3. La circunstancia atenuante prevista en el N° 9 del Art. 11, consistente en la colaboración sustancial del imputado al esclarecimiento de los hechos, se distingue por el reconocimiento de una facilitación de índole probatoria a la acción de la justicia. Correctamente entendida, su operatividad no está supeditada a la eficacia *ex post* que exhiba la contribución del imputado, así como tampoco a la inexistencia de otros antecedentes que eventualmente sustenten la condena. De ahí que la exigencia de sustancialidad de la colaboración por él desplegada no pueda confundirse con una supuesta exigencia de que ella funja como *condicio sine qua non* de la respectiva decisión condenatoria, exigencia que la ley no formula en modo alguno.
- 7.4. Por su parte, la atenuante prevista en el N° 8 del mismo Art. 11 se distingue por el reconocimiento de una facilitación puramente factual del actuar de la justicia por parte del imputado, que no necesita exhibir significación probatoria alguna. Antes bien, la exigencia de que el imputado se haya “denunciado y confesado el delito” debe ser entendida como especificando una acción unitariamente valorada por la ley, consistente en que el imputado comparezca ante la justicia reconociendo su involucramiento en el respectivo hecho punible, no haciendo uso de la posibilidad de eludir la persecución penal.
- 7.5. En atención a la diferente naturaleza de la contribución procesal (*lato sensu*) con relevancia para una y otra atenuante, es perfectamente posible, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema, que ambas se configuren conjuntamente a favor de un mismo imputado.

Ello es todo cuanto puedo a Ud. informar.

En Santiago, a 3 de noviembre de 2014.

PROF. DR. JUAN PABLO MAÑALICH R.

V. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal

Dr. Jonatan Valenzuela Saldías
Universidad de Chile

I. Introducción

La Defensoría Penal Pública, a través de su Departamento Nacional de Estudios, me ha solicitado que informe en derecho sobre el estatuto de la omisión de dar cuenta a la autoridad policial y de la negativa injustificada a someterse a exámenes corporales introducidos recientemente en la Ley N° 18.290 desde una perspectiva constitucional y procesal.

El informe, de acuerdo a lo solicitado, debe orientarse a la definición del sentido de dos reglas que parecen constituir una novedad en el sistema procesal penal chileno: la punición de la falta de noticia a la autoridad en el actual artículo 195 de la Ley N° 18.290 y la punición de la negativa a someterse a exámenes corporales del artículo 195 bis del mismo cuerpo legal.

El presente informe debe abordar ambas instituciones desde el punto de vista constitucional y procesal. Para ello se entenderá que el escenario constitucional es en realidad un grupo de principios que constituyen razones para las reglas procesales. Para decirlo de un modo más claro: no hay independencia entre las consideraciones propiamente procesales y las relativas a los

principios constitucionales que resultan aplicables. Por ello, no es posible establecer un análisis sobre interpretación de reglas procesales que prescinda del escenario constitucional en términos de definir la adecuación de estas reglas a las razones constituyentes¹.

En este orden de consideraciones, el trabajo se ordenará partiendo por las razones de orden constitucional que permiten dar cuenta del estatuto de la investigación en materia penal. Por otro lado, debe enfrentarse desde esta perspectiva general la justificación de las instituciones contenidas en el artículo 195 y 195 bis de la Ley N° 18.290.

Debe mencionarse que la reforma legal que da lugar a estas instituciones ha tenido lugar en circunstancias peculiares. Esto queda expresado en el mensaje con que el ejecutivo envía el primer proyecto de ley que termina en la modificación de la Ley 18.290:

Con fecha 21 de enero de 2013 se produjo la muerte de la menor Emilia Silva Figueroa, de sólo nueve meses de edad, ocasionada por un accidente de tránsito causado por un conductor ebrio. Ante la conmoción social causada por este caso, diversas iniciativas buscaron generar las modificaciones legales necesarias para impedir que conductores ebrios que ocasionaban lesiones graves e incluso la muerte a terceros fuesen condenados a penas menores, y que finalmente son cumplidas en libertad².

En esta línea y reconociendo el esfuerzo parlamentario por generar una reforma legal que permita enfrentar esa “conmoción social” es que el proyecto pretende:

Este Proyecto de Ley tiene por fin principal hacerse cargo de la sensación de impunidad ante este tipo de delito, ya que la baja extensión de la pena y la existencia de penas sustitutivas finalmente llevan a que los autores de este delito cumplan las penas en libertad. Así ocurrió con el responsable de la muerte de la pequeña Emilia quien, a pesar de la gravedad del delito, fue condenado a dos años de pena remitida, cumpliendo dicha condena en libertad³.

¹ Esta premisa de trabajo no implica un compromiso con la denominada “interpretación original”, es decir, no se trata de ver la adecuación de las reglas que se analizan frente a un programa constitucional inamovible, sino que de incluir en la interpretación de esas reglas las razones de orden constitucional que les sirven de fundamento.

² Véase Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley de tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves gravísimas o con resultado de muerte, de 28 de mayo de 2014.

³ *Ibid.* p. 2

Este razonamiento marca una clara propuesta del ejecutivo en orden a generar una modificación legal de cara a una “sensación” de impunidad respecto de ciertos daños sociales asociados. Ciertamente resulta cuestionable que una reforma legal de impacto en el sistema penal, tenga por objetivo desplazar una actitud proposicional colectiva no corroborada y que por tanto resulta muy difícil de abordar⁴.

Este es, sin embargo, un problema general de diseño institucional de esta reforma legal cuya detección no impide que existan otras razones que justifiquen el estudio de sus instituciones. Puede criticarse ciertamente cualquier decisión legislativa basada en consideraciones que prescindan de márgenes mínimos de racionalidad, pero por otro lado, debe tenerse en cuenta que la crítica general no es capaz de enfrentar el hecho de que se trate de una ley que merece atención interpretativa en tanto regla jurídica que admite ser aplicada por los tribunales.

El análisis que se llevará a cabo tiene por objeto, entonces, el análisis general de las reglas sobre el debido proceso que deben entenderse vinculadas con las dos figuras que motivan el encargo realizado, para luego, analizar ambas instituciones desde el punto de vista de su racionalidad procesal penal. Se usará como marco general el escenario constitucional pues como se verá, existen deficiencias en las figuras en análisis desde el punto de vista de su fundamentación constitucional.

En este sentido debemos centrarnos en el actual texto del artículo 195 de la Ley N° 18.290 que sostiene:

Artículo 195.- El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que sólo se produzcan daños, señalada en el artículo 168, será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de la licencia hasta por un mes.

El incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones, señalada en el artículo 176, se sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y multa de siete a diez unidades tributarias mensuales.

⁴ Desde un punto de vista criminológico además resulta un claro modo de legislar en la línea del denominado “populismo punitivo”, sobre el particular véase el trabajo de Varona, 2011.

Si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1° del artículo 397 del Código Penal o se produjese la muerte de alguna persona, el responsable será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales y con el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

Las penas previstas en este artículo se impondrán al conductor conjuntamente con las que le correspondan por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

A su turno, el artículo 195 bis del mismo cuerpo legal sostiene:

Artículo 195 bis.- La negativa injustificada de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el artículo 182, será sancionada con multa de tres a diez unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes.

En caso de accidentes que produzcan lesiones de las comprendidas en el número 1° del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, la negativa injustificada del conductor que hubiese intervenido en ellos a someterse a las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el artículo 183 de esta ley para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o la presencia de drogas estupefacientes o sicotrópicas, o la realización de cualquier maniobra que altere sus resultados, o la dilación de su práctica con ese mismo efecto, serán castigadas con la pena de presidio menor en su grado máximo, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

La pena prevista en el inciso anterior se impondrá al conductor conjuntamente con la que le corresponda por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

Como puede apreciarse, ambas disposiciones constituyen innovaciones en nuestro sistema penal desde varios puntos de vista. Lo que nos interesa es analizar el sentido que tiene de cara a la lógica constitucional, procesal general y particularmente probatoria de la prescripción de dar cuenta a la autoridad y de la negativa de someterse a exámenes físicos.

Uno de los puntos de acuerdo más comunes en el marco de la comprensión del proceso penal es la relativa al estatuto privilegiado de la no autoincriminación. En esta medida, uno de los aportes fundamentales que la lógica ilustrada del derecho penal ha realizado a la conceptualización del proceso es precisamente la posibilidad legítima por parte de los ciudadanos de mantener una actitud estratégica frente a la persecución penal.

Este punto de partida se ve fuertemente trastocado por medio de la introducción de las figuras cuyo análisis ha sido solicitado por la Defensoría Penal Pública.

Para efectos de enfrentar el trabajo, el esquema que seguirá será mostrar el estado de la discusión sobre debido proceso, y en ese marco dar cuenta del sentido del estatuto privilegiado de la no autoincriminación en el marco del escenario constitucional procesal. Posteriormente, analizaremos las dos figuras objetos de este informe en la perspectiva de un modelo de razonamiento probatorio, a fin de ofrecer conclusiones que permitan enfrentar el sentido que aparece en esta regulación de cara a una crítica por su conformidad con el nivel de los principios.

II. El debido proceso y sus límites

La discusión sobre relevancia de los principios en materia procesal penal tiene larga data y es sin duda una de las discusiones que ha dado mayor espacio a definiciones generales del sistema acusatorio chileno⁵.

⁵ Esto se expresa con particular énfasis en la comprensión de los principios de cara a la actividad judicial. Sobre el particular véase entre otros Taruffo, 2008.

El entramado de reglas y principios constitucionales queda descrito de manera de dar por sentada la idea de satisfacción de criterios fundamentales que ordenan y explican las diversas decisiones legislativas.

En esa óptica, la noción de debido proceso impacta de lleno en el escenario en el que nos encontramos. Se ha entendido por nuestra doctrina que el debido proceso es el:

Conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de él (Maturana y Montero, 2010: 29)

Esta noción tan general de debido proceso muestra que la perspectiva que debe el legislador atender mira al mantenimiento de unas condiciones mínimas que deben observarse de cara al diseño institucional. Lo complejo es que una noción de debido proceso, sin especificidad, tiende a depender de la interpretación que pueda hacerse de las nociones generales asumidas como parte del concepto.

Desde una perspectiva internacional, el problema depende de la admisión de nociones tan amplias y vagas como las ya descritas. En diversas disposiciones encontramos menciones del mismo tipo: en la Declaración Americana

de Derechos Humanos⁶, la Convención Americana de Derechos Humanos⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, entre otros.

⁶ Así la mencionada declaración en sus artículos XVIII y XXVI sostiene: Artículo XVIII Declaración Americana de Derechos Humanos: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

- Artículo XXVI Declaración Americana de Derechos Humanos: "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas"

⁷ La mencionada convención contempla en sus artículos 8 y 25: Artículo 8 Convención Americana de Derechos Humanos: "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 comparecencia, 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".

- Artículo 25 Convención Americana de Derechos Humanos: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen. a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

⁸ Artículo 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella

Si quisiéramos enfrentar la manera en que esta clase de enunciados generales se vuelven reglas más específicas de cara a la actividad del juzgador encontramos pronunciamientos que tienden a identificar “principios” entendidos como máximas que representan alguna clase de ideario político de impacto en la práctica institucional acerca del proceso.

Como puede apreciarse, lo que aparece en primer plano en todas estas reglas internacionales, es la idea de protección de derechos de las personas en el marco del proceso penal.

Es por ello que la mayoría de la doctrina asume que la idea de debido proceso requiere ser descompuesta en “sub principios” que permitan concretar el contenido de estos derechos para los ciudadanos:

o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de mora, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleados en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

- (i) *Presunción de inocencia*: “(...) al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva⁹.
- (ii) *Non bis in ídem*: “Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima”¹⁰.
- (iii) *Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial*: “Esta Corte ha determinado que la imparcialidad exige garantías subjetivas, de parte del juez, así como garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. En este sentido la Corte ha precisado que la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial. De igual modo, la Corte ha precisado que las garantías de independencia e imparcialidad se extienden a otros órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial”¹¹.
- (iv) *Juicio dentro de plazo razonable*: “El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”¹².
- (v) *Garantías no taxativas*: derecho a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan, derecho a defenderse personalmente o mediante asistencia de abogado que elija y de forma gratuita, y a comunicarse libre

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12.11.1997.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo vs. Perú 17.09.1997.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. vs. Perú, 27.11.2013.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12.11.1997.

y privadamente con su defensor. También incluye, derecho a tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, interrogar a testigos, obtención de comparecencia de testigos, expertos y otras personas, apelar de la sentencia ante una instancia superior y derecho a un juicio público. Además, de ser asistido por traductor o intérprete (Del Campo, 2010: 224).

Como puede apreciarse, la idea de concreción del principio general de debido proceso tiende a la formulación de principios derivados que son tenidos en cuenta en el diseño institucional. Lo interesante es que todas esas formas muestran la necesidad de considerar en un lugar privilegiado a los intereses de los ciudadanos que son sometidos al proceso penal.

El escenario de los principios genera un espacio en que confluyen varias razones para proteger los intereses de los ciudadanos, pero que por otro lado no encuentran una correcta organización para poder apreciar concretamente la manera en que estos intereses se proyectan en el proceso penal.

En el caso en análisis, debemos enfrentar la pregunta relativa si las figuras de obligación de dar cuenta a la autoridad como la punición de la negativa injustificada a realizarse exámenes corporales permiten una justificación derivada del juego de los principios que informan al sistema penal.

En este entendido, vemos que resulta muy difícil conciliar la estructura del proceso penal con las figuras en análisis debido principalmente a razones de orden constitucional.

El debido proceso debe actuar como límite en términos constitucionales. En este orden de argumentos debemos apreciar que nuestro Tribunal Constitucional se ha referido al contenido de la garantía de la no autoincriminación del siguiente modo:

El listado mínimo de garantías reconocido por esta Magistratura incluye el derecho a la acción, la bilateralidad de la audiencia (lo que comprende el conocimiento oportuno de la acción y el emplazamiento); el derecho a formular las defensas, a la adecuada defensa y asesoría con abogados; la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida; el derecho a impugnar lo resuelto por el tribunal y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores; y la publicidad de los actos jurisdiccionales (STC Rol N° 1448, considerando 40°; Rol N° 1307, considerandos 20°, 21° y 22°; entre otras). Los órganos de control de constitucionalidad, respetando las reglas de interpretación constitucional y sirviendo un concepto dinámico y abierto de debido proceso, pueden exigir al legislador someterse al

listado mínimo de garantías procesales, pero no pueden imponerle garantías que el legislador, dentro del estándar de racionalidad y justicia, no ha querido reconocer, máxime cuando el propio constituyente, de modo claro, no ha querido establecer una garantía determinada para todo tipo de procedimiento sino sólo para un procedimiento en particular (STC 2381-12, considerando Decimosegundo).

Como puede apreciarse, desde el punto de vista de la carga que supone imponer a los ciudadanos una figura de colaboración con el actuar de la justicia y una figura que sancione la falta de disposición a la producción de evidencias de cargo del propio imputado, resulta evidente que nos encontramos ante una tensión con el contenido mínimo de las garantías que informan al proceso pena. La libertad probatoria supone una amplia cabida al principio general de inclusión pero siempre restringido a la capacidad de los ciudadanos de defender sus intereses frente a la persecución penal. De otro modo, estos aspectos quedarían completamente vaciados en el escenario de las figuras en análisis.

Debemos enfrentarnos directamente al estatuto privilegiado de la no autoincriminación, pues a partir de la revisión de su mecánica veremos que existen modos para entender concurrentes a varias instituciones que aparecen ya denotadas en la discusión sobre principios.

III. El estatuto privilegiado de la no autoincriminación, la presunción de inocencia y el silencio

Ahora debemos fijar nuestra atención en el sentido que en el marco de un sistema acusatorio racional debe tener la idea de no autoincriminación. El programa general de principios de nivel constitucional no permite, por sí mismo, la comprensión del estatuto que tiene la información que posee el acusado o imputado de cara al proceso penal.

Al respecto, nuestra doctrina ha definido a la no autoincriminación como una clase de regla prohibitiva de cara a la configuración de la persecución penal. Así se ha dicho:

A lo largo del tiempo, el principio de no autoincriminación, ha tenido tres variantes respecto a las cuales podemos identificarlo, en primer término, se ha identificado con el derecho de no prestar juramento al momento de prestar declaración; en un segundo sentido, se lo ha identificado con el derecho a permanecer callado o derecho al silencio; finalmente, en un sentido más amplio, ha sido asociado al derecho del imputado a que su

persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatorias en contra de sí misma (Horvitz y López, 2004:79).

Ciertamente, los límites que parecen imponerse al proceso por medio de la consideración de la no autoincriminación aparecen difusos. Todo proceso se encamina a la averiguación de la verdad, con lo que en gran medida el ejercicio investigativo y luego el probatorio supone la administración de información que sirve de base para la justificación de la decisión de absolución o condena. Sin embargo, la razón por la cual debe entenderse que existe una necesaria proscripción de cara a la recolección de evidencias, dado que se encuentre en la órbita de la información del acusado, no queda razonablemente justificada con esta noción.

En el contexto internacional la noción de no autoincriminación aparece vinculada también a una exigencia de tipo político de cara al proceso de investigación más que a una regla de claro sentido:

1. *Artículo 8º inciso 2 letra g de la Convención Americana de Derechos Humanos*: “Toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.
2. *Artículo 14 número 3 letra g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.
3. *Artículo 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos*: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia”.

Como se ve, también en el contexto de la regulación internacional la idea de no autoincriminación supone la realización de un tipo de proceso que tienda a la evitación de la obtención de información del radio de control del imputado o acusado.

A su turno el Tribunal Constitucional español ha sostenido sobre esta garantía:

En cuanto al privilegio contra la autoincriminación o el derecho a permanecer en silencio el TEDH, sentencia *Alian contra Reino Unido* de 5.11.2002, ha reiterado que esos derechos están generalmente reconocidos en los patrones internacionales que se encuentran en el núcleo de un proceso equitativo, su finalidad es proporcionar a un acusado la protección contra una coacción impropia por parte de las autoridades y evitar así errores judiciales y garantizar los fines del art. 6 (sentencia *John Murray contra Reino Unido* de 8.2.96). El derecho a no autoincriminarse

afecta en primer lugar al respeto a la voluntad de la persona acusada a permanecer en silencio y presupone que la acusación en un proceso penal busca probar el caso contra el acusado sin recurso a pruebas obtenidas por medios no previstos legalmente desafiando la voluntad del acusado (sentencia Saunders contra Reino Unido de 17.12.96), por cuanto –decimos nosotros– la verdad no puede ser hallada en el proceso penal a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales (STC español, 145/2014).

Y con mayor precisión el mismo tribunal sostuvo anteriormente:

La cuestión que aquí se plantea ha sido resuelta por este Tribunal, entre otras, en las SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2, ya citadas, declarando la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, “las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental (STC 161/1999, FJ 4) (STC español, 36/2006).

En esta misma línea, nuestro derecho positivo, consagra a la no autoincriminación en términos de reconocer un margen de defensa del imputado en lo relativo a mantener una actitud estratégica con la información que puede entenderse disponible de cara a su probable condena. Este es el sentido del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República que en su letra f) menciona que: “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes,

cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”. De modo complementario, el artículo 19 N° 7 letra g) de la Constitución nos señala: “En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”.

En esta óptica, el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal señala como garantía del imputado hasta el término del proceso: “Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”¹³.

Lo relevante de la idea de prohibición de autoincriminación se relaciona con dos instituciones que deben ser analizadas para dar sentido específico a esta regla: la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio.

La presunción de inocencia es una regla que ha motivado mucha discusión doctrinaria. En síntesis, podemos decir que se trata de una regla que a pesar de contar con cierta tradición para ser considerada un “principio” (como hemos visto hasta aquí de la mano de la enunciación de las reglas constitucionales e internacionales en la materia) en realidad tiene varias versiones de cara al proceso. La presunción de inocencia, tal como ha mostrado Ferrer, es una institución poliédrica que de cara al proceso penal, genera una regla de trato, una regla de prueba y una regla de juicio¹⁴.

La presunción de inocencia en tanto regla de prueba tiene un alto impacto en la institución de la no autoincriminación y por tanto en el problema que nos convoca. Tal como todas las presunciones en el derecho, parece ser que la existencia de la presunción de inocencia “invierte la carga de la prueba” esto es, pone de cargo de una de las partes la necesidad de “destruir” el estado de cosas en que la presunción pone a los hechos. Se dará por existente un hecho (aunque no haya existido) si existe en su favor una determinada presunción¹⁵.

Tal como ha sostenido Ferrer al respecto: “la derrota de la presunción de inocencia debe cumplir una serie de requisitos procedimentales probatorios para

¹³ Respecto al derecho al silencio, se ha señalado que no se pueden extraer conclusiones de dicho silencio. De esta forma: que “permitir que un tribunal extraiga conclusiones incriminatorias del derecho a guardar silencio constituye, obviamente, una forma indirecta de compeler a una persona a declarar, lo que está en directa contradicción con el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo”, Horvitz y López, 2004: 85.

¹⁴ Y ha generado también un debate constitucional desde el punto de vista de la satisfacción de la no autoincriminación, véase la STC español, 142/2009, que muestra el entronque entre el privilegio de la no autoincriminación y el derecho a la presunción de inocencia español.

¹⁵ La noción de “presunción” ha generado un intenso debate en términos de su sentido como estructura lógica. Para una tipología en el derecho continental véase Gama, 2013.

que la presunción sea, efectivamente, vencida y no violada: A) debe ser la conclusión de un procedimiento en el que haya existido una mínima actividad probatoria; B) que pueda considerarse como prueba de cargo; C) suministrada por la acusación (en el sentido de que a ella corresponde la carga de la prueba); D) practicada en el juicio oral; y E) que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales”¹⁶.

En este sentido, la regla de prueba se relaciona con la actividad probatoria en el sentido de carga de producción de prueba. En el caso chileno, esta relación se produce entre la presunción de inocencia como regla de prueba en tanto proyección del artículo 4 CPP y entre el estándar de prueba contenido en el artículo 340 CPP.

La garantía aquí parece ser redactada como sigue: “dado que se presume inocente al imputado debemos generar prueba para desvirtuar esta situación”. Y esta prueba, debe ser considerada prueba de cargo, debe ser producida en el juicio oral y debe haber sido obtenida sin violación de garantías. Como puede apreciarse, la prueba que debe servir de base a la derrota de la presunción de inocencia no puede provenir del propio imputado.

La regla de prueba derivada de la presunción de inocencia supone necesariamente una estrategia de disolución de una incertidumbre de hecho: entendemos decidido considerar cierto que el imputado es inocente si no es culpable. Esto quiere decir, que en el caso de que un acusador pretenda que se condene a un imputado sin haber producido prueba aunque sea mínima, o que habiéndose producido prueba ésta no sea considerada de cargo, o que se ha pretendido introducir el ‘razonamiento probatorio’ en una etapa distinta del juicio oral o se han violado garantías fundamentales en la obtención de los medios de prueba, nos encontramos ante una posible violación de la garantía de la presunción de inocencia en su proyección de regla de prueba.

Lo importante es que la presunción de inocencia en tanto regla de prueba es una regla dirigida a la selección de hechos para la decisión. Es decir, es una regla dirigida fundamentalmente a las partes, en el proceso penal a la parte acusadora, que sostiene que en caso de incertidumbre fáctica consideraremos al acusado inocente¹⁷.

¹⁶ Véase Ferrer, 2012.

¹⁷ Sobre la relación entre presunción de inocencia y razonamiento probatorio, véase Valenzuela, 2013.

En este sentido se explican las disposiciones contenidas en las reglas de los artículos 98 y 195 del CPP.

El artículo 98 precisa el sentido que la declaración del imputado tiene en el contexto del proceso penal. Lo que de ahí aparece es que en todo caso la declaración del imputado debe ser considerada un *medio de defensa*. Esto pues el juego de las reglas que configuran la investigación fiscal supone que sea el persecutor el que produzca prueba de cargo que permita afirmar la necesidad de ejecución del plan punitivo estatal¹⁸.

A su turno el artículo 195 del CPP marca la necesidad de evitar la coacción sobre precisamente la información que provee el imputado en el marco de una investigación penal, generando un “método prohibido” de indagación¹⁹.

Esta regla muestra el cuidado que el legislador ha puesto en regular los modos en que debe apreciarse la intangibilidad de los derechos del imputado en lo que dice relación con sus derechos procesales.

¿Qué condiciones habilitan al estado para romper este estado de cosas? Ciertamente debe apuntarse que aparecen dos órdenes de razones. Las

¹⁸ El artículo 98 CPP sostiene: Declaración del imputado como medio de defensa. Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere.

La declaración judicial del imputado se prestará en audiencia a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto.

La declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El juez o, en su caso, el presidente del tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen. Regirá, correspondientemente, lo dispuesto en el artículo 326.

Si con ocasión de su declaración judicial, el imputado o su defensor solicitaren la práctica de diligencias de investigación, el juez podrá recomendar al ministerio público la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

Si el imputado no supiere la lengua castellana o si fuere sordo o mudo, se procederá a tomarle declaración de conformidad al artículo 291, incisos tercero y cuarto.

¹⁹ Artículo 195.- Métodos prohibidos. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa.

Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados.

primeras dicen relación con la necesidad de reconocer el imperativo de adecuación a los principios de las reglas del derecho. En este grupo de argumentos, lo que debe apreciarse es la necesidad de dar una interpretación a las reglas que permitan su adecuación a los principios. En el caso en análisis principalmente se generarían problemas respecto del principio de no autoincriminación y con la presunción de inocencia.

Es esta la clase de argumento que deriva de motivos tales como la “deferencia” que desde el punto de vista constitucional puede tenerse al legislador. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional que ha señalado:

En efecto, nuestro esquema de control de constitucionalidad supone el reconocimiento de la autonomía del legislador y la deferencia razonada, que implica reconocer la discrecionalidad del legislador dentro de los márgenes fijados por la Constitución (Sentencia TC 2337-12).

En segundo lugar la razonabilidad de la *deferencia* supone generar decisiones en la medida que no se vea cuestionado el marco de actuación establecido por la Constitución, lo que ciertamente queda en entredicho en este caso.

Así se ha remarcado por nuestro TC desde el punto de vista de la entidad de la afectación de derechos:

[V]ulnerando así lo prescrito por el artículo 19, N° 26°, de la Carta Fundamental, toda vez que el legislador no es libre para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas (...).

Que estos principios y valores constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, por lo que deben desecharse interpretaciones contradictorias con ellos, lo que lleva a concluir que deba excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que imposibilitan la plenitud de su vigencia efectiva. Como lo dispone el artículo 19, N° 26°, de la Constitución, el legislador debe respetar siempre la esencia del derecho que se trata de regular, complementar o limitar, como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (Sentencia TC, 2513-13).

El derecho a la presunción de inocencia y su proyección sobre la idea de carga de producción de evidencias así el derecho a no autoincriminarse supone que desde la perspectiva de la justicia constitucional pueda producirse una interpretación que vacíe de contenido a las mencionadas garantías.

De todos modos este no es el único punto de vista que debe ser atendido. Además al radicar la producción de evidencias en el imputado, quien nece-

sariamente tendrá un razonamiento estratégico respecto de la información, en términos efectivos aumenta la posibilidad de decisiones erróneas en el procedimiento. Esto debido a que la información que proviene del imputado coaccionado por una regla de sanción puede resultar de mala calidad dado el desequilibrio epistémico que se produce.

IV. La prueba como actividad y el principio general de inclusión

El problema que plantean las figuras contenidas en los artículos 195 y 195 bis de la ley N° 18.290 tienen una evidente conexión con el problema de la conceptualización de la actividad probatoria en el sistema penal y más precisamente con los límites al cumplimiento del denominado “principio general de inclusión”.

La prueba jurídica en nada difiere de la prueba en cualquier área del conocimiento. En tanto actividad, la prueba jurídica sirve de base para la justificación de decisiones racionales en cualquier campo en el que se pretenda satisfacer el enunciado “*está probado que p*”²⁰.

En esa proposición “p” representa un enunciado relativo a un hecho que permite dotar de sentido a una determinada decisión. El enunciado que corrientemente se encuentra en juego es el relativo a la hipótesis de hecho que se pronuncia por la responsabilidad penal de un sujeto determinado respecto de un delito determinado.

El estudio del derecho probatorio ha supuesto clarificar los denominados “momentos” de la actividad probatoria. En particular, se pretende definir cuáles son las operaciones que, en términos analíticos, se despliegan de cara a la formación del material probatorio, su valoración y el sometimiento frente a una regla de estándar de prueba²¹.

El problema que nos ocupa se sitúa en el primer grupo de operaciones. La definición del material probatorio supone la consideración de variadas reglas. La primera en juego es el denominado “principio general de inclusión”. Conforme a este principio, debe considerarse en el marco de la actividad probatoria a toda evidencia que resulte relevante o pertinente para la verificación de una determinada hipótesis de hecho.

En este sentido, cualquier evidencia cuya capacidad de explicar alguna hipótesis de hecho resulte pertinente o relevante para solución del caso concreto

²⁰ Véase por todo, Ferrer, 2005.

²¹ Véase por todos, Ferrer, 2013.

es una evidencia que debe incluirse. Este es el típico modo de definir a las evidencias en el contexto de procedimientos en las denominadas ciencias del descubrimiento. Cualquier dato que aparezca relevante se incluye dentro del material probatorio.

En el contexto jurídico sin embargo la aplicación de este principio no resulta admisible sin filtros. Como bien se ha destacado, el proceso de determinación de la verdad a través de la prueba, propio del contexto jurídico, supone la consideración de reglas contra epistémicas que derechamente dificultan el acceso a la verdad²².

En este sentido, existen reglas en todo proceso jurídico que obedecen a valores diversos a la averiguación de la verdad. Pensemos por ejemplo en las reglas sobre plazos, sobre exclusiones de prueba por obtención de la evidencia con inobservancia de garantías fundamentales, entre otras. Todas las reglas de este tipo tienden a la protección de valores en el derecho respecto de los cuales el proceso manifiesta la disposición de la comunidad para provocar incluso una falsa absolución.

Estas reglas contra epistémicas convierten a la prueba de los hechos, en algún sentido, en prueba jurídica. Ello porque la relación teleológica entre actividad probatoria y verdad en el derecho se encuentra mediada por la satisfacción de criterios tales como el respeto por los derechos de las personas, la necesidad de dar contenido operativo a la idea de debido proceso, la seguridad jurídica, la realización de los cometidos del derecho sustantivo, entre muchos otros.

Entre las reglas de este tipo encontramos la proyección de la idea de no autoincriminación. La posibilidad de que el acusado no se encuentre obligado a proveer información que vaya en su contra asume precisamente la forma de una regla que limita al principio general de inclusión: deben considerarse todos los datos que resulten relevantes para la definición del apoyo probatorio de una determinada hipótesis sobre los hechos salvo aquellos datos que no lesionen valores considerados como relevantes de cara a la definición de la investigación criminal.

Esto supone mostrar que el proceso penal y la actividad probatoria no pueden ser entendidos como un ejercicio puramente epistémico. El derecho debe detenerse de manera de respetar una serie de intereses que resultan relevantes para definir los diversos valores que se encuentran observados por el proceso penal.

²² Véase en este sentido Gascón, 2005: 128.

Un rasgo esencial de esta clase de reglas y del principio general de inclusión es que deben manifestar un claro equilibrio epistémico de cara a definir si la hipótesis de hecho admite ser probada de manera de dar sentido pragmático a la garantía que surge del apuntado juego entre las reglas del nivel constitucional y la presunción de inocencia como regla de prueba.

Ese equilibrio es la manera en que en este ámbito se proyecta la regla que prohíbe que el legislador presuma de derecho la responsabilidad penal, lo que en este orden de argumentos puede ser visto como la necesidad de someter a un escenario de razonamiento probatorio las acusaciones penales realizadas en contra de los ciudadanos.

Por otra parte, la decisión que se tome en el nivel de la inclusión probatoria impacta de lleno en los dos momentos que siguen en el marco de la actividad probatoria: la valoración de la prueba y el sometimiento de las evidencias a una regla de estándar de prueba.

La garantía general de un procedimiento racional y justo que emana de nuestra Constitución Política se concreta, entre otros, en la necesidad de contar con un contexto probatorio racional. La racionalidad de ese contexto, depende a su vez, de la observancia de criterios epistémicos generales que quedan enmarcados en lo que tradicionalmente se denomina “valoración de la prueba”.

Deberíamos poder identificar evidencias producidas para la verificación de los tres puntos anotados de manera de poder razonablemente valorar esa evidencia y una vez traspasado un umbral de exigencia probatoria, sostener que la regla ha sido infringida en los hechos.

V. Dar cuenta a la autoridad policial: un delito de colaboración con la justicia

La figura contenida en el artículo 195 de la actual Ley N° 18.290 en lo relativo a la necesidad en que se encuentra una persona, bajo la regla de comportamiento presente en la actual versión de la ley, exige que los ciudadanos actúen como coadyuvantes de la labor de investigación. Es un delito que se enmarca dentro de la discusión de punición de la falta de solidaridad a la administración de justicia.

Estas figuras resultan en extremo discutibles, consideremos por ejemplo lo dispuesto en el CP español de 1822:

Artículo 122. Toda persona que vea cometer o que sepa que se va a cometer un delito está obligada a impedirlo, siempre que pudiese hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo, o a dar aviso inmediatamente para que lo impida la autoridad, ministro de Justicia o fuerza armada más inmediata, bajo la pena de reprensión y un arresto de uno a seis días o una multa de diez reales vellón a tres duros.

Para Alamillo (1962:47) la estructura confusa del Código Penal de 1822 (que permitía coexistir a disposiciones claramente penales, como a disposiciones procesales o de organización de la justicia), permite decir que el hecho de que lo dispuesto en el artículo 122 se encuentre dentro de la “parte general del código”, en la rúbrica “de la obligación que todos tienen de impedir delitos y de noticiarlos a la autoridad; y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes”, permite decir que tienen un carácter “cívico”, explicable por la “necesidad social de lucha contra el delito”.

En un sentido similar, tenemos la discusión acerca del artículo 450 del CP español. Al respecto, se sanciona a quien omita evitar la comisión de un delito contra la libertad, libertad sexual, integridad física o vida de un tercero²³.

Sobre el particular debemos destacar lo señalado por Sola, quien advierte que la respuesta para el bien jurídico protegido y por tanto para justificar esta clase de figuras involucra necesariamente una idea general que sirva de referencia para los distintos intereses que pueden verse involucrados. Esto es así por la necesidad aglutinadora, y por la relativa inoperancia que advierte en utilizar los bienes jurídicos vida, libertad, integridad y libertad sexual.

Las opciones que se abren en este punto para Sola son dos: la administración de justicia y la solidaridad (Sola 1999: 27).

La primera de las alternativas, la administración de justicia, tiene a su favor, por supuesto, la decisión del legislador de haber incluido este delito en el título reservado para los delitos que atentan contra la administración de justicia (Sola, 1999: 27).

²³ Art. 450. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiera la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

Puede sostenerse a favor de esta tesis que es legítimo involucrar en la lucha contra la delincuencia a los ciudadanos y que esta lucha se manifiesta centralmente en el ámbito de los órganos jurisdiccionales. O, en otros términos, la inactividad de los ciudadanos en orden a no impedir determinados delitos, pone a los órganos encargados de luchar contra el delito en una desventaja que provendría de los propios ciudadanos (Sola, 1999: 28 – 29).

La solidaridad, en cambio parece dar sentido general a la relevancia de los intereses ajenos de parte cada ciudadano, justificando el interés estatal en generar normas de comportamientos reforzadas penalmente para sancionar la “indiferencia”.

Esta es la idea que al parecer ha tenido nuestro legislador chileno. De esta forma, se ha pensado que existe una oposición entre la fundamentación de una figura en la solidaridad por una parte y el estatuto de la no autoincriminación. Sin embargo, son razones que operan en planos diversos. La solidaridad es un tipo de argumento ciertamente justificatorio de valores que hacen necesaria la protección de la relación política entre ciudadanos. De este modo, la noción de solidaridad que se identifique por el legislador puede justificar una acción tal como generar un delito. Esa acción se sujeta a límites derivados del contexto constitucional y otros. Entre esos límites podemos encontrar al principio de no autoincriminación. Reavivar la lucha contra la delincuencia de parte de todos los miembros de la comunidad y sancionar penalmente a quienes se nieguen a la denuncia. Como se ve esto admite una crítica inmediata de cara al significado del plan constitucional derivado del nivel de los principios ya explicados en las secciones anteriores.

El proceso penal parece estar definido como un proceso que debe soportar fuertes exigencias de racionalidad, con lo que la generación de un argumento que permita la punición por la negativa de información de parte de terceros²⁴, requeriría la existencia de un argumento de principios que generara la necesidad de contar con una regla de este tipo. En ese campo, el caso en que encontraríamos.

Sin embargo, si se tiene en cuenta el escenario en el que se inserta la actividad probatoria, veremos que la necesidad de generar una regla de comportamiento que cree la necesidad de colaboración de los ciudadanos con la justicia horada la idea de producción de prueba de cargo de modo oficial.

²⁴ Y en el caso de nuestro el destinatario del deber es el conductor, es decir, quien puede haber causado el daño.

La inserción de una figura de este tipo supone avanzar a lo que en la doctrina comparada se denomina una *teoría del rescate*. Es decir, un argumento que permita justificar la existencia de deberes públicos de rescate de ciudadanos por medio de actuaciones de otros ciudadanos para rescatarlos del mal.

La teoría del rescate se desarrolla como una escala. En su base tenemos a la obligación política. Por lo tanto, debemos ser capaces de encontrar los argumentos que permitan delinear una obligación política en la comunidad.

El segundo peldaño viene dado por los intereses. El rescate cobra sentido si existen intereses que nos parezcan relevantes. Es decir, sólo podremos admitir en el derecho una institución que nos obligue (penalmente) al rescate de alguien si es que entendemos que valoramos positivamente situaciones tales como no vernos expuestos a males sin que quien pudiera ayudarnos se niegue a ello.

Pero además, una obligación de rescate debe poder ser desplegada en el mundo. Debe ser verosímil la posibilidad del rescate. A este nivel, que coincide con lo que Klosko llama "*requirement state actions*", le hemos llamado simplemente "acciones de rescate"²⁵.

Esa verosimilitud requiere su despliegue en la realidad, y en esta medida genera una actividad en los hechos. Pero contar con una teoría de este tipo, requiere a su vez una fundamentación en el nivel de los principios que fundamentan la obligación política que conforme a lo ya revisado encuentra un escenario cuanto menos difícil.

De esta manera, una figura de "autodenuncia" debe enmarcarse en los límites que vengan determinados tanto por el marco del manejo de la información jurídico-penalmente relevante (i.e. el proceso) como por las cargas que se entienden pertinentes en el nivel jurídico general (argumentos de pertinencia constitucional).

Una teoría del rescate sirve para la generación de argumentos para discutir la manera en que una determinada legislación puede asumir como correcta la inclusión de figuras que recarguen la necesidad de actuación de los ciudadanos. En ese entendido, es necesario dar cuenta de la constante necesidad de limitar la existencia de esta clase de figuras al equilibrio procesal que deriva del estatuto de la no autoincriminación. La punibilidad de conductas como esta debe quedar reservada a supuestos excepcionales y que permitan que las garantías procesales, tales como la no autoincriminación, el derecho a defensa

²⁵ Véase Klosko, 2004.

y la presunción de inocencia no queden horadadas, lo que no sucede en los términos del artículo 195 de la Ley N° 18.290, porque la obligación que se le impone a quien supuestamente es el autor de daños y lesiones en un accidente de tránsito, es dar cuenta a la autoridad de dicho accidente, (incisos 1° y 2° respectivamente), lo cual de no ocurrir trae como consecuencia determinadas multas. Así, no es posible el establecimiento de una regla de sanción, como en este caso serían las multas establecidas, en caso de no autodenunciarse.

VI. Negativa injustificada a someterse a exámenes corporales

Probablemente con mucha mayor intensidad la idea de sancionar a un ciudadano por negarse, injustificadamente, a realizarse un examen corporal en el marco del despliegue de actividad investigativa que puede ordenarse como una investigación en su contra pugna con el sentido de la actividad procesal general y probatoria en particular.

Es casi autoevidente que en el nivel de los principios ya expresados, no aparece ninguna evidencia que permita justificar una regla de sanción a la negativa de un ciudadano para someterse a una prueba en su contra. No aparecen argumentos en el nivel constitucional ni en los instrumentos internacionales en la materia que permitan justificar la inclusión de una figura de este tipo en nuestro derecho.

Desde el punto de vista de la actividad probatoria, tampoco parece razonable el establecimiento de una regla de sanción de cara a la infracción de una regla de conducta que suponga tolerar en ciertas circunstancias la realización de exámenes en contra de ciudadanos.

Como hemos advertido, la existencia del principio general de inclusión en materia jurídica supone asumir la necesidad de morigerar su imperio de cara a la satisfacción de ciertos valores que se encuentran expresados en reglas que ciertamente dificultan el cometido epistémico por definición del proceso: la averiguación de la verdad.

Entre esas reglas, cobra especial importancia la regla de presunción de inocencia y su correlato en la regla de silencio de nuestro CPP. Como ha podido advertirse esas reglas generan una garantía de cara a la necesidad de producción de evidencias de cargo en contra de un ciudadano que se encuentre en situación de soportar una imputación que le responsabilice de algún delito.

En términos de razonamiento probatorio, la regla de sanción a una persona que se niegue a la realización de un examen médico, diluye el tipo de inferencia inductiva que debe realizarse para justificar la necesidad de existencia de

prueba de cargo. Esto porque la negativa, calificada como injustificada, deberá ser vista como una evidencia de responsabilidad autónoma frente al derecho. Es decir, la negativa constituye, en el escenario positivo actual, la base para realizar una inferencia con significado penal *per se*.

Esto resulta llamativo de cara a la definición de la garantía derivada de la presunción de inocencia y el correlativo sentido que la incertidumbre parece tener en el proceso. Este será un caso en que una hipótesis de incertidumbre sobre un hecho será considerado base de un razonamiento inductivo responsabilizador de quien se haya negado a la información.

En este punto, se generará un razonamiento judicial que no carecerá de efectos de cara a la formulación de predicciones respecto a otras probables infracciones, todas amparadas en una hipótesis de incertidumbre.

En otros términos, aparece como una obligación del potencial imputado por un delito la producción de evidencias o en su caso la facilitación de la producción de evidencias contra sí mismo. Como hemos visto con anterioridad, existen al menos dos maneras de enfocar el inadecuado marco probatorio que esta regla genera. Por una parte vacía de contenido a la garantía de no autoincriminación ampliando la capacidad del Estado de obligar a sus ciudadanos a producir prueba en contra de sí mismos.

Por otra parte, genera una necesaria tensión frente a la regla del artículo 276 CPP, en la medida que posibilita la inclusión probatoria de evidencias que han traspasado el escenario en virtud del cual se espera que las garantías o derechos fundamentales del imputado sean cautelados durante el procedimiento.

Este punto tiene la mayor relevancia pues no aparece ninguna razón que permitiera justificar la inclusión de una regla que subvierta el escenario de entrega de pruebas de parte del imputado que además justifique la creación de una regla de comportamiento penalmente reforzada. Dicho de otro modo, pareciera que la alteración de la carga de la prueba no permite justificar un delito que permita sancionar penalmente la sobrecarga sobre el imputado²⁶.

²⁶ Esta discusión se ha producido a propósito de la legitimación constitucional de los delitos contra la seguridad vial contenidos en el CP español. En este sentido el artículo 383 sostiene: "Artículo 383. El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.. Al respecto el TC español que tiene un compromiso con la idea de presunción de inocencia como "derecho", ha sostenido: "este derecho no se integra la facultad de sustraerse a las diligencias

Por otro lado, surgen una serie de inquietudes de cara a la efectiva aplicación de estas figuras. ¿Bajo qué criterios el Ministerio Público evaluará sus actuaciones de investigación con una clara duplicidad persecutoria? Aparece evidente que la prueba de la infracción subyacente a la incriminación de la negativa a someterse a exámenes físicos se relaciona directamente con la posibilidad de acreditar otro injusto (la conducción bajo efectos del alcohol o las drogas por ejemplo). ¿Es posible admitir esa prueba producida por medio de la coacción derivada de la persecución penal?

Estas preguntas tienen sentido de cara a la manera en que quedarán, en el marco del proceso penal, revisadas las garantías relativas al derecho probatorio. Como se sabe, el sistema acusatorio chileno descansa en la idea de defensa de ámbitos de actuación estratégica de parte del imputado sobre todo en lo relativo al manejo de información de cargo. Esta idea es lo que da sustento a la posibilidad de contar con actuaciones de investigaciones estatalmente justificadas por parte del Ministerio Público y ciertamente, da sentido a la regla de carga de producción de evidencias en el sistema procesal penal.

VII. Conclusiones

Conforme a lo expuesto, pueden ofrecerse las siguientes conclusiones:

1. El legislador chileno ha optado por una modificación radical en lo tocante a la regulación de los deberes ciudadanos de información al proceso penal en el marco de la reforma a la Ley N° 18.290. Esta modificación radical se deja ver como una intensificación en la búsqueda de información proveniente de terceros ciudadanos, como del propio imputado conforme a lo redactado en los artículos 195 y 195 bis de esa ley, lo que se aprecia como una recarga punitiva basada en “sensaciones generales” no justificadas racionalmente.

de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. Y según se ha dicho también en su fundamento jurídico 7º, “las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminación, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente [...] su propia imputación penal o administrativa” (STC español, 234/1997).

2. Las nociones constitucionales aplicables al proceso penal, en particular la noción de debido proceso, como la manera en que puede explicarse el estatuto privilegiado de la no autoincriminación, la presunción de inocencia y sus proyecciones, y el sentido del silencio en el proceso, constituyen un escenario en el que puede determinarse un marco de alta protección a la decisión privada y según el caso, estratégica de los ciudadanos de cara al proceso penal. Dicho de otro modo, existen razones constituyentes para el proceso penal que dificultan la pervivencia de las garantías o derechos subyacentes a esa estructura con la introducción de las figuras en análisis en el presente informe.
3. En particular, en el marco del razonamiento probatorio penal, la modificación penal queda en claro entredicho si tenemos en cuenta la relevancia de las denominadas reglas *contra epistémicas* en materia de inclusión probatoria. La prueba jurídica se encuentra intensamente atada a la necesidad de reconocer estas reglas que de hecho son lo que permite que la actividad de inclusión probatoria tenga límites impuestos por los diversos valores protegidos por las reglas jurídicas en general, y procesal penales en particular. A diferencia de la regulación de la actividad probatoria en otras disciplinas del conocimiento, la prueba jurídica está sujeta compromisos de protección de derechos y valores que resultan relevantes y son necesariamente óbice a la completa averiguación de la verdad. Ello incluye desde luego, la posibilidad del propio imputado o acusado de no entregar información que le incrimine en ningún sentido.
4. La idea de sancionar penalmente la omisión de noticia a la autoridad de ciertos daños o males en la sociedad se enmarca en un contexto de alta exigencia de información en el contexto del proceso penal y requeriría de un argumento sólido en el nivel de los principios que le justificara. En lo particular, más bien aparecen argumentos que dificultan o derechamente impiden su justificación.
5. La sanción a quien se niega injustificadamente a someterse a una prueba corporal frente a una probable imputación personales, directamente no puede ser justificada en el nivel constitucional. El derecho al silencio y a la negativa de información de parte del ciudadano perseguido en el marco del proceso, parece un lugar asentado por las reglas constitucionales derivadas de la noción de debido proceso y de no autoincriminación, a nivel nacional como en los instrumentos internacionales.

6. Esta sanción tampoco soporta un análisis interno en el marco del modelo de razonamiento de la actividad probatoria. La necesidad de equilibrio epistémico y la consideración de racionalidad probatoria en materia penal, derivada de la misma presunción de inocencia como de los límites al principio general de inclusión no admiten una horadación a la capacidad del imputado de guardar por decisión propia información de cara al proceso. Esta regla pugna con la idea de racionalidad del sistema probatorio en materia penal.
7. En este sentido, se aprecia un déficit en cuanto a la satisfacción de la exigencia de racionalidad y justicia de todo procedimiento, por la vía de alterar el escenario de administración de la información probatoria presente en todo proceso penal.
8. Puede apreciarse paralelamente una infracción de lo dispuesto en la letra f del número 7 del artículo 19 CPR, pues el escenario penal tiene una prohibición expresa de uso de información que proviene del propio imputado, con lo que en las ambas figuras en análisis en el presente trabajo aparece claramente en entredicho el sentido de esta disposición constitucional. Esta infracción es simple corolario del razonamiento expuesto en este trabajo y permite dudar de la adecuación a la Constitución de las figuras analizadas.

Es todo cuanto puedo informar,

PROF. DR. JONATAN VALENZUELA S.

Referencias

- ALAMILLO, FERNANDO (1962) "La solidaridad humana en la ley penal (ley de 17 de julio de 1951)", Madrid: Sección de publicaciones del Ministerio de Justicia.
- DEL CAMPO, AGUSTINA (2010) "El derecho al debido proceso y a un juicio justo en el sistema interamericano de derechos humanos", en Claudio Nash Rojas e Ignacio Mujica Torres (ed.) "Derechos Humanos y Juicio Justo", Lima, Perú: Gráfica Columbus S.R.L.
- FERRER, JORDI (2005) "Prueba y verdad en el derecho", Barcelona: Marcial Pons.
- FERRER, JORDI (2012). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, núm. 4(4).

- FERRER, JORDI (2013) "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana", en Vazquez, Carmen (ed.) "Estándares de prueba y prueba científica", Barcelona: Marcial Pons.
- GAMA, RAYMUNDO (2013) "Concepto y tipología de las presunciones en el derecho continental", en Revista de Estudios de la Justicia, número 19, pp. 65 – 89.
- GASCÓN, MARINA (2005) "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos" en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 28, pp. 127-139.
- GONZALEZ, DANIEL (2014) "Presunción de inocencia, verdad y objetividad" en García, Juan y Bonorino, Pablo (Coords.), "Prueba y razonamiento probatorio en Derecho", Madrid: Comares.
- KLOSKO, GEORGE (2004) "Duties to Assist Others and Political Obligations", en *Politics, Philosophy & Economics*, núm. 3, pp. 143 – 159.
- MATURANA, CRISTIAN Y MONTERO, RAÚL (2010) "Derecho Procesal Penal", Santiago, Chile: Legal Publishing.
- SOLA RECHE, ESTEBAN (1999), *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada: Comares.
- TARUFFO, MICHELLE (2008) "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31/08, pp. 383 – 392.
- VALENZUELA, JONATAN (2011) "Inocencia y razonamiento probatorio" en Revista de Estudios de la Justicia, núm. 18, pp. 13 - 23.
- VARONA, DANIEL (2011) "Medios de comunicación y punitivismo", en *Indret Revista para el análisis del derecho*, núm. 1/11, disponible en www.indret.com.

VI. Sistema nacional de registro de ADN regulado en la Ley N° 19.970: análisis de sus presupuestos de aplicación¹

Jorge Bofill Genzsch*
Universidad de Chile

Resumen del encargo: La Defensoría Penal Pública nos ha encargado la redacción de un informe en derecho que emita una opinión jurídica sobre las medidas intrusivas contenidas en la Ley N° 19.970 (en adelante, indistintamente, “la ley”), que crea el “Sistema Nacional de Registro de ADN” (en adelante “sistema de registro”), tanto desde una perspectiva procesal y penal, como de una perspectiva vinculada a la protección de datos personales.

Para ello, analizaremos en lo sucesivo los diversos procedimientos y registros contemplados por la ley, para de este modo –a la luz de sus objetivos declarados y la legislación aplicable– resolver los problemas interpretativos a que podría dar lugar su aplicación.

* Abogado. Doctor en Derecho, Friedrich-Alexander Universität, Erlangen-Nürnberg, Alemania. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Procesal Penal, Universidad de Chile.

¹ El presente informe fue redactado en conjunto con los abogados Ignacio Ananías Zaror, Guillermo Chahuán Chahuán y Carlos Sánchez Rossi.

I. Introducción: principales aspectos de la Ley N° 19.970

Antes de analizar los puntos más problemáticos de la ley, resulta conveniente tener a la vista una breve descripción de los conceptos fundamentales que la misma establece.

a. Objetivo de la Ley N° 19.970: creación de una herramienta de investigación criminal

La ley fue publicada el día 6 de octubre del año 2004 y entró en vigencia el 25 de noviembre de 2008, día en que fue publicado el reglamento de la misma (Decreto N° 634).

De conformidad a la historia legislativa, a su articulado, y al mensaje del ejecutivo, el principal propósito de la creación del sistema de registro es establecer una nueva herramienta de investigación criminal. El mensaje es claro al respecto: “[...] *El presente proyecto se enmarca en nuestro constante esfuerzo para buscar los medios que nos permitan coadyuvar, al máximo, en el desarrollo de la investigación del delito*”². El mismo señala más adelante: “1. *Finalidad. El Registro que propone el proyecto tendrá por objeto exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal, particularmente en lo relativo a la identificación de las personas que fueron responsables del mismo. En ningún caso podrá solicitarse o consultarse la información contenida en él para otros fines o instancias que no sean los propios de un proceso criminal*”³.

En la misma línea, el Fiscal Nacional en el Oficio N° 602/2008, estableció que “[...] *esta Ley con la creación de los registros, viene a colaborar particularmente en aquellas investigaciones en las que existiendo evidencias que contienen material genético no existe una persona determinada a quien atribuirle participación en el delito materia de la investigación*”⁴.

b. Normativa aplicable

Además de la propia ley y su reglamento (Decreto N° 634), resultan aplicables, por remisión legal expresa, la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada y el Código Procesal Penal (en adelante “CPP”).

² Mensaje del ejecutivo N° 150-345, de fecha 10 de diciembre de 2001, citado en la Historia de la Ley N° 19.970, elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 6.

³ *Ibid.*, p. 7.

⁴ Oficio N° 602/2008, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, de fecha 30 de septiembre de 2008, p. 1.

La aplicación de la ley sobre protección de la vida privada está ordenada explícitamente en el artículo 3° de la ley⁵, la cual califica a la información contenida en los registros creados por la ley como datos sensibles de sus titulares.

La aplicación supletoria del CPP, dispuesta en el artículo 10° de la ley⁶, se fundamenta claramente en los objetivos de investigación que persiguen los registros. Como se demostrará, de esta regulación resultan particularmente relevantes las siguientes disposiciones del CPP: artículo 7° (calidad de imputado); artículo 8° (ámbito de la defensa); artículo 9° (autorización judicial previa); artículo 10° (cautela de garantías); artículo 93 (derechos del imputado); artículo 197 (exámenes corporales); artículo 198 (exámenes médicos y pruebas relacionadas primordialmente a delitos contra la autodeterminación sexual); artículo 199 (exámenes médicos y autopsias); artículo 199 bis (exámenes y pruebas de ADN); artículo 229 (concepto de formalización de la investigación); artículo 230 (oportunidad de la formalización de la investigación) y; artículo 236 (autorización para practicar diligencias de investigación sin conocimiento del afectado).

c. Registros creados por la Ley N° 19.970

La normativa en estudio creó cinco registros diversos: (i) Registro de Condenados; (ii) Registro de Imputados; (iii) Registro de Evidencias y Antecedentes; (iv) Registro de Víctimas; y (v) Registro de Desaparecidos y sus Familiares.

El (i) Registro de Condenados se encuentra previsto en el artículo 5° de la ley, y contiene las huellas genéticas de personas que han sido condenadas por sentencia ejecutoriada, en los casos que establece el artículo 17.

El (ii) Registro de Imputados, regulado en el artículo 6° de la ley, contiene las huellas genéticas de quienes han sido imputados por un delito que es posible enmarcar dentro del ámbito de aplicación del artículo 17 recién mencionado, y que han sido obtenidas y determinadas según las disposiciones pertinentes del CPP.

El (iii) Registro de Evidencias y Antecedentes conserva las huellas genéticas obtenidas durante el desarrollo de una investigación criminal y que corresponden a personas aún no identificadas (artículo 7° de la ley).

⁵ "Artículo 3°: Naturaleza de los datos y su titularidad. La información contenida en el Sistema y, en particular, las muestras biológicas y las huellas genéticas, se considerarán datos sensibles de sus titulares, según lo dispuesto en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada".

⁶ "Artículo 10.- Toma de muestras biológicas. Los casos y formas en que se procederá a la toma de las muestras biológicas se regularán por las disposiciones de la ley procesal penal que sean aplicables".

El (iv) Registro de Víctimas almacena las huellas genéticas correspondientes a víctimas de un delito que han consentido expresamente en su obtención e incorporación al registro (artículo 8°).

Finalmente, el (v) Registro de Desaparecidos y sus Familiares, regulado en el artículo 9° de la ley contiene las huellas genéticas de cadáveres o restos humanos no identificados; material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas y de personas que, teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación.

d. ADN no codificante: tipo de información y estatus normativo

Los registros de la ley operan exclusivamente en base al denominado “ADN no codificante”, esto es, según el artículo 1°, aquella “[...] *información genética que sea polimórfica en la población, carezca de asociación directa en la expresión de los genes y aporte sólo información identificatoria*”. Sobre la base de esta información se genera el registro alfanumérico que la ley denomina “huella genética”⁷.

Por lo tanto, la “huella genética” sólo aporta información forense que sirve para descartar o identificar a una persona sobre la base de una comparación de muestras, sin que sea posible determinar, a partir de estas muestras, características personales de alguno de los sujetos incorporados a un registro.

No obstante ello, la información “no codificante” contenida en los registros tiene el estatus de datos sensibles de sus titulares⁸. Según el artículo 2° letra g) de la Ley N° 19.628 son datos sensibles “[...] *aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual*”. Esto implica que el tratamiento de esa información se encuentra sujeto a todos los resguardos, limitaciones y restricciones previstas en esta última ley (v.gr. artículo 10°).

La remisión del legislador resulta fundamental a los propósitos de la ley. Si bien, en principio, el ADN no codificante no proporciona información relativa a

⁷ Del mismo modo se encuentra definido en el artículo 4° numeral 5° del Reglamento de la Ley N° 19.970.

⁸ Artículo 3° de la Ley N° 19.970, que se remite expresamente a la Ley N° 19.628.

las características de las personas comprendidas en los registros, la ley hace explícita la voluntad del legislador a efectos de evitar cualquier debate en este sentido resguardando de la forma más intensa posible la información contenida en los registros.

e. Planteamiento del problema

En el sistema de penas del Código Penal chileno, las penas accesorias impuestas por la realización de delitos tienen un rol bastante secundario, ello por cuanto el eje del vigente código es indudablemente el autor (penas privativas de libertad). Esta lógica se repite en las profusas leyes penales especiales, provocando con ello, por una parte, una acelerada inflación de la población penitenciaria y; por otra, una minimización de los efectos de las penas no privativas de libertad.

Un ejemplo de lo precedente es la Ley N° 19.970, por cuanto, si bien establece ciertas sanciones de naturaleza penal –tales como la incorporación de las huellas genéticas en el Registro de Condenados–, exime que su adscripción sea realizada por un juez, así como de la prohibición de aplicación retroactiva de leyes penales desfavorables.

Es en razón de lo precedente que la Defensoría Penal Pública ha solicitado un informe en derecho que dé respuesta a los siguientes temas:

- 1° Identificar y analizar las reglas aplicables a la toma de muestras biológicas, en especial la determinación de los “casos y formas” en que resulta procedente;
- 2° Identificar y analizar los requisitos exigibles para registrar una huella genética en el “registro de condenados”, tanto para el caso general, como para la regla especial del Art. 1° transitorio, en especial, en relación a su oportunidad, necesidad de orden judicial, necesidad de que el defensor sea oído y de conocimiento por parte del afectado;
- 3° Identificar y analizar los requisitos exigibles para registrar una huella genética en el “registro de imputados”, en especial, en relación a su oportunidad y necesidad de orden judicial, necesidad de que el defensor sea oído y de conocimiento por parte del afectado;
- 4° Analizar la posibilidad de que la defensa solicite la pericia de cotejo y/o el registro, tanto de víctimas como de evidencia;
- 5° Emitir una opinión fundada sobre el alcance y los requisitos señalados en el artículo 17 de la Ley N° 19.970, y en especial, para la toma de muestras

biológicas y determinación y registro de huellas genéticas en los casos de un crimen que no se encuentre en los casos regulados en las letras a), b) y c) de la misma disposición;

- 6° Analizar los plazos y requisitos aplicables a la eliminación de la huella del registro de imputados, eventuales problemas existentes con la imposibilidad de eliminar la huella del registro de condenados, y posibilidad de eliminar las huellas del prontuario penal de los condenados.

II. Procedimientos regulados en la Ley N° 19.970

a. Toma de muestra biológica

El primer paso requerido para determinar una huella genética es contar con una muestra biológica. El artículo 4° del reglamento define, en sus numerales 6° y 8° qué debemos entender por “muestra biológica” y “material biológico”: *“6) Muestra biológica: Cualquier fluido o tejido de origen humano, sea líquido o sólido, susceptible de contener ADN atribuible a un sujeto cuya identidad es conocida [...]; 8) Material biológico: Muestra biológica o evidencia”*.

La ley no establece de forma autónoma las normas que deben guiar la obtención de muestras biológicas, de suerte que dicho procedimiento se rige por la regulación general del CPP (según remisión expresa del artículo 10° de la ley), y por otra, por los artículos 12 y siguientes del reglamento.

La remisión al CPP se explica en que, por una parte, desde la perspectiva procesal, la toma de una muestra biológica constituye una intervención o examen corporal (artículo 197 CPP)⁹ en que se instrumentaliza el cuerpo de una persona para fines propios de la investigación. Esta instrumentalización implica tensiones con varias garantías constitucionales (v.gr. integridad física, psíquica, intimidad), que pueden conllevar –en el contexto de un juicio penal– la exclusión de aquellas pruebas obtenidas con infracción de una o más de ellas. Esa es, por lo demás, la razón por la cual el CPP regula en detalle los requisitos que deben cumplir esta clase de medidas en el contexto de una investigación penal.

En paralelo, el reglamento establece en detalle las normas técnicas que deben guiar la obtención de las muestras, especialmente atendido el interés por asegurar su integridad probatoria.

⁹ Véase Historia de la Ley N° 19.696, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados; discusión particular Art. 273.

En aquellos casos en que la obtención de muestras biológicas no se realiza mediante intervenciones corporales (v.gr. cuando se efectúa mediante el levantamiento de evidencia en el sitio del suceso), el CPP establece reglas especiales para su obtención y tratamiento. Atendida la relevancia probatoria de las muestras biológicas, tales reglas, deben entenderse complementadas por las normas técnicas del reglamento.

i. La obtención de muestras mediante intervenciones corporales

1. Generalidades

En los términos de nuestra reglamentación procesal penal, las intervenciones corporales, “[...] *son aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo (registros o inspecciones) o la extracción desde su interior de elementos que proporcionen información sobre la persona o de elementos incorporados a él (investigaciones corporales), con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable*”¹⁰.

Como se anticipó, la especial preocupación del legislador por la materia radica en que esta clase de procedimientos puede entrar en colisión con diversas garantías constitucionales. En palabras de la profesora Horvitz:

[...] *Se trata de una medida intrusiva de excepcional importancia por los valores constitucionales en juego, como la dignidad de la persona (artículo 1° CPR), el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1 inciso 1° CPR), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 5.2 CADH y art. 7 PIDCP), el derecho a la libertad personal (art. 19 N° 7 inciso 1° CPR), el derecho del detenido a no ser obligado a declarar, a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable (art. 19 N° 7 letra f) CPR, art. 14.3 g) PIDCP y art. 8.2 letra g) CADH)*¹¹ (sic).

Fuera de los aspectos constitucionales, en la regulación chilena la norma que delimita la aplicación de esta clase de medidas intrusivas es el artículo 197 CPP, que establece que los exámenes corporales sólo son admisibles en cuanto “*fueren necesarios para constatar circunstancias relevantes para la investigación*”

¹⁰ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián: “*Derecho Procesal Penal Chileno*”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 507.

¹¹ *Ibid.*

y sólo en cuanto no existiere un riesgo relevante de “*menoscabo de la salud o dignidad del interesado*”. De este modo, la reglamentación del CPP impone límites externos e internos para la realización de los exámenes corporales (como los que involucran la obtención de muestras biológicas) que, en términos prácticos, establecen la necesidad para el fiscal, y eventualmente para los jueces, de realizar un particular ejercicio de ponderación. En idéntico sentido, la historia de la Ley N° 19.696 (Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados; discusión particular Art. 273).

Este ejercicio de ponderación, que es propio de toda discusión sobre la procedencia de una medida intrusiva, se realiza a la luz del principio de proporcionalidad. Así, la pregunta por la realización de toda toma de muestras biológicas, exige previamente:

- (i) un análisis de la *idoneidad de la medida*, es decir, si la medida intrusiva es funcional al fin perseguido por la misma;
- (ii) un análisis sobre la *necesidad de la medida*, esto es, que el hecho que se pretende establecer no pueda ser determinado mediante una medida menos lesiva; y,
- (iii) un análisis comparativo entre la idoneidad de la medida y los riesgos que su desempeño puede conllevar para el interesado, en el caso concreto (*proporcionalidad en sentido estricto*).

Una vez tomada la decisión por el fiscal de realizar la obtención de muestras, mediante este particular ejercicio de ponderación, el consentimiento de la persona sujeta al examen corporal juega un rol relevante. De conformidad a la regulación vigente, a falta de consentimiento informado del afectado, la toma de muestras exige autorización judicial expresa¹².

Cabe tener en cuenta que de conformidad a la ley la obtención de muestras biológicas mediante exámenes corporales puede realizarse tanto en el cuerpo del ofendido como en el cuerpo del imputado. Sin embargo, en tanto ambos sujetos procesales, especialmente desde la perspectiva de sus garantías en el proceso, se encuentran en una relación de asimetría que debe ser considerada en el ejercicio de ponderación que hemos referido. Así, en la medida que el imputado se encuentra en la mira del sistema penal, su contribución a la inves-

¹² Para que el consentimiento del afectado sea idóneo para autorizar la realización de la diligencia se requiere que la persona en cuestión sea “apercibida en sus derechos”. Esto es, se le debe comunicar que tiene derecho a oponerse a la realización de la diligencia y hacer valer sus razones ante el juez de garantía, quien decidirá la controversia.

tigación está limitada (v.gr. principio de no autoincriminación y de derecho a guardar silencio).

Resulta pertinente destacar aquí que el inciso segundo del artículo 197 CPP fue modificado por la Ley N° 19.789, de fecha 30 de enero de 2002, la que cambió las condiciones de aplicación de la norma que regulaba la necesidad de autorización judicial para llevar a cabo las pruebas biológicas. En efecto, el antiguo inciso segundo del artículo 197 CPP disponía lo siguiente: *“En caso de que fuere menester examinar al ofendido, el fiscal le solicitará que preste su consentimiento. De negarse, solicitará la correspondiente autorización al juez de garantía, exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa. Trátese del imputado, el fiscal pedirá derechamente la autorización judicial”*.

De esta manera, la regulación originaria del CPP establecía distintas formas de proceder, dependiendo de quién fuere el sujeto pasivo del examen corporal. Si era la víctima, su consentimiento era suficiente para la realización de la diligencia de investigación. En cambio, si era el imputado, el consentimiento no bastaba: se exigía siempre autorización judicial.

La Ley N° 19.789 modificó la regulación anterior, equiparando el efecto del consentimiento otorgado por víctimas e imputados: según la normativa vigente, existiendo consentimiento por parte de cualquiera de los dos, no se requiere autorización judicial.

Sin perjuicio de lo señalado, la misma ley estableció casos en los que el ejercicio de ponderación es parcialmente suplido por disposición legal expresa. Así ocurre en el caso de la toma de muestras a propósito del Registro de Condenados respecto del catálogo de los delitos establecidos en el artículo 17 a), b) y c) de la ley, en los que la obtención de muestra no se encuentra sometido a requisitos de idoneidad o necesidad alguno. Esto, como veremos (*infra* III c), es una anomalía desde la perspectiva del sistema probatorio del proceso penal, y es un importante antecedente a tener en cuenta respecto de la naturaleza jurídica de la incorporación en el Registro de Condenados. Estas limitaciones no afectan de suyo el caso del ofendido por el delito, quien por lo común tiene un interés coincidente con el del Ministerio Público.

2. El rol de la formalización de la investigación

Determinado el ámbito de aplicación de los artículos 197 y 199 bis CPP resta, por último, pronunciarse respecto de una controversia adicional. Si el imputado se niega a la diligencia, la eventual orden del Juez de Garantía que ordene

la realización del examen corporal, ¿exige que la investigación se encuentre formalizada?

Los artículos referidos no resuelven la problemática. Sin embargo, una interpretación armónica y coherente del CPP, particularmente de los artículos 9° y 230 del mismo, determina que la respuesta necesariamente deberá ser afirmativa: cuando se requiere la intervención judicial para practicar determinadas diligencias, la investigación debe estar formalizada. Veamos.

El artículo 9° establece la regla general: se exige autorización judicial previa ante cualquier actuación del procedimiento potencialmente atentatoria de garantías fundamentales.

Artículo 9°.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía [...].

Por su parte, el artículo 230 CPP establece lo siguiente:

Artículo 230.- Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente.

Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.

Como vimos, la obtención de una muestra biológica evidentemente se trata de una diligencia de investigación que supone una intervención relevante en el sujeto pasivo de la misma.

La exigencia de formalización de la investigación prevista en el artículo 230 CPP para efectos de la realización del examen corporal (en tanto medida intrusiva) es del todo razonable. Ésta constituye un acto garantístico fundamental: proporciona información de trascendental relevancia al imputado (comunicación de los hechos con relevancia penal cuya intervención está siendo investigada). Esa información es primordial para que el imputado pueda oponerse o

no, fundadamente, a la diligencia de investigación que está siendo solicitada por el Ministerio Público.

Por de pronto, un entendimiento en contrario implicaría el establecimiento, como regla general, de la práctica especial regulada en el artículo 236 CPP, el cual dispone:

Artículo 236.- 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.

El artículo 236 CPP autoriza entonces, expresamente, la realización de diligencias de investigación que pueden vulnerar garantías constitucionales, sin conocimiento del afectado, y, explícitamente, sin que la investigación se encuentre formalizada. Sin perjuicio de ello, la norma en cuestión supone la constatación de un presupuesto específico: que la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia haga presumir que, si la diligencia es conocida por el imputado, podría verse frustrada. Es decir, opera sobre un presupuesto distinto del supuesto genérico del artículo 230 CPP.

En este escenario, es fácil concluir que, por la propia naturaleza de la diligencia de investigación en análisis, ella jamás podría verse frustrada por el imputado: de ninguna forma el conocimiento de la diligencia por parte del sujeto pasivo podrá atentar contra el éxito de la misma, sencillamente, porque no parece posible que elimine, modifique o altere, su información genética.

Todo lo anteriormente expuesto –la exigencia de formalización de la investigación y el cumplimiento de los requisitos derivados del principio de proporcionalidad que están consagrados en el artículo 197 CPP– es compartido por la jurisprudencia reciente de la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema.

A continuación se transcriben las secciones más relevantes de la sentencia de 11 de noviembre de 2014 pronunciada por los Ministros Sres. Milton Juica, Hugo Dolmestch, Haroldo Brito, Andrea Muñoz y Carlos Cerda, en causa NIC

27.927-2014, con ocasión de un recurso de amparo deducido por los imputados del caso conocido como “*Bombas Estación de Metro Los Domínicos*”.

Esta sentencia reafirma el que la práctica de exámenes corporales –en supuestos distintos a los enunciados en el artículo 236 CPP– y en caso de negativa o falta de consentimiento del imputado, exige que la investigación se encuentre formalizada.

En efecto, la Corte Suprema resolvió que los exámenes físicos practicados a los imputados “*a fin de poder efectuar las comparaciones con las imágenes exhibidas en la audiencia de formalización y acreditar participación [...]*” son ilegales, puesto que el Juzgado de Garantía omitió el trámite de formalización de la investigación. En sus propios términos:

2° Que, como se lee de la resolución impugnada dictada en audiencia de siete de octubre del año curso, cuya copia de acta corre agregada a fs. 9 y siguiente, el tribunal autorizó diligencias consistentes en exámenes corporales, psicológicos y psiquiátricos respecto de Guillermo Cristóbal Durán Méndez, entre otros, de conformidad a lo prevenido en el artículo 197 inciso 2° del Código Procesal Penal. [...]

En la misma audiencia y pese a haber advertido el magistrado que el amparado no se encontraba formalizado por el delito respecto del cual se solicitaban las diligencias, hecho que originalmente había representado al fiscal del proceso, del mismo modo las acogió y ordenó señalando que bastaría con la calidad de imputado, no existiendo norma legal que exija que el imputado se encuentre previamente formalizado para su autorización.

Es de precisar, asimismo, que antes de ser conocido el recurso de apelación deducido por la defensa, los exámenes decretados ya habían sido practicados a pesar de encontrarse el Ministerio Público en conocimiento de la interposición de esta acción constitucional.

3° Que, sin embargo, ha incurrido en error el juez de garantía, así como los ministros recurridos, desde que el artículo 230 del Código Procesal Penal ordena de modo expreso, en su inciso segundo, que “*Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente*”.

Dicho precepto debe ser relacionado con el artículo 197 del mismo cuerpo normativo, puesto que es un hecho pacífico que el amparado se negó

a la práctica de las diligencias solicitadas. Al efecto, la segunda parte del inciso segundo de esa disposición, ordena que *“En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo”*.

La resolución impugnada es precisamente aquella por la cual el juez de garantía ordenó la práctica de las diligencias dado que el amparado se negó a someterse a ellas, de modo que, si se requería autorización judicial, era precisa su formalización previa.

Al haberse prescindido de ese trámite se ha incurrido en una ilegalidad, puesto que la formalización constituye un acto de información vital para la adecuada defensa del imputado y, además, permite circunscribir los actos de la investigación.

4° [...] En el caso, para dar la autorización pedida, el juez de garantía debía verificar la concurrencia de las condiciones indicadas en el inciso primero del precepto en estudio, esto es, su carácter de necesario para constatar circunstancias relevantes en la investigación y que no afectara la dignidad del imputado [...].

En síntesis, la toma de una muestra biológica para efectos de la determinación de la huella genética de un imputado constituye un examen corporal, diligencia de investigación especialmente regulada en el CPP. Si existe consentimiento informado por parte del imputado, no se requiere autorización judicial ni formalización de la investigación para la realización de la diligencia. Si no existe consentimiento por parte del sujeto pasivo del examen corporal, se requiere pronunciamiento del juez de garantía y que la investigación se encuentre formalizada. El pronunciamiento del juez de garantía deberá ponderar los intereses en juegos en razón del principio de proporcionalidad, dado el carácter de medida intrusiva de la diligencia en cuestión.

ii. Las normas técnicas que guían el proceso de obtención de muestras

Según el inciso tercero del artículo 1° de la ley, la obtención de la huella genética está a cargo del Servicio Médico Legal (en adelante “SML”) o de instituciones públicas o privadas que se encuentren “acreditadas para tales efectos ante dicho servicio”.

De conformidad al Reglamento, la acreditación de un laboratorio para la obtención y análisis de muestra se realiza por el director nacional del SML, previa

verificación de determinadas condiciones, y está sujeta a la revocación discrecional del mismo, en la medida de que dichos requisitos no se cumplan¹³.

Según el artículo 12 del Reglamento, la toma de muestras biológicas puede realizarse en cualquier establecimiento que cuente con “*medidas de higiene e instalaciones adecuadas*”, y debe ser tomada siempre por “*un auxiliar paramédico o de enfermería, o por un profesional o técnico capacitado para tal efecto*”.

Desde la perspectiva procedimental, la toma de muestras implica cuatro obligaciones diferenciadas para el prestador del servicio, a saber: (a) la obligación de embalaje; (b) la obligación de rotulación y firma; (c) la obligación de sello y; (d) obligación de levantar una cadena de custodia (artículos 13 y siguientes del Reglamento). Cada una de estas obligaciones se establece para asegurar la integridad de la muestra y la posibilidad de relacionarla unívocamente con un individuo.

iii. La obtención de muestras en el sitio del suceso

La obtención de muestras biológicas también puede realizarse mediante el levantamiento del sitio del suceso. En dicho caso, la lectura armónica de la regulación del CPP y del reglamento exige que dicho levantamiento se realice mediante la intervención de personal policial experto (artículo 83 CPP), el SML, o las instituciones a que refiere el artículo 1° de la ley.

Tras el levantamiento debe darse completo cumplimiento a las obligaciones señaladas en el apartado anterior y que se encuentran dispuestas en los artículos 13 y siguientes del reglamento. El incumplimiento de estas reglas, no obstante no perjudicar la posibilidad de emplear estos antecedentes en el contexto de un procedimiento penal, pone en peligro su valor probatorio.

b. Peritajes derivados de la aplicación de la Ley N° 19.970

Una vez obtenido el material biológico es posible realizar la pericia de determinación de la huella genética. Esta pericia está definida en el numeral 9° del artículo 4° del reglamento, en los siguientes términos: “*Determinación de huellas genéticas: Procedimiento mediante el cual al ADN contenido en una muestra biológica o evidencia, le es asignado un código alfanumérico de conformidad a las reglas específicas descritas en este reglamento*”.

Esta pericia podrá ser realizada tanto por el SML como por las instituciones públicas y privadas acreditadas para tales efectos. En el evento de que la pericia

¹³ C.fr. Reglamento de la ley N° 19.970, especialmente artículos 27 y ss.

la realice una de estas últimas instituciones, ellas se encuentran obligadas a remitir al SML la totalidad del material biológico extraído a partir del cual determinaron la huella. El artículo 12 de la ley es el que regula el procedimiento que debe seguirse una vez determinada la huella genética:

Artículo 12.- Remisión de informe y material biológico. El organismo que hubiere determinado la huella genética evacuará el informe que dé cuenta de la pericia y lo remitirá al fiscal del Ministerio Público o al tribunal respectivo, según correspondiere. Tratándose de las instituciones públicas o privadas acreditadas, deberán, además, remitir al Servicio Médico Legal la totalidad del material biológico y el resto del ADN extraído, a partir de los cuales se obtuvo la huella, la copia del aludido informe y los demás antecedentes que disponga el Reglamento.

A diferencia de la pericia de determinación de la huella genética, la pericia de cotejo (regulada en el artículo 13 de la ley) es realizada exclusivamente por el SML. Se encuentra definida en el numeral 10° del artículo 4° del Reglamento, de la siguiente forma: *“Cotejo: Acción a que procede el SML contrastando una huella genética determinada con aquellas contenidas en uno o más Registros del Sistema, según le hubiere sido específicamente requerido, por la autoridad competente, en un procedimiento penal”*.

Resulta pertinente distinguir la pericia de cotejo recién referida de la pericia de comparación o análisis comparativo de ADN que comúnmente se realiza durante el desarrollo de una investigación penal. Esta última podrá realizarla cualquier institución efectuando una comparación entre la evidencia que tenga con los perfiles genéticos que de disponga, pero ellas no se encuentran autorizadas a realizar una comparación con la información de los registros del sistema de registro. Esta pericia no se encuentra regulada por la ley, sino que en la primera.

El procedimiento que el SML debe seguir luego de realizada la pericia de cotejo es el siguiente:

Artículo 14.- Conservación y destrucción del material biológico. Inmediatamente después de evacuado el informe de que trata el artículo precedente o de recibidos los antecedentes a que se refiere el artículo 12, el Servicio Médico Legal deberá proceder a la destrucción del material biológico que hubiere sido objeto de un examen de ADN.

Con todo, cuando la obtención del material biológico fuere calificada por el Servicio Médico Legal como técnicamente irrepetible, el Ministerio

Público deberá ordenar la conservación de una parte de aquél, hasta por treinta años.

De la destrucción o conservación de las muestras biológicas se dejará constancia escrita por el funcionario encargado. Dicha constancia deberá contener los datos que permitan identificar las muestras de que se trate, así como las razones que, en el caso concreto, hubieren justificado la medida de conservación.

Los funcionarios a cargo de la destrucción de las muestras biológicas deberán remitir mensualmente a su superior jerárquico las listas de muestras ingresadas, destruidas y conservadas en dicho período, incluyendo, en su caso, las razones a que se refiere el inciso precedente. Asimismo, un informe consolidado que contendrá la lista de las muestras biológicas ingresadas, destruidas y conservadas en el período respectivo, se remitirá semestralmente al Director Nacional del Servicio Médico Legal por los directores médicos regionales o, en el caso de la Región Metropolitana de Santiago, por el jefe del departamento competente.

Los funcionarios que, debiendo proceder a la destrucción del material biológico, no lo hicieren, incurrirán en responsabilidad administrativa.

c. Incorporación de huella genética a los registros creados por la Ley N° 19.970

Una vez que se cuenta con una huella genética determinada puede incorporarse la misma al registro respectivo. El mecanismo mediante el que deben añadirse las huellas genéticas en aquellos casos se encuentra previsto en el artículo 16 de la Ley N° 19.970, distinguiendo el procedimiento de incorporación según la clase de registro.

De este modo, según lo dispuesto en dicho artículo cabe distinguir entre dos mecanismos de incorporación diversos. Así, las huellas genéticas que correspondan a condenados o imputados serán incorporadas a los respectivos registros una vez que el tribunal competente dé la orden respectiva. En cambio, las huellas genéticas correspondientes a los Registro de Víctimas, Evidencias y Antecedentes, y Desparecidos y sus Familiares, serán incorporadas sin necesidad de resolución del tribunal, sólo por orden del Ministerio Público.

Sin perjuicio de ello, y en el entendido de que la justificación de la incorporación de una huella a los registros cumple funciones de investigación, esto lo puede solicitar, al Ministerio Público, cualquier interviniente (principio de objetividad).

Será el SML o la institución pública o privada acreditada que haya determinado la huella quien también incorporará la información al registro respectivo, salvo que las instituciones referidas no estén acreditadas para la incorporación de la información, pues en ese caso remitirán la huella genética al SML, siendo éste quien la incorpore al registro.

En todo caso, la administración y custodia de todos los registros que contiene la ley está bajo la responsabilidad del Registro Civil e Identificación (artículo 1° de la ley)¹⁴, y su fundamentación, como se ha señalado, es eminentemente forense: el motivo de la incorporación de una huella genética a estos registros es su potencial para esclarecer un hecho constitutivo de delito pasado o futuro.

d. Eliminación de datos de los registros

El procedimiento de eliminación de las huellas genéticas de los registros establecidos por la ley se encuentra regulado en el artículo 18. En esta disposición se fijan las condiciones para la eliminación de las huellas genéticas que conforman los registros de Imputados, Evidencias y Antecedentes y Víctimas. En sus propios términos:

Artículo 18.- Eliminación de huellas genéticas contenidas en el Sistema. Las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados y de Víctimas, serán eliminadas una vez que se hubiere puesto término al procedimiento criminal respectivo. Si hubo juicio, procederá la eliminación desde que se falló por resolución ejecutoriada, sin perjuicio de lo previsto en el inciso primero del artículo precedente. [...]

En cualquier caso, las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados, de Víctimas y de Evidencias y Antecedentes, serán eliminadas una vez transcurridos treinta años desde la fecha de su incorporación a éstos. [...]

Como resulta evidente, esta regla no incorpora expresamente dentro de su catálogo a los registros de Condenados y de Desaparecidos y sus Familiares.

¹⁴ Cabe hacer notar que según requerimiento de transparencia realizado a dicha institución para efectos de este informe, el detalle sobre la cantidad de huellas genéticas contenidas en el Sistema Nacional de Registros de ADN, a noviembre de 2014 es el siguiente: (a) Registro de condenados: 32.450 huellas genéticas; (b) Registro de imputados: 5 huellas genéticas; (c) Registro de víctimas: 6 huellas genéticas; (d) Registro de desaparecidos y sus familiares: 59 huellas genéticas; (e) Registro de evidencias y antecedentes: 546 huellas genéticas.

Por de pronto, esta circunstancia plantea, al menos, dos interrogantes: (i) ¿pueden eliminarse las huellas genéticas de los registros especialmente regulados por el artículo 18 de la ley por motivos diversos a los expresados en dicha disposición? y; (ii) ¿pueden eliminarse las huellas genéticas asociadas a los registros de Condenados y Desaparecidos y sus Familiares?

La respuesta a estas preguntas es esencial, toda vez que comete “obstrucción a la justicia” quien elimina indebidamente algunas de las huellas que comprenden los registros (artículo 20 de la ley).

En lo que respecta al los registros con procedimiento de eliminación especialmente regulados, la ley dispone dos métodos diversos de eliminación por caducidad de la huella genética, a saber:

- (i) Caducidad por cumplimiento de condición legal o cambio de las circunstancias que consigna: i.e. en los registros de Víctimas e Imputados, el hecho de haberse terminado el procedimiento en cuestión, ya sea por sentencia condenatoria o absolutoria.
- (ii) Caducidad por transcurso de tiempo: por haber transcurrido más de 30 años desde su incorporación, aplicable a los registros de Víctimas, Imputados y Evidencias y Antecedentes.

Llama la atención que el primer mecanismo de eliminación automática de las huellas genéticas no se aplique respecto del Registro de Evidencias y Antecedentes. Una posible explicación podría encontrarse en la posibilidad de reabrir aquellas investigaciones que han culminado de manera no satisfactoria (v.gr. cuando no ha sido posible identificar a la persona a la que la muestra corresponde). Esto se ve ratificado en la historia de la ley: en el proyecto original, la regulación era distinta, y se disponía *también* la eliminación de estas huellas genéticas al terminar el procedimiento respecto del cual incidían¹⁵.

Así, luego de las modificaciones introducidas en el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, se estableció expresamente que los antecedentes del Registro de Evidencias y Antecedentes no debían borrarse sólo por el hecho de haber terminado el proceso en el que recaen¹⁶, sino que, exclusivamente por (i) el transcurso de 30 años desde su incorporación y, (ii) el hecho de haberse identificado a la persona titular de la huella genética.

¹⁵ (Historia de la Ley N° 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 13).

¹⁶ *Ibid.*, p. 146.

En este último caso, según el informe de la Comisión “[s]i se constata que corresponden a un imputado, o a una víctima, o a otra persona, deben ser eliminados del Registro, para integrarse al Registro que corresponda, o ser excluidos en definitiva del Sistema, según el caso”¹⁷.

Independientemente del resultado arribado por el Senado, resulta muy decidir –interpretativamente– el hecho de que la regulación especial del Registro de Evidencias y Antecedentes asumiera explícitamente métodos de eliminación no expresados en la Ley N° 19.970. Este hecho, como veremos, guarda la mayor importancia para ponderar correctamente las posibles interpretaciones que cabe otorgar al hecho de que no se establezca directamente un procedimiento de eliminación de los registros de Condenados y Desaparecidos y sus Familiares, y la amplitud que cabe otorgar a la aplicabilidad de la Ley N° 19.628. Esto, evidentemente, avala la conclusión sobre la necesidad de formalización de la investigación previa.

En efecto, en la regulación vigente, existen métodos de eliminación de las huellas genéticas no previstos en la ley, pero directamente aplicables, de conformidad a la regulación de la Ley N° 19.628. Dicha ley, en sus artículos 6° y 12, establece tres mecanismos por los cuales a petición de su titular, o de oficio, procede la eliminación de los datos personales:

- (i) Eliminación voluntaria: a solicitud de su titular, sin expresión de causa, cuando la incorporación al registro se hubiera realizado voluntariamente.
- (ii) Eliminación por falta de fundamentos: de oficio o a solicitud de su titular, cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal.
- (iii) Eliminación por caducidad: de oficio o a solicitud de su titular, cuando los datos hubieren caducado. Según la ley, se entiende que los datos han caducado, cuando han “perdido actualidad por disposición de la ley, por el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo señalado para su vigencia o, si no hubiese norma expresa, por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna” (artículo 2°, Ley N° 19.628).

De esta manera, queda resuelto el primer problema planteado. Los mecanismos establecidos en el artículo 18 de la ley no son los únicos que autorizan la eliminación de los antecedentes que constan en los registros especialmente tratados en dicho lugar, ellos todavía pueden ser eliminados según las reglas de la Ley N° 19.628.

¹⁷ *Ibid.*

¿Qué sucede entonces con la información contenida en el segundo grupo de registros, esto es, aquellos registros en que la ley no contempla expresamente la posibilidad de eliminar las huellas genéticas en ellos contenidas? ¿Debe entenderse prohibida la eliminación de huellas genéticas que comprenden los registros de Condenados, y de Desaparecidos y sus Familiares?

Consideremos en primer lugar la regulación del Registro de Desaparecidos y sus Familiares. La única referencia a la eliminación de los antecedentes que establece dicho registro en la historia de la ley, es una indicación del Senador Viera Gallo, que agregaba un inciso final al artículo relativo a la eliminación de datos del registro, que señalaba: “*Los datos incluidos en el Registro de Personas Extraviadas y sus Familiares, podrán ser eliminados en cuanto aquéllas hubieran sido localizadas o cuando éstos así lo requirieran*”¹⁸. Esta indicación, fue retirada por su propio autor, sin llegar a prosperar¹⁹.

Así, como se entendía que las huellas del registro de Evidencias debían eliminarse una vez que se identificara a las personas a qué correspondían, debía entenderse autorizada la eliminación de la huella genética de las personas no identificadas cuando llegaran a ubicarse y a darse con su identidad (caducidad por cambio de circunstancias), o en aquellos casos en que cambiara la voluntad de los familiares en orden a permanecer en el registro (eliminación sin expresión de causa, sobre la base del carácter voluntario del registro).

¿Qué sucede respecto de los datos que contiene el Registro de Condenados? La situación en este caso es más compleja. El Registro de Condenados es el principal registro de la ley –según declaraciones constantes en toda la historia de la ley– y su fundamento es la existencia de una condena, y la facilitación selectiva de diligencias investigativas futuras.

Así, aunque parece claro que deben eliminarse aquellos datos del Registro de Condenados cuando la persona en cuestión haya sido favorecida por una acción de revisión (caducidad por inexistencia de fundamento legal para su almacenamiento), queda pendiente la cuestión de qué cambio de circunstancias o plazo podría fundamentar la caducidad de dicho registro.

Ni la ley, ni el análisis de su historia legislativa entregan respuestas concluyentes respecto de esta interrogante. Sin embargo, a propósito de la discusión sobre el inciso final del artículo 5°, se encuentra una referencia que, entendemos, es fundamental para interpretar la intención del legislador.

¹⁸ *Ibid.*, p. 82.

¹⁹ *Ibid.*, p. 91.

En la discusión en la Cámara de Diputados, se realizó una indicación con el fin de que se eliminara la incorporación al prontuario de la referencia a estar individualizado en el Registro de Condenados. Los diputados en cuestión fundamentaron su indicación, de la siguiente manera:

De los mismos señores Diputados, para eliminar el inciso segundo, atendido que los antecedentes que constan en el prontuario penal de los condenados deben ser eliminados a los dos o a los cinco años, dependiendo del delito, sin embargo el registro de condenados que contiene las huellas genéticas debe tener una duración mayor²⁰.

La intervención de los diputados da cuenta de la intención legislativa que subyace a la permanencia de la huella genética en el respectivo registro, al punto que, de hecho, es el fundamento que llevó a la incorporación del actual inciso final del artículo 5, que establece que la eliminación de los datos del prontuario no implica la eliminación de los datos del Registro de Condenados. En términos explícitos, los diputados no pretendían que la incorporación al Registro de Condenados fuera eterna o inamovible, ellos sólo pretendían que el tiempo de permanencia en el Registro de Condenados fuera superior a la del prontuario.

Sin embargo, y este es el mayor defecto de la regulación en este ámbito, la ley no dispuso en ningún lugar cual debía ser aquella mayor duración que se estableciera para el registro. Independientemente de ello y lo discutible que resulta la legalidad del tratamiento que la ley dispensa a los condenados, el silencio de la ley no puede interpretarse como una razón para sostener que los datos contenidos en el registro de Condenados no pueden eliminarse por no aparecer previstos en el artículo 18 de la ley.

Una lectura sistemática de la normativa aplicable debiese sostener la posibilidad de eliminación de antecedentes en aquellos casos en que (i) cambien las circunstancias que consigna el registro (caducidad) y (ii) el ulterior almacenamiento de la huella carezca de fundamento legal. Sin perjuicio de la técnica legislativa efectivamente empleada y del vacío legal que implica el que no se haya establecido un plazo para permitir la eliminación de estos antecedentes, las causales previstas en la ley de protección de datos personales y el fin exclusivo del registro, pueden servir para fundamentar solicitudes de eliminación del registro de condenados, especialmente en aquellos casos en que –bajo un ejercicio de ponderación– pueda sostenerse que, por alguna razón, su mantenimiento no es idóneo para los fines del registro.

²⁰ *Ibid.*, p. 196.

Por último, cabe tener presente que según la regulación del artículo 18 de la ley y el artículo 6° de la Ley N° 19.628, las causales de eliminación de datos, constituyen deberes para el Estado, y no meras facultades. Esta situación está suficientemente clara en ambos cuerpos legales.

e. Acceso a la información contenida en los registros

Como se señaló *supra*, la información contenida en los registros es considerada, para todos los efectos legales, como información sensible de sus titulares, y por tanto es aplicable en la especie la Ley N° 19.628 en todo aquello que no fuera contradictorio con la regulación especial.

Sin embargo, además del estatus privilegiado de la información de los registros, la ley establece especiales resguardos sobre la materia. Cabe destacar, como principio general, lo dispuesto en el artículo 2° de la normativa en estudio:

Artículo 2°.- Principios. El sistema tendrá carácter reservado. La información en él contenida sólo podrá ser directamente consultada por el Ministerio Público y los tribunales. Las policías podrán tener acceso previa autorización del Ministerio Público, y los defensores públicos y privados, previa autorización del tribunal respectivo.

Bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna.

A su vez, el artículo 11° establece que toda persona que intervenga en la toma de muestras, obtención de evidencias y determinación de huellas genéticas, está obligada a mantener la reserva de los antecedentes y la integridad de las cadenas de custodia de acuerdo a las especificaciones que establece el Reglamento.

Finalmente, los artículos 19 y 20 de la Ley N° 19.970 establecen delitos especiales que sancionan a quienes, entre otras situaciones, hagan uso indebido, divulguen, alteren o destruyan la información contenida en los registros regulados por la normativa en estudio. Según información obtenida por el ejercicio de la ley de transparencia, a la fecha no se ha eliminado ninguna huella genética de los registros en cuestión, manteniéndose cada uno en su integridad²¹.

²¹ Registro Civil e Identificación, Carta D.A.G. N° 1176, de fecha 15 de diciembre de 2014, suscrita por don Víctor Rebolledo Salas, Jefe Departamento Archivo General (S).

III. Registros regulados por la Ley N° 19.970

a. Registro de Imputados

Como todos los registros regulados por la ley, el objetivo exclusivo del Registro de Imputados es dotar al ente persecutor de una herramienta de investigación criminal más eficiente, que apunta a la identificación de una persona, luego de comparar una huella determinada con la información almacenada en uno o más registros. Así, el registro en cuestión se compone de las huellas genéticas de aquellos que hubieren sido “imputados” por algún delito (artículo 6°).

La primera controversia que se plantea, dice relación con el mecanismo de incorporación al Registro de Imputados, en concreto, es discutible si es posible aplicar automáticamente el concepto de imputado establecido en el artículo 7° del CPP.

En otros términos, ¿basta con que a una persona se le atribuya participación en un hecho punible por un tribunal, por el Ministerio Público o por la policía, por alguno de los delitos establecidos en el catálogo del artículo 17 para que proceda realizar un examen corporal, determinar su huella genética e incorporarla al registro? A efectos de responder lo anterior debemos distinguir varias hipótesis.

Como se explicó *supra*, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del CPP, si el imputado consiente informadamente en la realización del examen corporal, no será necesario, por ejemplo, ni autorización judicial, ni formalización de la investigación. De todas formas, en atención a lo dispuesto en el artículo 16, la incorporación de la huella al Registro de Imputados, deberá ser siempre ordenada por un tribunal.

En cambio, si el imputado se niega a la realización del examen corporal, no bastará la mera imputación por parte de cualquier organismo público para que su huella genética sea obtenida, determinada e incorporada al registro, sino que la investigación deberá estar formalizada y el Juez de Garantía debe autorizar la diligencia. Las razones de esto ya fueron expuestas.

En el evento de que el imputado –cuya huella genética fue determinada durante la investigación– sea posteriormente condenado por el delito que se le imputaba, su huella genética será eliminada del Registro de Imputados y será añadida al Registro de Condenados. Así lo dispone expresamente el artículo 17 de la ley.

Por el contrario, si el imputado es absuelto o sobreseído en el procedimiento penal en el que se determinó su huella genética, ella debe ser eliminada del Registro de Imputados. Esto se desprende del inciso primero del artículo 18 de la ley, que dispone que *“las huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados y de Víctimas, serán eliminadas una vez que se hubiere puesto término al procedimiento criminal respectivo. Si hubo juicio, procederá la eliminación desde que se falló por resolución ejecutoriada [...]”*.

El acceso al Registro de Imputados se encuentra disponible para todos los intervinientes en un procedimiento penal. Según lo dispuesto en el artículo 2° de la ley, el Ministerio Público y los tribunales podrán consultar directamente esa información, los policías previa autorización del Ministerio Público y las defensas previa autorización del tribunal respectivo.

Todos los intervinientes no sólo pueden acceder a dicha información, sino también solicitar todas las pericias que estimen pertinentes en base a ellas. Ello no sólo es coherente con la igualdad de los intervinientes en un procedimiento penal acusatorio, sino también con la propia regulación de la ley, que expresamente establece que los costos de la realización de las pericias (como la determinación de la huella o la pericia de cotejo), deberá soportarlo cada interviniente (salvo cuando la huella se determine recién una vez que se haya dictado sentencia condenatoria, en cuyo caso el costo será del SML).

b. Registro de Evidencias y Antecedentes, Registro de Víctimas, y Registro de Familiares y Desaparecidos

El Registro de Evidencias y Antecedentes conserva las huellas genéticas que han sido obtenidas durante el desarrollo de una investigación criminal y que corresponden a personas que aún no han sido identificadas.

El Registro de Víctimas almacena las huellas genéticas correspondiente a víctimas de un delito que han consentido expresamente en su obtención e incorporación al registro (artículo 8°).

Según la regulación vigente, este registro no puede nutrirse con oposición de la víctima. Este hecho conlleva a que tenga que clasificarse su incorporación como voluntaria, lo que implica que es un derecho de la víctima, de conformidad a la ley de datos personales, incluso en el caso en que ha accedido a su incorporación, el solicitar que se borre su huella genética sin expresión de causa. Esto último se advierte, por de pronto, como injustificado. Sería deseable (economía) una regulación similar a la de la acción penal pública previa instancia particular, en la que una vez que la víctima hubiere voluntariamente

accedido a la incorporación de su huella genética al registro, sólo pudiere borrarla conforme a las reglas generales (artículo 18 de la ley y Ley N° 19.628).

El Registro de Desaparecidos y sus Familiares, regulado en el artículo 9° de la ley, contiene las huellas genéticas de cadáveres o restos humanos no identificados; material biológico presumiblemente proveniente de personas extraviadas y de personas que, teniendo un familiar desaparecido o extraviado, acepten voluntariamente donar una muestra biológica que pueda resultar de utilidad para su identificación.

A diferencia de los casos de los registros anteriores, la existencia de este registro no supone –necesariamente– la existencia de un procedimiento criminal en curso.

c. Registro de Condenados

El Registro de Condenados se encuentra regulado en el artículo 5° de la ley. Éste contiene las huellas genéticas de personas que han sido condenadas (por sentencia ejecutoriada) en un proceso penal, en los casos establecidos en el artículo 17.

Dada la relevancia de las normas mencionadas, a continuación se transcriben ambas.

Artículo 5°.- Registro de Condenados. El Registro de Condenados contendrá las huellas genéticas de las personas que hubieren sido condenadas en un proceso criminal por sentencia ejecutoriada, en los casos a que se refiere el artículo 17 de esta ley.

Las huellas genéticas incluidas en este Registro deberán ser integradas adicionalmente a los antecedentes que consten en el prontuario penal de los condenados. La eliminación de los antecedentes contenidos en el prontuario penal, realizada en conformidad a la ley y a los reglamentos correspondientes, no implicará la eliminación de la huella genética contenida en el Registro de que trata este artículo.

Artículo 17.- Incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados. Cuando, por sentencia ejecutoriada, se condenare por alguno de los delitos previstos en el inciso siguiente a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el procedimiento criminal, se procederá a incluir la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados.

Si no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, en la sentencia condenatoria el tribunal ordenará

que se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados. Lo anterior sólo tendrá lugar cuando se condenare al imputado por alguno de los siguientes delitos

a) los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N°s. 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N° 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal;

b) los previstos en los Párrafos 1º, 5º, 6º y 7º del Título VII y 1º y 2º del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, y

c) elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista.

En todo caso, el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, y en consideración a los antecedentes personales del condenado, así como a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, podrá ordenar en la sentencia la práctica de las mismas diligencias de toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas respecto de un condenado a pena de crimen que no se encontrare en las situaciones previstas en el inciso precedente.

La reglamentación del Registro de Condenados plantea diversos desafíos que se analizarán por separado.

Como se expresó, la incorporación de una huella genética al Registro de Condenados no se fundamenta en una investigación determinada pendiente. Su fundamento es una comprensión del condenado como un ciudadano peligroso, que eventualmente podría cometer nuevos delitos. De allí que sea relevante conservar a su respecto material genético, para facilitar la detección de delitos futuros. Esta concepción plantea importantes desafíos de justificación, e implica a lo menos, serios problemas prácticos.

Así, por ejemplo, de la lectura de la regulación, parece problemática: (i) la determinación del ámbito de aplicación que dispone la ley para introducir la huella de un condenado dentro del mencionado registro; (ii) la posibilidad de disponer retroactivamente la extracción de muestras de ADN, y la posterior incorporación al registro respecto de personas que fueron condenadas antes de la entrada en vigencia de la norma; (iii) el hecho de que la incorporación al Registro de Condenados implica una incorporación en el prontuario de las personas y; (iv) la inexistencia de un plazo determinado tras el cual se disponga la eliminación automática de los antecedentes que comprenden este registro.

Para resolver estos problemas examinaremos, primero, la naturaleza jurídica de la incorporación de la huella genética al registro de condenados; en segundo lugar, delimitaremos el ámbito de aplicación de la incorporación de las huellas

genéticas regulada por el artículo 17 ya referido, con especial énfasis en el abanico de posibilidades que abre el inciso final de esa norma. Finalmente, revisaremos los problemas constitucionales que se derivan de lo estatuido por el inciso final del artículo 5° de la ley, que dispone que las huellas genéticas incorporadas al Registro de Condenados será también integrada a su prontuario penal, y que la eliminación de los antecedentes penales de ese prontuario, no implicará la eliminación de la huella genética.

i. Naturaleza jurídica de la incorporación de la huella genética al Registro de Condenados

La Ley N° 19.970 transforma a un futuro y potencial imputado –condenado por un delito distinto y anterior– en objeto de una sanción adicional, lesiva de sus derechos fundamentales. En efecto, la incorporación de un dato personal a un registro pone en riesgo la intimidad genética, la autodeterminación informativa y, eventualmente, el derecho a defensa (v.gr. presunción de inocencia).

Si bien ni el imputado ni el condenado tienen el deber positivo de colaborar con la investigación del Ministerio Público –y menos para delitos futuros e hipotéticos–, igualmente deben tolerar ciertas intervenciones físicas establecidas en la ley (mayoritariamente procesal), de las cuales, por cierto, puede derivar la prueba decisiva a efectos de acreditar su participación punible en un hecho delictivo (para el caso del Registro de Condenados, por un delito distinto y posterior al cual por el que fue sancionado, a diferencia de las diligencias investigativas dispuestas en el CPP)²².

Ahora, a pesar de que la fiabilidad de las huellas genéticas de las personas ha sido puesta en entredicho por la doctrina²³ –especialmente por los errores derivados de una incorporación irreflexiva de esta sanción penal careciendo de una regulación legal idónea y de métodos científicos contrastados, la ley estableció la incorporación de las huellas genéticas con un carácter aparentemente general, amplísimo y obligatorio (artículo 17 inciso final, explicado *infra*).

Como primera observación, es importante precisar que el Registro de Condenados se nutre mediante dos mecanismos distintos, según el momento en que opere. (i) Por una parte, puede incorporarse al registro en el momento en que un imputado es efectivamente condenado por el competente tribunal,

²² Véase, al respecto, ROXIN, Claus: “Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal”. Rubinzal-Culzoni editores. Argentina (2007), pp. 98-99.

²³ Historia de la Ley N° 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, [especialmente] pp. 25 a 32.

procediéndose a incluir dicha huella genética -posteriormente- en el Registro de Condenados (y eliminándola, consecuentemente, del Registro de Imputados). En este caso, se trata de una huella genética ya obtenida, por motivos de investigación, que simplemente se agrega al respectivo registro.

(ii) Por otra parte, también pueden incorporarse, por orden judicial, previa solicitud del Ministerio Público y en la sentencia definitiva, huellas genéticas de condenados que no fueron incorporadas previamente al Registro de Imputados. En este caso, además de la incorporación al registro, se somete al condenado a una medida coactiva adicional, consistente en el examen corporal (toma de muestras) que no encuentra justificación en una investigación pendiente.

Como segunda observación, cabe destacar que, conforme a la información oficial recibida por el Registro Civil, el Registro de ADN no contempla información sobre los delitos que dieron lugar a la incorporación de la huella genética al registro²⁴. No obstante ello, la incorporación de la huella genética de un condenado al registro, conlleva la introducción de una indicación “genérica” al prontuario del condenado.

Luego, la única justificación posible en este caso, junto con la posibilidad para el condenado de utilizar esta prueba como base para una acción de revisión, es la prevención de delitos futuros.

Si la fundamentación de la incorporación al registro y eventual toma de muestra no es la existencia de una investigación actual, cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza de la incorporación al registro de un condenado?; ¿por qué se le impone, por el Estado, al imputado el deber de colaborar con la detección de sus posibles futuros delitos?

La obtención y agregación de una huella genética al Registro de Condenados es una sanción penal, es decir, es la aplicación del ordenamiento jurídico a un caso particular, de una manera previamente determinada (principio de legalidad), muchas veces sin consideración al caso concreto (*infra*), afectando al sujeto pasivo a efectos de –teóricamente– favorecer a la comunidad en su conjunto, pues, en base al hecho por el que se condena al sujeto se presume legalmente la posibilidad de que el condenado será buscado en el futuro por un nuevo hecho punible.

Ahora bien, la consideración de la naturaleza jurídica del registro de la huella genética de condenados deviene en esencial al momento de determinar su rendimiento, su ámbito de aplicación y, su permanencia en el tiempo.

²⁴ Registro Civil e Identificación, Carta D.A.G. N° 1176.

Al respecto, la jurisprudencia pareciera cándidamente defender la naturaleza de pena de la incorporación de la huella en el Registro de Condenados. Así, la Corte Suprema afirmó:

[L]a ley 19.970 habla de "Registro de Condenados", de tal manera que al incorporar las huellas genéticas de determinada persona en tal sistema, ella debe tener la calidad de condenado o sancionado. Por ende, la conclusión que puede extraerse es que, además de estar condenada la persona a una sanción obviamente principal, la inclusión misma viene a ser una especie de pena accesoria [...]

Que, la medida reclamada, que se ha impuesto por la sentencia que con justa razón se ha impugnado, se encuentra al margen de la ley, ya que como se ha manifestado, los menores de dieciocho años de edad no pueden ser objeto de sanciones penales, sino que de aquellas especiales que fija la Ley N° 20.084, las que se establecieron en aras del interés superior del adolescente y no para perjudicarles²⁵.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, la que resolvió:

Que, como puede advertirse, la ley habla de "Registro de Condenados", de tal manera que al incorporar las huellas genéticas de determinada persona en tal sistema, ella debe tener la calidad de condenado o sancionado. Por ende, la conclusión que puede extraerse es que, además de estar condenada la persona a una sanción obviamente principal, la inclusión misma viene a ser una *especie* de pena accesoria, con la grave circunstancia adicional de que ella le perseguirá de por vida, con la repercusión inevitable que esta clase de registros y otros de similar naturaleza que existen en el sistema legal provocan [...]

Así la sentencia impugnada ha vulnerado las normas invocadas, incurriendo en infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la misma, pues se ha impuesto incorrectamente una sanción penal a quien no se encuentra en situación legal de recibirla dada su minoría de edad, supuesto que ella deriva de hechos cometidos durante tal etapa de su vida, por lo que resulta procedente el acogimiento del recurso de invalidación que se analiza²⁶.

²⁵ Corte Suprema contra K. V. C., Rol 4760-2012, de fecha 31 de julio de 2012 (ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.).

²⁶ Corte de Apelaciones contra D. M. C., Rol 1452-2012, de fecha 05 de julio de 2012.

El mismo entendimiento ha sido sostenido reiteradamente por la Corte de Apelaciones de Temuco. Así, por ejemplo:

Que esta Corte ha resuelto en la causa Rol°494-2009 que la aplicación de la ley 19.970 a los menores infractores de ley vulnera los principios básicos sobre los cuales se ha fundamentado el sistema de responsabilidad penal adolescente, es decir, la reintegración y resocialización del menor infractor, por lo que al haberse ordenado la inclusión en el Registro de Condenados de la huella genética del sentenciado Toledo Toledo, al tenor de lo previsto en el artículo 17 de aquel cuerpo legal, esa orden judicial conlleva la imposición de una pena más gravosa de aquella que correspondía al delito porque fue acusado y esa pena no está contemplada como sanción en la ley 20.084²⁷.

De la naturaleza penal de esta institución derivan varias consecuencias. Primero, la sentencia condenatoria debe ordenar expresamente el cumplimiento de la misma (artículo 341 CPP), previa petición por parte del Ministerio Público o el querellante (límite al “subsidio procesal”). De allí que resulta insuficiente la solicitud genérica de penas accesorias, por ejemplo, en el requerimiento de juicio simplificado o acusación. La incorporación de huellas genéticas del condenado al registro es una medida controvertible y discutible en juicio, por lo que precisa que se le someta a debate y; segundo, precisa de la condena del hechor a una pena principal, por lo que la aplicación de salidas alternativas a la condena impide la imposición de la incorporación de la huella genética en el Registro de Condenados (no así el establecimiento de penas sustitutivas a la pena privativa/restrictiva de libertad, ello en virtud de que la incorporación de la huella genética en el Registro de Condenados va unido a la imposición de la pena y no a la ejecución de la misma).

Otra consecuencia de la naturaleza penal de la determinación de la huella genética en el Registro de Condenados es la prohibición de aplicación de la misma a hechos ejecutados con anterioridad a su entrada en vigencia (aplicación retroactiva). En la concepción continental, ésta es una de las cuatro consecuencias básicas del principio de legalidad (garantizada en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República).

Dispone el artículo 1° transitorio de la ley 19.970:

Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 5°, el Servicio Médico Legal, o las instituciones públicas o privadas acreditadas ante él, determinarán la

²⁷ Corte de Apelaciones de Temuco contra T. T., Rol 404-2011, de fecha 09 de mayo de 2011. En idéntico sentido, Rol 728-2011.

huella genética de las personas que se encontraren cumpliendo condena por alguno de los delitos señalados en el artículo 17, previa extracción de la muestra biológica respectiva en los establecimientos en que estuvieren internados.

Gendarmería de Chile informará a los condenados que no estuvieren recluidos el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, bajo apercibimiento de informar al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación.

Lo anterior implica, por ende, el carácter inconstitucional de esta regla, por cuanto prescribe la imposición de una sanción penal a una autoridad administrativa, sin pronunciamiento previo de un tribunal con competencia criminal (menos solicitud del ente persecutor) y aplicando una ley penal desfavorable con efecto retroactivo (siempre tiene este carácter al ser una pena “accesoria”).

En cuarto lugar, el hecho de que la incorporación al registro y eventual toma de muestras compulsivas al condenado tengan la naturaleza de una pena, impone dudas sobre la justificación que la subsistencia de la huella en el registro no tenga límites temporales (principio de proporcionalidad). Debe existir –y esto es un defecto insalvable de la regulación de la ley- alguna limitación temporal a la incorporación del registro. Sostenemos, sobre la base de una interpretación constitucional, que podría realizarse una interpretación analógica *in bonam partem*, en el sentido de señalar que su plazo máximo de duración debería ser 30 años (artículo 18).

Por último, debe tenerse en cuenta el hecho de que la incorporación de una huella genética al registro de condenados, implica una anotación al prontuario. Indicación que no obstante ser genérica, y no señalar más que “Registra Huella Genética”²⁸, implica inequívocamente la constancia en el prontuario de la condena por un delito grave, que de conformidad a lo dispuesto en la ley, no puede borrarse. Esta cuestión, inequívocamente, es expresiva de una pena, que en este caso, por el empleo usual de los prontuarios, es infamante.

ii. Ámbito de aplicación del artículo 17 de la Ley N° 19.970

Conforme dispone la ley, se incorporan huellas genéticas en el Registro de Condenados en tres casos: (i) cuando por sentencia ejecutoriada se condenare a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el proceso penal; (ii) cuando no habiéndose determinado la huella genética del imputado

²⁸ Registro Civil e Identificación, Carta D.A.G. N° 1176...

durante el proceso penal, el tribunal lo ordene en la sentencia condenatoria y; (iii) cuando el sujeto pasivo se encuentra actualmente cumpliendo condena.

Estos supuestos, sin embargo, son limitados por una serie de criterios, tanto de *lege lata* como doctrinarios. En efecto, los tres casos pueden imponerse, en principio, únicamente cuando concurra(n) alguno(s) de los delitos individualizados en las letras a), b) y c) del artículo 17 de la ley 19.970²⁹. Esto último, empero, tiene en el inciso final del artículo 17 una excepción que opera como “punto de fuga” para la incorporación de las huellas genéticas de condenados por delitos diversos a los ya señalados.

En efecto, dispone esta última regla que el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, puede ordenar en la sentencia condenatoria el registro de las huellas genéticas *respecto de un condenado a pena de crimen* que hubiere cometido un delito distinto al del catálogo de las letras a), b) y/o c) del artículo 17.

Esta regla de extensión –facultativa para el tribunal³⁰–, no obstante, dispone de, al menos, dos limitaciones. Por una parte, se impone en consideración a *los antecedentes personales del condenado*, así como a *la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito*. Si bien estos “criterios de restricción” son consistentes con las nociones peligrosistas que fundamentan la existencia del Registro de Condenados, transgreden ineludiblemente el *principio de acto* (=materialidad de la acción).

²⁹ Artículo 17 a): secuestro (artículo 141 CP); sustracción de menores (artículo 142 CP); torturas (artículos 150 A y 150 B CP); amenazas condicionales (artículo 296 N° 1 y 2 CP); expendio de sustancias medicinales peligrosas [agravante especial] (artículo 313 d CP); adulteración de sustancias alimenticias (artículo 315 CP); diseminación de gérmenes patógenos (artículo 316 CP); abandono de niños con resultado de lesiones graves o muerte (artículo 348 CP); abandono de personas desvalidas con resultado de lesiones graves o muerte (artículo 352 CP); castración (artículo 395 CP); mutilaciones (artículo 396); lesiones graves gravísimas (artículo 397 CP); lesiones menos graves [agravante especial] (artículo 401 CP); enviar cartas o encomiendas explosivas (artículo 403 bis CP); robo con violencia o intimidación en las personas (artículo 433 CP); robo simple (inciso 1° del artículo 436 CP); robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación (artículo 440 CP) incendio calificado con daño a las personas (artículos 474 y 475 CP); incendio simple (artículo 476 CP) y sumersión (artículo 480 CP).

Artículo 17 b): aborto (párrafo 1° del Título VII del Libro II CP); violación (párrafo 5° del Título VII del Libro II CP); estupro y otros delitos sexuales (párrafo 6° del Título VII del Libro II CP) y disposiciones comunes a los párrafos 5° y 6 del Título VII del Libro II CP (párrafo 7° del Título VII del Libro II CP); homicidio (párrafo 1° del Título VIII del Libro II CP) e infanticidio (párrafo 2° del Título VIII del Libro II CP).

Artículo 17 c): elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes (ley 20.000) o delito terrorista (ley 18.314).

³⁰ Historia de la Ley N° 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 143.

Dicho en términos simples, una sanción penal no puede tener por presupuesto para su aplicación estados de ánimo subjetivos (“móviles”), es más, ni siquiera genéricamente “hechos”, sino que éstos deben concretarse en acciones humanas materiales, empíricamente observables y describibles³¹ (“reivindicación de la absoluta licitud de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad”³²). Los antecedentes personales del condenado, evidentemente, constituyen un presupuesto que se hace acreedor de las mismas críticas que recaen sobre la agravante de reincidencia (“derecho penal de autor”).

En el mismo sentido, cabe preguntarse respecto a qué crímenes pueden dar lugar a la determinación de la huella genética en el Registro de Condenados. La historia de la Ley N° 19.970 es bastante ilustrativa al respecto:³³³⁴³⁵

Ministro de Justicia - José Antonio Gómez	Senador Alberto Espina	Senador Jovino Novoa
<p><i>“Además del riesgo, siempre latente, de invasión de la vida privada, el exceso de huellas registradas generaría confusión y distracción en las investigaciones, las que se transformarían en descarte de sospechosos más que en detección de los mismos. Así lo demuestra la experiencia en Inglaterra: comenzó con una base de registro amplísima, la que hoy se encuentra en proceso de reducción.</i></p> <p><i>En cambio, contar con un registro de ADN relacionado con varios delitos puede ser de gran valor desde el punto de vista de la investigación policial, ya que podrán vincularse todos aquellos casos en que el perpetrador ha sido el mismo y ha dejado su huella genética en el lugar de los hechos. Cualquier delito cometido en serie permitirá elaborar un “perfil de conducta” del agresor, lo que será una considerable ayuda en la investigación policial”³⁴.</i></p>	<p><i>“La regla general es que no se ordenará la extracción de muestras genéticas a involucrados en delitos de estafa, porque los jueces son lo suficientemente inteligentes como para no pedir diligencias respecto de algo que no guarda ninguna relación con el hecho investigado”³⁵.</i></p>	<p><i>“El Honorable Senador señor Novoa explicó que no comparte la idea de incluir en el Registro las huellas genéticas de personas condenadas por cualquier tipo de delitos, aun cuando lo hayan sido a pena aflictiva, como se plantea en el proyecto de ley. Opinó que, por la propia naturaleza del aporte a la investigación que pueda hacer la huella genética, carece de sentido tomar muestras biológicas y determinarla, por ejemplo, respecto de condenados por estafa”³⁶.</i></p>

³¹ FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, España (2004), p. 480.

³² *Ibid.*, p. 481.

³³ Historia de la Ley N° 19.970 elaborada por la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 32.

³⁴ *Ibid.*, p. 122.

³⁵ *Ibid.*, p. 142.

La incorporación de huellas genéticas en el Registro de Condenados, para el supuesto del inciso final del artículo 17 debe limitarse a aquellas infracciones penales que copulativamente cumplan con dos requisitos: (i) revistan cierta gravedad social (principio de proporcionalidad: la sanción de determinación de la huella genética debe tener cierto grado de relación con la gravedad del injusto) y (ii) que sean perpetradas a través de ciertos medios de comisión.

Respecto a la segunda condición, la [in]pertinencia de la incorporación en el Registro de Condenados depende del tipo de delito realizado, atendiendo a la posibilidad del persecutor de obtener insumos (esto es, vestigios biológicos). Es decir, debe limitarse el Registro de Condenados a aquellos delitos que puedan ser investigados mediante el análisis genético de huellas o, dicho en términos sencillos, a aquellos ilícitos que dejan vestigios biológicos y/o huellas genéticas, tales como, por ejemplo, los delitos cometidos con fuerza en las cosas, violencia y los delitos sexuales.

Consecuencia de lo anterior es que la sola comisión de un delito (grave) no constituye por sí mismo un presupuesto suficiente para la incorporación de las huellas al Registro de Condenados; deben ser delitos susceptibles de servir para la determinación de la identidad del individuo a través de la consulta del señalado registro (lo que, por razones manifiestas, limita el ámbito de aplicación de esta pena, por regla general, a los autores de propia mano).

Lo precedente respeta fielmente la historia de su establecimiento, pues la ley tiene por único objeto coadyuvar en la investigación y esclarecimiento de hechos de naturaleza delictiva; no constituir un catálogo acabado de sujetos pasivos de condenas penales. Por tanto, se excluye la incorporación en el registro de sujetos condenados por estafa, apropiación indebida, asociación ilícita, injuria, calumnia, cohecho, delitos contra la administración de justicia, delitos funcionarios.

Todo lo anterior es manifestación del principio de proporcionalidad en su concreción de adecuación, el que establece que una medida es idónea para alcanzar cierto objetivo si y sólo si su práctica posibilita el resultado investigativo esperado (y no si prospectivamente no despliega eficacia alguna). Los derechos y libertades afectadas, en casos como los señalados en el párrafo anterior, por tanto, priman en el ejercicio de ponderación por sobre el interés del Estado en la persecución delictiva (eventual).

Cabe tener en consideración una última consecuencia de la regulación vigente en la obtención de muestras a los condenados, en aquellos casos en que ella no se ha realizado como medida investigativa mientras poseían la calidad de

imputados. Como se expresó, esto puede ocurrir en dos casos, a saber: cuando se aplica retroactivamente la incorporación al registro, según la disposición transitoria o; (ii) cuando no obstante referirse a hechos posteriores a su vigencia, la toma de muestras no se solicitó como medida investigativa (ie. cuando el ahora condenado tenía el status de imputado).

En estos casos, sostenemos, no es posible compeler judicialmente al condenado a someterse a la práctica de exámenes corporales (ante negativa de este último). Las razones de esto son variadas. En primer lugar, en tanto no corresponde a una diligencia de investigación, no resulta aplicable la regla de los exámenes corporales del CPP. En segundo lugar, no existe una investigación formalizada a su respecto, por lo que según se analizó, no puede llegar a justificarse una injerencia en la intimidad corporal del condenado. Por último, en su calidad de pena, la aplicación sin justificación en una investigación actual constituiría tratos inhumanos o degradantes, en los términos del artículo 5.2 CADH como de la letra h) del artículo 93 inciso 2° CPP.

Por lo mismo, en términos sencillos, la ejecución de la toma de muestras de condenados no puede ser realizada compulsivamente. Ni siquiera, por orden de un tribunal. Esta negativa del imputado a la permisión de la determinación de su huella genética no daría lugar al delito de desacato, ello al no cumplirse con los requisitos de gravedad y peligrosidad concreta para el objeto de protección de la resolución judicial desacatada exigida por el artículo 240 inciso 2° del Código Procesal Penal.

IV. Conclusiones

- Cuando el imputado se negare a la toma de muestras corporales, la eventual orden del juez de garantía que ordena la realización de la diligencia exige que la investigación se encuentre formalizada en atención al carácter potencialmente atentatorio de garantías fundamentales de la medida de investigación.
- Es permitida la eliminación de antecedentes del Registro de Condenados en aquellos casos en que opere la caducidad (especialmente por expiración del plazo legal o cumplimiento de las circunstancias) o por falta de fundamento legal.
- La incorporación de una huella genética en el Registro de Condenados tiene el carácter de sanción penal, por lo serán incorporadas a dicho registro

una vez que el tribunal competente dé la orden específica en la sentencia condenatoria, previa petición del ministerio público y debate en audiencia.

- La incorporación de una huella genética en el Registro de Condenados, en atención a su naturaleza, sólo puede adscribirse a hechos ejecutados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.970 y su reglamento.
- El Registro de Condenados debe limitarse a aquellos delitos graves y que puedan ser investigados mediante el análisis genético de huellas.

JORGE BOFILL GENZSCH

Diseño y producción:
Gráfica Metropolitana

La presente obra de 1.200 ejemplares se terminó de imprimir
en diciembre de 2015



Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.dpp.cl