

INFORMES EN

DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2009**

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O' Higgins 1449, piso 8, Santiago

“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°XXX.XXX
Santiago de Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obra completa)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-14-1 (Volumen III)

Producción y Edición:

Departamento de Estudios
Defensoría Nacional
Defensoría Penal Pública

Diagramación e Impresión:

Editorial Atenas Ltda.

PRESENTACIÓN

En los últimos años, la producción de material jurídico ha ido creciendo en contenido y calidad. Sin embargo, creemos que desde la perspectiva de un servicio público moderno podemos contribuir a que este movimiento persista. Esto no sólo enriquece al debate de las ideas, sino que también incentiva a los demás actores a hacerse parte de la producción de literatura jurídica.

Luego de 10 años de funcionamiento de la reforma procesal penal, los diversos temas que se han instalado en el debate jurídico a nivel de derecho penal y derecho procesal penal revisten mayor complejidad, a lo que han contribuido las diversas modificaciones a nivel legal y constitucional introducidas recientemente.

Los informes en derecho permiten, por un lado, estandarizar criterios y contribuir a la labor decisoria del órgano adjudicador y, por otro, contribuir al conocimiento de la discusión en derecho comparado. Además, como muchos de estos informes no han circulado en el foro jurídico, resultan un aporte que, por su calidad, debiera estar a disposición del mayor número de abogados posible.

ÍNDICE GENERAL

LA EXTRADICIÓN PASIVA EN CHILE	7
¿DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CASO DE CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL?	41
EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA	69
ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DIVERSA	109
ALGUNOS ASPECTOS PENALES Y PROCESALES PENALES DE LA ORDENANZA DE ADUANAS	121
REQUERIMIENTO DE UNA CONTIENDA DE COMPETENCIA PROMOVIDA ANTE EL EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR EL FISCAL REGIONAL DE LA FISCALÍA METROPOLITANA ZONA ORIENTE CON EL OCTAVO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO	149
SISTEMÁTICA DEL CONCURSO EN SEDE DE COMERCIO ILEGAL	169

LA EXTRADICIÓN PASIVA EN CHILE

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

LA EXTRADICIÓN PASIVA EN CHILE

Introducción

El tema de la extradición se inserta dentro del de la cooperación judicial internacional en materia penal, y, más ampliamente, dentro del derecho penal (y procesal penal) de trascendencia internacional.¹

Al darse un derecho penal, cada Estado decide autónomamente qué conductas son punibles en el derecho que aplica.² Con todo, para hacer efectivo ese derecho penal se requiere, en ciertos casos, la existencia de un mecanismo jurídico que permita la entrega de personas de un Estado a otro a fin de que sean enjuiciados. Esto es útil porque para que un Estado pueda ejercer legítimamente su *ius puniendi* debe hacerlo respetando ciertas garantías procesales mínimas, entre las que se cuenta la proscripción del juicio en ausencia, ya que la presencia del imputado considerada como un presupuesto necesario para que pueda ejercer su derecho de defensa.³ De allí que, en los casos en que el imputado no se encuentre en el territorio del Estado que pretende ejercer jurisdicción sobre él, este deba solicitar su entrega a fin de poder

1 Cfr. WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 89 y ss.

2 Con la salvedad de ciertos mandatos de punibilidad con fuente en el derecho internacional.

3 Consagra el derecho de manera explícita el art. 14 para. 3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e indirectamente, garantizando el derecho de defensa, los pactos regionales sobre derechos humanos (art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

llevar adelante un proceso penal legítimo. Para este efecto es necesaria la institución jurídica de la extradición.

Puede suceder asimismo que una persona haya sido legítimamente condenada por un delito y no se encuentre en el Estado donde debe cumplir su condena. También en este caso puede emplearse la extradición como mecanismo jurídico para que un Estado pueda solicitar a otro la entrega de la persona a fin de que cumpla la condena penal que se le ha impuesto.

La importancia del juzgamiento y el castigo efectivo de los delitos para el buen funcionamiento del sistema penal,⁴ hace que tal vez la institución más relevante dentro de la cooperación judicial internacional en materia penal sea la extradición, que puede definirse como una institución jurídica que regula la entrega de un individuo por un Estado a otro, que lo reclama ya sea para juzgarlo penalmente o para ejecutar una pena ya impuesta.⁵

Hay consenso en la doctrina chilena en que la extradición es una institución jurídica y no solamente un procedimiento,⁶ pues comprende diversas consideraciones de orden material y opera aun a falta de regulación específica en tratados, conforme a principios de derecho internacional.

El presente trabajo tratará en particular acerca de la extradición pasiva, vale decir, se examinará la situación jurídica respecto de Chile como país que eventualmente es llamado a entregar a una persona a otro Estado, ya sea para que se siga un proceso en su contra o para que se le pueda aplicar la pena a la que ya se le ha condenado.⁷

El presente informe se estructurará del siguiente modo: una primera parte estará dedicada al derecho aplicable en los distintos aspectos de la extradición pasiva, deteniéndose en los principios de derecho internacional aplicables y terminando con una referencia al así llamado principio de legalidad en materia de extradición. Una segunda examinará el procedimiento de la extradición pasiva en Chile; y le seguirán referencias a la extradición de nacionales, a la legitimación activa para solicitar la extradición y a la procedencia de la extradición en menores de edad.

4 Como señalara ya Beccaria, para lograr un efecto preventivo del delito, más importante que la crueldad de la pena prevista es la seguridad de que se aplicará. Beccaria, Cesare. *Dei Delitti e delle Pene*: Con note di diversi scrittori e ricerche informo alla natura dello stile, Turín, Stamperia Dell'Unione Tipografico-Editrice, 1874, p. 59.

5 Definiciones similares se encuentran en NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno*, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 171; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 134; CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 218; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 144; BULLEMORE GALLARDO, Vivian / MACKINNON ROEHERS, John. *Curso de Derecho Penal*, tomo I, parte general, Lexis Nexis, segunda edición 2007, p. 115; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, tomo I parte general, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 143. Un concepto análogo se encuentra en la doctrina extranjera, cfr. MONROY C. Marco. *Régimen jurídico de la extradición*. Bogotá, Temis, 1987, p. 3 y s.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", Madrid, 1957, tomo II, p. 153.

6 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 136; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 143, con más referencias; FONTECILLA GALLARDO, Ricardo. "Los delitos políticos en la extradición". Tesis Universidad de Chile, 1981, p. 2.

7 La extradición recibe la denominación de "activa" respecto del Estado solicitante.

I. DERECHO APLICABLE EN CHILE EN MATERIA DE EXTRADICIÓN PASIVA

Este tema no carece de complejidad, puesto que si bien hay ciertas fuentes que se aplican por igual a todos los casos de extradición pasiva, otras variarán según el Estado de que se trate o incluso la según del delito de que se trate, en virtud de diversos tratados de extradición.

Las fuentes en juego son el derecho interno – entre las que resalta por su importancia el Código Procesal Penal – los tratados internacionales y los principios de derecho internacional en materia de extradición.

1. El derecho interno

En general, y para todos los casos, se aplican el Código Procesal Penal (en lo sucesivo CPP) y la demás legislación chilena, en cuanto hay remisión a ella o en cuanto rige supletoriamente.

2. Los tratados internacionales en materia de extradición

Entre las fuentes de derecho aplicable a considerar están los tratados internacionales en materia de extradición ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin perjuicio de la necesidad de examinar en cada caso concreto los tratados atingentes por las regulaciones especiales que puedan contener, hay ciertas materias en las cuales nuestra legislación interna se remite expresamente a ellos:

- Son la primera fuente para determinar si el delito que se le imputa a la persona cuya extradición se requiere o aquél por el cual se le hubiere condenado es de aquellos que autorizan la extradición.⁸
- Para la detención previa, tratada *infra*, prima la eventual regulación que contenga un tratado entre el Estado requirente y Chile (art. 442 CPP). El tratado determina también su duración, aunque existe norma supletoria en el Código Procesal Penal.
- Los tratados serán la primera fuente de requisitos para decretar medidas cautelares personales, supletoriamente rige el CPP (art. 466 CPP).
- Si en los tratados se garantizan ciertos derechos, su infracción sustancial mediante la tramitación del juicio y el pronunciamiento de la sentencia constituyen una causal del recurso de nulidad contra la sentencia que falla la petición de extradición (art. 450 CPP, art. 373 a) CPP).

El siguiente cuadro presenta los Estados con los que nos vincula un tratado de extradición.⁹

8 Los tratados más antiguos suelen incluir una lista de delitos por los que procede la extradición. Contemporáneamente ya no se utilizan listas, sino que basta con que el hecho tenga las características necesarias para fundar la extradición conforme a los principios de derecho internacional en materia de extradición.

9 Lamentablemente, la información acerca de qué tratados están vigentes puede resultar confusa en nuestro medio, de allí que se anexas a este trabajo los tratados actualmente vigentes.

Estado	Tratados bilaterales ¹	Tratados multilaterales	
		Código de Bustamante ²	Tratado de Montevideo ³
Argentina			X
Australia	X ⁴		
Bélgica	X ⁵		
Bolivia	X ⁶	X (con reservas)	
Brasil	X ⁷	X (con reservas)	
Canadá	X ⁸		
Colombia	X ⁹		X
Corea	X ¹⁰		
Costa Rica		X (con reservas)	
Cuba		X	
Ecuador	X ¹¹	X (con reservas)	X (con reservas)
España	X ¹²		
Estados Unidos	X ¹³		X (con reservas)
El Salvador		X (con reservas)	X (con reservas)
Guatemala		X	X
Haití		X (con reservas)	
Honduras		X	X (con reservas)
México			X (con reservas)
Nicaragua	X ¹⁴	X	X
Panamá		X	X
Paraguay	X ¹⁵		
Perú	X ¹⁶	X	
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	X ¹⁷		
República Dominicana		X (con reservas)	X
Uruguay	X ¹⁸		
Venezuela	X ¹⁹	X (con reservas)	

En nuestro medio, Novoa Monreal ha sostenido que para que proceda la aplicación de un tratado de extradición “es necesario que éste haya estado vigente tanto en el momento en que tuvo lugar el hecho como en el momento en el que se decreta la entrega del delincuente.”¹⁰ Sin embargo, siendo los tratados sobre extradición acuerdos de cooperación internacional en materia penal que no contemplan la tipificación de delitos ni el establecimiento de sanciones, no se ve por qué habría de hacerse extensiva a esta materia la garantía de la irretroactividad penal, tan vinculada al principio de legalidad penal, que rige para la descripción de conductas constitutivas de delito y el establecimiento de penas para el evento de que se cometan. Todo esto, claro, a menos de que el mismo tratado contenga una cláusula que expresa que sólo se aplicará a delitos cometidos luego de su entrada en vigor. En todo caso, tal cláusula no necesariamente resguardaría los derechos del imputado, que eventualmente podrían quedar mejor resguardados aplicando el tratado que por la sola aplicación de los principios de derecho internacional en materia de extradición y de la ley interna.

Además de los tratados reseñados en la tabla, Chile es parte en tratados sobre materias específicas que contemplan disposiciones acerca de la extradición. Los más importantes son la Convención Interamericana contra la Corrupción¹¹, que principal-

10 NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 173.

11 Art. XIII: “ Extradición: 1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención. 2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido

INFORMES EN DERECHO

mente asegura la calidad de extraditables de los delitos que señala; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive agentes diplomáticos,¹² la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas¹³ y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.¹⁴ Cabe por último hacer referencia a tratados que establecen derechos que pudieran eventualmente verse vulnerados por una extradición, como puede suceder, en ciertos casos, con la Convención sobre los Derechos del Niño.¹⁵ Ellos también serán fuente de derecho, aunque no se refieran específicamente a la extradición.

3. Los principios de derecho internacional en materia de extradición

3.1 Ámbito de aplicación, supletoriedad

El art. 373 b) CPP dispone que para determinar si el delito que se le imputa al *extraditatus* o aquél por el cual se le hubiere condenado es de aquellos que autorizan la extradición, a falta de norma expresa en un tratado con el Estado de que se trate, se aplican los principios de derecho internacional.

Esta supletoriedad de los principios frente al tratado es la regla general, siempre que los principios no sean de aquellos que son imperativos (*ius cogens*), caso en el cual tienen más alta jerarquía normativa que los tratados en el sistema de fuentes del derecho internacional.¹⁶ Si existe una norma de *ius cogens* en juego, cualquier tratado que la contradiga es nulo en cuanto lo haga, por lo que se aplicaría esa norma con preferencia al tratado.¹⁷

entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierne entre sí. 3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo." Son Estados partes de esta Convención: Argentina, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (fuente: ><http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/b-58.html>< [visitado el 18 de enero de 2009].

- 12 Son relevantes los arts 7 y 8. El art. 7 establece una obligación alternativa para el país donde se encuentre al presunto culpable de estos crímenes: o los extradita o los juzga (*aut dedere aut iudicare*). Cuenta con 171 Estados partes, el listado puede revisarse en ><http://treaties.un.org/doc/publication/mtdsg/volume%20ii/chapter%20xviii/xviii-7.en.pdf>< [visitado el 18 de enero de 2009].
- 13 Particularmente relevante es su art. 6. Tiene 183 Estados parte, la lista puede revisarse en ><http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=170&chapter=6&lang=en>< [visitado el 18 de enero de 2009].
- 14 Es relevante el art. VII. Cuenta con 140 Estados parte, el listado puede revisarse en ><http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=318&chapter=4&lang=en>< [visitado el 18 de enero de 2009].
- 15 Cfr. *infra*.
- 16 BROWNLEE, Ian. Principles of Public International Law, Oxford, Oxford University Press, fifth edition, 1998, p. 514 y ss. BASSIOUNI, M. Cherif. International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes, Law and Contemporary Problems 59 (1996), 63-74. BYERS, Michael. Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules, Nordic Journal of International Law 66 (1997), 211-239. HAOPEI, Li, Jus cogens and international law, en: Yee, Sienho/Tieya, Wang (ed.), International Law in the post-Cold War world, Essays in Memory of Li Haopei, Londres (2001), 499-522.
- 17 Esto no queda del todo claro del Informe de Fiscal en caso Fujimori, que al referirse a las fuentes (p. 17) parece dar preferencia a los tratados en todo caso.

3.2 Distinción de otras fuentes de derecho internacional

En cuanto a la determinación de los principios de derecho internacional en materia de extradición, nuestra jurisprudencia ha entendido que ellos pueden extraerse de los tratados, en particular de los dos tratados multilaterales más importantes que ha suscrito Chile en materia de extradición: el denominado Código de Bustamante (conocido en Chile como Código de Derecho Internacional Privado, en adelante CB) y el Tratado de Montevideo.¹⁸

Sin perjuicio de que nada se opone a que dichos principios de derecho internacional en materia de extradición se condigan con las normas contenidas en tratados, sino muy por el contrario, no es correcto identificar ciegamente a estos principios con las normas de tratados de ya 80 años de antigüedad, pues implicaría petrificar tales principios en una época incluso anterior al reconocimiento universal de los derechos humanos; ni menos cabe confundir a los principios de derecho internacional con otras fuentes de derecho internacional, como lo son la costumbre y las convenciones internacionales.¹⁹

3.3 Principios de derecho internacional para determinar si un delito es extraditable

Esta materia es tratada sin grandes diferencias por todos los autores que se han ocupado de la extradición.²⁰ Los principios aplicables son el de doble incriminación, el requisito de una cierta gravedad mínima del delito, la proscripción de la extradición para los denominados delitos políticos y militares, y la necesidad de que respecto del delito por el que se concede la extradición no haya operado alguna causal de extinción de la responsabilidad penal ni exista un obstáculo procesal para su persecución penal.

3.1.1 Doble incriminación

En aplicación de este principio, el hecho de que se trata debe ser constitutivo de delito tanto conforme al derecho del Estado requirente como conforme al derecho del Estado requerido.²¹ Naturalmente un Estado tendrá interés en cooperar con otro en obtener el castigo penal de una conducta sólo si esta es considerada punible por ambos. Esta idea es recogida en los tratados bilaterales, en el art. 353 del Código de Bustamante y en el art. 1 letra b) de la Convención de Montevideo.

En cuanto al momento en que debe existir esta doble incriminación, siendo la extradición una institución de cooperación internacional, este momento no puede ser otro que aquel en el que la cooperación se solicita. Con todo, en nuestra doctrina, Novoa Monreal ha señalado que la doble incriminación debe existir al momento en que se

18 Cfr. v. gr. sentencia de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 1944, Revista de Ciencias Penales, tomo 8, p. 34; Gaceta de los Tribunales, 1947, primer semestre, sentencia N° 31, p. 265, considerando 4 y ss.; RDJ tomo 51, año 1954, segunda parte, sección cuarta, p. 186, considerando 5 y ss.; RDJ tomo LIX, año 1962, p. 88 y ss., considerando 5. Más recientemente, sentencia de 30 de marzo de 2006, rol 688-2006, en que la segunda sala de la Corte Suprema confirma una sentencia de primera instancia, considerando 6 y 7.

19 Cfr. BROWNIE, Ian. Principles of Public International Law, Oxford, Oxford University Press, fifth edition, 1998, p. 18 y ss. Queda hecha esta salvedad pues esta confusión se encuentra en documentos de difusión pública. Cfr. el boletín del Ministerio Público N°21, de diciembre 2004, titulado "la extradición en el nuevo proceso chileno".

20 Cfr., por todos, NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 174 y ss.

21 Un ejemplo de la aplicación de este principio lo encontramos en Fallos del Mes N°441, 1995, p. 1061.

cometió el delito y subsistir hasta que se haga entrega de la persona cuya extradición se ha concedido.²² Al respecto sólo cabe señalar el peligro de caer en la confusión de pensar que el requisito de doble incriminación implica que la conducta en la que se funda la solicitud de extradición hecha por otro Estado debe ser actualmente punible en Chile. Al efecto hay que tener en cuenta que, aunque la conducta hubiese estado descrita como delito en Chile al momento de cometerse el delito, no será actualmente punible en Chile al momento de que deba resolverse la solicitud de extradición, salvo los casos en que se autoriza la aplicación extraterritorial del derecho chileno²³ y en los que se solicita la extradición por delitos cometidos en Chile en que el Estado requiriente pretenda aplicar extraterritorialmente su derecho penal. Pretender entonces igualar el requisito de doble incriminación con la existencia de un requisito de actual punibilidad de la conducta en Chile equivale a pretender que sólo en los casos de (potencial) ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal podrá otorgarse la extradición. Ya que esta conclusión no se condice con la teoría ni con la práctica de la extradición, habrá que afirmar que no hay razón para sostener la necesidad de que la conducta por la cual se solicita la extradición haya sido punible en Chile al momento de los hechos que dan motivo a la solicitud de extradición. Resulta comprensible que la conducta debe haber sido constitutiva de delito en el lugar y tiempo en que se cometió, pero en cambio no se entiende por qué el autor en comento sostiene que la conducta debe haber sido constitutiva de delito en el Estado requerido desde el momento de la comisión del delito. Siendo la extradición de una institución de cooperación internacional, no se divisa que alguna garantía pueda verse vulnerada si la conducta que sirve de base a la solicitud de extradición no era constitutiva de delito con anterioridad a la solicitud de extradición en el Estado donde se encuentra el imputado, siempre que el hecho punible no hubiese tenido lugar allí.

Politoff, Matus y Ramírez, por su parte, señalan²⁴ que “la doble incriminación debe ser juzgada en abstracto, el país requerido no debe entrar a examinar la procedencia de eventuales causales de justificación o de exculpación que, en el caso concreto, pudieran hacer desaparecer la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad del hechor.” Parece sin embargo que el requisito de la doble incriminación no se cumpliría si de los antecedentes que se acompañan al proceso resulta que la persona actuó en legítima defensa, o se trataba de un niño de 13 años al momento de los hechos, ya que el hecho no sería constitutivo de delito en Chile.²⁵ Con esta afirmación no se pretende que en cada caso de extradición deba comprobarse más allá de toda duda razonable que la conducta fue típica, antijurídica y culpable para extraditar – pues no estamos ante un juicio que atribuye responsabilidad penal – pero si de los antecedentes disponibles resulta que tal responsabilidad no existe en el derecho nacional, mal podría entregarse legítimamente a una persona a otro Estado que pretende hacerla efectiva cumpliendo con el requisito de la doble incriminación.

22 NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 174.

23 Cfr. *infra*.

24 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, tomo I parte general, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 147.

25 En este mismo sentido se encuentran disposiciones como el art. IV para. 5 del tratado entre Australia y Chile, conforme al cual “[I]a extradición no será concedida: 5. Cuando la persona buscada no pueda ser [...] declarada culpable en razón de alguna limitación [...] impuesta por las leyes de cualquiera de los dos Estados contratantes.

3.1.2 Gravedad del delito

Este requisito pretende reservar esta forma de cooperación internacional para conductas particularmente reprobables dentro del sistema jurídico, no se trata de una institución aplicable a todo delito. Siendo la naturaleza y duración de la pena asignada a un delito el principal indicador de la gravedad que el Estado asigna a la conducta, son estos los principales parangones para determinar el requisito de gravedad. Éste se encuentra regulado en nuestro derecho nacional, en el art. 440 CPP, que exige que en el país requirente los individuos se encuentren “imputados por un delito o condenados a una pena privativa de libertad superior a un año”.²⁶ Esta es la redacción textual del Código, que no es particularmente clara. El criterio de un año como duración mínima de la pena privativa de libertad es seguido por el Código de Bustamante (art. 354: “se exigirá que la pena [...] no sea menor de un año de privación de libertad”) y la Convención de Montevideo (art. I letra b); “con la pena mínima de un año de privación de libertad”. En cuanto a los grados de participación en el delito, puede extraditarse a procesados o condenados como autores o como partícipes.²⁷

El requisito de una pena privativa de libertad con un mínimo de un año se repite en varios tratados bilaterales.²⁸ Otros contemplan duraciones mínimas distintas. Así, para las extradiciones entre Chile y Ecuador, Uruguay o Paraguay, conforme al art. 2 de los respectivos tratados, la pena debe ser privativa de libertad superior a tres años, según las leyes del requirente. En el caso de una extradición a Estados Unidos, el requisito es que según la ley chilena la conducta de que se trate tenga pena de presidio u otra superior y en Estados Unidos sea una felonía. Hay, en fin, tratados que ofrecen una solución diferenciada: en el caso de las extradiciones para juzgar, la pena máxima no debe ser inferior a un año, mientras que en las extradiciones que se soliciten para cumplir condena, deben restar al menos seis meses por cumplir.²⁹

Aunque estas reglas son en apariencia bastante simples, su aplicación en la práctica puede suscitar dudas. Estas pueden darse por varias razones. Puede ser, en primer lugar, que del concurso de normas no resulte claro si la pena ha de tener como mínimo un año (regla general en los convenios) o más de un año (como lo señala la ley interna). Podría incluso algún intérprete estimar que conforme a la ley chilena bastaría con que la persona se encuentre imputada de un delito, sin más, para que proceda la extradición. Sin embargo, de una interpretación sistemática – teniendo en

26 Se denegó la solicitud de extradición solicitada por parte de Argentina de una persona que había sido condenada, siendo menor de edad, a la medida de libertad asistida por el término de un año, como medida de tratamiento. Se consideró, para fundamentar la denegación, que esta resolución no tendría el carácter de sentencia definitiva. La medida de libertad asistida “no basta para satisfacer los estándares penales que hacen procedente un pedido de extradición” (sentencia del Ministro Nivaldo Segura de 28 de enero de 2008 en causa rol N°476-2008, considerando duodécimo).

27 El art. 352 del Código de Bustamante se refiere a autores, cómplices y encubridores, el tratado con el Reino Unido a autores y partícipes (art. II para. 2); algunos tratados bilaterales se refieren a autores y cómplices (ej. tratado con Bélgica, art. V N° 2; tratado con Bolivia, art. I; tratado con Ecuador, art. 1). Con todo, antes de sacar conclusiones apresuradas en cuanto a que en estos casos se excluye a los encubridores habrá que examinar qué clases de participación criminal se conocen en el otro Estado parte del tratado, pues bien puede ser que se le de al término “cómplice” un significado más amplio que el usual para nosotros.

28 V. gr. los tratados con Bélgica, Brasil, Colombia, en sus respectivos arts. 2, Gran Bretaña art. 5 inc. 2, los tratados con Australia y Corea, art. II para. 1.

29 Ej. los tratados con España y Nicaragua, art. 2 para. 1 y 2 y el tratado con México art. 2, con la salvedad de que la pena que se arriesga por el delito que se quiere juzgar debe tener un mínimo superior a un año.

INFORMES EN DERECHO

consideración el art. 431 del Código Procesal Penal³⁰ y las normas internacionales sobre la materia – no resulta que esa sea la interpretación más plausible.

En caso de que se produjera una discusión sobre ese punto, desde el punto de vista del derecho internacional al Estado de Chile no le sería lícito apoyarse en su derecho interno para incumplir un tratado internacional³¹, por lo que debiese preferirse el plazo del tratado aunque sea menor que el previsto en la ley. En caso de que algún convenio bilateral contemple penas mínimas que tengan mayor duración que el mínimo señalado en el Código Procesal Penal, habrá que estarse al tenor del tratado: si éste dispone que solamente en esos casos podrá proceder una extradición, habrá de denegarse la extradición en los demás casos, si en cambio no excluye la extradición en otros casos, puede aplicarse el mínimo establecido en nuestra legislación interna. En este último caso, la fuente de la extradición ya no será el tratado, sino los principios de derecho internacional en materia de extradición. De actuar de otra forma, la existencia de un tratado bilateral de extradición implicaría, en ocasiones, dar un trato menos favorable al Estado contraparte del tratado que a un tercer Estado, habida cuanta de que sería nuestra contraparte en el tratado la que solicitaría la extradición.

Otro punto de discusión, que puede resultar algo más complejo, es el determinar el modo en que ha de considerarse cumplido el requisito respecto de los casos en que se solicite la extradición para juzgar a una persona. El problema se circunscribe a la extradición para juzgar porque si existe una condena que cumplir, estará ya específicamente determinada la pena en su duración exacta, por lo que se podrá revisar sin inconvenientes si es privativa de libertad superior al mínimo o no lo es. En cambio, si es que la persona cuya extradición se solicita va a ser juzgada, el intérprete tiene a su haber solamente un marco de pena, no la pena determinada. De allí que surja la disyuntiva de si el mínimo de pena requerido para que el delito sea extraditible ha de cumplirse respecto de la duración mínima del grado o si basta con que la persona arriesgue una pena de hasta el mínimo exigido, según las circunstancias del caso. Mayoritariamente, nuestra jurisprudencia considera que se puede otorgar la extradición siempre que el marco legal contemple la pena de un año o superior.³² La doctrina nacional sigue el mismo criterio.³³ Con todo, un argumento basado en una aproximación sistemática de la regulación sobre extradición otorga un convincente argumento en contra: al referirse a los requisitos de extradición activa, el art. 431 CPP: exige que se trate de “un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año”. No parece haber razones para que el requisito para solicitar la extradición sea más exigente que para otorgarla. De allí que habrá que entender que, conforme a la legislación chilena, podrá otorgarse la extradición para juzgar a una persona por delitos para los que estén prevista la pena de presidio o reclusión en su grado medio o una superior (que comienza en 541 días).

30 Que referido a la extradición pasiva establece como requisito que la duración mínima de la pena privativa de libertad ha de exceder de un año.

31 Según dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por Chile el 9 de abril de 1981.

32 Puede consultarse, a modo de ejemplo de esta tendencia, RDJ tomo 54, sección cuarta, 1957, p. 197. Esta línea, sin embargo, no es uniforme. Un ejemplo de jurisprudencia contraria puede encontrarse en Fallos del Mes, tomo 3, sección criminal N°2, p. 1330.

33 GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 146; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, tomo I parte general, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 148.

El punto da pie para que continúe siendo controvertido, dado que, si se acepta que basta con que el máximo de la pena exceda del año de privación de libertad, podría darse la situación de que se extradite por un delito que, en definitiva, amerite una pena menor que esa, con lo que no se cumpliría con el objetivo del principio de dejar fuera del régimen de extradición a los delitos que no cumplan con ciertos estándares de gravedad. Por otra parte, si se considera que el mínimo de la pena debe exceder de un año de privación de libertad, se estaría dejando fuera del régimen de extradición a personas que han cometido delitos que en el caso concreto ameritarían una pena mayor de un año. En cualquier caso, este dilema puede dirimirse aplicando el principio *pro reo*, en el sentido de que el riesgo de incumplir la regla extraditando a una persona que no debía ser extraditada debe ser tomado como uno más grave que el de denegar la extradición respecto de una persona respecto de la cual en principio hubiese procedido.

3.3.3 Debe tratarse de delitos comunes

Al tratar este requisito suele señalarse que representa un ejemplo de los vaivenes que ha experimentado esta institución jurídica, puesto que en sus orígenes la extradición existía solamente para los delitos políticos, que hoy quedan fuera de su ámbito de aplicación. Actualmente, conforme a los principios de derecho internacional en materia de extradición, no son extraditables los delitos políticos ni los militares.

A) DELITOS POLÍTICOS

Para decidir si estamos ante delitos comunes o ante delitos políticas se distinguen tradicionalmente dos criterios: uno subjetivo y uno objetivo. Mientras el subjetivo hace hincapié en los fines perseguidos por el agente –si el fin es político o altruista el delito lo es– conforme al criterio objetivo lo determinante para establecer la naturaleza política del delito es la naturaleza del derecho lesionado.³⁴

Nuestra jurisprudencia ha seguido una teoría ecléctica, exigiendo ambos requisitos: en lo objetivo se requiere lesión o peligro para la organización política o la normalidad constitucional; en lo subjetivo se debe actuar con móviles altruistas y patrióticos.³⁵

Con todo, se suele excluir de la categoría de delitos políticos a los graves crímenes contra las personas. Nuestra jurisprudencia, siguiendo este criterio, considera que los delitos de extorsión, homicidio y robo con violencia son comunes, sin importar su finalidad.³⁶ Este es también el fundamento de la denominada “cláusula Belga”,³⁷ conforme

34 Cfr., por todos, NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 243 y ss.

35 Cfr. sentencia de 24 de septiembre de 1957, considerando quinto, citada en NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 178.

36 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal en la Jurisprudencia I, 29, p. 52, IV, 491, p. 19. Cfr. como manifestación de este principio el art. 3 del tratado con Perú: “No podrá concederse la extradición por delitos políticos [...] pero se concederá, aún cuando el culpable alegue un motivo o fin político si el hecho por el cual ha sido reclamado constituye principalmente un delito común, como homicidio, envenenamiento, mutilaciones, heridas graves voluntarias y premeditadas, atentados a la propiedad pública o privada, por incendios, explosión, inundación y robos. / Para la aplicación de las reglas que preceden, no se reputan delitos políticos los actos criminales o de anarquismo dirigidos contra las bases de toda organización social.”

37 La denominada “cláusula belga” recibe ese nombre por haber sido establecida por primera vez en una ley belga de 1856, y establece una excepción al principio de que los delitos políticos no son extraditables, en el sentido de que hace obligatorio entregar al delincuente que haya atentado contra la vida del jefe de Estado o de miembros de su familia. Cfr. MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 47 y ss.

INFORMES EN DERECHO

a la cual “no se reputará delito político ni hecho conexo con delito de esa naturaleza el atentado contra la persona del jefe extranjero, o contra de los miembros de su familia, cuando este atentado constituya homicidio, asesinato o envenenamiento”.³⁸ En un sentido análogo, el art. 9 inciso final de la Constitución Política de la República excluye la posibilidad de que las conductas terroristas puedan ser consideradas delitos políticos.

En doctrina se distingue entre delitos políticos puros, complejos y conexos. Se denomina delitos políticos puros a aquellos que atentan contra la estructura política del Estado, se denominan delitos políticos complejos o relativos a aquellos que atentan, además, contra bienes jurídicos comunes (ej. magnicidio) y son, por último, conexos, los delitos no políticos que se lleva a cabo para facilitar la comisión de un delito político.³⁹ Solamente respecto de los primeros existe consenso en que no procede la extradición.

El art. 355 de Código de Bustamante dispone que “[e]stán excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido”. Una norma de similar tenor está contenida en el art. III letra e) de la Convención de Montevideo⁴⁰ y en varios convenios bilaterales.⁴¹

El art. 356 de código de Bustamante dispone que tampoco tendrá lugar la extradición si se probare que la petición de entrega se ha hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político. Disposiciones análogas se encuentran en algunos tratados bilaterales.⁴² Este precepto, que parece dar lugar a la averiguación y prueba de los motivos del Estado para solicitar la extradición, parece innecesaria a la luz de los efectos de la extradición: ya que la persona extraditada sólo podrá ser juzgada por el delito por el cual fue extraditada, si el delito por el que se le extradita no tiene carácter político, no podrá ser juzgada en el país solicitante por otro de ese carácter, salvo que permanezca allí voluntariamente, lo que ya escapa al poder de control del Estado requerido.

Se suele señalar que el fundamento para no extraditar por delitos políticos estaría dado porque ellos solamente afectan al régimen político de un Estado, no así al Estado al que se solicita la extradición.⁴³ En definitiva, contemporáneamente se busca que

38 Tratado con Bélgica art. 3. También se contiene en el art. 357 del Código de Bustamante “homicidio o asesinato del jefe de un Estado contratante o de cualquier persona que en él ejerza autoridad”.

39 Garrido pone como ejemplo el robo de un automóvil, cfr. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 149. Trata también esta distinción CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 221 y s.

40 Con el matiz de que los Estados partes de esta convención “no están obligados” a conceder la extradición en estos casos.

41 El mismo principio de reproduce en Convenios bilaterales: Chile-Bélgica: art. II N°2, Chile-Bolivia art. 3, Chile-Brasil art. 4 letra a), Chile-Colombia, art. III, Chile-Ecuador art. II y art. VI N°1, Chile-España art. II y art. VI N°1, Chile-Estados Unidos art. VI, Chile-Gran Reino Unido art. VI, Chile-Paraguay art. II y art. VI N°1, Chile-Perú art. III, Chile-Uruguay art. II y art. VI N°1, Chile-Venezuela art. VI N°1.

42 Tratado con Estados Unidos, art. 6: “No será entregado” en fugitivo al que se le imputa un delito de carácter político o respecto del cual se prueba la intención de enjuiciarlo y castigarlo por un delito de ese carácter. Cfr, también el art. 6 del tratado con el Reino Unido y el art. 4 del tratado con Venezuela, que excluye el expresamente genocidio, los actos terroristas y el atentado contra la vida del jefe de Estado.

43 NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 177; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional penal, Consejo superior de investigaciones científicas, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1957, tomo II, p. 231: “el

un Estado no esté obligado a entregar a personas que son políticamente perseguidas al Estado que las persigue.⁴⁴

B) DELITOS MILITARES

Tampoco se consideran extraditables los delitos militares,⁴⁵ entendidos como conductas que son punibles solamente si son cometidas por militares en servicio, infracción puramente de deberes militares.⁴⁶ El art. 4 del tratado de extradición entre Chile y Venezuela señala que “se considerarán delitos puramente militares las infracciones que consisten en acciones u omisiones ajenas al derecho penal común y tendientes al mantenimiento del orden y la disciplina de las mismas”.⁴⁷

Su exclusión del régimen común se explicaría porque estos son delitos especiales, y para el país requerido la persona ya no tendrá la calidad de sujeto activo calificado. Ese argumento sin embargo, no es del todo convincente, ya que hay consenso en que los delitos cometidos por funcionarios públicos, a los que podría aplicarse el mismo razonamiento, son extraditables, existiendo incluso a ese respecto la Convención Interamericana contra la Corrupción, que vincula a Chile.

3.3.4 No ha de haber operado alguna causal de extinción de la responsabilidad penal, ni ha de existir obstáculo procesal para la persecución penal

Este requisito, que resulta ser complementario del de doble incriminación – no basta con que la conducta sea constitutiva de delito en el Estado requirente y en el requerido, debe además poder asegurarse que no haya operado a su respecto alguna causalidad de extinción de la responsabilidad penal ni hay obstáculo a la persecución penal – cuenta con varias manifestaciones más concretas. Así, en virtud de él no deben estar prescritas la acción penal ni la pena en el Estado requirente ni en el Estado requerido, y la persona cuya entrega se solicita no ha de haber cumplido condena ni haber sido absuelto por los mismos hechos. El mismo fundamento puede esgrimirse para exigir que la persona cuya entrega se solicita no se encuentre procesada en el país requerido con fundamento en las conductas por las cuales se solicita la extradición.

delito político es nacional”, mediante él “se vulnera o arriesga un orden localmente predeterminado”, de suerte que un mismo hecho será considerado criminal en un Estado y no en otro.

44 Cfr., con más referencias, GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 149. Un ejemplo de este espíritu se encuentra en un tratado de los más recientes, el que nos vincula con Corea, en su art. 3 para. 4: “No se otorgará la extradición en virtud del presente tratado[...]: 5. Cuando la parte requerida tiene razones fundadas para suponer que la solicitud de extradición ha sido presentada con miras a someter a proceso o castigar a la persona cuya extradición se pretende a causa de su raza, religión, nacionalidad o credo político”.

45 Este principio está recogido en el art. III de la Convención de Montevideo: “El Estado requerido no está obligado a conceder la extradición cuando se trate de [...] delitos puramente militares”. Los tratados con España, con Nicaragua y con México establecen expresamente que no se aplican a delitos estrictamente militares (art. 6 de los dos primeros y art. 5 del último).

46 NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 179; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 137; FONTECILLA GALLARDO, Ricardo. “Los delitos políticos en la extradición” Tesis Universidad de Chile, 1981, p. 55.

47 Cfr. también el art. V para 5 del Tratado entre Chile y Australia, que faculta a denegar la extradición cuando se persiga castigar delitos militares.

INFORMES EN DERECHO

A) AUSENCIA DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y LA PENA

Para el caso de que se solicite la extradición para la persecución penal de una persona, será relevante la ausencia de prescripción de la acción penal, en tanto la ausencia de prescripción de la pena será relevante más bien para los casos en que se solicite la extradición para el cumplimiento de la pena.

El requisito de la ausencia de prescripción está recogido en los dos principales convenios multilaterales de extradición suscritos por Chile, aunque con ciertos matices. El art. 359 del Código de Bustamante exige que no estén prescritas la acción penal o la pena en el Estado requirente o en el Estado requerido, mientras el art. III de la Convención de Montevideo, por su parte, establece que el Estado no está obligado a conceder la extradición “a) cuando estén prescritas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculpado”. El asunto es tratado, también de manera diferente, por distintos tratados bilaterales. Mientras algunos optan por exigir que no exista prescripción en el Estado requerido⁴⁸ y otros exigen que no exista en el requirente,⁴⁹ la mayoría se inclina por exigir que no exista ni en el requerido ni en el requirente.⁵⁰

Esta disparidad de criterios hace que sea plausible que a falta de tratado se presente la discusión acerca de cuál o cuáles legislación(es) se ha de tener en cuenta a la hora decidir sobre la extradición.⁵¹ En definitiva ha de tomarse en cuenta, en todo caso, la legislación sobre prescripción del Estado requirente. Habida cuenta de que se discute si se entregará a una persona precisamente para que sea juzgada o para que cumpla su condena, resulta del todo ilógico extraditar a una persona a un Estado que no podrá juzgarle o castigarle, por encontrarse prescritas la acción legal o la pena conforme a su legislación. En cuanto a la legislación del Estado requerido, el hecho de que en varios tratados se requiera consultarla en materia de prescripción parece ligado en cierta forma al requisito de gravedad. Normalmente el tiempo de prescripción es proporcional a la gravedad del delito – mientras más grave se considere al delito más extenso es el plazo de prescripción y viceversa, por lo que si el Estado requerido contempla plazos de prescripción breves respecto de un delito es consecuencia de que no lo considera tan grave. Ello otorga un argumento para considerar también la legislación del Estado requerido en la decisión de extraditar. Teniendo en cuenta que si la conducta hubiese sido cometida en el Estado requerido éste ya no tendría interés en perseguir en razón del tiempo transcurrido, decae asimismo el interés de ese Estado en cooperar con que otro Estado pueda perseguir la responsabilidad penal por esa conducta.

Otro punto que suele reseñarse es la aplicabilidad o del art. 100 del Código Penal⁵² para los efectos del cómputo del plazo de prescripción en materia de extradición. La jurisprudencia actual⁵³ lo considera aplicable, lo que parece congruente. Si hay que

48 Tratados con Bélgica art. 3 N°2, con Estados Unidos art. 7, con Colombia y con Perú, ambos art. 5 N°2.

49 Tratados con Paraguay, con Ecuador y con Uruguay art. 6 N°4; Tratado con Bolivia art 5 para. 2.

50 Tratados con Gran Bretaña art. 5, con España art. 9 c), con Corea art. 3 N°3, con Australia art. IV N°5, con Brasil art. 4 letra c), con México art. 9, con Venezuela art. 4 N°2, con Nicaragua art. 9 letra c).

51 SÁNCHEZ MAGNONI, Alejandro. Doctrina de la Fiscalía de la Corte Suprema en relación con la extradición pasiva y el recurso de inaplicabilidad. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 17 y ss.

52 Art. 100 del Código Penal: “Cuando el responsable se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años.”

53 Cfr. considerando undécimo de fallo de segunda instancia en caso Fujimori.

determinar la prescripción para el Estado de Chile, es lógico que se apliquen todas las normas que sobre la materia rigen en el Estado.

B) QUE LA PERSONA NO HAYA CUMPLIDO CONDENA NI HAYA SIDO ABSUELTA POR LOS MISMOS HECHOS

Se trata de un reconocimiento internacional de la excepción de *ne bis in idem*, recogida en el art. 358 del Código de Bustamante.⁵⁴ El principio *ne bis in idem*⁵⁵ es una garantía ampliamente reconocida a favor de toda persona que ha sido juzgada por un delito que impide que sea sometida nuevamente a un proceso penal por la misma conducta, sin importar si fue condenada o absuelta.

Conforme a este principio está prohibido tanto reiterar el castigo por una conducta – en caso de que la persona haya cumplido su pena luego de ser condenada⁵⁶ – como también reiterar la persecución penal.⁵⁷ El *ne bis in idem* está reconocido como derecho fundamental en varios tratados,⁵⁸ lo que ha dado pie a que parte importante de la doctrina considere que ha de aplicarse no solamente para procesos dentro del mismo Estado, sino también en otros tribunales, sea extranjeros o internacionales.⁵⁹

En Chile, Novoa Monreal⁶⁰ parece plantear restricciones a este principio, al acotar su aplicación sólo a las condenas cumplidas o absoluciones pronunciadas en el Estado requerido. No excluye entonces expresamente la posibilidad de que se le pueda otorgar la extradición a un Estado que requiera a una persona por hechos respecto de los cuales ésta ya ha sido absuelta o ha cumplido condena, sea en el mismo Estado requerente o en un tercer Estado. Al respecto, parece oportuno señalar que no sería sostenible que sometiera a una persona bajo la jurisdicción chilena a las restricciones de derechos que implica el procedimiento de extradición, máxime cuando se hace con miras a sufrir un nuevo procedimiento penal en su contra y/o una nueva condena.⁶¹ Si Chile colaborara con que el mismo Estado juzgue dos veces a una persona por la misma conducta, estaría colaborando a todas luces con el incumplimiento de un derecho respecto de una persona que se encuentra en su territorio, lo que no resulta presentable habida cuenta del deber del Estado de respetar y garantizar los derechos de todas las personas. Aún en los casos en que la absolución en un tercer Estado

54 También en tratados bilaterales, como el tratado con Corea, art. 3 para. 3 y art. 16; y el tratado con España. Art. 9 letra d).

55 Que corresponde ampliamente, si bien no de manera idéntica, a la prohibición de *double jeopardy* del *common law*. Cfr. FRIEDLAND, Martin. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

56 Nuestra Corte Suprema ha decidido acoger la alegación del extraditatus que ha sido condenado por un tercer Estado y ha cumplido la pena impuesta. Cfr. sentencia de 5 de junio de 1995, Rol N°10-1993, redactada por el Ministro Marcos Aburto.

57 Con más antecedentes, SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes "ne bis in idem"*, *Juristische Schulung* (1997) p. 227 y ss.

58 Art. 14 para. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 para. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 para. 4 del Séptimo Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

59 Cfr., por todos, VAN DEN WYNGAERT, Christine/STRESSENS, Guy. *The international Non Bin in Idem Principle: resolving some of the unanswered questions*. 48 *International and Comparative Law Quarterly* (1999), 779, 781. También existen autores que sostienen que el principio solamente tiene vigencia para persecuciones o condenas dentro de un mismo Estado, cfr. SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem*, Berlín et al., Springer, 1999, p. 54.

60 NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno, parte general*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 181.

61 Cfr. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 139.

INFORMES EN DERECHO

pueda atribuirse a una mera parodia de juicio,⁶² sería discutible que un Estado, en igualdad jurídica con los demás, pueda iniciar un proceso por un hecho respecto del cual ya existe sentencia firme de otro Estado.⁶³

C) QUE LA PERSONA NO SE ENCUENTRE PROCESADA EN EL PAÍS REQUERIDO POR LOS MISMOS HECHOS QUE MOTIVAN LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN

Este requisito también se encuentra recogido en el art 358 del Código de Bustamante,⁶⁴ e implica el reconocimiento internacional de la excepción de *litis pendencia*, antesala del *ne bis in idem*.

Ahora bien, aún respecto de un delito distinto del que motiva la solicitud de extradición, si el sujeto lo ha cometido en Chile antes de la solicitud de extradición, el Estado chileno puede perseguirlo y condenarlo, y extraditarlo una vez cumplida la condena. Si en cambio el sujeto comete un delito en Chile después de la solicitud de extradición, puede ser extraditado, y a su vez Chile puede solicitar la extradición una vez que el sujeto haya sido sometido a juicio y eventualmente cumplido su condena en el extranjero.

4. El llamado principio de legalidad en materia de extradición

Hemos pasado revista a las fuentes de derecho aplicables en materia de extradición. Este acápite tiene por finalidad detenerse sucintamente en una materia que no debe llamar a confusiones.

En materia de extradición se menciona tradicionalmente un así denominado principio de legalidad, que, como primera prevención, cabe distinguir claramente del principio de legalidad en materia penal sustantiva.⁶⁵ Este último, uno de los principales límites al *ius puniendi* estatal, que se alza por lo mismo como garantía para las personas reconocida con rango constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, importa que nadie puede ser castigado penalmente por una conducta que no haya tenido carácter punible al momento de ejecutarla en el lugar donde se llevó a cabo, y que no se puede aplicar como consecuencia de una conducta descrita como punible otra pena que la prevista. El principio de legalidad en materia penal sustantiva, en los países de tradición jurídica continental, como lo es Chile, alcanza entonces a dos aspectos: la descripción de las conductas – debe estar descrito en la ley al menos el núcleo de la conducta – y las penas, que deben estar descritas en la ley al menos en cuanto a su naturaleza, mínimo y máximo.⁶⁶

62 Casos que sí se contemplan como excepciones nominales al principio *ne bis in idem*, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y normalmente también en los derechos internos (como el art. 743 letra e) CPP).

63 Claro está que esto supone que la sentencia extranjera conste con las formalidades debidas en el proceso, no sería exigible que el tribunal de oficio esté obligado a averiguar, para cada caso, si en algún Estado existe alguna sentencia respecto de los hechos.

64 También en tratados bilaterales, como el tratado con Corea, art. 3 para. 3.

65 Se hace especial hincapié en esta distinción, puesto que nuestra jurisprudencia no contribuye a esclarecer el punto. Cfr. la sentencia de la Corte Suprema de 18 de octubre de 2005 en causa rol N° 4309-2005.

66 Esta garantía se entiende flanqueada por otras, entre las que destacan la garantía de jurisdicción y la garantía de ejecución. Conforme a la primera de ellas, la declaración de la existencia de un delito debe ser hecha por un órgano jurisdiccional competente y con respeto de ciertas garantías mínimas. Conforme a la segunda, la garantía de ejecución, la forma de cumplir las penas debe estar prevista en una ley, no en normas de rango menor.

En materia de extradición, en tanto, lo que tradicionalmente se conoce como principio de legalidad significa reconocer que sólo se podrá conceder la extradición conforme a una ley o a un tratado y por los delitos previstos en ellos, vale decir, toda extradición ha de tener una base jurídica y, *a contrario sensu*, no ha de otorgarse una extradición al margen del derecho.

En la práctica jurídica, este principio fue particularmente relevante en la época en que la extradición se concedía sólo excepcionalmente, y aun en los casos en que existían tratados de extradición, éstos contenían listas de delitos respecto de los cuales la extradición procedía.⁶⁷

Actualmente, en Chile la extradición se sigue concediendo con base jurídica, conforme a los tratados o la ley, y en ese sentido el denominado principio de legalidad en materia de extradición no se ha dejado de lado. Sin embargo, cabe tomar nota del cambio en el contenido de las fuentes a las que hace referencia: así, en lo que a los tratados respecta, desde los celebrados en la década del 1930 en adelante se afirmó definitivamente la tendencia de dejar atrás el sistema de *numerus clausus* en cuanto a los delitos respecto de los cuales la extradición procede, regulándose, al revés, los casos excepcionales en los que puede no otorgarse o derechamente no procede, en consonancia con los principios de derecho internacional en materia de extradición a los que ya se ha pasado revista. En tanto, en lo que respecta a la ley como fuente de la extradición, la legislación chilena vigente manda que, comprobándose ciertas circunstancias, “el tribunal concederá la extradición” (art. 449 del Código Procesal Penal). Respecto los delitos por cuales procede la extradición, el requisito legal señala:

que el delito [...] sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional.⁶⁸

Estos principios a los que la ley refiere, conforme lo revisado *supra*, informan un sistema en el que se ha reducido considerablemente el número de casos en los que, conforme a derecho, la extradición puede legítimamente no concederse o es derechamente improcedente.

En suma, la progresiva apertura respecto de la procedencia de la extradición que ha tenido lugar en el último siglo no obsta a que ésta haya de otorgarse con una base jurídica, sino que tiene como consecuencia que el énfasis del examen acerca de los delitos respecto de los cuales la extradición procede ha dado un vuelco: si hace 100 años conforme a los tratados y leyes vigentes un punto relevante del examen consistía en examinar respecto de qué Estados y delitos casos procedía excepcionalmente, hoy, también conforme a los tratados y leyes vigentes, lo relevante es examinar respecto de qué delitos puede no concederse o no procede, todo esto conforme a las fuentes que se han revisado en esta primera parte del trabajo. Como resultado de este desarrollo,

67 Podemos observar, a título ilustrativo, las listas que contienen nuestros tratados bilaterales sobre extradición más antiguos: el art. II del tratado con Gran Bretaña (firmado en 1897, canje de ratificaciones, promulgación y publicación en 1898); el art. I del tratado con Bélgica (firmado en 1899, canje de ratificaciones y promulgación en 1904); el art. II del tratado con Estados Unidos (firmado en 1900 y 1901, canje de ratificaciones, promulgación y publicación en 1902); art. II del tratado con Colombia (firmado en 1914, canje de ratificaciones y promulgación en 1928, publicación en 1929), art. II del tratado con Bolivia, (firmado en 1910, canje de ratificaciones, promulgación y publicación en 1931).

68 Artículo 449 letra b) del Código Procesal Penal.

contemporáneamente la invocación del denominado principio de legalidad en materia de extradición cobra importancia práctica preponderantemente en los casos en los que la ley o el tratado prohíben la extradición.

II. EL PROCEDIMIENTO DE LA EXTRADICIÓN PASIVA

El procedimiento aplicable a la extradición pasiva está regulado en los artículos 440 y siguientes del Código Procesal Penal (en adelante CPP), en el párrafo II de su libro IV.

El procedimiento puede esquematizarse como sigue:

- Eventualmente, antes de recibirse la solicitud formal de extradición: detención previa (art. 442 CPP)
- Procedimiento de una solicitud formal de extradición
 - i. El Ministerio de Relaciones Exteriores recibe una solicitud de extradición.
 - ii. El Ministerio de Relaciones Exteriores remite la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema.
 - iii. La Corte designa a un Ministro para que conozca del procedimiento como tribunal de primera instancia.
 - iv. El Ministro fija día y hora para la audiencia pública de extradición.
 - v. Si se quisiere rendir prueba documental, testimonial o pericial se debe presentar una solicitud, con al menos tres días de anticipación (art. 444 CPP).
 - vi. Audiencia pública de extradición pasiva.
 - vii. Fallo de extradición pasiva (art. 449 CPP): se dictará por escrito dentro de quinto día de terminada la audiencia.
 - viii. Recursos contra la sentencia (art. 450 CPP): apelación y nulidad fundada en una de las causales previstas en el art. 373 letra a) y 374. Corresponderá conocer de estos recursos a la Corte Suprema.

A continuación se tratará cada una de las actuaciones reseñadas con algo más de latitud.

1. La detención previa

Según dispone el art. 442 CPP, eventualmente, aún antes de recibirse la solicitud formal de extradición, cualquier Estado puede solicitar la detención de una persona que se encuentre en el territorio nacional si:

- i) así se estipula en un tratado con ese Estado, o
- ii) la solicitud contiene las siguientes menciones:⁶⁹
 - identificación del imputado
 - existencia de una sentencia condenatoria para el imputado o de una orden privativa o restrictiva de la libertad en su contra

⁶⁹ Cabe hacer notar que en nuestra legislación actual no tiene como requisito la reciprocidad, a la que tanta importancia se le otorgaba tradicionalmente por los tratadistas.

- calificación del delito que motiva la resolución
- lugar y fecha de comisión del delito que motiva la resolución
- declaración de que se solicitará formalmente la extradición

Con estos antecedentes, un Ministro de la Corte Suprema podrá decretar una detención de hasta por dos meses desde que el Estado extranjero es notificado de la detención. Este plazo de dos meses es supletorio, si un tratado entre los Estados involucrados establece otro plazo, éste prefiere al plazo legal.

El tiempo previsto en un tratado como máximo para la detención sin que se presente formalmente la solicitud de extradición puede mayor que los dos meses⁷⁰ o de menor duración.⁷¹

En cualquier caso, la posibilidad de privar de libertad a una persona por un periodo prolongado de tiempo sin que se prevea que siguiera se oiga al imputado no está exenta de problemas, más aún cuando en esta etapa tampoco se exige que se revise si *a priori* existen los requisitos para hacer viable la extradición (ej. no se exige que se cumpla con la doble incriminación). Haría falta que se regularan de mejor manera garantías para este periodo, sobre todo en cuanto al derecho de defensa.

Con todo, si bien no está expresamente regulado el artículo que trata de este medida, nada excluye que en esta etapa pueda solicitarse la libertad del imputado, basándose en el derecho de toda persona, garantizado en la Constitución, a la libertad personal y la seguridad individual. Al igual de como sucede para la prisión preventiva, en este caso la medida de detención solamente sería procedente si no lo es otra menos gravosa que cumpla igualmente el objetivo de asegurar las finalidades del procedimiento de extradición. Al efecto puede invocarse, aparte de las normas de superior rango, el art. 447 CPP,⁷² conforme al cual las medidas cautelares personales pueden modificarse, revocarse o sustituirse en cualquier estado del procedimiento, debiendo tomarse los resguardos pertinentes para evitar la fuga del imputado.

2. Procedimiento a partir de la recepción de la solicitud de extradición

2.1 Recepción de la solicitud por el Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores recibe una solicitud de otro Estado para extraditar a una persona.

Una vez presentada la solicitud, el Estado requirente puede solicitar prisión preventiva u otras medidas cautelares personales (art. 446 CPP).

70 El Tratado de extradición entre Chile y Bélgica prevé en su art. VI un arresto previo a la solicitud oficial de extradición, hasta por 70 días, el tratado con España prevé una duración máxima de 80 días de privación de libertad sin que se concrete la solicitud de extradición (art. 21 para. 4). Hay tratados que prevén plazos de 60 días, que, según los casos, al menos conforme al derecho chileno pueden en el caso concreto llegar a ser más cortos o más largos que el plazo de dos meses que establece el Código. Este plazo máximo de 60 días lo encontramos en el tratado entre Chile y Australia (art. XIII para. 4), en el tratado entre Chile y Venezuela (art. 11 para. 3) y en el tratado entre Chile y Nicaragua (art. 21 para. 4).

71 El tratado con Paraguay, en su art. IV inc. 1, establece el plazo de un mes; el tratado con Corea, por su parte (art. 12 para. 4), establece un plazo máximo de 50 días.

72 De hecho, el art. 447 se agregó en el Senado, al igual que la detención previa, que tampoco estaba contemplada en el anteproyecto de ley. Cfr ><http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>< [visitado el 28 de enero de 2009], segundo trámite constitucional, oficina de Cámara revisora a Cámara de origen, p. 1845 y 1847.

INFORMES EN DERECHO

2.2 Remisión de antecedentes a la Corte Suprema, designación de Ministro

El Ministerio de Relaciones Exteriores remite la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema⁷³ siempre que (art. 340 CPP)

- se solicitare la extradición de personas que se encuentran en el territorio nacional y
- los individuos se encuentren “imputados por un delito o condenados a una pena privativa de libertad superior a un año”.⁷⁴

La Corte designa a un Ministro para que conozca del procedimiento como tribunal de primera instancia.

2.3. Primeras actuaciones del Ministro de Corte Suprema

Si se han solicitado medidas cautelares personales que haya realizado el Estado requirente conforme al art. 446 CPP, el Ministro de Corte Suprema debe conocer de las solicitudes. Estas medidas se decretarán si se cumplen los requisitos:

- del tratado, o
- en su defecto, los previstos en el título V del libro primero, referido a las medidas cautelares personales en general.

Vale decir, si algún tratado estableciera requisitos más exigentes que la ley chilena para la procedencia de cautelares, habrá que estarse a ellas. Si en cambio estableciere requisitos menos exigentes, habrá que examinar si son compatibles con el deber del Estado chileno de garantizar los derechos humanos que limitan la soberanía del país (entre otras cosas para suscribir o ejecutar tratados que los contravengan).

En todo caso, las medidas cautelares personales pueden modificarse, revocarse o sustituirse en cualquier Estado del procedimiento conforme a las reglas generales, encargándose el Ministro de Corte Suprema de tomar las medidas que estimare necesarias para evitar la fuga del imputado (art. 447 CPP).

Independientemente de resolver acerca de la eventual solicitud de medidas cautelares, en todo caso el tribunal deberá

- a) fijar día y hora para la audiencia pública de extradición
- b) poner la petición y sus antecedentes en conocimiento de
 - el imputado, y
 - el representante del Estado requirente: el Ministerio Público actúa como tal a falta de otro, que el Estado extranjero puede designar hasta antes de la audiencia pública.

La notificación al imputado no se realizará si se hubieren solicitado medidas cautelares personales en su contra. En ese caso, la comunicación se retarda hasta que se decreta la medida (art. 441 CPP) o –entendemos aunque no se señale expresamente– hasta que se resuelva no decretar la medida. En esta ocasión ha de informarse a la persona

⁷³ Chile sigue el sistema jurisdiccional –existen también el administrativo y el mixto– respecto de cuál es la entidad que decide sobre la extradición. Cfr. MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 15 y ss.

⁷⁴ Cfr. al respecto *supra*, en el apartado I, 3.3.2.

cuya extradición se requiere de su derecho a un procedimiento formal de extradición y de la protección que éste le brinda, con asistencia letrada. Si luego de ello la persona cuya extradición se solicita expresa ante el Ministro de Corte Suprema – con asistencia letrada – su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el Ministro concederá sin más trámite la extradición conforme al art. 454 CPP, que regula esta denominada “extradición pasiva simplificada”.

2.4 Solicitud de rendir prueba

Si el Estado requirente o el imputado quisieran rendir prueba documental, testimonial o pericial deben presentar una solicitud, al menos tres días antes de la audiencia, en la que individualicen a los testigos, si los hubiere (art. 444 CPP).

2.5 Audiencia pública de extradición pasiva

La audiencia transcurre como sigue, conforme dispone el art. 448 CPP:

- A su inicio, el representante del Estado dará breve cuenta de los antecedentes en que se funda la petición de extradición. Si fuere el Ministerio Público, hará saber también los hechos y circunstancias que obran en beneficio del imputado (para respetar el principio de objetividad que debe regir su actuar).
- A continuación, se rendirá la prueba testimonial, pericial o documental que las partes hubieran ofrecido en la oportunidad que establece el art. 444 CPP.⁷⁵
- Si el imputado lo deseara podrá prestar declaración y, de hacerlo, podrá ser contra-interrogado. A este respecto no debe perderse de vista que el prestar declaración es un derecho del imputado (art. 445 CPP), no un deber o una carga procesal, por lo que el hecho de que pueda ser interrogado libremente tanto por el representante del Estado como por su defensor no lo obliga a contestar, y si no contesta no ha de derivarse un perjuicio para él.
- En caso de que se haya rendido prueba o de que el imputado haya declarado, se concederá la palabra al representante del Estado requirente, para que exponga sus conclusiones.
- Luego se le concederá la palabra al imputado para que, personalmente o a través de su defensor, efectúe las argumentaciones que estime procedentes.

2.6 Fallo de extradición pasiva

El art. 449 CPP dispone que el fallo de la extradición pasiva se dictará por escrito dentro de quinto día de terminada la audiencia.

El tribunal debe otorgar la extradición si considera comprobadas las siguientes circunstancias:

- La identidad de la persona cuya extradición se solicita.

⁷⁵ La Defensoría ha presentado la alegación de que los antecedentes que el Estado acompaña para fundar la solicitud de extradición debiesen ser acompañados durante esta audiencia, lo que ha sido desechado, ya que la misma ley dispone que se pongan en conocimiento del tribunal y de los intervinientes con anticipación. Cfr. sentencia de 28 de enero de 2008, dictada por el Ministro Nivaldo Segura en causa rol N°5358-2007, considerandos cuarto y siguiente.

INFORMES EN DERECHO

- Que el delito que se le imputa o aquel por el que se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, de conformidad a los principios del derecho internacional.⁷⁶
- Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen.

Según el art. 248 letra c) CPP, este último requisito implica que de los antecedentes debe aparecer un fundamento serio para el enjuiciamiento. Este es un juicio que en un procedimiento penal ordinario le corresponde al Ministerio Público, ahora en cambio es el tribunal el llamado a determinar el estándar. En cualquier caso, como lo ha señalado nuestra jurisprudencia, este requisito no importa en caso alguno tener plena convicción de que se condenará al imputado si es que la extradición se sigue para llevar adelante un juicio en su contra.⁷⁷

Llama la atención la ausencia de un estándar diferenciado según la extradición se solicite para enjuiciar o para que se cumpla una condena ya impuesta. El estándar que se regula parece ser más apto para la primera de las variantes, no así para la segunda, pues en cierta forma implica que el Estado de Chile ha de revisar el fundamento de una sentencia condenatoria de otro Estado soberano, si bien en un nivel bastante básico, ya que no se examina si hay prueba como para condenar, sino como para acusar.

El tenor mandatorio de la norma en cuanto al deber de conceder la extradición si se dan los requisitos (“concederá”) implica que cumpliéndose con esos requisitos no puede denegarse la extradición, por lo que no es admisible que el Estado chileno exija requisitos adicionales para otorgarla.

2.7 Recursos contra el fallo de extradición pasiva

Esta materia está regulada en el art. 450 CPP. Los recursos que proceden son:

- recurso de apelación
- recurso de nulidad fundado en una de las causales previstas en el art. 373 letra a) y en el art. 374 CPP.

Corresponderá conocer de estos recursos a la Corte Suprema, conforme al procedimiento habitual para ellos.

En el evento de interponerse ambos recursos, deben deducirse en forma conjunta en un mismo escrito, uno en subsidio del otro y dentro del plazo previsto para el recurso de apelación.

2.8 Desistimiento

Si en cualquier Estado del procedimiento el Estado requirente se desiste, el caso se sobresee definitivamente (art. 453 CPP).

⁷⁶ Al respecto cfr. *supra* el acápite “derecho aplicable”.

⁷⁷ Sentencia de la segunda sala de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2008 en causa rol N°5358-2007, considerando quinto.

2.9 Recursos en el procedimiento de extradición

Los recursos que proceden contra la sentencia que decide la extradición han sido referidos más arriba. Contra las demás resoluciones dentro del procedimiento procede el recurso de reposición, que puede interponerse por el interviniente agraviado, según las reglas generales del CPP:

- Contra las sentencias interlocutorias, autos y decretos dictados fuera de las audiencias, dentro de tercero día y fundadamente (art. 362 CPP), y
- Contra las resoluciones pronunciadas en la audiencia, siempre que no hayan sido precedidas de debate, durante la misma audiencia (art. 363 CPP).

Si bien el párrafo relativo a la extradición pasiva no contempla expresamente una referencia a este recurso, no es necesaria tal referencia para aplicar las normas del libro tercero del CPP a los procedimientos del libro cuarto.

Así como fue necesario regular especialmente la procedencia de los recursos de apelación y nulidad, pues en esas materias la regulación del libro III del CPP hace referencia a resoluciones dictadas por el juez de garantía o al juicio oral, lo que no se corresponde con el procedimiento en comento, no es en cambio necesario regular especialmente el recurso de reposición, que se aplica simplemente conforme a las reglas generales, como queda dicho, pues este recurso está regulado expresamente para sentencias interlocutorias, autos y decretos dictados fuera de audiencias y para resoluciones dictadas en audiencias, resoluciones todas que pueden tener lugar en el marco de un procedimiento de extradición.

A mayor abundamiento, este recurso no está regulado a propósito del procedimiento ordinario (libro segundo CPP), sino que el un libro aparte, el libro tercero del CPP.

2.10 Extradición pasiva simplificada

El art. 454 CPP presenta una posibilidad de obviar todas las etapas del procedimiento de extradición en los casos en los que la persona cuya extradición se solicite está de acuerdo con ser extraditada. Se dispone que:

Si la persona cuya extradición se requiriere, luego de ser informada acerca de sus derechos a un procedimiento formal de extradición y de la protección que éste le brinda, con asistencia letrada, expresa ante el Ministro de la Corte Suprema que conociere de la causa, su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el Ministro concederá sin más trámite la extradición.

3. Efectos de la resolución que decide sobre la extradición

Hay que distinguir los efectos de la resolución que decide sobre la extradición dependiendo de si esta es denegada o concedida.

3.1 Efectos de la resolución que deniega la extradición

Desde que se dicta la resolución que deniega la extradición, cesan las medidas cautelares personales. Una vez ejecutoriada, debe ser notificada al Ministerio de Relaciones Exteriores y produce el efecto de cosa juzgada.

INFORMES EN DERECHO

3.1.1 Efecto inmediato de la resolución

Si se resuelve denegar la extradición, el Ministro de Corte Suprema dispondrá el cese de toda medida cautelar personal, aunque la sentencia no esté ejecutoriada.

3.1.2 Efectos de la resolución ejecutoriada

A) DEBER DE NOTIFICAR AL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Una vez ejecutoriada la sentencia, el juez comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores el resultado del procedimiento, incluyendo copia autorizada de la sentencia (art. 452 CPP).

B) COSA JUZGADA

En virtud del efecto de cosa juzgada de la sentencia que se pronuncia sobre la extradición, denegada que haya sido la extradición de una persona, no puede volver a solicitarse su extradición por los mismos hechos. Esta regla, recogida en el art. 381 CB, es aplicación del principio *ne bis in idem*.

3.2 Efectos de la resolución que concede la extradición

Como efectos de la resolución que concede la extradición se cuentan la entrega del extraditado y el efecto de especialidad.

3.2.1 Entrega del extraditado

Una vez ejecutoriada la resolución que concede la extradición, el Ministro de la Corte Suprema pondrá al sujeto requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que sea entregado al Estado que hubiere solicitado la extradición (art. 451 CPP).

3.2.2 Especialidad

Desde el punto de vista del Estado requirente cobra importancia el efecto –también denominado principio– de especialidad, que tiene distintas manifestaciones según se trate de solicitudes de extradición para juzgar o de una solicitud de extradición para hacer cumplir condena.

- a) Al Estado requirente que ha obtenido la extradición para aplicar una pena a una persona ya condenada, no le está permitido aplicar al condenado una pena diferente de la invocada para la extradición.⁷⁸

78 Cfr., en la doctrina nacional, NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 182; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 152; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 139; CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 225. En los casos en los que se extradite para juzgar, la exigencia respecto de la pena se satisfaría con que no se aplique la pena de muerte o penas infamantes. Cfr., respecto de este último punto, en la doctrina nacional, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 139; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 152 y s; BULLEMORE GALLARDO, Vivian / MACKINNON ROEHERS, John. Curso de Derecho Penal, tomo I, parte general, Lexis Nexis, segunda edición 2007, p. 119.

b) Por otra parte, el Estado que ha obtenido la extradición y como consecuencia de ella recibe a una persona para ser juzgada, solamente puede juzgarle por el o los delitos que fueron materia de la solicitud de extradición, y no por otros delitos. El Estado que desee juzgar a la misma persona por otros delitos debe solicitar, por otro procedimiento, la extradición respecto de ellos, y estará o no legitimado para juzgarla dependiendo de lo que disponga la sentencia que recaiga sobre esta nueva solicitud.⁷⁹

Puede alegarse que este deber del Estado solicitante de no perseguir por otro delito o no aplicar otras condenas, según los casos, cesa si es que la persona en cuestión permanece voluntariamente en ese Estado luego de haber terminado en juicio, si hubiese sido absuelta, o, en su caso, luego de haber cumplido su condena. Lo mismo podría predicarse si la persona sale del Estado que obtuvo la extradición, pero luego vuelve voluntariamente. El tratado de Bustamante recoge esta excepción en su art. 377, fijando el plazo de tres meses de permanencia voluntaria para que cese esta limitación para el Estado requirente.

El principio de especialidad no obsta a que el Estado requirente pueda investigar y juzgar eventuales delitos cometidos después de la extradición.

Abogar por el respecto de este principio corresponderá a la defensa del extraditado en el país requirente. El hecho de que en la solicitud de extradición se mencionen más delitos que aquellos en cuyo mérito la extradición se solicita no es un antecedente que baste para denegarla por esta causa.⁸⁰ Es más, puede que se solicite la extradición por varios delitos y en definitiva sólo se la conceda respecto de algunos de ellos.⁸¹ El parámetro para aplicar el principio de especialidad es en todo caso el (o los) delito(s) o la(s) condena(s), respecto del cual o de los cuales se concedió la extradición.

III. LA EXTRADICIÓN DE NACIONALES

Tradicionalmente los Estados no extraditaban a sus nacionales, y aún hoy en día existen Estados que conservan esta disposición en sus derechos internos.⁸² En Chile, empero, no hay norma que proscriba la entrega de un nacional, ni nuestra Constitución ni nuestras leyes contemplan esta excepción. En la práctica se ha extraditado por consiguiente a chilenos, “para que no sufra menoscabo la justicia con la impunidad de los delincuentes y dar satisfacción a los derechos que impone la comunidad jurídica internacional”.⁸³

79 Cfr., en la doctrina nacional, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 140; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 152; NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 182; CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 225; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, tomo I parte general, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 153.

80 Cosa distinta es que el procedimiento que se esté llevando o se haya llevado a efecto en el país requirente no esté siendo o haya sido llevado adelante conforme a los imperativos de un debido proceso o que existan razones humanitarias para denegar la extradición, cfr. *infra* este informe.

81 Célebre ejemplo de ello es la sentencia por el caso Fujimori, causa rol N°5646-2005, de 11 de julio de 2007.

82 Ej. Alemania, conforme al art. 16 de su Ley Fundamental.

83 Sentencia de 5 de septiembre de 1944, publicada en Revista de Ciencias Penales, tomo 8, pág. 34.

INFORMES EN DERECHO

El Código de Bustamante, en su art. 345, establece la regla de que si bien los Estados partes no están obligados a entregar a sus nacionales, para el caso en que no lo hagan, quedan obligados a juzgarlos (*aut dedere aut iudicare*). Lo mismo dispone el art. II de la Convención de Montevideo. Tampoco en tratados bilaterales se encuentran normas que proscriban la extradición de nacionales. De hecho, también varias convenciones bilaterales recogen el *principio aut dedere aut iudicare* para el caso de que se deniegue la extradición de un nacional.⁸⁴ En virtud de este principio, Chile quedaría entonces obligado a juzgar a todo chileno que no extradite, cumpliéndose los requisitos para extraditar, aún cuando el caso concreto quede fuera de los casos en los que el Estado de Chile es competente según el Código Orgánico de Tribunales. Para parte importante de la doctrina nacional,⁸⁵ la fuente de su jurisdicción en este caso serían precisamente los arts. 345 y 341 del Código de Bustamante, aunque, respecto de los Estados partes de las convenciones mencionadas, igualmente podría invocarse el art. 6 N°8 del Código Orgánico de Tribunales (serían casos “comprendidos en tratados celebrados con otras potencias”). Para Estados que no tengan un tratado vigente con Chile que contenga una norma como la señalada, el Estado de Chile en principio debiese extraditar, ya que no existe norma de carácter general que exceptúe a los nacionales chilenos de ser extraditados por Chile.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR LA EXTRADICIÓN

Se mencionarán aquí brevemente aspectos relevantes relacionados con el Estado requirente de la extradición: si es necesario que ese Estado ofrezca reciprocidad, si es necesario que el delito de que se trata se haya cometido en su territorio y si es necesario que el proceso penal que se lleve o haya llevado a cabo allí cumpla con ciertas garantías mínimas. Asimismo se hará una breve referencia a la posibilidad de denegar la extradición por razones humanitarias.

1. Reciprocidad

Por mucho tiempo el principio rector para decidir si el Estado requirente estaba legitimado como tal, a falta de tratado de extradición, fue el de reciprocidad. Si se había obtenido cooperación por parte del Estado de que se trate o si éste ofrecía reciprocidad, eran antecedentes muy importantes al valorar la procedencia de la extradición.

Actualmente, en la legislación chilena que regula la procedencia de la extradición no hay referencia alguna a la reciprocidad, por lo que no es un aspecto a considerar, a pesar de que los tratadistas nacionales que abordan la materia sigan refiriéndose a él en mayor o menor extensión. Se ha dado entonces un paso en no percibir ya a la extradición como un favor político, sino como una herramienta jurídica para la cooperación judicial en materia penal.

⁸⁴ Cfr. los tratados bilaterales entre Chile y España, Uruguay, Paraguay, Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú y Brasil.

⁸⁵ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 138; CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 233; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 150.

2. Relevancia del principio que se invoque para fundar la jurisdicción

De manera análoga a lo que sucede en materia de reciprocidad, tradicionalmente se entendía que solamente podía ser Estado requirente aquel donde se cometió el delito, lo que se explica fácilmente con la preeminencia que históricamente ha tenido el principio de territorialidad para fundar la competencia de un Estado en materia penal.

Actualmente el derecho en esta materia ha evolucionado, y se acepta que los Estados pueden aplicar su derecho de manera extraterritorial conforme a alguno de los principios reconocidos que lo permiten,⁸⁶ entre los que se cuentan el de la personalidad activa, el de la personalidad pasiva y el de protección, además del de universalidad, aceptándose por la doctrina mayoritaria que en la actualidad no existe un orden de prelación jurídico entre estos principios.⁸⁷

Así las cosas, cada Estado tiene jurisdicción para juzgar los delitos cometidos en su territorio, además de la existencia eventual de normas que lo faculten para juzgar conductas de sus nacionales en el extranjero, o conductas que tengan como sujetos pasivos a sus nacionales, o que atenten contra o pongan bajo amenaza su existencia, según los principios antedichos. Igualmente, todo Estado tiene competencia para juzgar para delitos que atentan gravemente contra los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional conforme al principio de universalidad.⁸⁸

No será entonces una razón para denegar la extradición el hecho de que el Estado que solicita la extradición invoque un principio distinto del de territorialidad para ejercer su jurisdicción, esto sin perjuicio de que varios tratados contienen normas para resolver conflictos entre solicitudes concurrentes en las que se prefiere al Estado

86 Más en detalle sobre estos principios, CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 277 y ss.; REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction. International and Municipal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 21 y ss.; ZIEHER, Wolfgang. *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, Berlin, Duncker und Humblot, 1977, p. 75 y ss.. Existe además el denominado principio de representación, conforme al cual un Estado es competente en los casos en los que aquel al que le correspondería ejercer la competencia no puede hacerlo, ya sea por razones jurídicas o fácticas. Este último principio solamente goza de reconocimiento masivo en Europa continental.

87 Cfr. HENZELIN, Le principe de l'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, Munich et al., Helbing & Lichtenhann, 2000, 228 y ss.; LAGODNY, Otto. *Viele Strafgewalten und nur ein transnationales ne-bis-in-idem?* En: Donatsch / Forster / Schwarzenegger (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zurich, Schulthess, 2002, 253, 255; WERLE, Gerhard / JESSBERGER, Florian. *Grundfälle zum Strafanwendungsrecht*, Juristische Schulung (2001) p. 36.

88 Cfr., por todos, CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 284 y s.; MERKEL, Reinhard. *Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen*, en: Lüderssen, Klaus (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* tomo III. Francfort del Meno, Nomos, 1998, p. 252. BASSIOUNI, Cherif, *Introduction to International Criminal Law*. Nueva York, Transnational Publishers, 2003, 31 y s.; BASSIOUNI, Cherif. *Universal jurisdiction for international crimes: Historical perspectives and contemporary practice*. *Virginia Journal of International Law* 42, 2001, p. 88; BASSIOUNI, Cherif / NANDA, Ved P. *A Treatise on International Criminal Law*, tomo II, Springfield, Charles C. Thomas, 1973, p. 32 y s.; BANTEKAS, Ilias/NASH, Susan/MACKAREL, Mark. *International Criminal Law*, Londres, Cavendish, 2001, p. 28; COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Punishing Violations of Humanitarian Law at the National Level*, 2001, p. 40; KRESS, Claus. *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs. Zum Votenstreit der Richter des IGH im Haftbefehlsfall (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien)*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002) p. 836 y ss.; OEHLER, Dietrich. *Internationales Strafrecht*, 2a ed. Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 541; TALLGREN, Immi. *Completing the "International Criminal Order" – The Rhetoric of Repression and the Notion of Complementarity in the Draft Statute of an International Criminal Court*, *Nordic Journal of International Law* 67 (1998) p. 112 y s.; WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 125 y ss.

INFORMES EN DERECHO

territorial,⁸⁹ ya que esto era lo usual hasta la primera mitad del siglo pasado.⁹⁰ Así, para los Estados partes del Código de Bustamante, según dispone el su artículo 347, si varios Estados solicitan la extradición, prefiere aquel en el cual el delito se cometió.⁹¹ Tratados más recientes, como el tratado con Australia (art. XVI) y el tratado con Corea (art. 14), dejan de lado la primacía del principio de territorialidad.

Si un tratado bilateral regulara solamente la extradición solicitada invocando el principio de territorialidad (como sucede por ejemplo con en tratado entre Chile y Gran Bretaña, art. 1), podría otorgarse la extradición de quien persiga en virtud de otros principios conocidos, ya no en aplicación del tratado, sino según las normas generales. Distinto es el caso de un tratado que proscriba la extradición en ciertos supuestos, como el tratado entre Chile y Uruguay, que en su art. VI proscribía la extradición “Nº3: cuando los delitos perseguidos hubiesen sido cometidos en el país de refugio.” En casos como ese, otorgar la extradición importaría una vulneración del tratado. Algo análogo ocurre si en tratados bilaterales de extradición se prevé que si la conducta tuvo lugar fuera del territorio de los Estados contratantes, puede otorgarse la extradición siempre que ambos Estados reconozcan el ejercicio extraterritorial de jurisdicción para esa infracción.⁹²

3. Requisitos mínimos del proceso en el Estado requirente

Es un obstáculo para otorgar la extradición el hecho de que el procedimiento que se esté llevando o se haya llevado a efecto en el país requirente no esté siendo o haya sido llevado adelante conforme a los imperativos de un debido proceso. Así por ejemplo, si una persona ha sido condenada mediando un juzgamiento *in absentia* o por tribunales *ad hoc*, la extradición no procederá,⁹³ pues se estaría colaborando no con la justicia, sino con la vulneración de derechos esenciales.

4. Denegación de la extradición por razones humanitarias

Un razonamiento análogo al recién reseñado se emplea para denegar la extradición en caso de que se pueda imponer o ejecutar la pena de muerte o penas que se consideren infamantes. Hay tratados que prevén que la pena de muerte no sea aplicable a quien es extraditado.⁹⁴ En estos casos, podrá extraditarse a la persona, pues el Estado que la reciba estará obligado a no aplicar esta pena. El problema se plantearía a falta de

89 Y de que de que en los hechos, quien solicita la extradición será usualmente el Estado territorial, por razones prácticas de cercanía con las pruebas, sobre todo.

90 Aunque tampoco entre las convenciones de la primera mitad del siglo pasado el criterio es unánime (cfr. tratado con Colombia, art. VIII).

91 Por su parte, la Convención de Montevideo, en su art. VII para. 2 da preferencia a aquel Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito que tenga pena mayor, lo mismo que el art. X del tratado con Ecuador.

92 Es el caso del tratado de extradición entre Chile y Brasil, art. 3, y del tratado entre Chile y Australia, art. III, para. 2.

93 Cfr., por ejemplo, el art. III letra d) de la Convención de Montevideo, que no obliga a conceder la extradición cuando el inculpado hubiera de comparecer ante tribunales de excepción, y el art. IV para. 3 del Tratado entre Chile y Australia y al art. 9 letra b) del tratado con Nicaragua, que proscriben la extradición en ese caso. Cfr. igualmente MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 29 y 52.

94 Cfr. el art. 378 CB y tratados bilaterales, como el art. VII del Tratado entre Chile y Australia, que prohíbe la pena de muerte, la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el art. 6 del Tratado entre Chile y Venezuela, que prohíbe además la extradición en caso de privación de libertad de por vida y de penas infamantes, y faculta a denegar la extradición por razones humanitarias. El art. 4 para. 2 del tratado con Corea autoriza a denegar la extradición si el delito está castigado con pena de muerte, salvo que el Estado requirente se comprometa a no aplicarla.

tratado, si el *extraditurus* arriesga la pena de muerte. En general, puede hablarse de excepciones a la extradición de carácter humanitario,⁹⁵ donde cabría incluir también esta.

V. LA PROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN DE MENORES DE EDAD

Con la entrada en vigor en Chile de la ley N° 20.084, que reconoce la responsabilidad de los adolescentes en materia penal, se abrieron un cúmulo de interrogantes sobre la aplicación de este nuevo régimen. En lo que toca al tema de este estudio, cabe dilucidar si es que puede proceder la extradición respecto de menores de edad o respecto de delitos que la persona ha cometido o se imputa haber cometido siendo menor de edad.

Para llegar a una respuesta respecto de esta interrogante, y no existiendo una norma de aplicación general que resuelva el asunto de manera expresa, habrá que examinar varias cuestiones, conforme a las normas generales en materia de extradición.

1. Tratados

Para determinar si un delito es extraditable, la primera fuente a la que ha de atenderse son los tratados. En el caso chileno existen sólo dos tratados bilaterales que se refieren específicamente a la materia en estudio. Para los demás casos no hay regulación particular, pero existen, sin embargo, otros tratados menos específicos a tener en cuenta, entre los que destaca especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.⁹⁶

1.1. Cláusulas específicas en tratados bilaterales

Sólo dos de los tratados bilaterales que Chile ha suscrito se refieren específicamente a la extradición de menores de edad: se trata de los tratados de extradición celebrados con España (firmado en 1992, promulgado y publicado en 1995), y Nicaragua (firmado en 1992, promulgado y publicado en 2001), que regulan con igual tenor la materia, en sus respectivos artículos 11, sobre causas de denegación facultativa de la extradición:

c) cuando la persona reclamada fuere menor de 18 años en el momento de presentarse la solicitud de extradición, tuviere domicilio o residencia en la parte requerida y ésta considerare que la extradición puede perjudicar su inserción social, sin perjuicio de que adopten las medidas más apropiadas que prevea la ley de la Parte requerida.

Disposiciones similares se encuentran en el tratado con Bolivia, art. XIII; con Colombia, art. XV, con España y con Nicaragua, art. 10, con Venezuela, art. 6.

95 Cfr., por ejemplo, el art. V para. 4 del tratado entre Chile y Australia y el art. 4 para. 4 del tratado con Corea, que facultan a denegar la extradición por razones humanitarias. Cfr. asimismo MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 52 y ss.

96 Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, suscrita, promulgada, publicada y ratificada por Chile en 1990.

INFORMES EN DERECHO

No ha de pasarse por alto que esta regulación particular no se refiere a todos los delitos cometidos por menores de edad, sino a las solicitudes de extradición que se realicen respecto de quienes sean menores de 18 años, por lo que si una persona comete un delito a los 17 años y 11 meses y luego se solicita su extradición siendo mayor de edad, no cabría aplicársela.

Otro punto importante es que esta regulación faculta al Estado a denegar la extradición en los supuestos descritos, no lo obliga expresamente a hacerlo, previendo que “se adopten las medidas más apropiadas que prevea la ley de la Parte requerida.” En el caso de Chile, conforme al derecho aplicable en el país, si, como supone la disposición, se considera que la extradición puede perjudicar la inserción social del adolescente y éste tiene domicilio o residencia en Chile, la medida más apropiada sería denegar la extradición (art. 40 N°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), sin perjuicio de que si se trata de un chileno cuya extradición es solicitada por Nicaragua puede proceder aplicar el *aut dedere aut iudicare* (art. 345 CB y art. II de la Convención de Montevideo).

1.2 La Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados que garantizan derechos a los niños o a todas las personas

En los casos que no estén en el ámbito de aplicación de los tratados recién mencionados no hay norma expresa sobre la extradición de menores de edad, por lo que habrá que examinar si otras normas contenidas en tratados pueden llegar a ser un obstáculo para la extradición de un menor de edad. Cobra entonces importancia el deber de los Estados de respetar el interés superior del niño, principio informador de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), de la que Chile es parte. También nuestro derecho interno conmina a este examen: el art. 2 de la ley N°20.084 señala que:

En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

De allí que sea relevante examinar si existen casos en los que la extradición implique la falta de pleno reconocimiento y respeto de tales derechos por parte del Estado chileno, pues en tales casos la extradición debería denegarse. Así, por ejemplo, no podrían mediante la extradición afectarse los derechos y deberes de los padres de los menores de edad, sus tutores u otras personas responsables de ellos, ni podrían los menores de edad ser separados de ellos salvo que tal separación sea necesaria en interés superior del niño (art. 3 N°2 y art. 9 N°1 de la CDN). Aun en caso de separación ha de resguardarse que el niño pueda mantener relaciones y contacto directo con ambos padres, salvo que sea contrario a su interés superior (art. 9 N°3 CDN). Se señala también en la Convención la importancia de promover la reintegración del

niño (art. 40 N°1). Todo esto deberá tenerlo en cuenta el Estado al decidir sobre una eventual solicitud de extradición.

Cabe recordar aquí lo ya señalado más arriba en cuanto a que si en los tratados se garantizan ciertos derechos, como los que hemos mencionado más arriba, su infracción sustancial mediante la tramitación del juicio y el pronunciamiento de la sentencia de extradición constituyen una causal del recurso de nulidad contra la sentencia que falla la petición de extradición (art. 450 CPP, art. 373 a) CPP).

2. Principios de derecho internacional en materia de extradición

A continuación se mencionarán sólo las particularidades a las que es necesario poner especial atención en los casos en que la solicitud de extradición se refiera a menores de edad o a adultos que hayan cometido o se les impute haber cometido un delito siendo menores de edad.

2.1 Doble incriminación

En virtud de esta regla quedan descartadas de plano las solicitudes de extradición fundadas en conductas realizadas por personas menores de 14 años al principiar la ejecución de los hechos.

2.2 Gravedad del delito

Para poder dar lugar a la extradición se requeriría, en este punto, que el *extraditurus* se encuentre imputado por un delito o condenado a una pena privativa de libertad superior a un año. Con ello, sólo podrá concederse la extradición respecto de delitos para los que en Chile esté prevista la pena de internación, sea en régimen cerrado o semicerrado y en el Estado solicitante vayan a recibir una pena a lo menos equivalente. Remito a lo señalado *supra* en cuanto a si el parámetro de un año de privación de libertad ha de tomarse como mínimo o basta con que esté dentro del marco penal, asunto que cobra particular relevancia práctica dado el sistema de penas previsto en nuestra ley penal para adolescentes.

2.3 Debe tratarse de delitos comunes

No existen particularidades respecto de este punto.

2.4 No ha de haber operado alguna causal de extinción de la responsabilidad penal, ni ha de existir obstáculo procesal para la persecución penal

En este punto, deben tenerse en cuenta los plazos especiales de prescripción del art. 5 de la ley N° 20.084, además lo dispuesto en el art. 4 de la ley N° 20.084, que obsta a perseguir penalmente ciertos delitos sexuales.

3. Consideraciones específicas respecto de los menores de edad cuya extradición se solicita para cumplir una condena

Existen derechos que asisten a los menores de edad particularmente durante el cumplimiento de su condena. A saber, varios sistemas estatales se prevé que la

INFORMES EN DERECHO

medida adoptada como consecuencia jurídica del delito puede revisarse cada cierto tiempo. Esto conlleva dos problemas a la hora de decidir acerca de una solicitud de extradición: de un lado, cabría preguntarse si es que una resolución que fija una consecuencia penal que puede ser revisada es asimilable a una sentencia condenatoria de las que pueden servir de base a la extradición; y de otro pueden presentarse colisiones entre los derechos de los adolescentes condenados y el principio de especialidad en la extradición.

a) Calidad de la resolución que condena a un adolescente

De este primer punto se ha ocupado ya nuestra jurisprudencia, en el caso de una persona que había sido declarada culpable en Argentina, siendo menor de edad, por tres delitos. Se solicitaba la extradición para cumplir con una medida de libertad asistida por un año, y el juez sostuvo que la resolución en la que se fundaba la medida no tenía el carácter de sentencia definitiva y ejecutoriada, puesto que conforme al sistema jurídico argentino, debía ser revisada, denegando la extradición por este motivo.⁹⁷ Esta característica de ser revisable que ostenta la resolución que establece la condena es bastante usual en los regímenes contemporáneos de responsabilidad adolescente.

b) Consecuencias del principio de especialidad

El segundo punto tiene fundamentos comunes con el primero. Se trata del efecto de especialidad de la extradición y las consecuencias que puede acarrear al ejercicio de los derechos del imputado adolescente. De concederse la extradición para cumplir una pena privativa de libertad, en virtud del principio de especialidad habrá que hacer cumplir precisamente la condena para cuyo cumplimiento se obtuvo la extradición, y no otra (salvo que se solicite una nueva extradición para ese efecto). Esto significaría que de acceder el Estado de Chile a la extradición de una persona condenada en el sistema penal para adolescentes a una pena privativa de libertad, puede alegarse que se le está privando de su derecho o a lo menos entorpeciendo la posibilidad de que la condena se revise y eventualmente se sustituya por una menos gravosa (piénsese en la eventual existencia en el derecho del solicitante de un sistema de sustitución de condena análogo al previsto en el art. 53 de la ley N° 20.084). Podría entonces alegarse que la extradición, por sus efectos, privaría al menor de edad o a la persona que ha cometido un delito siendo menor de edad de un derecho que le asiste, y que redundaría en su interés superior si es menor de edad, lo que puede ser un argumento de peso para denegar la extradición a su respecto, máxime en sistemas que, como el chileno, consideran la sanción penal a adolescentes como parte de una intervención socioeducativa, orientada a una plena integración social (art. 20 ley N° 20.084).

CONCLUSIÓN

Las materias relacionadas con la extradición se aplica tanto derecho interno como derecho internacional, ya sea en forma de tratados, de principios o de ambos. Esto

⁹⁷ Sentencia del Ministro Nivaldo Segura de 28 de enero de 2008 en causa rol N°476-2008, considerando duodécimo. Llama la atención que no se haya hecho además referencia que la pena no era privativa de libertad, con lo que se incumplía el requisito de gravedad.

hace que para cada caso particular el intérprete haya que detenerse, en primer lugar, a determinar cuál es el derecho que procede aplicar.

El procedimiento de extradición está regulado de manera bastante esquemática en el Código Procesal Penal. Vale tener en especial consideración que dicho procedimiento ha de ajustarse a las garantías procesales generales, de cuya aplicación no está exento aquel cuya extradición se pide, puesto que son un derecho inherente a toda persona o individuo de la especie humana.

En el sistema jurídico vigente en Chile no existe impedimento para extraditar nacionales, ni existe impedimento para que se conceda una extradición solicitada por un país que tenga competencia sobre un delito por un principio distinto del territorial siempre que, en todo caso, el proceso en el Estado requirente cuente con ciertas garantías procesales mínimas y no hayan de aplicarse la pena de muerte o penas infamantes.

En lo que toca a la extradición de menores de edad, el régimen especial que les es aplicable en lo penal material y en lo procesal penal y los derechos especiales que les asisten hacen que a su respecto se vea restringida la posibilidad de extraditar.

En fin, la extradición se aparta paulatinamente de su origen como acuerdo o deferencia exclusivamente política para acercarse más bien, también de manera gradual, a constituir un instrumento eficaz de cooperación internacional en materia penal.

NOTAS DE CUADROS

- 1 Conforme a información del Ministerio de Relaciones Exteriores, a 23 de enero de 2009.
- 2 Ratificado por Chile en 1933, con la reserva de que el derecho interno de Chile prevalecerá sobre el tratado "con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera". El tratado regula la extradición el título tercero del libro IV, arts. 344 a 381.
- 3 Convención sobre Extradición, aprobada en la Séptima Conferencia Panamericana de Montevideo el 26 de diciembre de 1933. Ratificada por Chile y promulgada el 6 de agosto de 1935 (Decreto Supremo N°942, del Ministerio de Relaciones Exteriores) publicada en el Diario Oficial de 19 de agosto de 1935.
- 4 Tratado de extradición suscrito en Canberra el 6 de octubre de 1993, promulgado el 27 de diciembre de 1995, publicado en el Diario Oficial el 20 de febrero de 1996.
- 5 Tratado de Extradición suscrito con Bélgica de 29 de mayo de 1899, promulgado el 13 de marzo de 1904 y publicado en el Diario Oficial de 5 de abril de 1904, ampliado por convención suscrita el 25 de febrero de 1935, promulgada por Decreto N°795, de 11 de julio de 1935, y ampliado por Cambio de Notas de 28 de abril y 5 de mayo de 1958 (Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores año 1958, tomo II, pág. 486).
- 6 Tratado de extradición suscrito con Bolivia el 15 de diciembre de 1910, aclarado por Cambio de Notas entre el Ministerio y la Legación de Bolivia de 27 de abril de 1931, promulgado por Decreto N°500, de 8 de mayo de 1931, y publicado en el Diario Oficial de 26 de mayo de 1931.
- 7 Tratado sobre extradición suscrito con Brasil en Río de Janeiro el 8 de noviembre de 1935, promulgado por Decreto N°1.180, de 18 de agosto de 1937, y publicado en el Diario Oficial de 30 de agosto de 1937.
- 8 Es aplicable el tratado con el Reino Unido.
- 9 Tratado sobre extradición suscrito con Colombia el 16 de noviembre de 1914, promulgado por Decreto N°1.472, de 18 de diciembre de 1928, y publicado en el Diario Oficial de 7 de enero de 1929.
- 10 Tratado de extradición entre la República de Chile y la República de Corea, suscrito en Seúl el 21 de noviembre de 1994, promulgado por Decreto N°1417 de Relaciones Exteriores, de 1 de septiembre de 1997, publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1997.
- 11 Tratado de extradición suscrito con Ecuador el 10 de septiembre de 1897, promulgado por Decreto de 27 de septiembre de 1897, promulgado por Decreto de 27 de septiembre de 1899 y publicado en el Diario Oficial de 9 de octubre de 1899.
- 12 Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre la República de Chile y el Reino de España, suscrito el 14 de abril de 1992, promulgado por Decreto Supremo N°31 de Relaciones Exteriores de 10 de enero de 1995, publicado en el Diario Oficial de 11 de abril de 1995, que reemplaza al Tratado de Extradición suscrito con España el 30 de diciembre de 1895 y a su Protocolo Complementario, suscrito el 1° de agosto de 1896, promulgado el 3 de abril de 1897 y publicado en el Diario Oficial de 3 de de 1897.

INFORMES EN DERECHO

- 13 Tratado de extradición suscrito con Estados Unidos el 17 de abril de 1900 y su Protocolo Complementario, suscrito el 15 de junio de 1901, promulgado por Decreto de 6 de agosto de 1902, y publicado en el Diario Oficial de 11 de agosto de 1902.
- 14 Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal. Suscrito en Santiago el 28 de diciembre de 1993, promulgado el 8 de junio de 2001, publicado en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2001.
- 15 Tratado de extradición suscrito con Paraguay el 22 de mayo de 1897, promulgado por Decreto de 2 de octubre de 1928, y publicado en el Diario Oficial de 13 de noviembre de 1928.
- 16 Tratado de Extradición suscrito con Perú el 5 de noviembre de 1932, promulgado por Decreto N°1.152, de 11 de agosto de 1936, y publicado en el Diario Oficial de 27 de agosto de 1936.
- 17 Tratado de Extradición suscrito con Gran Bretaña, promulgado por Decreto de 14 de abril de 1898, y publicado en el Diario Oficial de 22 de abril de 1898. Por Cambio de Notas de 29 de diciembre de 1927 se hizo extensivo a los territorios bajo mandato británico. Por Cambio de Notas de 12 de abril y 7 de agosto de 1928 relativo a la autoridad de Samoa Occidental. Por Cambio de Notas de 28 de junio y 13 de julio de 1934 se hizo extensivo a varios Estados Malayos Federados y no Federados. El Estado de Malawi continúa este Tratado en virtud de Notas de 6 de enero y de 8 de junio de 1967, y el Estado de Swazilandia aceptó las responsabilidades derivadas de este Tratado por Cambio de Notas de 1970. Por Cambio de Notas de 7 de marzo y 29 e mayo de 1978 se hizo extensivo al Estado de Las Bahamas y por Nota de 11 de septiembre de 1979 se hizo extensivo a la República de Kirbati.
- 18 Tratado de Extradición suscrito con Uruguay el 10 de mayo de 1897, promulgado por Decreto de 23 de noviembre de 1909, y publicado en el Diario Oficial de 30 de noviembre de 1909.
- 19 Tratado de Extradición suscrito con Venezuela el 2 de junio de 1962, promulgado por Decreto N°355, de 10 de mayo de 1965, y publicado en el Diario Oficial de 1° de junio de 1965.

¿DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CASO DE CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL?

POR JUAN PABLO MAÑALICH R.¹

La Defensoría Penal Pública me ha solicitado informar en derecho acerca del carácter facultativo u obligatorio de la rebaja de pena que determinadas reglas del Código Penal prevén para el caso en que concurran dos o más circunstancias atenuantes, y ninguna circunstancia agravante, de la responsabilidad penal. Para cumplir con este cometido, en lo que sigue se ofrecerá una visión panorámica acerca del contexto más general al que pertenecen esas reglas específicas, para después poder entrar en la pregunta de fondo que constituye el objeto del presente informe.

I. FUNCIÓN Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LAS REGLAS SOBRE DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. El sistema de la determinación de la pena

En términos generales, cabe entender por reglas de determinación de la pena aquellas que determinan la naturaleza, la magnitud y el modo de ejecución de una pena en tanto consecuencia jurídica merecida por la persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo. En este sentido, las reglas de determinación de la pena pueden entenderse como reglas complementarias de las normas de sanción de la parte especial del Código Penal, o bien de leyes penales especiales, las cuales establecen cuál es el umbral mínimo y máximo de la consecuencia punitiva asociada a la realización imputable de un determinado tipo delictivo – tratándose de penas privativas de libertad, el así llamado marco penal.

Tal es, precisamente, la función de las reglas expresadas en las disposiciones del Título III del Libro I del Código Penal, que se encuentran agrupadas en cinco párrafos, y que tratan, respectivamente, de “las penas en general”, “la clasificación de las penas”, “los límites, naturaleza y efectos de las penas”, “la aplicación de las penas” y “la ejecución de las penas y su cumplimiento”. Además de las peculiares reglas de determinación de la pena contenidas en la legislación especial, según cuál sea la

¹ Licenciando en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004); doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); profesor de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez.

materia de que se trate, las reglas del Título III del Libro I han de entenderse complementadas, a su vez, por las reglas generales establecidas en la Ley 18216, que establece “medidas alternativas” para la ejecución de penas privativas de libertad. Puesto que la pena no es sino la pena ejecutada, ha de advertirse que el efecto de estas últimas reglas consiste, de hecho, en una modificación de la naturaleza de la pena respectiva: el cumplimiento de una pena de presidio en régimen de libertad vigilada, por ejemplo, conlleva una mutación de la irrogación del mal sensible en que consiste la sanción punitiva en cuestión.

2. Determinación legal *versus* determinación judicial de la pena

Dentro del conjunto de reglas que fijan las condiciones sustantivas de la imposición y ejecución de las penas cabe formular una distinción entre aquellas a través de las cuales la propia ley determina, manteniendo o alterando, la extensión de la pena prevista por la respectiva norma de sanción, por un lado, y aquellas en virtud de las cuales el órgano adjudicador –esto es, el tribunal– ha de determinar la pena concreta a ser específicamente impuesta sobre la persona del condenado, en atención a condiciones fijadas de modo más o menos estricto por la ley, por otro. Así, las primeras pueden ser designadas como reglas de determinación legal, mientras que las segundas, en cambio, como reglas de determinación judicial de la pena.²

En relación con ambas clases de reglas es posible, ahora bien, efectuar una subdistinción ulterior. Es decir, pueden diferenciarse reglas de determinación legal de la pena en sentido amplio y en sentido estricto, así como reglas de determinación judicial de la pena en sentido amplio y en sentido estricto. En sentido estricto, son reglas de determinación legal de la pena aquellas por medio de las cuales la ley fija la extensión de la pena a ser impuesta sobre una persona responsable por un determinado hecho punible. Tratándose de penas privativas de libertad, ésta es la función distintiva de aquellas reglas que conciernen la *concreción* (legal) del marco penal fijado por la respectiva norma de sanción. Frente a esto, cabe entender incorporadas dentro de las reglas de determinación legal de la pena, en un sentido amplio, todas aquellas reglas que hacen posible una alteración de esa extensión –y en particular una alteración del marco penal tratándose de penas privativas de libertad– en atención a circunstancias que afectan extrínsecamente el objeto del respectivo cargo (en sentido procesal) en virtud del cual se produzca, eventualmente, la declaración de culpabilidad correspondiente.

Una instancia paradigmática de reglas sobre determinación legal de la pena en sentido amplio, entonces, está constituida por las reglas sobre concursos de delitos.³ Esto resulta fácilmente reconocible tanto tratándose de la regulación del concurso ideal y medial del art. 75 del Código Penal como tratándose de la regulación del concurso real del art. 351 del Código Procesal Penal. Pues en ambas disposiciones se hallan

2 Al respecto véase Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed. (2005), pp. 715 ss. Para la distinción en la doctrina chilena, véase por todos Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed. (2005), Tomo II, pp. 349-350; Labatut, *Derecho Penal*, 9ª ed. (2005), Tomo I, pp. 264-265; Garrido, Mario: *Derecho Penal*, 2ª ed. (2005), Tomo I, pp. 315 ss.; Matus y van Weezel, en Politoff y Ortiz (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno* (2002), Tomo I, p. 324; en detalle van Weezel, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3 (1997), pp. 460 ss.

3 Matizadamente Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. (1997), pp. 1043 ss.

formuladas reglas que, en un sentido suficiente amplio, modifican la consecuencia punitiva asignada a la realización imputable de un determinado tipo delictivo. En el caso del concurso ideal –y equiparado a éste, del concurso medial, que no es sino un concurso real, por no haber unidad de acción, entre dos delitos que se encuentran vinculados por una relación de medio a fin–, la modificación opera en el sentido de una prescindencia de la pena correspondiente al delito menos grave, que se sigue de la aplicación de un régimen de absorción agravada (o “asperación”) a favor de la pena correspondiente al delito más grave.⁴ Y en el caso del concurso real o material (“reiteración”),⁵ de conformidad con la regulación del Código Procesal Penal, ello tiene lugar a través de la aplicación de un régimen de acumulación jurídica de las penas asignadas a los delitos concurrentes, que se traduce en la formación de una pena global, cuando se trata de delitos “de una misma especie” (inc. 1º), o bien a través de la aplicación de un régimen de exasperación de la pena correspondiente al delito merecedor de la pena más grave en atención a las circunstancias del caso (inc. 2º). Esto, a menos que la aplicación del régimen de acumulación material, establecido en el art. 74 del Código Penal, resulte más favorable al condenado.⁶

En el ámbito de las reglas con arreglo a las cuales se ejerce la determinación judicial de la pena también cabe reconocer una subdistinción correspondiente. Así, por reglas de determinación judicial de la pena en sentido estricto puede entenderse el conjunto de reglas con arreglo a las cuales el tribunal competente ha de efectuar la determinación exacta de la pena cuya imposición es objeto de la sentencia respectiva. A esta operación de determinación o “medición” de la pena efectuada por el tribunal competente, se la suele denominar *individualización* (judicial) de la pena.⁷ Como ejemplo paradigmático puede mencionarse aquí la regla del art. 69 del Código Penal, con arreglo a la cual la determinación de la “cuantía de la pena” ha de efectuarse en atención al número y la entidad de las circunstancias modificatorias (agravantes y atenuantes) concurrentes, así como a la “extensión del mal producido por el delito”. Sin embargo, dentro de las reglas de determinación judicial de la pena, en un sentido amplio, también se entienden incorporadas aquellas reglas de conformidad con las cuales resulta posible la aplicación de regímenes alternativos de cumplimiento, como lo son, en el derecho chileno, las reglas sobre remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada que establece la Ley 18.216.

4 A diferencia de lo que corresponde a un concurso aparente o no-auténtico de delitos, habiendo concurso ideal, a pesar de la imposición de una sola pena (agravada), se formulan tantas condenas como hechos punibles por los cuales el imputado sea hecho definitivamente responsable. En términos dogmáticos, esto se conoce como la función de clarificación del concurso ideal.

5 En rigor, el concepto de reiteración es genérico frente al de concurso real, pues también cabe hablar de reiteración de delitos en casos de reincidencia. Lo que distingue al concurso real de esta última es una variable estrictamente procesal, relativa al hecho del juzgamiento simultáneo de los delitos en cuestión; la reincidencia supone, por el contrario, el juzgamiento previo de uno de ellos. Véase Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, p. 224.

6 Consideraciones análogas son pertinentes a propósito de la relación entre la regulación del art. 74 del Código Penal y el art. 509 del antiguo Código de Procedimiento Penal, con la muy importante diferencia, empero, de que bajo esta última disposición el criterio de reconocimiento de delitos de la misma especie es estrictamente formal, consistente en su tipificación bajo un mismo título del Código Penal o de la ley penal especial correspondiente. Al respecto véase Novoa, *ibid*, pp. 225 ss.

7 Así Novoa, *ibid*, Tomo II, p. 349; van Weezel “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3 (1997), p. 459.

3. La posición específica de la regulación de la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

En atención a la esquematización precedente, es posible precisar ahora la posición específica que corresponde a las reglas de determinación de la pena relativas a las así llamadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, que comprenden las circunstancias constitutivas de atenuantes y agravantes, así como la circunstancia mixta del parentesco, respectivamente establecidas en los arts. 11, 12 y 13 del Código Penal. Se trata, por ende, de las reglas establecidas en los arts. 62 y siguientes, las cuales, tal como lo anuncia el propio art. 62, se ocupan del efecto que se sigue de la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes “para disminuir o aumentar la pena”.

Cuál sea la posición específica de estas reglas en el contexto global de la regulación de la determinación de la pena, no es una pregunta cuya respuesta sea autoevidente. Pues en buena medida, la respuesta depende de cuál sea la evaluación general que merezca el sistema de determinación de la pena que expresa la regulación vigente, que tradicionalmente se entiende como una variante bastante rígida de un sistema de determinación legal relativa de la pena,⁸ que en todo caso resulta incompatible con un sistema de sentencia indeterminada.⁹

A este respecto, es de interés hacer referencia al modo en que en un importante estudio monográfico relativo a la cuestión de la compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes, van Weezel pretende situar las reglas de determinación de la pena en atención a la concurrencia de atenuantes y agravantes en el ámbito de la individualización judicial de la pena,¹⁰ citando para ello a Novoa.¹¹ Ello, porque la cita dista de surtir, al menos inmediatamente, el efecto que van Weezel pretende asignarle. Pues si bien Novoa reconoce el “margen de apreciación personal” que la ley concede al juez una vez efectuada la operación de cálculo, ello todavía no prejuzga si las reglas sobre concurrencia de atenuantes y agravantes son operativas, en opinión de Novoa, durante o recién después de ese cálculo. Según Novoa,

la misma ley contiene un conjunto bastante numeroso de reglas que disponen la forma como ciertos factores o circunstancias influyen en la determinación de la pena, reglas que son obligatorias para el juez en la mayor parte de los casos. En esta forma, la determinación de la pena aplicable a un determinado delincuente se transforma en un cálculo rigido por normas legales obligatorias.¹²

Es el caso, ahora bien, que dentro de las variables que “considera la ley para los efectos de la regulación de las penas”, Novoa incluye, precisamente, la “concurrencia

8 Véase por todos Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, pp. 349 ss., 353; Cury, *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. (2005), pp. 757 ss., 761; Garrido, *Derecho Penal*, Tomo I, pp. 316-317; Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, 2ª ed. (2004), pp. 495 y ss.; Matus y van Weezel, en Politoff y Ortiz (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, pp. 324 ss.

9 En detalle al respecto, Cuello Calón, *Derecho Penal*, 13ª ed. (1960), Tomo I, pp. 668 ss.

10 En este sentido también Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, pp. 494-495, 529 ss. Para una muestra reciente de la recepción jurisprudencial de esta interpretación de los arts. 62 y siguientes del Código Penal como reglas de determinación judicial de la pena, véase *contra S.A.N.C.*, de 15 de septiembre de 2009, Rol N°3909-09 (con. 12°).

11 Véase van Weezel, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3 (1997), pp. 469-470.

12 Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, p. 353.

de circunstancias atenuantes o agravantes”, junto, por ejemplo, a la “naturaleza de la intervención del delincuente”,¹³ siendo esta última una variable inequívocamente entendida –también por van Weezel¹⁴– como objeto de referencia de reglas de determinación legal de la pena. Por ende, es enteramente posible que al interior del conjunto de las reglas expresadas en los arts. 65 y siguientes del Código Penal, que específicamente atienden al número de circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes para determinar así el grado –o el máximo o mínimo del grado– de la pena privativa de libertad aplicable, haya que efectuar una diferenciación entre reglas de genuina concreción legal del marco penal aplicable,¹⁵ de una parte, y reglas de genuina medición judicial de la pena, de otra, dependiendo de si la regla en cuestión expresa una decisión legislativa concluyente.

Desde este punto de vista, entre de las reglas formuladas en los arts. 62 y siguientes es posible diferenciar reglas de concreción o modificación del marco penal aplicable, por un lado, que en tanto tales han de ser tenidas por reglas de determinación legal de la pena, y reglas de medición o individualización judicial de la pena, por otro. Según ya se sugiriera, esto último es el caso tratándose de la regla del art. 69, con arreglo a la cual el tribunal competente debe determinar la magnitud exacta de la pena atendiendo tanto al número y entidad de las circunstancias modificatorias concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.¹⁶

Pero a las reglas que especifican el efecto de la presencia de una o varias atenuantes o agravantes no se deja atribuir el mismo estatus. Pues éstas no establecen criterios de conformidad con los cuales el tribunal competente pueda efectuar la individualización de la pena en definitiva correspondiente, sino que determinan el modo en que la presencia de una o más circunstancias modificatorias de la responsabilidad puede producir una alteración del marco penal *prima facie* aplicable. Y esto, con independencia de que la modificación del marco, sea en la forma de una reducción, sea en la forma de un incremento, se encuentre legalmente impuesta o bien sólo permitida al tribunal. Pues que una determinada regla de rango legal sólo autorice, y no imponga, una determinada reducción o un determinado incremento del marco penal no obsta a que de esa manera el legislador efectúe una modificación del marco penal previsto por la norma de sanción correspondiente. Esto, porque de tratarse de una reducción o un incremento puramente facultativos, lo que entonces cabe reconocer es una ampliación – hacia arriba o hacia abajo, respectivamente – del marco penal correspondiente, al interior del cual el tribunal competente tendrá que proceder, posteriormente, a efectuar la individualización de la concreta pena a imponer con arreglo a los criterios pertinentes. El eventual carácter obligatorio o facultativo de la rebaja o del aumento de pena no se opone, por ende, a la sistematización de las reglas correspondientes como reglas de determinación legal, y no judicial, de la pena. Éste es el caso, por ejemplo, tratándose de la rebaja de pena prevista por el art. 68 bis del Código Penal, que hace posible la imposición de la pena inferior en un grado en caso de concurrir una circunstancia atenuante “muy calificada”.

13 *Ibid.*

14 Véase Matus y van Weezel, en Politoff y Ortiz (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, p. 324.

15 Análogamente, en relación con las reglas del Código Penal español, Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, pp. 717-718, 721 ss.

16 Al respecto, van Weezel, “Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal”, *Ius et Praxis*, Año 7, N° 2 (2001), pp. 401 ss.

Esto no significa, empero, validar la tesis mayoritariamente defendida por la doctrina y la jurisprudencia chilenas, en el sentido de que –en contra de lo que se argumentará más abajo– habiendo pluralidad de circunstancias atenuantes la rebaja de la pena correspondiente se encontraría meramente autorizada, y no impuesta, por la ley. Pues como habrá de mostrarse, esta interpretación de los arts. 65 y siguientes del Código Penal resulta, tanto exegética como sistemáticamente, deficiente.

II. LAS REGLAS SOBRE CONCRECIÓN (O ALTERACIÓN) DEL MARCO PENAL POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD

1. Cuestiones generales

Según ya se estableciera, entre las reglas de los arts. 62 y siguientes del Código Penal, todas concernientes al efecto que tiene la presencia de una o más circunstancias atenuantes o agravantes en la determinación de la pena, es posible reconocer tanto reglas de determinación legal como reglas de determinación judicial de la pena. Dentro de las primeras, las que aquí interesan están constituidas por todas aquellas que prevén una concreción o alteración del marco penal aplicable en virtud de la presencia de una o más circunstancias modificatorias, en cuyo contexto cabe tener incluidas, por cierto, aquellas reglas relativas a las así llamadas “circunstancias modificatorias de eficacia excepcional”. Aquí aparecen las reglas del art. 71, relativo a la concurrencia incompleta de la eximente del art. 10 N° 8 (que es una eximente de caso fortuito en tanto criterio de exclusión de una imputación a título de imprudencia), del art. 72, relativo a la minoridad de alguno de los intervinientes en el hecho, del art. 73, relativo a los demás casos de concurrencia de eximentes incompletas, y del art. 103, relativo a la así llamada “media prescripción”.¹⁷ A estas reglas resultan asimiladas aquellas que reconocen eficacia excepcional a circunstancias modificatorias establecidas en la parte especial del Código Penal, o bien en alguna ley especial.¹⁸

Como reglas de determinación legal de la pena también deben ser entendidas, ahora bien, las reglas de los arts. 63 y 64. La primera disposición concierne el problema de la inherencia (explícita o implícita) al delito cometido de una determinada circunstancia agravante, equiparando a esta situación el caso en que la agravante respectiva constituye un delito específicamente tipificado por la ley, en atención a lo cual la ley formula una prohibición de doble valoración, la cual se deja entender al modo de una especificación del principio del *ne bis in idem*. El art. 64, en cambio, atañe el problema de la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias entre los diferentes intervinientes en el hecho. En ambos casos se trata, por ende, de reglas que condicionan la aplicabilidad de determinadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad para efectos de su contribución a la concreción o alteración del marco penal legalmente previsto. Es decir, se trata de reglas que establecen criterios

¹⁷ Así Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, p. 365; van Weezel, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3 (1997), p. 471.

¹⁸ Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 767; Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, pp. 189-190.

de aplicabilidad, para efectos de determinación de la pena, de las circunstancias atenuantes y agravantes.¹⁹

2. La estructura sistemática de la regulación legal

Las reglas que directamente conciernen la incidencia de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes en la concreción o alteración del marco penal aplicable, expresadas en los arts. 65 a 68 del Código Penal, se hallan formuladas en atención a sus respectivos presupuestos de aplicación, que se diferencian según cuál sea la naturaleza de la pena privativa de libertad legalmente asociada a la realización del tipo delictivo correspondiente. Así, el art. 65 se encuentra referido al caso en que la pena –el marco penal– consiste en una sola pena indivisible; el art. 66, al caso en que en que ella consiste en dos penas indivisibles; el art. 67, al caso en que ella consiste en un grado de una pena indivisible; y finalmente el art. 68, al caso en que ella consiste en una pena compuesta de dos o más grados, ya sea de una pena indivisible, de una divisible, o de una y otra.²⁰

Así, dependiendo de cómo esté configurado el respectivo marco penal, resultan aplicables las reglas que diferencian hipótesis de concurrencia de una o varias circunstancias atenuantes, de una o varias circunstancias agravantes, o bien de concurrencia tanto de atenuantes como de agravantes. En este último caso resulta aplicable la regla que impone la compensación racional de atenuantes y agravantes, cuyo análisis excede el marco del presente informe.²¹

Siguiendo aquí a Novoa,²² es posible identificar un conjunto delimitado de criterios sustantivos que subyacen a las reglas específicamente expresadas en cada una de las disposiciones legales ya mencionadas:

- a) No concurriendo atenuantes o agravantes, el tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena asignada por la ley al delito, siempre que no se trate de un marco penal consistente en una sola pena indivisible;

19 Desde ya, esta consideración sugiere que el ámbito de aplicación de las reglas del art. 64 no se extiende al problema de la calificación de la participación de un *extraneus* en un determinado delito especial. Pues en rigor aquí el problema de la “comunicabilidad” se encuentra mal planteado, en tanto se trata, más bien, de cuál sea la comprensión adecuada del principio de la accesoriedad de la participación. En la doctrina penal chilena, éste sigue siendo un punto sumamente controvertido. Sin que aquí sea procedente entrar en la cuestión, baste señalar que de conformidad de la comprensión de la participación delictiva en sentido estricto – esto es, la inducción (regulada en el art. 15 N° 2) y la complicidad (regulada en el art. 16) – como intervención delictiva en un hecho principal ajeno, el partícipe, en tanto interviniente en el hecho del autor (o de los coautores), ha de responder accesoriamente por el hecho típico calificado en la persona del autor. Y esto también vale tratándose de delitos especiales. Pues lo distintivo de un delito especial es que la posición del autor (sea directo, mediato o coautor) es dependiente de una cualificación personal especial, que lo convierte en *intraneus* y así en destinatario de la norma de comportamiento subyacente a la norma de sanción penal. Esto significa, por de pronto, que un *extraneus* jamás puede ser autor de un delito especial, sino sólo partícipe. Una toma de posición próxima a este planteamiento se encuentra en Garrido, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, pp. 431 ss. En todo caso, resulta manifiestamente problemático mantener un criterio diferenciado, para impedir supuestas “lagunas de punibilidad”, frente a los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios, en términos tales que en estos últimos regiría un principio de comunicabilidad, mientras que en los primeros, en cambio, un principio de comunicabilidad. Así, sin embargo, y con matices, Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, pp. 83-84; Cury, *Derecho Penal Parte General*, pp. 646-647.

20 Véase por todos Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, pp. 181 ss.; Cury, *Derecho Penal Parte General*, pp. 767 ss.

21 En detalle van Weezel, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3 (1997), pp. 478 ss.

22 Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, pp. 361 ss. Véase también Garrido, *Derecho Penal*, Tomo I, pp. 321 ss.

- b) La concurrencia de una sola atenuante o una sola agravante no alcanza a tener un efecto modificatorio de la extensión de la pena aplicable más allá de los límites mínimo o máximo del correspondiente marco penal, a menos que se trate de una atenuante muy calificada; pero sí alcanza a tener un efecto de concreción de ese mismo marco penal, restringiéndolo a su mínimo o máximo, o bien excluyendo su grado máximo o grado mínimo, según concurra una sola atenuante o una sola agravante, respectivamente;
- c) La concurrencia de varias – esto es, dos o más – circunstancias atenuantes hace posible una rebaja de la pena legalmente prevista;
- d) La concurrencia de varias circunstancias agravantes, en cambio, sólo posibilita un aumento de pena en caso de tratarse de (uno o más grados de) una pena divisible;
- e) El monto de la rebaja de pena, habiendo pluralidad de atenuantes, es variable, dependiendo de la clase de pena asignada al delito; en cambio, la medida del aumento de pena, habiendo pluralidad de agravantes, nunca puede exceder de un grado.

3. La asimetría entre la reducción y el incremento de pena por concurrencia de atenuantes y concurrencia de agravantes

Esta enunciación de los criterios generales de determinación de la pena frente a la concurrencia de una o varias atenuantes o agravantes, expresados en los arts. 65 a 68 del Código Penal, hace posible extraer un principio fundamental que la regulación hace suyo y que, como habrá de verse todavía, resulta esencial de cara al problema que representa el objeto específico del presente informe. Se trata de un principio de valoración asimétrica del impacto de la concurrencia de atenuantes, de un lado, y de agravantes, de otro, en la concreción o alteración del marco penal aplicable.²³

La constatación de este principio, que usualmente se invoca como criterio específico para la operación de la compensación racional entre atenuantes y agravantes, deviene igualmente importante frente al problema que aquí interesa más directamente. Pues si es efectivo, como afirma Cury, que “[e]sta valoración diferenciada que se desprende del texto legal debe ser tenida en cuenta cuando se exige realizar evaluaciones al intérprete”,²⁴ entonces esta consideración también podrá adquirir relevancia en la determinación del sentido y alcance de los arts. 65 a 68, en lo relativo a las consecuencias que se siguen de la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes para la concreción o alteración del respectivo marco penal. Como se sostendrá más abajo, en efecto, dicha asimetría en el peso específico que la ley asigna a atenuantes y agravantes constituye un antecedente imprescindible en la justificación de la tesis de que, concurriendo dos o más atenuantes, sin agravantes, la rebaja de pena correspondiente no es facultativa, sino obligatoria para el tribunal.

²³ Véase Cury, *Derecho Penal Parte General*, pp. 765, 769; en detalle van Weezel, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 3 (1997), pp. 481 ss.

²⁴ Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 769.

III. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA REBAJA DE PENA POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

1. Planteamiento general

Es jurisprudencia absolutamente constante de la Corte Suprema, con la salvedad de un conjunto reducido de sentencias que serán examinadas más abajo, que las reglas establecidas en los arts. 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, relativas a las consecuencias que la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad tiene para la determinación de la pena, confieren una facultad de rebaja de pena, cuyo ejercicio sería enteramente discrecional, para el caso en que concurren dos o más circunstancias atenuantes sin que al mismo tiempo concurren agravantes. Un vistazo tanto a las decisiones más remotas²⁵ como a algunas más recientes²⁶ que la Corte ha emitido al respecto así lo muestra. Esta línea jurisprudencial es, por lo demás, consistente con la opinión ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional.²⁷ La única toma de posición doctrinaria contraria a la tesis del carácter facultativo de la rebaja, hasta donde se alcanza a ver, corresponde a la nota (crítica) de Franklin Quezada a la sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *contra C.S.L.*, de 11 de junio de 1954, publicada en la Revista de Ciencias Penales.²⁸

Tanto la segunda oración del art. 65, como el inc. 3º del art. 66, como el inc. 4º del art. 67, como finalmente el inc. 3º del art. 68 del Código Penal, se refieren a casos de concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes, sin que concurren agravantes, disponiendo que entonces el tribunal podrá imponer la pena inmediatamente inferior en uno, dos o (en la hipótesis del art. 68) tres grados. La diferencia específica entre las cuatro reglas se reduce, por ende, a la clase de pena (privativa de libertad) que viene en consideración, en el sentido en que se ya se señalara más arriba. Para

25 Véase Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, 2ª ed. (1987), Tomo II, pp. 216; Tomo IV, pp. 230-231.

26 Véase por ejemplo *contra N.B.L.O.*, de 20 de enero de 2004, Rol Nº 5008-03; *contra A.A.A.R.*, de 14 de diciembre de 2004, Rol Nº 5591-04; *contra R.J.S.G.*, de 26 de enero de 2004, Rol Nº 4335-03; *contra A.H.A.V.*, de 23 de marzo de 2004, Rol Nº 4960-03; *contra J.G.G.F.*, de 16 de agosto de 2004, Rol Nº 3149-04; *contra J.O.C.C.*, de 6 de diciembre de 2004, Rol Nº 4587-04; *contra J.P.G.*, de 15 de marzo de 2005, Rol Nº 327-05; *contra J.L.C.*, de 4 de abril de 2005, Rol Nº 1045-05; *contra J.A.A.O.*, de 5 de enero de 2005, Rol Nº 3640-04; *contra B.N.P.*, de 16 de agosto de 2005, Rol Nº 3508-05; *contra H.N.F.P.*, de 11 de julio de 2005, Rol Nº 3021-05; *contra J.S.P.*, de 18 de julio de 2005, Rol Nº 3224-05. Muestras más recientes, por ejemplo, son *contra L.D.O.T.*, de 22 de abril de 2009, Rol Nº 1208-09; y *contra E.E.O.R.*, de 19 de agosto de 2009, Rol Nº 2936-09.

27 Véase por todos, Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, pp. 362-363; Labatut, *Derecho Penal*, Tomo I, pp. 274, 276; Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, T. II, pp. 185 ss.; Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 769; Garrido, *Derecho Penal*, Tomo I, p. 332; Matus y van Weezel, en Politoff y Ortiz (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, p. 360; en idénticos términos Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, pp. 529-530, con nota al pie Nº 115. Véase también Yuseff, *La prescripción penal*, 3ª ed. (2005), pp. 163 ss.

28 Véase *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XV (1956), Nº 1, pp. 86 ss., inmediatamente a continuación de lo cual se encuentran publicadas tanto la nota de Quezada, ya mencionada, como una nota (favorable a la tesis del fallo) de Miguel Schweitzer, quien ya hubiera publicado una nota (ahora crítica del fallo respectivo) a la sentencia de la Corte recaída en *contra Eduardo Marambio*. Véase *Revista de Ciencias Penales*, Tomo VI (1944), pp. 202 ss. Puesto que esta nota de Schweitzer propone una crítica integral a la solución adoptada por la Corte en ese caso (que aisladamente validara la interpretación contraria a la tesis de la discrecionalidad de la rebaja), es incorrecto aludir aquí – como sugieren, sin embargo, Matus y van Weezel (en Politoff y Ortiz [dir.], *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, p. 360) – a “alguna doctrina” que negaría el carácter facultativo de la rebaja de pena correspondiente. El mismo error, que se explica por la reproducción de la referencia doctrinaria, aparece en la reciente decisión de la Corte Suprema recaída *contra E.E.O.R.*, de 19 de agosto de 2009, Rol Nº 2936-09 (con. 6º).

proceder a efectuar la rebaja correspondiente, según corresponda – esto es, en los casos de los arts. 66 y 68 –, ha de partirse del grado mínimo de la pena legalmente asignada al hecho.

En relación con estas disposiciones –y en particular respecto de los respectivos incisos de los arts. 67 y 68, por ser éstos los de mayor incidencia en la praxis– la jurisprudencia constante de la Corte Suprema sostiene, como ya se sugiriera, que la rebaja del marco penal correspondiente en uno o más grados sería, en tales casos, enteramente discrecional para el tribunal competente. Ésta es la razón por la cual la Corte tiende a rechazar sistemáticamente los recursos de casación – de acuerdo con las reglas del antiguo Código de Procedimiento Penal – o nulidad – con arreglo a las reglas del nuevo Código Procesal Penal – a través de cuya interposición se pretende la invalidación de sentencias condenatorias que niegan la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes. La posición típicamente mantenida por la Corte a este respecto consiste en que, aun de concurrir las atenuantes invocadas por el recurrente, el error de derecho cometido en la sentencia respectiva carecería de influencia en los dispositivos del fallo, puesto que el tribunal de fondo de todas maneras habría podido imponer la pena de hecho impuesta, dado que la rebaja en cuestión habría sido meramente facultativa, y no obligatoria para el mismo.

De modo completamente aislado en el contexto de su jurisprudencia más reciente, sin embargo, la Corte Suprema emitió, el año 2004, un importante pronunciamiento en el sentido inverso,²⁹ en relación con un caso en que venía en consideración la regla del inc. 3º del art. 68. En efecto, mediante una sentencia de casación la Corte invalidó una sentencia de segunda instancia que había confirmado un fallo que había impuesto una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, desconociendo la concurrencia de una segunda atenuante de responsabilidad, cuya consideración, bajo el inc. 3º del art. 68, habría tenido que conducir a la imposición de una pena de presidio menor en su grado máximo. La Corte sostuvo que el error, por ende, sí había influido en lo dispositivo del fallo.

Que la Corte haya asumido que era obligatorio reducir la pena en un grado supone entender que la regla del inc. 3º del art. 68 establece una facultad que en un sentido es discrecional, pero en otro no. Concurriendo dos o más circunstancias atenuantes, el tribunal puede, efectivamente, determinar “discrecionalmente”, en un sentido débil,³⁰ el *quantum* de la rebaja, atendiendo al número y la entidad de las atenuantes concurrentes, pero está obligado a rebajar la pena, a lo menos en un grado.

Es justamente esta última interpretación la que se encuentra desarrollada en el más importante antecedente desfavorable a la interpretación dominante tanto jurisprudencial como doctrinariamente, antecedente representado por un pretérito pronunciamiento de la propia Corte Suprema. Se trata de la decisión recaída en el caso *contra E.M.*, del año 1943, publicada en la Revista de Ciencias Penales y acompañada de una reseña crítica de Miguel Schweitzer.³¹ Como habrá de mostrarse todavía, los argumentos aquí ofrecidos por la propia Corte Suprema a favor de la tesis de la obligato-

29 Véase *contra L.R.G.D.*, de 18 de agosto de 2004, Rol N° 2809-04. Al respecto véase Mañalich, “Determinación de la pena”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2 (2005), pp. 508 ss.

30 Sobre este concepto de discreción en sentido débil, véase *infra*, IV.1.

31 *Revista de Ciencias Penales*, 2ª época, Tomo VI (1944), pp. 202 ss. Al respecto véase también Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo II, pp. 220-221.

riedad de la rebaja de pena resultan inmunes frente a las objeciones que la doctrina tradicional ha dirigido en contra de esta tesis.

2. El argumento exegetico

El principal argumento, masivamente esgrimido, a favor de la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena legalmente prevista para el caso en que concurren varias atenuantes sin que concurren agravantes, es exegetico; o más propiamente, idiomático. El argumento se centra en el hecho de que en las disposiciones legales pertinentes se utilice la forma verbal “podrá”, predicada del sujeto gramatical “el tribunal”. Esta expresión, se dice, tendría una connotación tal que la rebaja de pena correspondiente, en uno o más grados, habría de ser entendida como puramente facultativa. Pues de haber pretendido el legislador imponer la rebaja de pena al tribunal competente, entonces la fórmula lingüística escogida habría consistido en alguna conjugación del verbo “deber” (en el sentido de “el tribunal deberá ...”), o bien en alguna construcción equivalente en el tiempo futuro del modo indicativo (en el sentido de “el tribunal rebajará ...”). Así razona, en efecto, la dirección jurisprudencial absolutamente preponderante,³² como también la doctrina absolutamente mayoritaria.³³

Este argumento, sin embargo, está lejos de ser concluyente. Pues si bien es cierto que hay disposiciones legales en que el uso de la expresión “podrá” opera confiriendo una facultad de rebaja de pena para el tribunal competente – como es el caso, por ejemplo, tratándose del art. 68 bis del Código Penal –, es igualmente claro que hay otras disposiciones legales en que la utilización de esa misma expresión lingüística (o de otra equivalente) no obsta a que ellas sean interpretadas, también por la Corte Suprema, en el sentido de prescripciones o mandatos para el tribunal competente.

Un ejemplo emblemático es el de los arts. 509 del antiguo Código de Procedimiento Penal y 351 del nuevo Código Procesal Penal, en los cuales se establece que “podrá” aplicarse el régimen del art. 74 del Código Penal, que es uno de acumulación material de las penas respectivas, en caso de reiteración de delitos –o sea, en caso de concurso real–, cuando de ese modo correspondiere imponer una pena menos severa que aquella que se seguiría de aplicar el régimen de acumulación jurídica, establecido en aquellos mismos artículos. El hecho de que esta habilitación para la aplicación favorable del régimen de acumulación material de las penas como alternativa al de acumulación jurídica sea entendida no como facultativa, sino como imperativa para el tribunal, tal como lo admite, por lo demás, buena parte del mismo sector doctrinal que favorece la tesis de la rebaja de pena puramente facultativa en caso de concurrencia de dos o más atenuantes (sin agravantes),³⁴ sugiere que las propiedades semánticas del término “podrá” son más complejas que lo que el argumento aquí criticado supone.

32 Véase la reseña en Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo II, pp. 217-218, pp. 221 ss.; Tomo IV, pp. 230-231.

33 Así Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, p. 185-186; Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 769; Matus y van Weezel, en Politoff y Ortiz (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, p. 360.

34 A favor de la obligatoriedad de la aplicación del régimen previsto por el art. 74 del Código Penal en caso de resultar más favorable al condenado, véase Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, p. 118; Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 661; Matus, en Politoff y Ortiz (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, p. 396; ambiguamente Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, p. 228. Acerca de la jurisprudencia véase Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, Tomo II, pp. 103 ss.

En este sentido, basta atender a la siguiente consideración ofrecida por Etcheberry:

El sistema del Art. 509 del C. de Procedimiento Penal no recibe aplicación si el régimen del Art. 74 [del Código Penal] resulta más favorable al reo (acumulación). Es éste un caso en el cual, no obstante el empleo de la expresión “podrá”, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que se trata de una regla obligatoria: debe [sic] aplicarse el sistema del Art. 74 si es más favorable al reo que el del Art. 509 del C. de Procedimiento Penal.³⁵

Resulta a lo menos curiosa la ductilidad de esta actitud favorable a entender como obligatoria la aplicación de la regla del art. 74 del Código Penal, en caso de ser ésta más favorable al condenado, a pesar de que las respectivas disposiciones de los códigos procesales emplean la misma expresión “podrá”, esto es, precisamente la expresión cuyo uso en los arts. 65 y siguientes del Código Penal supuestamente volvería imposible entender la rebaja de pena, habiendo varias atenuantes y ninguna agravante, como obligatoria. Dado que ni la doctrina ni la jurisprudencia consideran problemática la interpretación de los arts. 509 del Código de Procedimiento Penal y 351 del Código Procesal Penal como reglas que imponen la aplicación del régimen del art. 74 cuando ello es más favorable al condenado, cabe concluir que la interpretación de los respectivos incisos de los arts. 65 y siguientes, referidos a la concurrencia de varias atenuantes sin agravantes, como reglas que vuelven obligatoria la rebaja de pena correspondiente, tampoco puede resultar problemática.

El argumento exegético pretendidamente favorable a la tesis de la discrecionalidad de la rebaja de pena, por ende, resulta contradicho por las prácticas interpretativas de las mismas autoridades doctrinales y jurisprudenciales que lo promueven.

3. ¿Argumento sistemático?

A favor de la tesis del carácter enteramente facultativo de la rebaja de pena en caso de concurrir varias atenuantes y ninguna agravante también se suele esgrimir, sin embargo, un argumento de orden sistemático, cuya exposición canónica se encuentra en las sendas notas publicadas por Miguel Schweitzer en relación con dos de los pronunciamientos más importantes de la Corte Suprema al respecto.³⁶ El argumento consiste en poner en relación las reglas pertinentes de los arts. 67 y 68, relativas a la concurrencia de varias atenuantes sin agravantes, de una parte, y la regla de la segunda parte del art. 65, cuya formulación original (anterior a la modificación de la disposición por medio de la ley 17.727, de 1972) hacía posible una rebaja de un grado de la pena (indivisible) asignada al delito a condición de que en el hecho concurriera una “circunstancia atenuante muy calificada”, de otra. Dado que sería indudable que la rebaja prevista por el art. 65 (bajo su formulación original) sólo podía ser tenida por facultativa para el tribunal, la conclusión tendría que ser, entonces, que la rebaja prevista por los arts. 67 y 68 también tendría que serlo. Esto, porque nadie pensaría que “la forma verbal de futuro del verbo transitivo ‘poder’ empleada por el legislador en esta disposición [el art. 65] es distinta de la utilizada en el art. 68”.³⁷

35 Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, p. 118.

36 Véase *Revista de Ciencias Penales*, Tomo VI (1944), p. 207; y Tomo XV (1956), Nº 1, p. 90. En el mismo sentido Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, pp. 185 ss.

37 Schweitzer, en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo VI (1944), p. 207.

INFORMES EN DERECHO

Como habrá de verse más abajo, este argumento está lejos de ser concluyente. Primero, porque la reforma introducida por la ley 17.727, que entre otras cosas ampliara el margen de la rebaja correspondiente a uno o dos grados respecto de la pena (indivisible) respectiva, vuelve posible una interpretación de la disposición, de acuerdo con su texto actualmente vigente, que favorece el carácter obligatorio de la rebaja correspondiente. Pero también, en segundo término, porque precisamente bajo la redacción original del art. 65 lo correcto era justificar una diferenciación entre el carácter facultativo de la rebaja con arreglo a esta disposición, por un lado, y el carácter obligatorio de la misma con arreglo a las reglas de los arts. 67 y 68. El examen pormenorizado de este punto tendrá lugar cuando se revisen, cuidadosamente, algunos antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de esos artículos.³⁸

4. ¿Argumento histórico?

A favor de la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena también se esgrime, finalmente, un argumento que apela a la historia fidedigna del establecimiento de los arts. 65 y siguientes del Código Penal.³⁹ El argumento descansa en una referencia inicial al acta de la sesión N° 19 de la Comisión Redactora del Código Penal, en la cual consta que en la redacción del art. 68 originalmente propuesta se habría empleado la expresión “los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior [...] en el grado que corresponda [...]”, lo cual sugeriría, entonces, que la regulación originalmente aprobada contemplaba expresamente el carácter obligatorio de la rebaja de pena, lo cual, sin embargo, en definitiva habría sido abandonado. A esto se añade, ahora bien, una referencia al acta de la sesión N° 136, donde se lee lo siguiente:

En el art. 65 se limitó la facultad del juez para bajar solo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes calificadas, i se dejó como facultativa esta reducción, en lugar de establecer la obligación para los tribunales de hacerla en todo caso.⁴⁰

De esta indicación se pretende extraer la consecuencia de que la decisión legislativa en definitiva adoptada habría consistido, para la totalidad de los casos de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante, en el establecimiento de una rebaja puramente facultativa. Pero es manifiesto que la conclusión no se sigue. Pues en el acta de la sesión N° 136, a diferencia del de la sesión N° 19, no se hallan referencias al art. 68, sino sólo al art. 65. Y como se verá más abajo, en el contexto de la fundamentación de la tesis contraria al carácter facultativo de la rebaja de pena, esa precisión resulta fundamental, en atención a cuál era originalmente la redacción del art. 65, con anterioridad a su reforma en el año 1972.

38 Véase *infra*, IV.3.

39 Véase la nota de Schweitzer en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo VI (1944), p. 208. En igual sentido Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, pp. 186-187.

40 *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora* (1974), p. 494.

IV. LA TESIS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA REBAJA DE PENA POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

1. Observación preliminar: la distinción entre discrecionalidad en sentido fuerte y discrecionalidad en sentido débil

La defensa de la tesis del carácter enteramente facultativo de la rebaja de pena concurriendo varias atenuantes y ninguna agravante descansa en una determinada comprensión de las respectivas reglas de concreción o modificación del marco penal aplicable como reglas que harían posible una alteración discrecional de tal marco por parte del órgano jurisdiccional competente. En términos procesales, esta discrecionalidad se traduciría en que la renuncia a efectuar tal rebaja en ningún caso podría constituir una infracción de ley que influyese sustancialmente en lo dispositivo del fallo respectivo, de modo tal que el ejercicio de esa facultad sería inmune a una eventual impugnación a través de un recurso de casación o nulidad, según el sistema procesal de que se trate.

Esto se deja reformular en términos de que la comprensión dominante (en la doctrina y la jurisprudencia) de las reglas en cuestión les atribuye el efecto de otorgar al tribunal – recurriendo aquí a la terminología de Ronald Dworkin – un ejercicio de discreción en un sentido fuerte.⁴¹ Es decir, que de conformidad con tales reglas el tribunal no estaría sujeto a estándar normativo alguno al decidir si da lugar o no la rebaja de pena, en cualquier grado que sea, por concurrir dos o más atenuantes sin agravantes. Lo cual quiere decir, a su vez, que el tribunal por definición no podría equivocarse – en el sentido de aplicar erradamente el derecho – al decidir dar lugar o no a la rebaja de pena correspondiente.

Lo anterior es importante, porque es necesario diferenciar este sentido en que cabe hablar de discreción judicial, por un lado, del sentido en que puede decirse que en la aplicación de cualquier estándar normativo que sea en alguna medida indeterminado siempre cabría reconocer un momento de discrecionalidad, por otro. De ser éste el caso, el término “discreción” estará siendo usado en un sentido débil, esto es, en el sentido de “que, por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento”.⁴²

Y es justamente éste el sentido en que ha de entenderse el carácter “discrecional” de la rebaja (obligatoria) de pena en caso de concurrir varias atenuantes y ninguna agravante: con arreglo a las reglas respectivamente aplicables, el tribunal “puede” rebajar la pena en uno dos o aun tres grados, “según sea el número y entidad de dichas circunstancias” (art. 66 inc. 3º, art. 67 inc. 4º y art. 68 inc. 3º).⁴³ Pues la determinación de si, en atención al número y la entidad de las atenuantes concurrentes, la pena *debe* ser rebajada sólo en un grado, o bien en dos o aun tres (en el caso del art. 68), constituye una determinación que el tribunal debe adoptar ejercitando discernimiento

41 Dworkin, *Los derechos en serio* (1984), pp. 83 ss., 85-86.

42 *Ibid.*, p. 84.

43 Que el art. 65, segunda parte, no incorpore esa misma cláusula se explica, como habrá de verse todavía, por el sentido de la disposición bajo su formulación original, que sólo preveía una rebaja de un grado.

– en estricto paralelismo, por ejemplo, a la manera en que la compensación *racional* de atenuantes y agravantes debe hacerse “graduando el valor de unas y otras”.

Nada de lo anterior, sin embargo, modifica el hecho de que la mejor interpretación disponible de las disposiciones legales aquí pertinentes se traduce en la tesis de que el hecho mismo de la rebaja, más allá de su *quantum*, no es discrecional en sentido alguno – esto es, ni en sentido fuerte, ni en sentido débil –, de modo que la tesis reza: concurriendo a lo menos dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal está en todo caso obligado a rebajar la pena correspondiente, a lo menos en un grado.

2. El argumento sistemático

Según ya se sugiriera, la interpretación de los arts. 65 y siguientes del Código Penal en el sentido de que, concurriendo dos o más atenuantes (y ninguna agravante), la pena a imponer necesariamente ha de reducirse en uno o más grados, se ve apoyada por una consideración sistemática elemental. Lo que en tales casos se plantea no es sólo si la pena ha de rebajarse o no, sino también cuántos grados ha de comprender esa rebaja. El hecho de que la ley emplee la expresión “podrá” es consistente, por lo tanto, con que el *quantum* de la rebaja sea variable, en el sentido de que el mismo depende de cuál sea el número y la entidad de las atenuantes concurrentes. El tribunal competente, de este modo, puede decidirse (fundadamente) por una rebaja de uno o más grados, según cuántas atenuantes concurren y cuál sea su peso respectivo, pero el tribunal debe, en todo caso, decidirse por una rebaja.

Esta última consideración es consistente, a su vez, con una consideración más general acerca de la estructuración del proceso de determinación de la pena frente a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.⁴⁴ Tanto el art. 66 como el art. 67, así como también el art. 68 establecen, en su respectivo inc. 1º, que de no concurrir agravantes y atenuantes el tribunal puede recorrer toda la extensión del marco penal correspondiente. *A contrario*, entonces, de concurrir agravantes o atenuantes, la determinación de la pena ha de sujetarse a las reglas enunciadas en los incisos siguientes de cada uno de esos artículos. Esto significa que de concurrir una o más de esas circunstancias, la regla aplicable no es, en todo caso, la expresada en el inc. 1º del art. respectivo – haciendo abstracción aquí del art. 65, que sólo consta de un inciso. Qué debe hacer el tribunal en un caso tal se encuentra establecido en las reglas expresadas en los incisos siguientes de cada uno de esos artículos.

El inc. 2º del art. 66 dispone que concurriendo una sola atenuante (y ninguna agravante) el tribunal debe imponer la pena correspondiente (que será una compuesta de dos indivisibles) en su grado mínimo; el inc. 2º del art. 67 dispone, a su vez, que concurriendo una sola atenuante (y ninguna agravante) el tribunal debe imponer el mínimo de la pena, esto es, una pena que se encuentre dentro de la mitad inferior del marco correspondiente; y el inc. 2º del art. 68, finalmente, dispone para el mismo caso que el tribunal no puede imponer el grado máximo de la pena. (Concurriendo una sola agravante y ninguna atenuante, la regla correspondiente se invierte.) Ahora bien, el inc. 3º del art. 66, el inc. 4º del art. 67 y el inc. 3º del art. 68 se encuentran refe-

⁴⁴ Este argumento se encuentra cabalmente desarrollado en la nota de Quezada a la sentencia de la Corte Suprema en *contra C.S.L.*, en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XV (1956), Nº 1, pp. 91-92.

ridos a casos en que concurren dos o más atenuantes (y ninguna agravante). Por ende, la posibilidad de recorrer toda la extensión del marco penal se encuentra excluida en tales casos, dada la interpretación *a contrario* del inc. 1º de cada artículo. Pero entonces tampoco resulta aplicable la consecuencia fijada en los respectivos incisos 2º de los arts. 66, 67 y 68, pues las reglas ahí expresadas se encuentran circunscritas a casos en que concurre “una sola atenuante” (sin agravantes). Luego, la solución aplicable ha de encontrarse en los incisos específicamente referidos a los casos de concurrencia de dos o más atenuantes, los cuales, empero, contienen la forma verbal “podrá”. Pero si se observa que en estos incisos se establece más de una cuantía de rebaja posible (en uno o más grados), el uso de esa forma verbal resulta enteramente compatible con que la rebaja no sea facultativa, sino obligatoria para el tribunal. Así se obtiene, en definitiva, la misma tesis: la discreción (en sentido débil) es relativa a cuál de las consecuencias alternativas ha de tener lugar, esto es, al número de grados en que ha de tener lugar la rebaja, pero no a si ha de tener lugar una rebaja. Esto último es obligatorio para el tribunal.

A este respecto, es especialmente importante atender a la regla del inc. 2º del art. 67, ya mencionada, que ordena la imposición de la pena (de un grado de una divisible) en su *mínimum* en caso de concurrir una sola atenuante (y ninguna agravante). O sea: si concurre sólo una atenuante, el tribunal debe imponer la pena establecida en la respectiva norma de sanción, en su *mínimum*; es decir, el tribunal está obligado a reducir el marco penal aplicable a su mitad inferior, tal como dispone el inc. 3º del mismo artículo. Para el caso en que concurren dos o más atenuantes (y ninguna agravante), la regla aplicable ya no es la del inc. 2º, sino la del inc. 4º, de acuerdo con la cual el tribunal puede rebajar la pena en uno o dos grados, según el número y la entidad de las mismas. Ahora bien, si el inc. 2º del art. 67 dispone que concurrendo una sola atenuante (y ninguna agravante) necesariamente debe imponerse el *mínimum* de la pena establecida en la correspondiente norma de sanción, entonces resulta inadmisibles interpretar el inc. 4º del mismo artículo en el sentido del otorgamiento de una facultad discrecional respecto de la rebaja de pena.

Lo anterior significa que las reglas de los distintos incisos de los arts. 66, 67 y 68 han de ser entendidas como reglas recíprocamente excluyentes, dada la incompatibilidad de sus respectivos presupuestos de aplicación. Así, la regla que hace posible que el tribunal recorra toda la extensión del marco penal correspondiente, que presupone que en el hecho no concurren atenuantes ni agravantes, no resulta aplicable en casos en que concurren una o más atenuantes o agravantes, pues a estas situaciones se encuentran referidas las reglas de los incisos posteriores de cada artículo, según corresponda. Es decir, entre las reglas expresadas en cada uno de esos incisos cabe reconocer una relación de alternatividad o mutua exclusión, tal como ya lo apuntara Quezada en su nota crítica a la decisión de la Corte Suprema recaída en *contra C.S.L.*:

[...] la existencia de esos incisos normativos de situaciones diferentes, constituye una demostración de que no pueden interpretarse los incisos 4º del artículo 67 y 3º del artículo 68 del modo amplio que se expresa en el fallo de casación, porque aquellos no complementan a los últimos. El inciso 2º del artículo 67 tiene vida independiente respecto del inciso 4º, como la tiene el inciso 2º del artículo 68 en cuanto al inciso 3º. Cada inciso llena su cometido, realizándose el objetivo señalado en el artículo 62, que dice que *las atenuantes* (o las agravantes) *se tomarán en consideración para disminuir*

(o aumentar) la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes, entre los cuales figuran los que son objeto de este análisis.⁴⁵

Y el propio Quezada complementaba esta observación apuntando a la consecuencia interpretativa que tendría que seguirse del hecho de que la regulación reconozca relevancia autónoma a la concurrencia de una sola atenuante para la concreción (favorable al condenado) del marco penal respectivo:

Y como observación general acerca de esto hay que manifestar que al reglamentar el juego de las atenuantes, el Código Penal ha atribuido importancia, cumpliendo un objetivo manifestado desde que se discutía la redacción del Proyecto, a la existencia de una sola atenuante aislada (artículos 66, 67 y 68), de manera que mayor valor ha de otorgarse a la concurrencia de dos o más atenuantes y ausencia de agravantes que a la de una sola.⁴⁶

Es decir, dado que la concurrencia de una sola atenuante lleva aparejada la consecuencia de una modificación, por vía de restricción, del marco penal aplicable – tal como lo disponen los respectivos incisos 2º de los arts. 66, 67 y 68 –, entonces la concurrencia de dos o más atenuantes ha de tener, *a fortiori*, un efecto de rebaja de pena, que es precisamente la rebaja en uno o más grados prevista por las reglas correspondientes.

En la doctrina favorable a la tesis del carácter puramente facultativo de la rebaja de pena cabe hallar un intento de respuesta a este argumento de orden sistemático. La formulación de este intento de respuesta la ofrece Etcheberry, quien procura hacerse cargo de la objeción consistente en que la tesis del carácter puramente facultativo de la rebaja de pena conllevaría dejar en peor situación al imputado respecto de quien concurren dos o más atenuantes frente a aquel respecto de quien sólo concurre una atenuante. Dice Etcheberry que esta objeción

es más aparente que real, ya que de ningún modo podría el tribunal recorrer toda la extensión de la pena. A falta de regla directa, debe aplicarse la misma que para el caso de concurrir una atenuante sin agravantes, o sea, se impide aplicar el máximo de la pena [...].⁴⁷

Pero Etcheberry parece no estar plenamente consciente del costo que trae consigo esta tentativa de sortear el problema. Pues lo que su argumento supone es que concurriendo dos o más atenuantes y ninguna agravante, si el tribunal decidiera – en uso de la facultad enteramente discrecional que la ley supuestamente le reconoce – no dar lugar a la rebaja de pena en a lo menos un grado, nos encontraríamos en una situación de “falta de regla directa”. Es decir, nos encontraríamos ante una laguna legal, que Etcheberry propone salvar, entonces, recurriendo a la regla aplicable al caso en que sólo concurre una atenuante. Pero ésta es una regla que, atendida la estructura sistemática de la regulación, manifiestamente no concierne el caso de cuya solución aquí se trata (lo cual implica que su aplicación sólo podría ser analógica).

Atribuir una laguna a una regulación que parece, por el contrario, prever de modo sumamente preciso y diferenciado cuáles son los presupuestos de aplicación de cada

45 *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XV (1956), Nº 1, p. 92.

46 *Ibid.*

47 Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, p. 186.

una de las reglas específicas, tendría que despertar la sospecha de que la interpretación que conduce a esa postulación de una laguna es sistemáticamente defectuosa. Y aquí es fundamental advertir que la única razón por la cual Etcheberry llega, en efecto, a postular tal laguna consiste en su resistencia a considerar una interpretación alternativa de las disposiciones en cuestión, a saber, precisamente una interpretación bajo la cual, concurriendo varias atenuantes (y ninguna agravante), la pena aplicable ha de resultar de una rebaja, en uno o más grados, del marco previsto por la respectiva norma de sanción penal.

Justamente esta consideración se halla formulada en la decisión de la Corte Suprema recaída en *contra E.M.*, que validara la tesis del carácter obligatorio de la rebaja a lo menos en un grado:

Es lógica la interpretación que acaba de darse porque, si así no se entendiera, o sea, si se reputase que es absoluta y totalmente potestativa la facultad del Tribunal, habría que admitir –lo que no es aceptable– que pueden, sin inconveniente, resultar igualmente penados algunos reos a quienes favorezca una circunstancia atenuante y otros que cuenten en su abono con dos, tres o más de esas circunstancias.⁴⁸

El absurdo de la conclusión contraria, así como lo implausible e inconveniente de postular, como única salida al absurdo, la existencia de una laguna legal, hablan directamente a favor de la tesis del carácter obligatorio de la rebaja de pena, a lo menos en un grado, en caso de concurrencia de varias atenuantes sin agravantes.

3. La historia fidedigna del establecimiento de los arts. 65 y siguientes del Código Penal

Todavía ha de desvirtuarse el argumento, ya reseñado, de que la tesis del carácter puramente facultativo de la rebaja de pena por concurrencia de varias atenuantes encontraría apoyo en la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones legales pertinentes. Recientemente, el argumento ha sido expuesto en los siguientes términos:

Las principales razones a favor de esta interpretación [= facultad enteramente discrecional] son dos: i) el sentido literal de la posible de la norma, que utiliza la palabra “podrá”; ii) la historia fidedigna de su establecimiento, pues consta en las *Actas* (Ses. CR, números 19 y 136) que los comisionados quisieron dejar este asunto a la prudencia de los jueces, modificando en este sentido el art. 74 del Cesp [Código Penal español], que sirvió de base a nuestro art. 65 [...].⁴⁹

Ninguna de las actas de las sesiones citadas, sin embargo, contribuye al apoyo de la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena. Considérese, primero, el acta de la sesión N° 19:

Puesto en discusión el art. 68, fué igualmente aprobado; sin embargo, el segundo inc. de este art. suscitó algún debate respecto a la calificación de las circunstancias que pueden agravar un delito i de aquellas que son inherentes a el. Finalmente, i a indicación del señor Reyes i apoyado por el señor Altamirano, se convino en que en

⁴⁸ *Revista de Ciencias Penales*, Tomo VI (1944) p. 204.

⁴⁹ Matus y van Weezel, en Politoff y Ortiz (dir.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, p. 360.

INFORMES EN DERECHO

el presente caso era necesario dejar algo de latitud a este respecto a la apreciación prudencial de los jueces, para que califiquen aquellas circunstancias accesorias que pueden o no ser de la esencia de un delito.⁵⁰

Es claro que la discusión referida en modo alguno tenía relación con la cuestión aquí analizada. La latitud que se convino dejar a la apreciación prudencial de los jueces estaba referida al establecimiento de aquellas circunstancias modificatorias – atenuantes o agravantes – que pueden resultar ser inherentes al delito correspondiente, que es lo que actualmente regula el inc. 2º del art. 63 del Código Penal. Pero tampoco en el acta de la sesión N° 136 encuentra apoyo la tesis del carácter facultativo de la rebaja de pena. Aquí han de distinguirse las referencias a la redacción del art. 65 de las referencias a la redacción del art. 67. En cuanto a lo primero, se lee lo siguiente:

En el art. 65 se limitó la facultad del juez para bajar solo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes calificadas, i se dejó como facultativa esta reducción, en lugar de establecer la obligación para los tribunales de hacerla en todo caso.⁵¹

Si bien este antecedente parecería ser concluyente a favor de la tesis del carácter facultativo de la rebaja – al menos en los casos regulados por el art. 65: concurrencia de dos o más atenuantes respecto de un delito cuya pena sea una indivisible –, ello no es efectivo. Pues hay una inconsistencia entre el fragmento del acta recién citado y el texto definitivo de la disposición que fuera acordado en esa misma sesión, tal como se encuentra reproducido a continuación del fragmento en cuestión:

Art. 65. Cuando la lei señala una sola pena indivisible, la aplicarán los tribunales sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho. Pero si hai una circunstancia atenuante mui calificada, o dos o mas aun cuando no sean calificadas i no concurren ninguna agravante, podrán aplicar la pena inmediatamente inferior en grado a la escala respectiva.⁵²

De acuerdo con el texto aprobado, tenía sentido –en los términos de la tesis aquí defendida– establecer el carácter facultativo de la rebaja, puesto que la regla, en su formulación original, sólo contemplaba una rebaja de un grado. Esto se condice enteramente con la tesis interpretativa según la cual, habiendo posibilidad de rebaja en varios grados, la decisión sobre la rebaja de la pena en a lo menos un grado, no es discrecional en modo alguno. Aquí es fundamental tener presente que sólo en virtud de la reforma introducida por la Ley 17.727, de septiembre de 1972, la regla del art. 65 del Código Penal pasó a contemplar la posibilidad de rebaja de pena en uno o dos grados, prescindiendo de la exigencia, además, de que las atenuantes en cuestión tuviesen que considerarse “muy calificadas”. Y esa modificación tiene que implicar entonces, por razones de congruencia sistemática, que la decisión sobre la rebaja ya no puede considerarse facultativa para el juez.

En relación con el texto del art. 67, en el acta de la misma sesión se encuentra lo siguiente:

50 *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, p. 279.

51 *Ibid.*, p. 494.

52 *ibid.*

Con respecto al art. 67, se modificó el inc. 2º estableciéndose la regla de que cuando hai circunstancias i la pena señalada consta de un solo grado, los tribunales no aplicarán el máximum; i si consta de dos o mas, tampoco impondrán el mayor; porque si se obliga en estos casos a imponer el mínimum como lo hacía el proyecto, puede suceder que un gran criminal se libre de la pena merecida i reciba un castigo pequeño por obrar en su favor una circunstancia atenuante de escasa importancia. Vale mas dejar al juez la latitud que la modificación permite, prohibiéndole solo por el efecto de la atenuación que llegue hasta el límite mas elevado de la pena.⁵³

Luego, la referencia tiene por objeto la regla del inc. 2º del art. 67, en términos tales que el reconocimiento de la conveniencia de discreción sólo aparece ligado a la determinación de la pena en los casos en que concurra una sola atenuante (sin agravantes) o una sola agravante (sin atenuantes). En este punto, la historia del establecimiento de las disposiciones en cuestión no favorece en modo alguno la tesis de la rebaja facultativa.

De la revisión de las actas, por ende, no se obtienen antecedentes concluyentes a favor de una u otra tesis,⁵⁴ de modo que la cuestión ha de decidirse por argumentos primariamente sistemáticos. Y tal como ya se ha sugerido, estos argumentos hablan decisivamente a favor de la tesis del carácter obligatorio de la rebaja en al menos un grado.

4. El argumento relativo al art. 73 del Código Penal

En su reseña crítica del pronunciamiento de la Corte Suprema recaído en *contra C.S.L.*, Quezada aportaba una serie de argumentos adicionales a favor de la tesis del carácter obligatorio de la rebaja de pena en los casos que aquí interesan, los cuales ameritan ser considerados. El primero de estos argumentos concierne la regla del art. 73 del Código Penal, tradicionalmente entendida como una que establece una “circunstancia modificatoria de eficacia excepcional”.⁵⁵

Dispone el art. 73 que “[s]e aplicará [...] la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley” en caso que falte alguno de los requisitos de una eximente de responsabilidad de las previstas en el art. 10 del Código Penal, “siempre que concurra el mayor número de ellos”. El argumento de Quezada apunta a poner en relación la regla del art. 73 con la regla del art. 11, circunstancia 1ª, del Código Penal, que establece una atenuante general para los casos de eximentes incompletas, esto es, los casos en que se presenta alguna de las circunstancias del art. 10 sin que concurren todos los requisitos necesarios para la correspondiente eximente de responsabilidad. Dado que la configuración de una eximente incompleta constituye, por ese solo hecho, una circunstancia atenuante, que como tal podrá tener relevancia para la determinación de la pena correspondiente de conformidad con los arts. 65 y siguientes del Código Penal, según sea el caso, el principio de interpretación útil – esto es, la exigencia de que en la interpretación de una disposición legal se asigne a ésta algún efecto práctico – obliga a interpretar el art. 73 de un modo tal que quepa reconocer una diferencia entre sus condiciones de aplicabilidad, de una parte, y las del art.

53 *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, p. 494.

54 Véase Fernández, *Código Penal de la República de Chile Explicado i Concordado* (1899), Tomo I, p. 193.

55 *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XV (1956), Nº 1, pp. 92-93.

11, circunstancia 1ª, de otra.⁵⁶ La manera de satisfacer esta exigencia hermenéutica consiste en entender que para que se configure la atenuante de eximente incompleta basta con que se cumpla alguno de los requisitos de la eximente respectiva, mientras que la circunstancia de eficacia excepcional del art. 73 presupone que se satisfaga la mayoría de sus requisitos, aunque no todos. Esto, en el entendido de que las condiciones de aplicación de la eximente respectiva se dejen fraccionar al modo de una pluralidad de requisitos, esto es, que se trate de una “eximente compuesta”.⁵⁷

Sobre esta base, Quezada introduce la importante sugerencia de que la presencia de los requisitos copulativos de una eximente compuesta trae consigo tantas atenuantes como requisitos haya, al no completarse para generar la eximente, de manera que habremos de hallarnos en un caso de obligatoriedad de rebaja en casos de igual naturaleza que los de los incisos que se están comentando.

Es decir: “los incisos que se están comentado”, que son el inc. 4º del art. 67 y el inc. 3º del art. 68 – a los cuales es enteramente asimilable el inc. 3º del art. 66 –, son aquellos relativos a casos en que concurren dos o más atenuantes (y ninguna agravante), en circunstancias que los casos a que se refiere el art. 73 serían de igual naturaleza. Esto, porque el art. 73 exige que concorra la mayoría de los requisitos de una eximente, en circunstancias que concurrendo varios requisitos de una misma eximente podría entenderse configurado igual número de atenuantes, con arreglo al art. 11, circunstancia 1ª, en la medida en que cada requisito satisfecho se considere aisladamente.

Así, por ejemplo, en el caso de que alguien alegue haber actuado en legítima defensa, mas sin que se satisfaga el requisito de la falta de provocación suficiente de quien se defiende (art. 10 N° 4, circ. 3ª), entonces se ve cumplida la mayor parte de los requisitos de la eximente (aún incompleta). Ahora bien, suponiendo que tampoco se hubiese satisfecho el requisito de la necesidad racional del medio empleado (art. 10 N° 4, circ. 2ª), en tal caso de todas formas se habría configurado una atenuante por eximente incompleta. Pues en tal caso seguiría siendo reconocible una acción efectuada en defensa propia (art. 10 N° 4 inc. 1º) frente a una agresión ilegítima de otro (art. 10 N° 4, circ. 1ª), lo cual bastaría para la configuración de la atenuante por la eximente incompleta. Luego, un caso en que se satisfacen dos de los requisitos que el art. 10 N° 4 establece para la eximente a título de legítima de defensa, es un caso en que, de aplicarse aisladamente la regla del art. 11 N° 1 frente a cada uno de los requisitos cumplidos, cabría reconocer tantas atenuantes configuradas como requisitos satisfechos; es decir: dos atenuantes.⁵⁸ Y ese mismo caso, desde el punto de

56 Al respecto véase Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, pp. 17-18.

57 El problema que plantea la pregunta de si tal divisibilidad de los requisitos es aplicable a todas o sólo a algunas de las eximentes del art. 10 no necesita ser considerado aquí. A favor de la restricción a eximentes que constan (explícitamente) de requisitos diferenciados, Novoa, *ibid*; Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, pp. 17 ss.; Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 478. En contra, con matices, Labatut, *Derecho Penal*, Tomo I, pp. 210-211; Garrido, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, pp. 186-187.

58 Esto supone, ciertamente, rechazar el punto de vista según el cual uno de los varios requisitos de la eximente en cuestión tuviera que contar como su “requisito esencial”, sin cuya concurrencia no cabría plantear siquiera la pregunta por la configuración incompleta de la eximente. Así Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, pp. 18-19; Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, p. 16; Garrido, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, p. 186. En contra de esta noción de un solo requisito esencial habla, en primer término, que esa noción no encuentra apoyo alguno en el texto legal. Pero más decisivamente aún, en segundo término, esta noción carece de sentido en atención al fundamento de una eximente como la legítima defensa. Pues la eximente de la legítima defensa constituye, desde un punto de vista dogmático, una causa de justificación, esto es, una regla que vuelve jurídico-penalmente permisible

vista de la regla del art. 73, es un caso en que lo procedente es una rebaja obligatoria de pena.

De esta manera, el efecto genérico de la concurrencia de varias atenuantes tiene que ser, por exigencia de congruencia sistemática, una rebaja obligatoria de pena. Pues si el art. 73 establece una rebaja obligatoria de pena “en uno, dos o tres grados”, y la descripción correcta de los casos a que se refiere el art. 73 es equivalente a la de casos de concurrencia de varias atenuantes (aisladamente consideradas), entonces ha de concluirse que la rebaja de pena prevista por las respectivas reglas de los arts. 67 y 68 también es obligatoria.

5. El argumento relativo a la “media prescripción”

Un ulterior argumento adelantado por Quezada también favorece la tesis del carácter obligatorio de la rebaja.⁵⁹ El argumento apela a la regla del inc. 1º del art. 103 del Código Penal, que regula los efectos de la así llamada “media prescripción”, la cual representa, a su vez, una circunstancia atenuante de eficacia excepcional. La regla en cuestión se encuentra referida a casos en que el responsable de un delito se presenta o es hallado antes de que se cumpla el plazo de la respectiva prescripción de la acción penal o de la pena, según se trate, pero habiendo ya transcurrido la mitad de ese mismo plazo. En tal situación, el hecho ha de entenderse “revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante”, debiéndose aplicar entonces “las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la pena ya impuesta”.

La alternativa de la última cláusula de la disposición se explica en atención a que el art. 103 regula tanto el caso de una “media prescripción” de la acción penal como el caso de una “media prescripción” de la pena. En este segundo caso, lo que corresponde es rebajar la pena ya impuesta, y precisamente en el sentido de la aplicación de las reglas de los arts. 65 y siguientes; en el primer caso, tratándose de la “media prescripción” de la acción penal, lo que corresponde es imponer la pena en el sentido de la aplicación de las reglas de esos mismos artículos. Ahora bien, si en el caso de la “media prescripción” de una pena ya impuesta lo que corresponde es rebajar esa pena en tanto el hecho debe entenderse revestido de dos o más atenuantes y de ninguna agravante, entonces lo mismo ha de valer tratándose de la “media prescripción” de la acción penal.

Lo importante es que todo lo anterior presupone, de hecho, que el efecto de las reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68, en caso de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante, justamente consiste en una rebaja obligatoria de pena. Es decir, el sentido

una acción (típica) que de lo contrario resultaría antijurídica, y en tal medida punible. Para la justificación de una acción típica a título de legítima defensa, todos los requisitos de ésta son igualmente relevantes, esto es, son igualmente “esenciales”. Lo único que se expresa en el reconocimiento de una eximente incompleta como atenuante es un reconocimiento de que la satisfacción de alguno de los presupuestos de una eximente puede ameritar una morigeración del reproche penal correspondiente. Y es enteramente posible que esa morigeración se justifique en un caso en que falle el requisito de una agresión ilegítima – entendido como la exigencia de una agresión, actual o inminente, contra un bien jurídico individual –, por tratarse, por ejemplo, de un ataque a un bien jurídico colectivo, o bien de una agresión puramente putativa (así Cury, *Derecho Penal Parte General*, pp. 477-478, lo cual ciertamente no debe ser entendido en términos de una legítima defensa [completa] putativa, pues en tal caso el correspondiente error podría operar ya excluyendo el dolo), satisfaciéndose, en cambio, el requisito de la necesidad racional del medio empleado.

59 *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XV (1956), N° 1, p. 92.

de la regla del art. 103, a través de su remisión a las reglas de los arts. 65 y siguientes, descansa en que éstas, para el caso de concurrencia de varias atenuantes y ninguna atenuante prescriben – y no meramente autorizan – una rebaja de pena. Es posible reconocer, sin embargo, dos eventuales objeciones a este argumento, las cuales deben ser clarificadas y, en definitiva, desechadas.

Una primera cuestión problemática parece consistir en que el art. 103 habla de que el hecho en cuestión ha de entenderse revestido de dos o más atenuantes “muy calificadas”. Pues esto podría interpretarse en el sentido de que la sola concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante no bastaría, de conformidad con los arts. 65, 66, 67 y 68, para que el tribunal quedase obligado a efectuar una rebaja de pena. Para la obligatoriedad de la rebaja en caso de una “media prescripción” – así podría continuar la objeción – sería necesario que esas atenuantes tuviesen además el carácter de “muy calificadas”, sin que esto figure, empero, dentro de las condiciones de aplicación de las reglas de los arts. 65 y siguientes.

Una tal interpretación, sin embargo, sería manifiestamente errónea. Pues ella desconocería que en la redacción original del art. 65, según ya se mostrara, sí figuraba la expresión “una atenuante muy calificada”. En su versión original, la regla del art. 65, referida a casos en que la pena aplicable es una sola indivisible, preveía la posibilidad de una rebaja de pena en un grado en caso de concurrir una atenuante muy calificada, o bien dos o más atenuantes que no tuviesen esa entidad. Puesto que antes de la reforma del año 1972 la rebaja disponible era de un solo grado, tenía sentido entender que la rebaja era facultativa, ya sea que concurriera una atenuante muy calificada, o varias no calificadas. Ahora, justamente para hacer obligatoria, y no facultativa, esa rebaja de un grado en caso de una “media prescripción” tratándose de un delito cuya pena correspondiente fuera una sola indivisible, tenía sentido que el art. 103 dispusiese que el hecho debía entenderse revestido de dos o más atenuantes muy calificadas. Lo importante es que esta última situación, de hecho, no se encontraba prevista como tal bajo el art. 65 en su versión original. Pues éste preveía la posibilidad de rebaja en un grado en caso de concurrir una sola atenuante muy calificada, o bien varias atenuantes, aun cuando no muy calificadas. Luego, la regla del art. 103 expresa que en atención a esa regulación, que preveía una rebaja facultativa, la rebaja tenía que convertirse en obligatoria.

Lo anterior quiere decir que el uso de la expresión “muy calificadas”, en el contexto del art. 103, para caracterizar las atenuantes de las cuales tiene que entenderse revestido el hecho en casos de “media prescripción”, sólo tenía sentido frente a la regla originalmente establecida en el art. 65. Pues los arts. 66, 67 y 68 prevén una rebaja de pena en caso de que concurren varias atenuantes, sin que rija aquí la exigencia de que ellas sean muy calificadas. Mas en virtud de la reforma del año 1972, la redacción del art. 65 dejó de contener la expresión “muy calificada”, y pasó a prever una rebaja de pena en uno o más grados en caso de concurrencia de dos o más atenuantes (“a secas”). En atención a las razones ya esgrimidas, eso significa que la rebaja de pena tiene que entenderse obligatoria, al menos en un grado. Y por eso, a partir de la reforma del año 1972 ha perdido relevancia el hecho de que el art. 103 emplee la expresión “atenuantes muy calificadas”.

La segunda dificultad que debe enfrentar el argumento a favor del carácter obligatorio de la rebaja de pena por referencia a la regla del art. 103 está constituida por el

intento, emprendido por Schweitzer, de ofrecer una interpretación alternativa.⁶⁰ Según Schweitzer, la regla del art. 103 no tendría por efecto una rebaja obligatoria de pena en todos los casos en que hubiese transcurrido el tiempo suficiente para una “media prescripción”, sino que su alcance sería mucho más limitado. En efecto, la rebaja obligatoria de una pena ya impuesta sólo procedería en dos situaciones: primero, en caso de que la sentencia condenatoria hubiese aumentado la pena correspondiente en un grado, por haber estimado concurrentes dos o más agravantes; y segundo, en caso de que la sentencia condenatoria hubiese impuesto el grado máximo previsto por la ley, por haber estimado que no concurrirían agravantes ni atenuantes.

Esta propuesta interpretativa es deficiente. En primer lugar, porque la misma sólo parece aplicable, de entrada, a casos de “media prescripción” de una pena ya impuesta por sentencia condenatoria previa, sin dar cuenta, en absoluto, de que la regla también es aplicable a casos de “media prescripción” de la acción penal correspondiente – esto es, a casos en que por definición no existirá una sentencia condenatoria ya pronunciada cuya eventual modificación pudiera venir en consideración.

Y en segundo lugar, porque si el efecto de la regla consistiera, de hecho, en aquél que pretende atribuirle la interpretación de Schweitzer, entonces el art. 103 tendría que exhibir un tenor literal distinto del que efectivamente exhibe. Pues si el efecto de una “media prescripción” tuviese que limitarse a la rebaja de pena (ya impuesta) que fue objeto de un aumento en un grado por haberse estimado concurrentes varias agravantes, o bien a la rebaja de una pena impuesta en el máximo del marco correspondiente por no haberse estimado concurrentes agravantes ni atenuantes, entonces el art. 103 tendría que haberse formulado con una terminología que de hecho condujese a ese efecto. Y para eso habría sido suficiente que el art. 103 dispusiera que el hecho ha de entenderse revestido de ninguna agravante así como de una (sola) atenuante. Pues en tal situación – es decir, sin concurrir agravante alguna y concurriendo una sola atenuante –, y de conformidad con las reglas del inc. 2º del art. 66, del inc. 2º del art. 67 y del inc. 2º del art. 68, el tribunal queda impedido de imponer siquiera la pena correspondiente en su máximo (debiendo, por lo demás, imponerla en su mínimo en caso de tratarse de una pena compuesta de varias indivisibles [art. 66 inc. 2º] o de un solo grado de una divisible [art. 67 inc. 2º]).

Por lo tanto, si el art. 103 emplea una terminología que excede aquella que habría bastado para producir el efecto que la interpretación de Schweitzer pretende atribuirle, entonces el principio de interpretación útil exige atribuirle un alcance congruente con esa terminología. (Esto, además de que las reglas que prevén el efecto de determinación de la pena con que Schweitzer pretende delimitar el alcance del art. 103 son reglas que no resultan aplicables a casos de concurrencia de varias atenuantes sin agravantes.⁶¹) Ahora bien, la terminología empleada por el art. 103 es una terminología que vuelve aplicables las reglas específicamente referidas a casos de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante. Y tal como se ha mostrado, esas

60 Véase *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XV (1956), Nº 1, p. 90. En igual sentido Yuseff, *La prescripción penal*, pp. 164-165.

61 Esto significa que el argumento de Schweitzer, consecuentemente desarrollado, tendría que llevar a la tesis de que la aplicación de las reglas referidas a la concurrencia de una sola atenuante y ninguna agravante habría de ser analógica, tal como sostiene Etcheberry. Pero esa tesis a favor de la aplicación analógica de tales reglas presupone constatar, como Etcheberry lo hace explícito, que habría una laguna legal. Y esta afirmación, según ya se demostró, es absurda.

reglas imponen una rebaja obligatoria de pena en uno o más grados “según sea el número y entidad de dichas circunstancias [atenuantes]”.

6. El argumento relativo al art. 359 N° 4 del Código de Procedimiento Penal

Existe un último argumento, también de orden sistemático, que cabe esgrimir a favor de la tesis de la obligatoriedad de la rebaja de pena, prevista en los arts. 65 y siguientes del Código Penal, en caso de concurrir varias atenuantes y ninguna agravante. Se trata de una puesta en relación de esas disposiciones, por una parte, con el art. 359 N° 4 del antiguo Código de Procedimiento Penal, por otra.⁶² Esta última disposición establece que corresponde otorgar la libertad provisional, de oficio o a petición de parte, y bajo caución suficiente, a todo imputado como autor, cómplice o encubridor de cualquier delito, siempre que, “por las circunstancias atenuantes que concurren o por las que resten una vez compensadas ellas con las agravantes del caso”, la pena correspondiente sea inferior a aquellas enunciadas en el N° 1 del mismo artículo – a saber, a las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en su grado máximo.

Ahora bien, esta regla sólo tiene sentido en el entendido de que, de conformidad con las reglas pertinentes del Código Penal, la pena haya de ser obligatoriamente rebajada en caso de que concurren varias circunstancias atenuantes sin agravantes, o bien en caso de que concurren varias atenuantes que prevalezcan tras la compensación entre la totalidad de las atenuantes y agravantes concurrentes.⁶³ Pues sólo así cabe entender que la regla del Código de Procedimiento Penal asuma que en caso de concurrencia de atenuantes la pena que eventualmente corresponda imponer tenga que (y no meramente “pueda”) ser menor que aquellas indicadas en el art. 359 N° 1. Es decir, la consideración de esta regla de procedimiento también lleva a la conclusión de que la única interpretación admisible de los arts. 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, en lo relativo a casos de concurrencia de dos o más atenuantes y ninguna agravante, se traduce en que la rebaja de pena correspondiente resulta obligatoria, y no facultativa, para el tribunal competente.

Cabe apuntar, finalmente, que la regla del art. 359 N° 4 del Código de Procedimiento Penal tiene un significado adicional. Pues esta regla pone de manifiesto que, en caso en que por concurrencia de varias atenuantes y varias agravantes sea necesario proceder a su compensación racional (de conformidad con los arts. 66 inc. 4°, 67 inc. 6° y 68 inc. 5°), las reglas expresadas en los incisos correspondientes han de ser aplicables según cuál sea el resultado de esa compensación. Y si el resultado de la compensación es que prevalecen dos o más atenuantes una vez descartadas las demás atenuantes y agravantes concurrentes, entonces ha de procederse obligatoriamente a la rebaja de pena prevista por esas reglas.

⁶² Así ya en la nota de Quezada, *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XV (1956), N° 1, p. 93.

⁶³ La opinión contraria se encuentra en la nota de Schweitzer, *ibid*, pp. 90-91, quien meramente reitera, sin embargo, la interpretación de los arts. 67 y 68 de conformidad con la cual la rebaja de pena sería facultativa, la cual ya ha sido criticada.

V. CONCLUSIONES

1. Las reglas de determinación de la pena en caso de concurrencia de varias circunstancias atenuantes son reglas de determinación legal de la pena en sentido amplio, y no reglas de determinación o individualización judicial de la pena.
2. Estas reglas forman parte de un esquema regulativo altamente sistemático, en el marco del cual es posible identificar principios generales de valoración de la incidencia de atenuantes y agravantes. Uno de estos principios consiste en una asimetría a favor del peso específico de las circunstancias atenuantes frente a las agravantes.
3. En la jurisprudencia y la doctrina absolutamente dominantes, salvedad hecha de algunas notables excepciones, existe consenso acerca de que la rebaja de pena prevista para casos de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante sería enteramente facultativa para el tribunal de fondo. Esta tesis supone que, en este ámbito específico, los tribunales gozarían de discreción en sentido fuerte para dar lugar o no a la rebaja.
4. El argumento exegético tradicionalmente esgrimido a favor de esta tesis es abiertamente fallido, pues el mismo desconoce que hay otras disposiciones legales, que presentan un tenor literal enteramente semejante, las cuales son unánimemente interpretadas en el sentido de expresar reglas que imponen deberes para el tribunal competente.
5. El argumento sistemático esgrimido a favor de esa tesis, que concierne la interpretación tradicional del art. 65 del Código Penal, y que a su vez descansa en un argumento que apela a la historia del establecimiento de las disposiciones en cuestión, también es fallido. Pues el argumento está lejos de probar lo que tendría que probar, desconociendo que, en lo fundamental, la referencia al art. 65 es históricamente equívoca.
6. Para dar cuenta de la confusión implicada en la tesis imperante en la jurisprudencia y la doctrina, es necesario clarificar la manera en que se entiende el concepto de discreción judicial. Esa tesis confunde una noción (insensata) de discreción en sentido fuerte con una noción (sensata) de discreción en sentido débil.
7. A favor de la tesis del carácter obligatorio de la rebaja de pena en caso de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante, habla un argumento sistemático incontestable. Cada uno de los incisos de los arts. 66, 67 y 68 regula una situación exclusivamente comprendida en el inciso respectivo. Las únicas reglas referidas a la situación de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante prevén una rebaja de pena en uno o más grados. Que tales reglas dispongan que el tribunal “podrá” dar lugar a la rebaja en uno o más grados se explica porque el *quantum* de la rebaja procedente es variable: uno o más grados. Pero la rebaja misma de pena, en al menos un grado, no es facultativa, sino obligatoria para el tribunal.
8. La historia fidedigna del establecimiento de los arts. 65 y siguientes del Código Penal en nada contradice el argumento anterior. Todas las referencias usuales a las actas de la Comisión Redactora del Código Penal son equívocas. Y en particular, la referencia a las sesiones relativas al establecimiento del art. 65 carece de todo

INFORMES EN DERECHO

valor, dada la divergencia entre el texto tenido a la vista en esas sesiones y el texto en definitiva aprobado.

9. La consideración sistemática de los arts. 73 y 103 del Código Penal, así como del art. 359 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, refuerza decisivamente la tesis del carácter obligatorio de la rebaja de pena en caso de concurrencia de varias atenuantes y ninguna agravante.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

EDUARDO CORDERO Q.

Abreviaturas

COT	: Código Orgánico de Tribunales.
CPP	: Código Procesal Penal.
CPR	: Constitución Política de la República.
LBGAE	: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575.
LBPA	: Ley de Bases que rigen los procedimientos de los actos de la Administración del Estado, N° 19.880.
LOGCH	: Decreto Ley N°2859, de 1979, del Ministerio de Justicia que fija la ley orgánica de Gendarmería de Chile.
LOMJ	: Decreto Ley N°3.346, de 1980, del Ministerio de Justicia, que Fija el texto de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia.
REP	: Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto Supremo N°518, de 1998, del Ministerio de Justicia que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.
ROMJ	: Decreto Supremo N°1.597, de 1980, del Ministerio de Justicia, que Aprueba el Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia.

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME

2. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN PENITENCIARIO Y ESTADO DE DERECHO

3. ACTIVIDAD PENITENCIARIA Y ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA.

- a) Actividad penitenciaria y la Administración del Estado.
- b) La Administración Penitenciaria.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENITENCIARIO.

- a) Naturaleza del Derecho penitenciario.
- b) Fuentes del Derecho administrativo penitenciario.
- c) Los principios y normas comunes del Derecho administrativo.
- d) Naturaleza y fundamentos relación-jurídica entre la Administración y la población penitenciaria.

5. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA.

- a) Aspectos generales.
- b) Naturaleza y sentido del control jurisdiccional de la Administración.
- c) Las acciones contenciosas administrativas en Chile.
- d) ¿Qué le corresponde revisar al juez?
 - i) Actos administrativos, elementos, vicios y causales de nulidad.*
 - ii) El control de la discrecionalidad.*
- e) Los mecanismos de control de la actividad penitenciaria.
 - i) El contencioso administrativo penitenciario.*
 - ii) Los actos que pueden ser objeto de control.*
 - iii) La forma en que se debe ejercer el control*
- a) Actos administrativos. Análisis particular de los vicios y causales de nulidad.
 - i. Investidura irregular.*
 - ii. Incompetencia.*
 - iii. Vicios en los motivos del acto administrativo.*
 - iv. Ilegalidad en el objeto.*

INFORMES EN DERECHO

v. La desviación de poder.

vi. Vicio de forma.

b) Actos materiales.

6) APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LAS ORDENES DE TRASLADO Y LOS PERMISOS DE SALIDA.

a) Los traslados.

b) Los permisos de salida.

7) CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

1. OBJETO DEL INFORME

Se ha solicitado al suscrito por parte de la Defensoría Penal Pública un Informe en Derecho relativo al control jurisdiccional de la actividad de la Administración penitenciaria, en especial respecto de los traslados y permisos de salida, el cual debe comprender los siguientes contenidos:

- a) Posición sistemática de la Administración penitenciaria frente al Derecho Administrativo;
- b) El control de la Administración penitenciaria: el contencioso administrativo penitenciario y las reglas aplicables;
- c) El juez de garantía como tribunal de control de la ejecución y las reglas aplicables;
- d) Materias revisables por el juez de garantía y los demás órganos de control de la Administración penitenciaria. Revisión de órdenes de traslado y de permisos de salida.

Para analizar esta materia haré una breve introducción (2); para luego analizar la naturaleza de la Administración penitenciaria (3); la relación que se produce entre el Derecho administrativo y el Derecho penitenciario (4); el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria (5); la aplicación de estos principios respecto de dos figuras de interés, como son los traslados y permisos de salida (6); para terminar formulando las conclusiones de este informe (7).

2. INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN PENITENCIARIO Y ESTADO DE DERECHO

La situación de las personas que habitan en las unidades carcelarias es un tema que no ha merecido en nuestro país la atención suficiente por parte de las disciplinas jurídicas sino hasta época reciente. Más aún, siempre ha existido la sensación que la cárcel marca el punto de inflexión entre la efectiva vigencia del respecto a la ley y el comienzo de un régimen caracterizado por la enorme discrecionalidad de los órganos estatales, carente de todo control. Como bien lo señala Norval Morris “la cárcel debería ser, si el mundo no estuviera lleno de paradojas, el verdadero paradigma del reinado de la ley. Hasta hace poco años era, por el contrario, un territorio reservado a la discrecionalidad incontrolada, un coto de poder inmune al proceso legal”.¹

Quien se introduce en este tema por vez primera le llama de inmediato la atención la discordancia que existe por el respecto de la legalidad en el sistema judicial y las normas procedimentales, frente a las inhumanas condiciones en las cuales se encuentra el condenado en un establecimiento penitenciario. Más aún, a veces queda la impresión que los muros y barrotes de las cárceles no sólo son un límite a la libertad del recluso, sino también una barrera para el ingreso y aplicación del Derecho. Como bien sostienen Beltrán Gambier y Alejandro Rossi “parece contentarnos con saber que la sentencia concluye un período controvertido y que luego todo se limita a una cuestión de ejecución. Pocas veces se reflexiona acerca de la numerosa cantidad de decisiones administrativas que se generan dentro de las cárceles, así como del virtual

¹ MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones* (6ª ed. México, Siglo XXI, 2002), p. 9.

INFORMES EN DERECHO

estado de indefensión que frente a ellas padecen los condenados y procesados que aguardan su sentencia”.²

En los últimos tiempos estamos asistiendo a un cambio radical respecto de la visión que se tiene de los internos en los establecimientos penitenciarios ante el Derecho. Así, las políticas penitenciarias se elaboran a partir de una noción totalmente diferente respecto del sentido de la pena y la situación jurídica de los internos. En palabras de Francisco González Navarro, el interno “no es un esclavo del Estado, tampoco es un muerto viviente. Continúa teniendo la condición jurídica de persona y como tal debe ser tratado”.³

En Chile las propias autoridades judiciales han llamado la atención sobre este problema, dando cuenta de ello al Gobierno y al Poder legislativo. Al efecto, cabe mencionar el Informe emitido por la Fiscal Judicial de la Corte Suprema el 1° de junio del presente año ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, donde se hace un profundo y descarnado análisis de la situación carcelaria de nuestro país, destacando dos puntos relevantes:

- a) El problema carcelario no se resuelve con la dictación de nuevas normas, sino por la aplicación efectiva de las disposiciones ya vigentes. Así, la Fiscal Judicial señala que “en Chile existe el marco legal y reglamentario suficiente para que el Estado cumpla con su deber de velar por la rehabilitación y reinserción social de los reclusos y respetar su dignidad, por lo que la solución de la problemática carcelaria que se arrastra en el tiempo, no pasa por la dictación de nuevas normas legales, sino por la voluntad de las autoridades del sector de implementar políticas penitenciarias, concretar las acciones que se planifiquen, y evaluar sus resultados”.⁴
- b) La plena vigencia y aplicación de los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre Derechos Humanos. Al efecto, el informe señala que “nuestro país ha suscrito y ratificado en los últimos años diversos Tratados y Resoluciones Internacionales que buscan hacer respetar la dignidad de la persona humana. En tal sentido, Chile ratificó la Resolución N°45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 14 de diciembre de 1991, norma que ha establecido principios básicos para el tratamiento de los reclusos. De acuerdo a estas disposiciones, todo recluso debe ser tratado con el respeto que merece su dignidad y valor inherente de ser humano, y no puede ser objeto de discriminación alguna por el hecho de estar privado de libertad. [...] Con excepción de las limitaciones propias del encarcelamiento, todos los reclusos siguen gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas incorporadas a la legislación nacional. Nuestro país, con la ratificación de la citada Resolución, se ha comprometido y obligado a abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria. Así también, se ha obligado como Estado a crear las condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades que faciliten su rein-

2 GAMBIER, Beltrán y ROSSI, Alejandro, *Derecho administrativo penitenciario*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 18.

3 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Poder domesticador del Estado y derechos del recluso*, en *Estudios de la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría* (Madrid, Civitas, 1991), p. 1117.

4 Informe de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 1° de junio de 2009, p. 14.

serción, y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio. Es obligación del Estado crear las condiciones necesarias para la reincorporación del recluso en la sociedad, y en las mejores condiciones posibles, de modo de disminuir los actuales índices de criminalidad y reincidencia, contribuyendo así al bien común de toda la sociedad”.⁵

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema han sido enfáticas en señalar que la falta de los recursos económicos, presupuestarios y financieros para materializar las garantías de los reclusos no excusa a la Autoridad Penitenciaria para mantenerlos en condiciones que están por debajo del mínimo de lo humanamente aceptable. A su vez, señalan que los sentenciados tienen una condición jurídica idéntica a las de los ciudadanos libres, de manera que no pueden ser sometidos a tratos inhumanos, lo cual es contrario a toda esperanza de reinserción.⁶

Por su parte, las modificaciones introducidas al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios por el DS N° 1.248 de 2006, establecen expresamente este principio en su artículo 4° al señalar que:

Artículo 4°.- La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales.

Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente.

Así las cosas, la situación jurídica en la cual se encuentra la población penitenciaria no se configura como un régimen de excepción a los principios y normas que dan sustento al Estado de Derecho. Por el contrario, los órganos del Estado debe respetar y actuar conforme al ordenamiento jurídico que los rige y los internos tienen derechos que deben ser respetados y promovidos por parte de las entidades estatales que tienen a su cargo la Administración penitenciaria.

3. ACTIVIDAD PENITENCIARIA Y ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

a) Actividad penitenciaria y la Administración del Estado

Las personas que han sido condenadas, se encuentran detenidas o sujetas a prisión preventiva están sometidas a lo que se denomina la *actividad penitenciaria* que tiene a su cargo el Estado y en cuya virtud se cumple lo dispuesto por los Tribunales de Justicia en el orden penal o, en su caso, las medidas que adoptan de forma excepcional los órganos de policía sin orden previa de la autoridad judicial.

Estrechamente vinculado al sistema de justicia penal, la población penitenciaria está integrada por aquellas personas que se encuentran en diversas situaciones procesales (detención, medidas cautelares o cumplimiento de una condena), respecto de las

⁵ Idem. pp. 14 y 15.

⁶ Considerando décimo y décimo tercero, Sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago de 31 de agosto de 2009, Rol N° 2154-2009, confirmada por la Corte Suprema con fecha 7 de septiembre de 2009, Rol N° 6243-2009.

INFORMES EN DERECHO

cuales se requiere su internación en establecimientos públicos y concesionados con el fin de dar cumplimiento y asistir a la función jurisdiccional en el ámbito penal. Esto implica la existencia de toda una estructura administrativa destinada a la realización de dicha función, para lo cual deberá contar con una dotación de funcionarios y de la infraestructura necesaria para el efecto.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico asigna esta función a órganos que integran la Administración del Estado, a quienes les corresponden, en principio, la vigilancia y custodia de estas personas, las que en su conjunto integran lo que se denomina población penal o penitenciaria.⁷ Por lo tanto, la actividad penitenciaria constituye una función administrativa, la cual se puede definir como el conjunto de actuaciones jurídicas y materiales vinculadas a las personas que integran la población penal, dando lugar a un régimen disciplinario, de beneficios y gestión que constituyen claramente una actuación administrativa.⁸

De esta forma, la actividad penitenciaria supone la existencia de dos categorías de sujetos: la Administración pública y la población penal. A su vez, entre ellos se van a forjar un conjunto de vínculos o relaciones jurídicas que necesariamente han de estar regidas por normas objetivas pertenecientes al Derecho público, particularmente al Derecho administrativo.

b) La Administración Penitenciaria

Siendo la actividad penitenciaria una actividad encomendada a órganos que integran la Administración del Estado, nos corresponde establecer cuáles son estos órganos o entidades que cumplen esta labor.

Al efecto es bueno tener presente que la función de gobierno y administración está encomendada en Chile al Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 24 CPR y lo confirma el artículo 1° LBGAE. Para tal efecto, el Presidente cuenta con la colaboración de los órganos que determina la propia Constitución y las Leyes, los cuales integran la Administración del Estado (artículo 38 CPR).

Ahora bien, la Administración del Estado está compuesta por una multiplicidad de órganos y personas jurídicas, tal como lo confirma el inc. 2° del artículo 1° LBGAE, las cuales tienen distintas funciones y naturaleza. Dentro de las funciones cabe distinguir aquellas que le corresponde a los Ministerios y los servicios públicos.

Nuestra legislación dispone que los Ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones. Estas funciones se traducen

7 Del artículo 1° REP dispone que la actividad penitenciaria tiene como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

8 Es una cuestión multisecular la determinación del concepto de función administrativa. La respuesta más simple proviene de la concepción negativa o residual de la misma formulada por Otto Mayer y George Jellinek, para quienes la función administrativa es aquella actividad estatal que no es legislativa y judicial. No obstante los reparos que se pueden formular al respecto, lo cierto es que la naturaleza de la actividad penitenciaria se resuelve adecuadamente siguiendo este camino, en la medida que no es una función jurisdiccional, aun cuando este estrechamente unida a ella, como tampoco –como es evidente– se corresponde con la actividad legislativa. Véase MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán* (Buenos Aires, Depalma, 1984) T. I, p. 10.

fundamentalmente en las de *proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.*⁹

Por su parte, los servicios públicos son definidos como órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. En tal sentido, están sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, *cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar*¹⁰. Así, los servicios públicos les corresponden una *función de ejecución* respecto de estas políticas, planes, programas y normas determinadas por los Ministerios.¹¹

Esta estructura básica se proyecta en la Administración penitenciaria, en la medida que ésta se asigna y configura a partir de un Ministerio y un servicio público, esto es, el Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile.

La Ley Orgánica del Ministerio de Justicia dispone que esta entidad estará encargada esencialmente de relacionar al Poder Ejecutivo con el Poder Judicial y de ejecutar las acciones que la ley y el Presidente de la República le encomienden (artículo 1°). En la materia que nos interesa, el artículo 2° establece que le corresponde, entre otras funciones, formular las políticas, planes y programas sectoriales, en especial respecto del tratamiento penitenciario y la rehabilitación del reo (letra c), así como controlar su cumplimiento y evaluar sus resultados (letra d); y dictar normas e impartir instrucciones a que deben sujetarse sus servicios dependientes y fiscalizar su cumplimiento (letra e). Asimismo, le corresponde crear establecimientos penales y de tratamiento y rehabilitación penitenciarios (letra l) y pronunciarse sobre los proyectos y ejecución de obras de Gendarmería de Chile, y sus prioridades (letra s).¹²

Por su parte, la Ley Orgánica de Gendarmería define a esta institución como un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley (artículo 1°). Entre otras funciones le corresponde dirigir todos los establecimientos penales del país, aplicando las normas previstas en el régimen penitenciario que señala la ley y velar por la seguridad interior de ellos, así como custodiar y atender a las personas privadas de libertad (artículo 3°).

Así las cosas, los órganos que integran la Administración penitenciaria son el Ministerio de Justicia en la fijación de las políticas, planes, programas y normas, y Gendarmería de Chile, en la ejecución de los mismos dentro del marco jurídico previsto por nuestro

9 Artículo 22 LBGAE. Esta norma dispone en su inc. 3° que en circunstancias excepcionales, la ley podrá encomendar alguna de las funciones señaladas en el inciso anterior a los servicios públicos. Asimismo, en los casos calificados que determine la ley, un ministerio podrá actuar como órgano administrativo de ejecución.

10 Artículo 28 LBGAE.

11 Véase, entre otras obras, PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La organización de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

12 Al efecto la LOMJ establece que la Subsecretaría del Ministerio estará constituida por una División de Defensa social a la cual le corresponde estudiar y proponer las orientaciones fundamentales que el Ministerio requiera en el campo de la prevención del delito, del tratamiento del delincuente y de la protección y rehabilitación de los menores (artículos 10 y 13). Estas funciones son desarrolladas posteriormente en el ROMJ, especialmente en sus artículos 21 y ss.

INFORMES EN DERECHO

ordenamiento.¹³ En buenas cuentas, la estructura general de la Administración del Estado se proyecta en el ámbito penitenciario a través de estos órganos que actúan bajo la personalidad jurídica del Estado-Fisco, integrando lo que se conoce como Administración centralizada.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENITENCIARIO

a) Naturaleza del Derecho penitenciario

En el entendido que los órganos del Estado que participan del régimen penitenciario forman parte de la Administración del Estado, es evidente que tanto en su organización como en el ejercicio de sus funciones se han de regir por aquél sector del ordenamiento jurídico que rige a los órganos y personas jurídicas públicas que cumplen una función administrativa, es decir, el Derecho administrativo.

Sin embargo, se ha de reconocer que esta materia no es del todo pacífica, pues desde el primer decenio del pasado siglo –cuando se ha forjado su denominación¹⁴– han comenzado los esfuerzos por sostener la autonomía del Derecho penitenciario, especialmente por parte de la doctrina italiana.¹⁵ Esto ha llevado a distinguir entre Derecho penal, Derecho procesal penal y ejecución penal. Más aún, se ha postulado denominar a esta disciplina como Derecho de ejecución penal, colocando al Derecho penitenciario como una parte del mismo destinado a la ejecución de las penas privativas de libertad.¹⁶

Por su parte, los penalistas no han dejado de reclamar la pertenencia de esta materia a su disciplina, tal como lo sostiene Manuel de Rivacoba al señalar que “como el delito reclama la pena y ésta lo supone y es ininteligible sin él, de modo que ambos se complementan y se constituyen en los dos objetos esenciales de una normatividad única y de la ciencia que la estudie, la ejecución no puede pertenecer a ninguna rama que no sea la de la pena, que es la misma que la del delito, el Derecho criminal o penal [...] en resumen, que en un examen atento y detenido de la cuestión no se justifica ni un Derecho de ejecución penal, o de las penas, ni, menos, un Derecho penitenciario”.¹⁷

13 El REP establece en su artículo 3º que para los efectos de dicha norma las expresiones “Administración Penitenciaria” y “Administración” se entenderán referidas a Gendarmería de Chile. Sin embargo, se ha de tener presente que este concepto es restrictivo, en la medida que sólo abarca al servicio público a cargo de la ejecución de las políticas, planes, programas y normas en materia penitenciaria.

14 El término habría sido utilizado por primera vez por parte de N. H. KRIEGSMANN en su obra *Einführung in die Gefängnissskunde* (Heidelberg, Carl WinterUniversitätsbuchhandlung, 1912) traducida posteriormente por BANCES, R. P. como *Preceptiva penitenciaria* (Madrid, Imp. de Alrededor del Mundo, 1917).

15 El trabajo de Giovanni Novelli titulado *L'autonomia del Diritto penitenziario* publicado en la *Rivista di Diritto Penitenziario* en el año 1933 es considerada el manifiesto fundacional de esta nueva disciplina. Cfr. RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL, *Objeto, funciones y principios del denominado Derecho penitenciario* en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N°2 (2000).

16 En tal sentido véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La prisión* (México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México, 1975), p. 45; PLAWSKY, Stanislaw, *Droit pénitentiaire* (Lille, Université de Lille III, 1977), pp. 29 y 30; RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL, *El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza* en *Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe*, 3-4 (1965), pp. 123-141.

17 RIVACOBA, (nota 13).

Tampoco se han quedado atrás los procesalistas, especialmente Francesco Carnelutti, quien comprende el estudio los temas penitenciarios dentro del Derecho procesal: desde la elección de ambientes a la observación a que deben ser sometidos los reclusos —corporal y espiritualmente—, modalidades de trabajo en reclusión y hasta el equipo que en la prisión debe darse al allí retenido.¹⁸

Por tal razón, no es de extrañar que los administrativistas de forma casi unánime también sostengan la naturaleza jurídico-administrativa de esta disciplina.¹⁹ Por lo demás, el propio N. H. Kriegsmann afirmó que el Derecho penitenciario estaba vinculado a la actuación del Poder Ejecutivo, de manera que integra el Derecho administrativo, aunque continuaba subordinado a los principios del Derecho penal y el Derecho procesal.²⁰ Por su parte Giovanni Novelli destacó también este carácter mixto del Derecho penitenciario. Hay que tener presente la importancia que tienen Kriegsmann y Novelli para el Derecho penitenciario, tanto en la denominación que le dio el primero y la autonomía en su estudio sostenido por parte del segundo. Por lo demás, esta opinión es seguida por destacados autores vinculados al Derecho penal, como Beeche,²¹ Tesauro,²² Lúder,²³ Siracusa,²⁴ Maurach²⁵ y Soler.²⁶

Ahora bien, esta postura no ha estado exenta de críticas formuladas a partir de la idea que la discrecionalidad administrativa puede significar una vía de escape al imperio de la ley, generando una peligrosa desigualdad entre la etapa judicial y de ejecución de la pena.²⁷ Sin embargo, en la actualidad esta posición no se justifica en la medida que el Derecho administrativo ha ido desarrollando diversas técnicas destinadas a garantizar el control de la discrecionalidad a fin de encauzarla bajo reglas objetivas

18 CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal* (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950).

19 SPIEGEL, Ludwig, *Derecho Administrativo* (Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, 1933); FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Barcelona, Editorial Labor, traducción sobre la 8.ª ed. del alemán, 1933); GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo* (10ª ed., Madrid, Bernejo, 1950); GUAITA MARTORELL, Aurelio, *Derecho Administrativo especial* (Zaragoza, Librería General 1960); CANO MATA, Antonio, *Derecho administrativo penitenciario: Protección del Recluso en Revista de Administración Pública* N° 76 (1975), pp. 31-61, y el trabajo de GAMBIER Y ROSSI, *op. cit.* nota 2.

20 KRIEGSMANN, (nota 13), pp. 169-172 de la traducción castellana.

21 BEECHE, HÉCTOR, *Sistemática de la ciencia penitenciaria en Revista de Estudios Penitenciarios* Nos. 67 a 74 (1950-1951), p. 9.

22 TESAURO, Francesco, *La natura e la funzione del Diritto penitenziario* en *Rivista di Diritto Penitenziario*, pp. 237 y ss.

23 LÚDER, Italo A., *El sistema jurídico de la ejecución penal* (La Plata, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, 1959), pp. 12-14.

24 SIRACUSA, Francesco, *Istituzioni di Diritto penitenziario* (Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1935), pp. 13-21.

25 MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (2 v., Ariel, Barcelona, 1962-1963), T. I, pp. 15-16, y T. II, pp. 505-506.

26 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (El Ateneo, Buenos Aires-Córdoba, 1940), T. I, pp. 13-14.

27 En tal sentido RIVACOBRA (nota 13) sostiene que el rasgo verdaderamente original, significativo y valioso de este intento, empero, reside en su denodado afán por extraer de la discrecionalidad y vagarosidad de lo administrativo el cumplimiento de las penas privativas de la libertad y extender a él el imperio del principio de legalidad, sometiéndolo a rigurosas y precisas normas jurídicas e igualándolo así con la ejecución de las demás. Acaso quien lo ha puesto en claro con mayor decisión y énfasis sea Quintano Ripolles, por lo cual, pese a la extensión de la cita, merece la pena recordar con entera fidelidad sus palabras: “La règle nullum crimen sine lege, imperative dans toute civilisation digne de ce nom, doit s’accompagner de la règle nulla poena sine lege, tant vis-à-vis de la peine au point de vue abstrait, que de son exécution concrète. Le Droit ne peut pas se désintéresser du condamné après le prononcé de la condamnation et le priver de sa protection suprême en le livrant à l’arbitraire ajuridique d’une administration qui le prenne en charge sans être tenue par les garanties juridico-judiciaires qui sont la raison d’être du Droit lui-même. L’arrêt de condamnation, qui établit une peine, maintient la relation juridique entre la société et le délinquant bien qu’il le transforme”; argumento que se remacha con el siguiente: “Procéder par la voie administrative équivaut à priver le Droit pénal de l’essence libérale inhérente à notre culture occidentale puisque cela revient à réduire à néant le dogme impératif de la légalité”.

INFORMES EN DERECHO

y precisas. A su vez, en el ámbito disciplinario y de las sanciones administrativas es donde se ha fortalecido con mayor fuerza este punto, al momento de proyectar los principios penales en el orden administrativo, como la legalidad, irretroactividad y culpabilidad. Por último, la posibilidad de obtener por la vía jurisdiccional una revisión de dichos actos es una cuestión bastante asentada en nuestro Derecho y que no marca una diferencia sustancial entre la posición que debe adoptar un juez contencioso-administrativo y un juez de ejecución.

Por su parte, no se puede desconocer que la ejecución de la pena tiene una estrecha relación con el Derecho penal sustantivo y procesal. Por lo demás, nuestra legislación da cuenta de ello al disponer que “las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia” (inc. 1º artículo 7º CPP).

Ahora bien, dada la falta de acuerdo sobre la materia se llega muchas veces a formular teorías eclécticas, las cuales develan la incapacidad de dar una solución adecuada al programa. Tal como lo señala Antonio Cano Matta “en el fondo, esta posición no está muy lejos de la de aquellos autores, procedentes de los más diversos campos, que al observar la complejidad del problema lo eluden consciente o inconscientemente y nos hablan de lo penitenciario como de algo oscuro e híbrido, donde se entremezclan conceptos penales, procesales, administrativos, médicos, sociológicos, etc., sin armonía suficiente para dotar a esta materia de autonomía”.²⁸

Escapa al objeto de este informe zanjar un tema de larga data, pero debemos reconocer que en el Derecho penitenciario confluyen diversas ramas del Derecho, una de las cuales es el Derecho administrativo. De ahí que en el último tiempo se hable de un Derecho administrativo penitenciario, el cual ha sido objeto de estudio y análisis dentro de lo que se conoce como Derecho administrativo especial²⁹. Esta perspectiva de análisis se funda en el hecho que el Derecho administrativo aporta conceptos y categorías que permiten explicar la naturaleza de los sujetos que intervienen, la forma como se configuran sus relaciones jurídicas, el régimen de sus procedimientos y actos, así como los principios que han de aplicarse al sistema disciplinario y las técnicas de control por la vía judicial, cuestión que se puede constatar fácilmente:

- a) Los sujetos que integran la Administración penitenciaria forman parte de la Administración del Estado (Ministerio de Justicia y Gendarmería), tal como lo señala expresamente el artículo 1º LBGAE;
- b) Los procedimientos de la Administración penitenciaria son de naturaleza administrativa, en la medida que la propia Ley N° 19.880, que establece las Bases que rigen los actos de la Administración del Estado, se aplica a las actuaciones formales del Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile (artículo 2º).

²⁸ CANO MATA (nota 18), p. 33.

²⁹ Adoptando la clásica distinción del Derecho penal, la doctrina moderna separa el estudio del Derecho administrativo en un parte general y otra especial. Véase el trabajo colectivo editado por ERICHSEN, Hans-Uwe y SCHMIDT ASSMAN, Eberhard, *Allgemeines y Besonderes Verwaltungsrecht* (14 ed., Berlín, De Gruyter, 2008), y en las ediciones de la obra de PAREJO ALFONSO, Luciano (coord.), *Manual de Derecho Administrativo* (5ª ed. 2 v. Barcelona, Ariel, 1998) y especialmente el trabajo de BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo Especial* (6ª ed., Madrid, Civitas, 2005).

- c) En el mismo sentido, su actuación formal o jurídica (permisos, traslados, sanciones, etc.) se expresa a través de actos administrativos (decretos supremos o resoluciones) que gozan de una presunción de legalidad, son actos de imperio y autorizan su ejecución de oficio, sin perjuicio que se puedan impugnar por la vía administrativa o jurisdiccional (artículo 3° LBPA).
- d) El régimen disciplinario se comprende dentro de las normas y principios que integran el Derecho administrativo sancionador.

En tal sentido, podemos definir el Derecho administrativo penitenciario como el conjunto de normas y principios que rigen a los órganos que integran la Administración penitenciaria en su organización y relaciones internas, así como con las personas sometidas al régimen penitenciario o que integran la denominada población penitenciaria.³⁰

En la medida que el Derecho penitenciario reconoce un pilar importante en el Derecho administrativo, es aplicable a los órganos de la Administración penitenciaria y a las personas que están sometidas a esta relación jurídico-administrativa (población penitenciaria) los principios y normas que conforman el estatuto común de la Administración del Estado, partiendo por la Constitución, las Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE), el régimen de sus funcionarios (Estatuto Administrativo), sus actos y procedimientos (LBPA), las compras que realicen (Ley N° 19.886), la transparencia de la función pública y acceso a la información (Ley 20.285), etc., con las excepciones que contemplen sus estatutos especiales.

b) Fuentes del Derecho administrativo penitenciario

El artículo 4 REP dispone que *“la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecido por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales”*.

Lo dispuesto en esta norma no constituye una novedad, en la medida que todos los órganos del Estado —incluidos aquellos que integran la Administración del Estado— deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (artículos 6° CPR y 2° LBGAE). Así las cosas, el bloque de legalidad al cual se encuentra sometida la Administración penitenciaria estará constituido por las siguientes normas:

- a) La Constitución en todos sus aspectos, especialmente en su parte dogmática (Bases de la Institucionalidad, derechos y deberes constitucionales, etc.), como orgánica (Gobierno, Poder Judicial, Contraloría, etc.).
- b) Los Tratados Internacionales, especialmente aquellos que reconocen derechos que emanan de la naturaleza humana, los que ocupan una suerte de posición intermedia entre la Constitución y la legislación en los términos del artículo 5° CPR.
- c) La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE), en la medida que establece un conjunto de disposiciones y principios

³⁰ Esta es por lo demás la terminología adoptada por la doctrina. Véase, entre otras, el trabajo de GAMBIER y ROSSI, *op. cit.* nota 2.

INFORMES EN DERECHO

aplicables a todos los órganos de la Administración del Estado (legalidad, responsabilidad, eficiencia y eficacia, probidad, transparencia y publicidad, etc.), así como normas básicas de organización.

- d) Las normas legales que configuran el Estatuto común de la Administración (procedimiento administrativo, estatuto de los funcionarios, compras públicas, acceso a la información, administración financiera, control, etc.).
- e) Las normas legales específicas que regulan el régimen penitenciario (Ley y reglamento orgánico del Ministerio de Justicia; Ley orgánica de Gendarmería de Chile).
- f) Normas reglamentarias, particularmente el Reglamento de Establecimientos penitenciarios.
- g) Otras normas administrativas, como pueden ser las circulares e instrucciones que se emitan.

De esta forma aparece la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, respecto del cual no es ajeno el Derecho penitenciario, en la medida que la unidad de este sistema descansa, en definitiva, en la Constitución. Así se entiende que son válidas y vinculantes las normas dictadas conforme a ella, ya sean tratados, leyes o normas administrativas.

c) Los principios y normas comunes del Derecho administrativo

En la medida que el Derecho penitenciario encuentra en el Derecho administrativo un pilar importante, se han de aplicar un conjunto de principios y normas que rigen en esta disciplina. Bien se ha señalado que el Derecho administrativo constituye un verdadero estatuto de las Administraciones públicas, de tal forma que a partir del mismo se pueden extraer un conjunto de principios propios de dicho régimen los cuales permiten interpretar sus normas y poder integrar los vacíos que puedan existir en sus disposiciones.

Por su parte, nuestro legislador ha llevado al extremo estas ideas a través de la consagración positiva de determinados principios, muchos de los cuales no tienen la fortuna, finura o técnica que permita sostener tal carácter. Así por lo demás ha ocurrido en la Ley N° 19.880 (LBPA) y en la Ley N° 20.285 (Acceso a la Información). Quizás en esta materia ha sido más afortunada a la LBGA, la cual se limitó en su texto original a establecer determinadas normas generales que debían regir a todos los órganos de la Administración del Estado, sin perjuicio que con la Ley N° 19.653 se introdujo esta regulación principal, como se puede ver en el inc. 2° del artículo 3°.³¹

Es posible hacer la siguiente relación de principios que rigen en el Derecho administrativo nacional:

- a) Principio de legalidad o juridicidad (artículo 6 y 7 CPR, artículo 2° LBGAE);

³¹ Al efecto, esta disposición establece que la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.

- b) Principio de servicialidad (inc. 4º artículo 1º CPR, artículo 3º LBGAE);
- c) Principio de subsidiariedad (inc. 2º artículo 1º y 19 N° 21 CPR, inc. 2º artículo 3º LBGAE);
- d) Principio de responsabilidad (artículo 38 CPR; artículo 4 y 42 LBGAE);
- e) Principio de eficacia y eficiencia (artículo 5º LBGAE);
- f) Principio de coordinación (artículo 5º LBGAE);
- g) Principio de oficialidad (artículo 8º LBGAE; artículo 7º LBPA);
- h) Principio de impugnabilidad (artículos 19 N° 3 y 76 CPR; artículo 10 LBGAE; artículo 59 LBPA);
- i) Principio del control (artículo 38 y 98 CPR);
- j) Principio de probidad (artículo 8º CPR, artículo 13 y 52 LBGAE);
- k) Principio de transparencia y publicidad (artículo 8º CPR; artículo 13 LBGAE; artículo 1º Ley N° 20.285).

Ahora bien, a pesar de esta vinculación con el Derecho administrativo general, en el ámbito del Derecho administrativo penitenciario se han ido delineando algunos principios particulares, sobretodo por la singularidad de la actividad que se regula y la situación de los sujetos destinatarios de esta acción administrativa.³² Al efecto se han formulados los siguientes principios:

- a) Principio de no discriminación, como una manifestación del principio de legalidad o juridicidad en su sentido más amplio, que se manifiesta en lo que se ha denominado la interdicción de la arbitrariedad y la igualdad (artículo 1º y 19 N°2);
- b) Principio de respeto a la dignidad, como expresión del limite que reconoce a la soberanía y expresión del deber del Estado en orden a respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana (artículo 1º CPR);
- c) Principio de proporcionalidad, tradicionalmente vinculado al control de la discrecionalidad y como mecanismo de ponderación para determinar una medida o sanción considerando la menor o mayor gravedad de la conducta o de la mayor o menor afcción de los derechos.
- d) Derecho a la defensa jurídica, expresión de la tutela judicial efectiva y que se manifiesta en el ámbito del procedimiento administrativo dentro de la amplia garantía de un justo y racional procedimiento garantizado en el artículo 19. N° 3 CPR.
- e) Principio de confidencialidad y transparencia, concreción del principio de transparencia y publicidad que rige a todos los órganos del Estado y el respecto de los derechos e intereses de los internos dentro del espacio de privacidad que el ordenamiento jurídico les garantiza (artículo 8 y 19 N° 12 CPR).

³² Estos se encuentran contenidos en la Propuesta Normativa "Anteproyecto de Ley de Derecho y Deberes de las Personas privadas de libertad y Ejecución Penal".

INFORMES EN DERECHO

- f) Principio de participación de la comunidad, comprendido dentro del concepto amplio de bien común y que tiende al logro de una función resocializadora en el ejercicio de la actividad penitenciaria (inc. 4º del artículo 1º CPR).
- g) Derecho de petición, como concreción de la garantía constitucional frente a las solicitudes y presentaciones hechas por la población penal (artículo 19 Nº 14 CPR).
- h) Principio de control jurisdiccional, como concreción del principio de tutela judicial efectiva y de impugnabilidad de los actos de la Administración (artículo 38 y 76 CPR).

d) Naturaleza y fundamentos de la relación-jurídica entre la Administración y la población penitenciaria

La Administración del Estado está integrada por un conjunto de personas jurídicas que se vinculan o relacionan con los particulares, ciudadanos o administrados dando lugar a auténticas relaciones jurídicas, las cuales están sometidas —a su vez— a un Derecho objetivo aplicable a todos los sujetos que participan de este vínculo.

Ahora bien, uno de los elementos esenciales que rige esta relación esta dado por el principio de legalidad, el cual constituye el eje matriz en sus relaciones con los particulares. La Administración del Estado sólo puede hacer aquello que expresamente le autoriza la ley, especialmente si en su actuación va a afectar la esfera jurídica de los particulares, pues toda regulación y limitación de los derechos fundamentales de las personas está sometida a una estricta reserva legal (artículo 19 Nº 26 CPR).

Sin embargo, tradicionalmente los internos en los establecimientos penitenciarios han sido puestos dentro de la particular categoría de los *administrados cualificados*, lo cual permitiría a la Administración disponer de un conjunto de poderes más intensos que los que puede tener respecto de un *administrado simple*, permitiendo —incluso— aceptar con mayor flexibilidad la aplicación del principio de legalidad y tolerar una mayor apertura a la regulación reglamentaria respecto de las materias de reserva legal.

El origen de esta distinción se encuentra en el Derecho alemán de fines del siglo XIX, particularmente en la obra de Otto Mayer para quien el principio de legalidad sólo rige respecto de las actuaciones externas de la Administración en la medida que signifiquen una intervención a la libertad o propiedad de los ciudadanos, cuestión que no ocurría en el ámbito interno o doméstico, especialmente respecto de los funcionarios, quienes debían aceptar una serie de limitaciones a su libertad sin que fuese necesario la existencia de norma legal previa, extendiéndose posteriormente a una serie de sujetos que se caracterizaban por tener un vínculo más estrecho con la Administración.³³ De esta forma, pasaban de una *relación de sujeción general* frente a la Administración, presidida por el principio de legalidad y propia de todo ciudadano, a una *relación de sujeción especial*, en donde la legalidad es más flexible y permite intervenir en la esfera jurídica de estas personas rompiendo la regla de la reserva legal. Como bien dice Juan Alfonso Santamaría Pastor “[...] la relación de sujeción especial es un artificio conceptual para excluir la aplicación del principio de reserva

³³ Así lo destaca FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958), p. 185, nota 6.

de ley en la imposición de limitaciones singulares a la libertad o la propiedad de un sujeto; un título cuya mera invocación permite a la Administración tener manos libres para limitar la libertad o la propiedad sin que una ley previa lo autorice y que, por lo mismo, dada la vaguedad de su contorno conceptual, se presta a graves abusos”.³⁴

Dentro de las categorías de los administrados cualificados —sujetos a esta suerte de sujeción especial— se ha incluido tradicionalmente a los funcionarios públicos, el soldado, el enfermo en un hospital público, el estudiante de un colegio público y —como no podía ser de otra forma— al interno en un establecimiento penitenciario.³⁵

Por su parte, esta teoría ha ido penetrando en nuestro sistema por la vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual ha aceptado que no se aplique el principio de tipicidad a las sanciones administrativas a las cuales están afectos los funcionarios estatales dada la particular posición o intensidad del vínculo que mantiene con el Estado³⁶ y que es posible imponer la regulación de los deberes militares por normas administrativas.³⁷ De más está decir la situación de la población penitenciaria, la cual se encuentra sujeta en todos sus extremos a los dictados de un reglamento.³⁸

Sobre el particular la doctrina ha reconducido esta teoría, reforzando la vigencia del principio de legalidad, pero reconociendo que no es posible que el legislador pueda definir de manera exhaustiva todas las posibles limitaciones que, en una relación determinada, puede imponer la Administración a la libertad de su personal, labor que ni siquiera un reglamento más detallista puede satisfacer. Así, debe existir legalidad, aunque con una menor exigencia en la concreción de su regulación. Por lo demás, de esa forma lo aceptó el Tribunal Constitucional en la citada sentencia Rol N° 747 de 2007 y da cuenta de ello el REP, aunque con los problemas de reserva legal que ya hemos tenido ocasión de comentar. De esta forma se dispone:

Artículo 2°.- Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

Es interesante destacar que sobre la materia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) le ha dado un matiz positivo a esta relación, de manera de colocar a los Estados en una situación de deber más intenso que se traduce en una posición de garante de los derechos de los reclusos, así como de sus condiciones de vida, al punto de señalar que “los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar

34 SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Madrid, Ramón Areces, 1991), p. 869.

35 Sobre las relaciones de sujeción especial se puede consultar el trabajo clásico de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Las relaciones de sujeción especial y el principio de legalidad de la Administración en Revista de Administración Pública* N° 34 (1961), pp. 11 y ss.

36 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 747, de 31 de agosto de 2007, considerandos 17° y ss.

37 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 468, de 9 de noviembre de 2006, especialmente el voto particular de la Ministra Marisol Peña, quien señala en su considerando tercero que “que lo anterior, confirma que el personal militar se encuentra sometido a una relación de “sujeción especial”, como se afirma en el considerando 8° de la sentencia, no aplicable o predicable exactamente de otros personales que integran la Administración del Estado”.

38 Al respecto véase GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, De las penas: Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, 1997, pp. 271-280*

INFORMES EN DERECHO

condiciones de detención que no cumplen con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respetan la dignidad del ser humano”.³⁹

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, para quienes es posible entender “[...] clara y conscientemente la falta de Personal de Gendarmería para atender a los reclusos, y la falta de los recursos económicos, presupuestarios y financieros para materializar las garantías antes señaladas, que demuestran recursos personales y materiales insuficientes del Establecimiento para atender adecuadamente a todos los internos según la especial condición de cada recluso, ya sea en relación a lo delitos por los cuales se encuentran condenados, ya sea en cuanto a la conducta individual y/o de grupo que se dice adoptan los internos en defensa y en resguardo de sí mismos y en contra de otros grupos rivales y organizados también internamente”, pero señala de manera enfática que “[...] tal falta de recursos sin embargo, no excusa a la Autoridad Penitenciaria, por cuanto lo constatado por la Corte está por debajo del mínimo de lo humanamente aceptable”. Al efecto, termina concluyendo que “[...]en cuanto a los sentenciados que deben cumplir sus respectivas condenas, puede apreciarse entonces y fácilmente que, si “su condición jurídica es idéntica a las de los ciudadanos libres”, y si los presos que cumplen condena no pueden ser sometidos a tratos “inhumanos”, puede concluirse que, en sus actuales circunstancias, jamás podrá lograrse de los reclusos esa reinserción social de rango legal tan elocuente como la que, teniendo su fuente en la Constitución Política de la República, tiene su derivado desarrollo en el referido Ordenamiento Carcelario. El castigo inhumano del recluso, aun temporal, es contrario a toda esperanza de reinserción”.⁴⁰

5. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA

a) Aspectos generales

La consagración y reconocimiento de los principios que rigen el actuar de los órganos del Estado no es garantía suficiente para que estos tengan una vigencia efectiva. Esto ocurre particularmente con la Administración y el respeto del principio de legalidad,

39 En el caso “Montero Araguren y otros vs. Venezuela” señaló que: “Por otro lado, el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna” (Sentencia de 5 julio de 2006, párr. 87). Por su parte, en el caso “Caso Boyce y otros vs. Barbados” dispuso que: “La Corte ya ha examinado en casos anteriores el deber que tienen los Estados Partes de la Convención, como garantes de los derechos de toda persona bajo su custodia, de garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten el artículo 5 de la Convención y cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área. De conformidad con el artículo 5 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con la dignidad inherente de todo ser humano. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y garantizar que la manera y el método de privación de libertad no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención. La falta de cumplimiento con ello puede resultar en una violación de la prohibición absoluta contra tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplen con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respetan la dignidad del ser humano” (Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 86).

40 Considerando décimo y décimo tercero, Sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago de 31 de agosto de 2009, Rol N° 2154-2009, confirmada por la Corte Suprema con fecha 7 de septiembre de 2009, Rol N° 6243-2009.

en la medida que éste no va a llegar a permear el actuar administrativo si al mismo tiempo no existen los mecanismos destinados a garantizar su eficacia. Es por tal razón que la doctrina ha insistido en la consagración de mecanismos destinados a cumplir esta función de control y que el legislador ha reconocido y elevado a nivel de principio, como ocurre en el inc. 2º del artículo 3º LBGAE.⁴¹

Ahora bien, el control puede ser analizado desde diversos puntos de vistas, ya sea en cuanto a su oportunidad (preventivo o represivo); contenido (legalidad y oportunidad, mérito o conveniencia); naturaleza (político, administrativo y jurisdiccional). Sin embargo, en este análisis nos vamos a limitar a tratar uno de los mecanismos de control más relevante del actuar de la Administración, como es el control jurisdiccional.

En efecto, toda la actividad de la Administración se encuentra juridificada, en la medida que sólo puede hacer aquello que expresamente le faculta el ordenamiento jurídico (vinculación positiva al Derecho). Por tanto, toda su actividad puede ser judicializada, es decir, objeto de revisión judicial en la medida que puede ser controlada en toda su extensión por los Tribunales de Justicia.

El control jurisdiccional de la Administración presenta determinadas características que es conveniente analizar, a fin de poder comprender mejor el alcance del mismo en su relación con la actividad penitenciaria.

b) Naturaleza y sentido del control jurisdiccional de la Administración

El control jurisdiccional de la actividad administrativa se conoce habitualmente como contencioso administrativo, a fin de dar cuenta de las acciones y facultades que tiene el juez al momento de revisar la legalidad del actuar administrativo, en la medida que nos encontramos en su mayoría con actos de autoridad y estrictamente formales.

Al efecto, tradicionalmente se ha distinguido dentro de la actividad administrativa entre actividad jurídica o formal frente a la actividad material que esta puede realizar. Si bien el abanico de actos que puede realizar la Administración es múltiple y heterogéneo, es posible hacer esta distinción a partir de la existencia de actos que tienen la capacidad de imponerse a terceros destinatarios, aun en contra de su voluntad, alterando sus situaciones jurídicas, mientras que hay otros que se realizan en ejecución de dichos actos o se llevan a cabo al margen de toda actuación formal previa (p. j. hacer una ronda policial). Así, por ejemplo, una medida disciplinaria que se adopta respecto de un funcionario es un acto formal, mientras que su ejecución material está constituida por los actos necesarios para la eficacia de dicha decisión. Por su parte, bien puede haber actos materiales sin acto formal previo, como ocurre con la detención que realizan las policías en caso de delito flagrante.

Ahora bien, la forma de impugnar un acto administrativo formal o en sentido estricto es distinta respecto de lo que ocurre con las actuaciones materiales, ya que en el primer caso debe ser contrastado con lo que establece el ordenamiento y verificar su validez. En el evento de que exista disconformidad, el juez deberá declarar la

⁴¹ Si bien la mayor parte de la doctrina reconoce el denominado principio del control, lo cierto es que su existencia puede ser discutible, en la medida que no se trata de fundamento, fin o valor que se debe garantizar, sino que un medio para cumplir un determinado fin, en este caso el principio de legalidad. No obstante, esto no resta la importancia que tiene como condición esencial para la vigencia de dicho principio.

INFORMES EN DERECHO

nulidad de acto y eventual responsabilidad. En cambio, en el caso de las actuaciones materiales el juez puede hacer cesar dicha actuación y pronunciarse también sobre la responsabilidad. Así, por ejemplo, la aplicación de una sanción disciplinaria a un funcionario que se considere ilegal debe ser anulada por el juez, mientras que la detención ilegal de una persona ha de cesar por la orden judicial. En ambos casos, y si así lo consideran los afectados, habrá lugar a la responsabilidad de la Administración por la actuación formal o material ilegal que causa un perjuicio o daño.

Esto permite configurar las dos acciones contenciosas administrativas clásicas: la acción de nulidad y la acción de responsabilidad. Su origen se encuentra en el contencioso administrativo francés y se conocen bajo la denominación de recurso por exceso de poder y recurso de plena jurisdicción.⁴²

La distinción entre una y otra es relevante, pues mientras la primera es una acción que pretende contrastar el acto con el ordenamiento jurídico, la legitimidad para ejercerla es más amplia y los efectos de la sentencia que declara dicha nulidad son absolutos o *erga omnes*, mientras que en el segundo caso la legitimación está limitada a quien alega la lesión de un derecho y si bien el juez puede declarar la ilegalidad del acto, la sentencia sólo produce efectos relativos.

Por tanto, resulta muy importante hacer la distinción y tener presente que si bien el juez es competente para conocer de la actividad de la Administración, las facultades que tiene y la forma de hacerlo varía en uno y otro caso.

A su vez, también se ha de tener presente que en la actuación formal de la Administración no sólo se revisa el acto administrativo, sino que todo el procedimiento previo que ha sido necesario para la dictación de dicho acto. Esta es la razón que el procedimiento administrativo aparezca estrechamente unido al acto administrativo, en la medida que este último es fruto de aquél, de forma que los vicios procedimentales necesariamente han de repercutir en el acto.

c) Las acciones contenciosas administrativas en Chile

Bien es sabido que en Chile durante un largo tiempo no existió una jurisdicción contenciosa administrativa general y menos aún las acciones para hacer efectiva tal función. Esto permite explicar porque a partir de 1976 la acción constitucional de protección constituyó un paliativo ante esta ausencia, a pesar que ésta difiere en el alcance y sentido con las acciones contenciosas administrativas, en la medida que es una acción cautelar de derechos constitucionales o amparo ampliado, y que no necesariamente se puede ejercer respecto de los actos de los órganos de la Administración. Además, no cubre aquellas ilegalidades en donde no hay amenaza, perturbación o privación de un derecho constitucional expresamente considerado.⁴³

⁴² Sobre los antecedentes del sistema contencioso francés se puede consultar la obra clásica de SAYAGUÉS LAZO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, 1959), T. II, pp. 451-476, en la cual se puede encontrar una buena relación de fuentes bibliográficas. También se puede consultar la obra colectiva titulada *Lo contencioso administrativo. Ponencias presentadas a las Jornadas sobre lo Contencioso Administrativo celebradas en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso en noviembre de 1975* (Valparaíso, Editorial Universitaria de Valparaíso, 1976).

⁴³ Al respecto se puede consultar: SOTO KLOSS, Eduardo, *Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia* en *Revista de Derecho Público*, N°s 21/22 (1977), pp. 233-249 y, del mismo autor, *El Recurso de Protección, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), pp. 401-402; PANTOJA BAUZA, Rolando,

Lo anterior no significa la ausencia total de acciones contenciosas administrativas. En efecto, en nuestro ordenamiento se fueron creando algunos contenciosos especiales en donde el propio legislador se encargaba de abrir la vía jurisdiccional al particular en contra de los actos de la Administración. Sin embargo, no ha existido ni existe una regulación homogénea de los mismos, de forma que el juez competente y el procedimiento a seguir son totalmente disímiles. Al mismo tiempo, la ausencia de un contencioso general que cubriera todos los casos no regulados expresamente —que a la sazón era la gran mayoría— daba cuenta de un panorama poco alentador para la protección de los derechos de los particulares frente al actuar de la Administración.

Las acciones contenciosas administrativas generales en Chile sólo comienzan a delinearse a partir de la década de los `90, a partir del aporte de la doctrina y sobre la base de dos disposiciones que ya estaban en la Constitución de 1980: los artículos 7° y 38 de la Constitución. Es así que se establecen las bases sustantivas y procesales de dos acciones fundamentales: la nulidad de los actos de la Administración (conocida como Nulidad de Derecho público) y la acción de responsabilidad patrimonial del Estado.⁴⁴

No es objeto de este informe analizar cada una de estas acciones en particular, pero es bueno tener presente que ambas se enmarcan dentro del sistema de control jurisdiccional de la Administración y que su adecuada comprensión permite articular estas acciones generales con los contenciosos especiales, en cuyo contexto se ha de poner el control de la Administración penitenciaria.

d) ¿Qué le corresponde revisar al juez?

i) Acto administrativo, elementos, vicios y causales de nulidad.

Nos interesa centrar nuestro análisis en las acciones de nulidad, asociadas en este caso a la actuación formal de la Administración, esto es, al procedimiento y acto administrativo.

Si bien el juez debe contrastar el acto administrativo con el bloque de la legalidad al cual debe someterse, lo cierto es que en esta labor es bueno hacer algunas distinciones que nos ayuden a determinar el vicio que afecta al acto y forma en cómo este se produce.

Por influencia del conceptualismo alemán, el estudio del acto administrativo se ha asumido recurriendo a las categorías propias del negocio o acto jurídico. Así, no ha sido extraño que el acto administrativo se defina como una declaración de voluntad, de juicio o deseo, de constancia o conocimiento que emana de los órganos de la Administración del Estado en ejercicio de una potestad pública, y que el legislador acoja tal construcción doctrinal de forma acrítica (artículo 3° LBPA). Siguiendo este

La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001 (Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000), pp. 11-62; SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), pp. 191 y ss.; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos y otros, *El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*, en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 14, pp. 67-81.

44 Sobre la materia es obra de referencia obligada el trabajo de JARA SCHNETTLER, Jaime, *La Nulidad de Derecho público ante la doctrina* (Santiago, Libromar, 2004).

INFORMES EN DERECHO

derrotero, es lógico que a continuación se realicen algunas clasificaciones del acto administrativo, se analicen sus elementos para cerrar con el tema de la nulidad.⁴⁵

Sin perjuicio de los reparos que se puedan formular, esta secuencia permite una buena comprensión de la forma cómo se producen los vicios del acto administrativo a partir de los elementos que lo configuran, pues en buena medida las causales de nulidad no son sino los vicios de cada uno de los elementos que conforman el acto.

Tradicionalmente se han distinguido tres tipos de elementos del acto administrativo:

- a) Elementos subjetivos: los que comprende *competencia e investidura regular*;
- b) Elementos objetivos: los *motivos o fundamentos* de hecho y de derecho; el *objeto* y el *fin del acto*;
- c) Elementos formales: el *procedimiento administrativo* y la *forma de extensión del acto*.

A partir de esta descripción se puede hacer la siguiente relación de los vicios que pueden afectar a un acto administrativo:

- a) Incompetencia del órgano que dicta el acto;
- b) Investidura irregular;
- c) Ausencia de motivos o vicios en los mismos;
- d) Ilegalidad del objeto;
- e) Desviación de poder;
- f) Vicios de procedimiento;
- g) Vicios en la forma del acto.

Si bien se ha sostenido que la sanción frente a estos vicios sería una nulidad radical, *ipso iure*, insaneable e imprescriptible, lo cierto es que la jurisprudencia y el legislador ha ido morigerando estos efectos, tal como lo vamos a desarrollar en su análisis a partir de los actos de la Administración penitenciaria.⁴⁶

ii) El control de la discrecionalidad.

La discrecionalidad administrativa y los mecanismos para su control han sido dos de los temas que han despertado el mayor interés y discusión en época reciente en el ámbito del Derecho administrativo. En efecto, este ha sido una materia de referencia

45 De los diversos trabajos que se han escrito sobre el acto administrativo se puede consultar las obras de BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo* (Madrid, Civitas, 2006) y, del mismo autor, *La teoría del acto administrativo* (Madrid, Iustel, 2005), las cuales contienen una abundante bibliografía y una interesante relación entre el Derecho español y alemán.

46 La nulidad de los actos administrativos se ha construido en Chile a partir de lo dispuesto en el artículo 7° CPR. La tesis tradicional ha sido expuesta por el profesor Eduardo Soto Kloss en diversos trabajos y ha sido recepcionada por la jurisprudencia nacional con particular entusiasmo. Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo, *La nulidad de Derecho público en el Derecho chileno* en *Revista de Derecho Público* Nos. 47-48 (1990); *La nulidad de Derecho público referida a los actos de la Administración* en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, (1991-1992); *La nulidad de Derecho público: su actualidad* en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, (1997); *La nulidad de Derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el Derecho chileno* en *Ius Publicum* N° 4 (2000).

obligada, especialmente durante toda la segunda mitad del pasado siglo y que ha surgido con particular fuerza en nuestro ordenamiento como una forma de encauzar el actuar de la Administración por las vías jurídicas en todos sus aspectos.⁴⁷

El tema se construye a partir de la clasificación que se hace de las potestades públicas, lo cual no puede ser de otra forma, en la medida que es el legislador quien atribuye y da forma a estas poderes que atribuye a la Administración, la cual la ejerce bajo actos administrativos sujeto a un previo procedimiento. Así las cosas, la potestad pública, el procedimiento administrativo y el acto administrativo están estrechamente implicados.

La cuestión encuentra su base en la distinción entre potestad reglada y potestad discrecional. Se sostiene que una potestad es reglada cuando todos y cada uno de sus elementos están determinados *a priori* por el legislador, de manera que la Administración debe constatar su concurrencia para poder ejercerla, sin poder hacer ningún tipo de apreciación o consideración al margen de lo previsto por la ley. Por su parte, la potestad discrecional es aquella en que uno o más de sus elementos quedan entregados a la apreciación del propio órgano administrativo, el cual puede optar válidamente por dos o más posibilidades de actuación.

Durante largo tiempo se sostuvo que el ejercicio de las potestades discrecionales no podían ser objeto de revisión judicial, en la medida que el juez no podía entrar a cuestionar las consideraciones que habría tenido la Administración al momento de ejercer la potestad pues es la propia ley la que le otorga este margen de libertad. De esta forma, las potestades discrecionales se transformaron en un verdadero espacio de inmunidad en el actuar de la Administración.⁴⁸

Sin embargo, esta concepción ha sido claramente superada, en la medida que no tolera el análisis a partir de los principios y valores que sustentan al Estado de Derecho. Por tal razón, tanto la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de mecanismos para controlar las potestades discrecionales, en base a los siguientes elementos que pasamos a enunciar:

- a) El control de los elementos reglados de la potestad, ya que siempre encontramos algunos que no es posible soslayar, como es la existencia misma de la potestad y la competencia;
- b) El control de los hechos determinantes que sirven de base en el ejercicio de la potestad, en la medida que son el supuesto que fundamenta y desencadena su ejercicio;

47 Una obra clásica sobre la materia es el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos* (Madrid, Civitas, 1983), tema sobre el cual insiste posteriormente en obras como *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo* (Madrid, Civitas, 2001) y *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* (Madrid, Thomson Civitas, 2007). También se pueden consultar los trabajos de SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Madrid, Civitas, 1976); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración* (4ª ed. Madrid, Civitas, 2002); PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid, 1993); y BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons, 1997). En Chile se puede ver el interesante trabajo de ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena* (Santiago, Conosur, 2000).

48 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder....* op. cit.

INFORMES EN DERECHO

- c) El control del fin el cual está vinculado a la posible desviación de poder, pues una potestad no puede ser ejercida para satisfacer un interés público distinto del previsto por la norma;
- d) El control de la decisión a través de los principios generales del derecho, especialmente aquellos que reconocen un sustento constitucional, como son el principio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, igualdad y no discriminación arbitraria, buena fe, etc.

Cada uno de estos mecanismos permite al juez encauzar el ejercicio de una potestad discrecional dentro de la razonabilidad que sólo puede entregar el Derecho, ya que la arbitrariedad justificada en el ejercicio de supuestas potestades discrecionales no es sino la justificación de lo antijurídico, pues todo lo arbitrario es ilegal y contrario a Derecho.

Ahora bien, dentro de los elementos del acto administrativo el control de la discrecionalidad recae directamente en los motivos o fundamentos, a partir de cual es posible establecer cada uno de los supuestos de control ya mencionados. Por tal razón, la Contraloría ha sostenido que “[...] el ejercicio de potestades discrecionales como la analizada, tiene que ser suficientemente motivado y fundamentado, a fin de asegurar que las actuaciones de la Administración sean concordantes con el objetivo considerado por la normativa pertinente al otorgarlas, debiendo estar desprovistas de toda arbitrariedad, de manera que no signifiquen, en definitiva, una desviación de poder”.⁴⁹ A su vez, la jurisprudencia ha sostenido que es perfectamente posible controlar los actos de la Administración penitenciario aun cuando éstos sean discrecionales.⁵⁰

e) Los mecanismos de control de la actividad penitenciaria

i) El contencioso administrativo penitenciario.

Siendo la actividad penitenciaria una función que cumplen los órganos que integran la Administración del Estado, es de suyo que se encuentren sujetos al sistema de control que consagra nuestro ordenamiento jurídico, especialmente lo que se denomina control administrativo interno (lo cual comprende los recursos administrativos); el control administrativo externo (Contraloría General); y el control jurisdiccional. En este último punto cabe destacar que junto a los mecanismos generales (las acciones cautelares constitucionales y los contenciosos administrativos generales), existe un contencioso administrativo especial regulado en el actual sistema de justicia criminal.

Esto se construye a partir de la norma constitucional que consagra la facultad exclusiva de los Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado respecto de las causas que han conocido y resuelto (artículo 76 CPR). En tal sentido, el Código Orgánica de Tribunales encomienda esta tarea al juez de garantía disponiendo que le corresponde “[...] *hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal*” (artículo 14 letra f COT). En el mismo sentido, el inc. 1° del artículo 466 del CPP señala

⁴⁹ Dictamen N° 28.260 de 16 de junio de 2006.

⁵⁰ Cfr. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 612-2008, de 2 de abril de 2008, *Jorge Lavanderos Illanes con SEREMI de Justicia, Región Metropolitana*.

quienes pueden actuar o intervenir ante el juez de garantía durante la ejecución de las sentencias condenatorias.

Ahora bien, en la materia que nos interesa, al juez de garantía le corresponden las siguientes competencias:

- a) Hacer ejecutar lo juzgado. En tal sentido le corresponde dictar todas las resoluciones que sean necesarias para la ejecución y cumplimiento del fallo. Aún más, bien se sostiene que esto comprendería la forma en que se ha de cumplir la pena, especialmente respecto de su modalidad y duración.
- b) Conocer y resolver las solicitudes y reclamos de los condenados. Nuestro CPP dispone que el condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare (inc. 2° artículo 466). Para determinar cuáles son estos derechos y facultades debemos recurrir al REP, especialmente su artículo 9°, el cual establece que los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes.

ii) Los actos que pueden ser objeto de control.

Se podría dar una extensa relación de los distintos tipos de actos que pueden ser objeto de revisión jurisdiccional en el ámbito penitenciario, sin embargo, las distinciones que se pueden hacer con el objetivo de establecer las facultades que tendrá el juez sobre la materia han de partir de un supuesto básico: le corresponde conocer de todo acto que afecte o pueda afectar los derechos e intereses de los internos en un establecimiento penitenciario, tal como lo señala el artículo 9 REP.

En tal sentido, esto puede ocurrir ya sea que a través de actuaciones jurídicas o materiales se produzca una afección a dichos derechos o intereses, como puede ocurrir a través de la aplicación de una medida disciplinaria, traslados o denegación de beneficios adoptados de forma ilegal.

Ahora bien, estos actos se pueden adoptar previo procedimiento administrativo, concretándose en actos formales (sanciones disciplinarios, otorgamiento o denegación de beneficios, etc.) o meros actos materiales. En uno y otro caso la forma de revisión del acto tiene algunos matices que se deben analizar.

iii) La forma en que se debe ejercer el control.

La revisión que hace el juez de garantía de los reclamos que presentan los internos ante los actos administrativos y materiales que emanan de la Administración penitenciaria constituye, sin lugar a dudas, un contencioso administrativo especial. En tal sentido, nos corresponde determinar la forma que adopta este control. Al efecto debemos hacer la siguiente distinción:

a) Actos administrativos. Análisis particular de los vicios y causales de nulidad.

Tal como se ha señalado, existe un conjunto relevante de actos que emanan de la Administración penitenciaria y que pueden adolecer de diversos vicios que afectan su validez, de manera que el juez debe proceder a su revisión y, en su caso, a declarar su *nulidad*.

INFORMES EN DERECHO

Estos actos se identifican conforme lo establece nuestro el Derecho administrativo común —en este caso la LBPA—, que nos da un concepto amplio de acto administrativo que comprende el conjunto de decisiones formales que son producto de un procedimiento administrativo, como ocurre con las sanciones disciplinarias o el no otorgamiento de permisos.

En este caso el juez debe examinar cada uno de los elementos del acto administrativo, a fin de establecer su conformidad con el ordenamiento jurídico. Al efecto, deberá determinar la competencia e investidura de la autoridad que dictó dicho acto; los motivos de hecho y de Derecho que le sirven de fundamento; la legalidad de su objeto; el cumplimiento del fin específico para el cual fue otorgada la potestad; y sus aspectos formales (procedimiento y extensión del acto).

En este punto resulta fundamental el control de los elementos discrecionales del acto, más aún si se considera que este aparece asociado a las denominadas *relaciones de sujeción especial*, las que han servido de argumento para flexibilizar la aplicación del principio de reserva legal, por una parte, y el uso indiscriminado de las cláusulas generales de habilitación.

Cabe señalar que las técnicas generales de control de la discrecionalidad son plenamente aplicables respecto de los actos formales de la Administración penitenciaria, especialmente el establecimiento y apreciación de los hechos determinantes para dictar el acto, la desviación de poder y, especialmente, la aplicación de los principios generales del Derecho, como es la no discriminación, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, presunción de inocencia, buena fe, etc.

Analicemos cada una de los vicios o causales de nulidad del acto administrativo penitenciario, entendiendo que se enmarcan dentro de las causales generales aplicables a todo acto administrativo:

1. INVESTIDURA IRREGULAR.

La CPR establece en su artículo 7° que la actuación válida de los órganos del Estado supone la investidura regular de sus integrantes. La investidura es el procedimiento a través del cual una persona física pasa a formar parte de un órgano público, de forma tal que sus actos se imputan a dicha entidad. Al efecto, nuestro ordenamiento se encarga de regular este procedimiento estableciendo en algunos casos un mayor o menor ámbito de discrecionalidad. Así, la discrecionalidad en la investidura puede llegar al máximo como ocurre en los cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República, vgr. Ministro de Justicia o el Director Nacional de Gendarmería. En otros casos el procedimiento es absolutamente reglado, como ocurre en el nombramiento de cargos de planta bajo la forma de concurso interno o concurso público.

Sea como fuere, lo cierto es que los vicios en la investidura conllevan necesariamente la nulidad de los actos dictados por la persona que de forma irregular ha asumido funciones públicas o lo ha hecho fuera de los márgenes temporales previstos para el efecto. Así las cosas, los vicios de investidura se traducen en las siguientes modalidades:

- Nombramiento irregular, esto es, cuando se asume un cargo público sin cumplir con los requisitos o no respetando los procedimientos previstos por la ley;

- Ilegalidad temporal, es decir, en el caso en que nos encontremos ante una anticipación de funciones o prolongación de funciones.⁵¹

A pesar de lo anterior, de forma excepcional se permite en Chile conservar los actos dictados por autoridades investidas irregularmente en la medida que se haya generado una apariencia o confianza en la comunidad que permita justificarla, caso que se conoce como funcionario de hecho. Así lo establece, por lo demás, el artículo 63 LBGAE al disponer:

Artículo 63.- La designación de una persona inhábil será nula. La invalidación no obligará a la restitución de las remuneraciones percibidas por el inhábil, siempre que la inadvertencia de la inhabilidad no le sea imputable.

La nulidad del nombramiento en ningún caso afectará la validez de los actos realizados entre su designación y la fecha en que quede firme la declaración de nulidad. Incurrirá en responsabilidad administrativa todo funcionario que hubiere intervenido en la tramitación de un nombramiento irregular y que por negligencia inexcusable omitiere advertir el vicio que lo invalidaba.

En el mismo sentido se pronuncia el inciso 2º del artículo 16 del Estatuto Administrativo.

II. INCOMPETENCIA.

La competencia es el ámbito para el ejercicio de sus atribuciones que fija la ley a los órganos y servicios públicos. En este sentido, la competencia se centra fundamentalmente en el ámbito material y el territorio, aunque algunos autores incorporan también el tiempo como elemento para su determinación. Así, la materia, territorio y el tiempo serían los elementos que condicionan la actuación válida de los órganos del Estado sobre la base de la competencia.

En tal sentido, el inciso 1º del artículo 7º CPR establece la competencia como condición de validez de los actos de los órganos del Estado, cuestión que ratifica el artículo 2º LBGAE.

Si bien la doctrina le ha dado en algunos casos un alcance amplio a esta causal, comprendiendo a otras causales de nulidad,⁵² la tendencia es acotarla al ámbito de actuación de los órganos y servicios públicos. Así, se incurre en el vicio de incompetencia cuando se ejercen las potestades más allá de los límites previstos por la ley (exceso de poder) o excediéndose en el ejercicio de las mismas pero invadiendo el ámbito de acción de otro poder público (abuso de poder). En cualquiera de estos casos el vicio de incompetencia aparece comprendido no sólo en el inciso 1º del artículo 7º CPR, sino también en el inciso 2º el cual dispone:

51 Cabe hacer presente que ambas figuras eran sancionados por el Código penal, pero con la Ley N° 19.653 dichas conductas fueron despenalizadas entregando su sanción al ámbito administrativo. Por su parte, los artículos 155 y 156 del Estatuto Administrativo sancionan la prolongación de funciones con la prohibición que se impone al infractor para reincorporarse a la Administración, aunque excepcionalmente la permite si se tratare de un órgano o servicio que no puede paralizarse sin serio daño o perjuicio y no se presentare oportunamente la persona que debe reemplazarlo.

52 Como señala JARA SCHNETTLER (nota 35), p. 229, la competencia ha comprendido desde la ausencia misma de atribución, la ausencia de motivos de hecho, la errada calificación jurídica del hecho, el error en la apreciación de los mismos, la ausencia de razonabilidad en el ejercicio de la competencia hasta la desviación de fin.

INFORMES EN DERECHO

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derechos que los expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Cabe tener presente que esta causal se solapa con los motivos o fundamentos del acto administrativo, específicamente con los motivos de Derecho, siendo difícil hacer una distinción clara entre los mismos, tal como lo veremos a continuación.

Por último, se debe tener presente dos cosas:

- a) La competencia territorial en Chile puede ser a nivel nacional, regional, provincial o comunal, salvo respecto de algunos servicios cuyo ámbito de competencias no coincide necesariamente con esta división territorial.⁵³
- b) Es posible que la autoridad ejerza las competencias en virtud de una delegación. En este caso se debe indicar en el acto administrativo el decreto o resolución que realiza dicha delegación, así como cumplir con las condiciones previstas en el artículo 41 LBGAE.

III. VICIOS EN LOS MOTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Cuando se alude a los motivos del acto administrativo se está haciendo referencia a los fundamentos del mismo, esto es, en base a qué normas o supuestos de hecho se ha dictado. Como señala la Contraloría “[...] los motivos, generalmente se relacionan con los antecedentes fácticos del acto y si se trata de reglados se agregan los requisitos jurídicos para poder dictarlos”.⁵⁴ De esta forma se distingue entre motivos o fundamentos de Derecho y motivos o fundamentos de hecho.

Respecto de los motivos de Derecho, estos aparecen estrechamente asociados a la existencia de la norma que atribuye a la Administración la potestad para dictar el acto. En buenas cuentas no es sino la existencia misma de la potestad. Esto comprende, además, la forma cómo se ha de ejercer y su finalidad, cuestión estrechamente unida a la figura de desviación de poder.

Por su parte, los motivos de hecho aluden a los supuestos fácticos previstos en la norma jurídica que habilitan para el ejercicio de la potestad. Como bien sostiene Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “como, a su vez, el acto administrativo no es más que el ejercicio de una potestad, resulta que el mismo sólo puede dictarse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma cuya aplicación se trata”.⁵⁵ Ahora bien, estos hechos pueden corresponder a una situación material de fácil determinación (comisión de una infracción, el tiempo para acceder a un beneficio, la edad, etc.), mientras que en otros casos puede tratarse de conceptos más abiertos o ambiguos, los cuales exigen una calificación jurídica previa (urgencia, seguridad de la población penal, buena conducta, etc.). Estos últimos se conocen bajo la denominación de conceptos jurídicos indeterminados.

53 Esto ocurre con los Servicios de Salud y las Corporaciones de Asistencia Judicial.

54 Dictamen N° 17.820 de 12 de abril de 2004.

55 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás R. *Curso de Derecho Administrativo* (9ª ed., Madrid, Civitas, 1999), p. 541.

Un ejemplo puede ayudar a comprender mejor este tema: La sanción que aplica un funcionario sin tener potestad para hacerlo carece de motivos de Derecho, mientras que la sanción que aplica un jefe de servicio que cuenta con potestad disciplinaria sin que se haya cometido una infracción carece de motivos de hecho.

Puestas así las cosas, todo acto administrativo debe contar con fundamentos de Derecho y de hecho para su dictación. La ausencia de estos motivos o su ilegalidad constituyen un vicio del acto administrativo.

IV. ILEGALIDAD EN EL OBJETO.

El objeto del acto administrativo es la decisión, el juicio o la constancia que éste contiene, es decir, en el efecto jurídico inmediato de él.⁵⁶

En efecto, tal como lo disponen los incisos 2º y 6º del artículo 3º LBPA los actos administrativos pueden contener una declaración de voluntad, un dictamen o declaración de juicio, o una constancia o conocimiento.

La mayoría de los actos administrativos contiene declaraciones de voluntad o una decisión, las cuales tienen por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica respecto de tercero (vgr. otorgar un permiso, trasladar a un recluso o aplicar una medida disciplinaria). Pero también pueden comprender un juicio o dictamen (vgr. los informes) o una constancia (vgr. un certificado).

Ahora bien, el objeto debe guardar coherencia con los motivos, de forma tal que la ausencia de motivos o su ilegalidad pueden repercutir en la ilegalidad del objeto. Sin embargo, también se puede presentar una desvinculación entre ambos, de manera que existiendo motivos o siendo estos legales, el objeto puede ser ilegal. Así, bien puede ocurrir que un jefe de servicio tenga potestad disciplinaria y que un funcionario haya cometido una infracción, pero le aplica una sanción no prevista por la ley o lo absuelve. En este caso estamos ante una ilegalidad en el objeto.

V. LA DESVIACIÓN DE PODER.

La desviación de poder es una figura construida por el Consejo de Estado francés y que ha sido recepcionada en los diversos ordenamientos de la Europa continental y Latinoamérica. Este vicio está vinculado al fin público específico al cual está orientado el acto administrativo de acuerdo a lo previsto por la ley, de forma que si el acto se dicta para un fin público diferente, el acto administrativo deviene en ilegal por desviación de poder.

Estos casos se han presentado a propósito de las tasas municipales que se cobran por la prestación de un servicio (carreteras, centros de recreación, inspección de aparatos e instalaciones industriales), las cuales se han subido con una finalidad recaudatoria o fiscal no vinculada a la prestación de dicho servicio. En estos casos, si bien la Administración tiene la potestad para subir la tasa, incurre en una ilegalidad desde el momento que la ejerce para una finalidad pública distinta.

Al efecto, la Contraloría ha señalado que “[...] si la autoridad llegare a hacer uso de estas facultades con una finalidad distinta de la perseguida por la ley al concedérselas, tal decisión quedaría afectada por una desviación de poder y viciado el acto

⁵⁶ Dictamen N° 17.820, de 12 de abril de 2004.

INFORMES EN DERECHO

administrativo que la sanciona, sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa por falta de probidad”.⁵⁷

VI. VICIO DE FORMA.

Los vicios de forma están vinculados a dos aspectos: los vicios de procedimiento y los vicios en la forma de extensión del acto.

Los vicios de procedimiento están estrechamente vinculados al principio de un justo y racional procedimiento consagrado en el artículo 19 N°3 CPR y que el Tribunal Constitucional ha extendido sin dificultad al ámbito administrativo⁵⁸. Por su parte, el artículo 10 LBPA establece el principio de contradicción que rige al procedimiento administrativo, en cuya virtud “los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”. Aún más, “en cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.

Sin embargo, el artículo 13 LBPA establece dos principios vinculados que atenúan la posible nulidad de los actos administrativos en caso de vicios de procedimiento:

- a) El principio de transcendencia, en cuya virtud no cualquier vicio de procedimiento afecta la validez del acto administrativo. Al efecto se exige que se trate de un vicio que recaiga en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y que genere perjuicio al interesado.
- b) El principio de conservación, lo cual permite a la Administración subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

En cuanto a la forma del acto administrativo, este debe respetar en su estructura determinadas condiciones:

- a) En el encabezamiento debe contener la fecha, la naturaleza del acto (Decreto o resolución) y su número.
- b) Debe expresar los motivos. El artículo 41 LBPA dispone que toda resolución debe ser fundada, es decir, se deben expresar los motivos de Derecho y de hecho. Al efecto, la práctica administrativa ha llevado a que los motivos de Derecho se expresen como “Vistos”, mientras que los motivos de hecho se contengan como “Considerando”. Es conveniente tener presente que la ausencia de los motivos constituye un vicio de fondo (ilegalidad de los motivos), mientras que la no expresión de los motivos constituye un vicio de forma (falta de motivación o fundamento).

⁵⁷ Dictamen N° 14.178 de 19 de marzo de 2004.

⁵⁸ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 747 de 31 de agosto de 2007, la que en su considerando 5° señala que “[...] las expresiones ‘sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción’, contenidas en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, deben entenderse en un sentido amplio, extendiéndolas “sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción -esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico- por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica” (entre otras, sentencia rol 478, de 8 de agosto de 2006). Así, en la expresión constitucional citada ha entendido incluidas resoluciones tales como la que adopta el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones (sentencia rol 176 de 1993)”.

- c) El objeto o contenido del acto, que es la declaración de voluntad, el juicio o constancia. Esta se contiene luego de la expresión “Decreto” o “Resuelvo”.
- d) Por último hay dos elementos formales adicionales: la firma de la autoridad que lo dicta y la indicación de los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno (artículo 41 LBPA). Se ha de tener especialmente presente este requisito respecto de los actos de la Administración penitenciaria, ya que expresamente deben señalar que frente a un acto o medida (sanción, permiso o traslado) se puede reclamar ante el juez de garantía.

b) Actos materiales.

En el caso de los actos materiales, debemos tener presente una regla básica contenida en la LBPA: “La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico” (artículo 50).

En tal sentido, toda actuación material debe reconocer un título, es decir, un acto administrativo previo que le sirva de fundamento. Así, si una actuación material carece de fundamento jurídico o se aparta de los términos del título, debe hacerse cesar, ordenándose la restitución del estado material de cosas existentes al momento anterior a su realización y, en su caso, su reconducción estricta a los términos previsto en el título.

6) APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LAS ORDENES DE TRASLADO Y LOS PERMISOS DE SALIDA

En este apartado nos haremos cargo de la revisión de dos actos de la Administración penitenciaria que pueden ser objeto de control por la vía del contencioso administrativo especial entregado al conocimiento del juez de garantía: las órdenes de traslado y los permisos de salida.

Ambos actos se encuentran regulados en la Ley Orgánica de Gendarmería y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP).

a) Los traslados

El artículo 6 N° 10 LOGCH dispone que es de competencia del Director Nacional de Gendarmería “determinar los establecimientos en que los reos rematados cumplirán sus condenas y disponer los traslados de ellos de acuerdo con la reglamentación vigente”.

Los traslados de la población penitenciaria pueden ser entendidos en un sentido amplio, el cual comprende los traslados a otros establecimiento penitenciarios, a dependencias de los Tribunales para ser puesto a disposición del juez competente e

INFORMES EN DERECHO

incluso los que se realizan por acuerdos celebrados con diversos Estado para facilitar el regreso de los reclusos extranjeros a sus países de origen a cumplir sus sentencias.⁵⁹

Conforme a los términos de lo solicitado a este informante, centraremos nuestro análisis en los traslados que se hacen de la población penitenciaria a otros establecimientos por orden de la autoridad competente.

Al efecto, debemos tener presente que el régimen penitenciario tiene como objetivo mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios para cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados (artículo 24 REP). En razón de lo anterior, los establecimientos penitenciarios se organizan conforme a determinados principios (artículo 10 REP).⁶⁰

Así, el REP establece que “por Resolución fundada del Director Nacional, quien podrá delegar esta facultad en los Directores Regionales, serán ingresados o trasladados a departamentos, módulos, pabellones o establecimientos especiales, los penados cuya situación haga necesaria la adopción de medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física o psíquica de las personas y el orden y seguridad del recinto” (artículo 28).

En tal sentido, debemos entender que los traslados son las medidas que adopta el Jefe del Servicio —el Director Nacional de Gendarmería y los Directores Regionales por delegación— para la buena marcha y funcionamiento del servicio sobre las base de los principios que establece el REP.

59 El Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en el año 1985, aprobó un Acuerdo Modelo para prestar asistencia a los Estados Miembros en la elaboración de acuerdos bilaterales y multilaterales similares para facilitar el regreso de los reclusos extranjeros a sus países de origen a cumplir sus sentencias, reconociendo las dificultades que experimentan en los establecimientos carcelarios debido a factores tales como las diferencias de idioma, cultura, costumbres y religión, y considerando que el mejor modo de lograr la reinserción social de los delincuentes es dar a los reclusos extranjeros la oportunidad de cumplir sus condenas en el país de su nacionalidad o residencia. Chile ha celebrado diversos acuerdos sobre la materia, como son:

- a) El Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas, de 1983, promulgado por Decreto N° 1.317 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 3 de noviembre de 1998.
- b) La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero -adoptada el 9 de junio de 1993 por la Organización de Estados Americanos-, promulgada por Decreto Supremo N° 1.859, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999.
- c) El Tratado con Brasil sobre Transferencia de Presos Condenados, suscrito entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile el 29 de abril de 1998, promulgado por Decreto Supremo N° 225, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 18 de marzo de 1999.
- d) El Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Bolivia el 22 de febrero de 2001 promulgado por Decreto Supremo N° 227, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 2004.
- e) El Tratado con Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Argentina el 29 de octubre de 2002, promulgado por Decreto Supremo N° 55, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 30 de junio de 2005.

60 Esta disposición establece los siguientes principios:

- a) Una ordenación de la convivencia adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los derechos y la exigencia de los deberes de cada persona.
- b) El desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados.
- c) La asistencia médica, religiosa, social, de instrucción y de trabajo y formación profesional, en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre.
- d) Un sistema de vigilancia que garantice la seguridad de los internos, funcionarios, recintos y de toda persona que en el ejercicio de un cargo o en uso de una facultad legal o reglamentaria ingrese a ellos.
- e) La recta gestión y administración para el buen funcionamiento de los establecimientos.

De esta forma, podemos señalar que los traslados tienen las siguientes características:

- a) Es una potestad pública atribuida expresamente al Jefe de Servicio, sin perjuicio de la posibilidad de su delegación a los Directores Regionales de Gendarmería;
- b) Constituye una potestad reglada, en la medida que sus diversos elementos vienen determinados por la Ley y el REP:
 - La autoridad competente;
 - Los fundamentos o motivos para su ejercicio, tanto en los fundamentos de Derecho como los supuestos de hechos;
 - El fin para el cual se debe ejercer esta potestad.
- c) El ejercicio de esta potestad se ha de materializar en un acto administrativo bajo la forma de resolución, la cual debe cumplir con todos los requisitos de forma previstos en el artículo 41 LBPA, especialmente en lo que dice relación con los fundamentos o motivación del acto. Por lo demás, esto es ratificado por el artículo 28 REP, el cual dispone que el traslado exige de resolución fundada.
- d) El procedimiento administrativo no se encuentra regulado ni por la Ley y el REP. En este caso, se ha de aplicar supletoriamente a la LBPA, especialmente en lo que dice relación con el principio de contradicción (artículo 10°).

En razón de lo expuesto, es perfectamente posible que el juez pueda revisar una resolución administrativa que ordene el traslado de la población penitenciaria, debiendo tener a la vista todos y cada uno de los elementos reglados que comprende dicho acto. A su vez, si considera que no existe conformidad entre el acto y el ordenamiento jurídico, bien puede anular la resolución y dejar sin efecto dicho traslado o, según sea el caso, dictar en su reemplazo otra resolución que adecue a Derecho.⁶¹

Por último, nos interesa destacar en este punto el elemento del fin del acto administrativo, ya que en algunas ocasiones los traslados pueden ser utilizados como una medida disciplinaria o de sanción al margen de lo previsto por la ley y recurriendo a un procedimiento más flexible. Es evidente que en estos supuestos estamos ante una clara desviación de poder, en la medida que se utiliza una potestad pública para un fin público diverso del previsto por la ley, lo que se traduce en la ilegalidad del acto administrativo.

Al respecto, se puede analizar un caso particular para apreciar mejor la situación relativa al objeto. El año 2007 la Corte Suprema adoptó un acuerdo a fin de que los Tribunales de Garantía, de Juicio Oral en lo Penal, de Letras con competencia en Garantía y del Crimen del país “para que se abstengan disponer el ingreso de imputados a un centro penitenciario determinado, labor que corresponde a Gendarmería de Chile precisar e informar al Tribunal [...]”. La razón de esta decisión era que dicha práctica entorpecía la labor administrativa de Gendarmería. Sin embargo, a reglón seguido la misma Corte Suprema señala que esta decisión se debe reservar “[...] sólo

61 En principio y bajo el supuesto de un acto ilegal el recurso se resuelve en base a la nulidad del acto y, por tanto, del traslado ordenado en el mismo. Sin embargo, bien puede suceder que la orden pueda comprender más de un lugar posible para el traslado, como ocurre en el caso que se ordene el traslado de un recluso a determinado establecimiento penitenciario en la medida que exista capacidad para recibirlo, en caso contrario deberá ser destinado a otro establecimiento. En el supuesto que uno de los establecimientos no cumpla con las condiciones necesarias para recibir el recluso bien puede el juez anular la orden y dejar sin efecto el traslado y, en su caso, decretar el traslado a uno de los establecimientos que sí cumple con dichas condiciones.

INFORMES EN DERECHO

a casos excepcionales y por motivos fundados que deben ser explicitados en la resolución del respectivo tribunal, coordinándose previamente con Gendarmería para su cumplimiento”.

Bien se podría pensar que con esta decisión de la Corte Suprema la intervención de los jueces para controlar los actos administrativos que determinan el lugar de internación de una persona estaría vedada. Dicho en otros términos, los actos de la Administración penitenciaria respecto del lugar en que un interno debe cumplir su condena no sería objeto de control jurisdiccional. Sin embargo, la propia Corte reconoce que los tribunales pueden intervenir en casos fundados, y resulta evidente que se da tal fundamento cuando la decisión ha sido evidentemente ilegal o ha devenido en una flagrante arbitrariedad produciendo en menoscabo en la situación del interno.⁶²

b) Los permisos de salida

Los permisos de salida están regulados en los artículos 96 y ss. REP. Al efecto, el artículo 96 dispone que “los permisos de salida son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad”.

Los permisos de salida se distinguen de las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la Ley N° 18.216, en la medida que son otorgados por la autoridad administrativa una vez que ha comenzado el cumplimiento de la condena. En cambios dichas medidas son otorgadas por el juez en la misma sentencia condenatoria e implica —tal como lo dice su nombre— una alternativa de cumplimiento a la condena privativa o restrictiva de libertad. A su vez, estos permisos presentan similitudes con figura de la libertad condicional regulada en el Decreto Ley N° 321 y su reglamento (Decreto Supremo N° 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia), ya que ambas son otorgadas por autoridades administrativas. Sin embargo, se ha distinguido entre ellos sobre la base de su finalidad: mientras los permisos de salida constituyen una medida de tratamiento destinada a satisfacer una necesidad de reinserción social; la libertad condicional supone un condenado resocializado, aspecto que se puede determinar sobre la base de diversos factores, uno de los cuales dice relación con los permisos de salida.⁶³

Desde nuestra perspectiva de análisis, el permiso de salida tiene las siguientes características:

62 Se podría plantear alguna discusión respecto del alcance de este auto acordado con lo dispuesto en el artículo 14 letra f) COT y las facultades del Juez de Garantía. En mi opinión este auto acordado es concordante con dicha disposición, en la medida que trata de delimitar el ámbito de acción de la autoridad administrativa y las facultades de los jueces, en orden a evitar que la actividad judicial tienda a sustituir la función y poder decisorio que la ley entrega a la Administración. En tal sentido, a Gendarmería le corresponde adoptar las determinaciones respecto del buen funcionamiento y gestión de los establecimientos penitenciarios, pero dichas decisiones siempre podrán ser objeto de control judicial, especialmente en los casos en que éstas vulneren el ordenamiento jurídico o los derechos de los reclusos. Así las cosas, bien puede la autoridad dejar sin efecto una orden de traslado que sea ilegal cuando el lugar de destino no cumpla con las condiciones mínimas que se deben garantizar (supuesto de hecho del acto administrativo). Por su parte, en tal evento Gendarmería podrá determinar otro lugar, siempre y cuando cumpla con dichas condiciones y en el marco de la legalidad. Bien puede ocurrir que las alternativas que tenga Gendarmería se reduzcan a una sola, la cual lleva a ordenar el ingreso a un centro penitenciario determinado. Sin embargo, en tal caso el juez no está asumiendo una función administrativa, sino que simplemente está señalando el margen de legalidad en la actuación aun cuando éste sea acotado.

63 Véase SALINERO RATES, María Alicia. *Los permisos de salida en la legislación chilena* (Santiago, Inédito, 2007), p. 15.

- a) Es una potestad pública atribuida de forma exclusiva a los Jefes de los Establecimiento Penitenciarios. Al respecto llama la atención que esta potestad sea atribuida a través de un reglamento, en este caso el REP, pues nuestro ordenamiento constitucional es estricto en el sentido que las potestades públicas han de ser atribuidas por ley (artículos 6º y 7º CPR y 2º LBGAE).
- b) A nuestro parecer se trata de una potestad reglada, en la medida que sus diversos elementos vienen determinados por el REP:
- La autoridad competente;
 - Los fundamentos o motivos para su ejercicio. En este punto se debe destacar los supuestos de hecho que permiten su otorgamiento, tal como lo señala el artículo 96 REP: su concesión dependerá, fundamentalmente, de las necesidades de reinserción social del interno y de la evaluación que se efectúe respecto de su participación en las actividades para la reinserción social que, con su colaboración, se hayan determinado según los requerimientos específicos de atención, de modo que pueda presumirse que respetará las normas que regulan el beneficio y no continuará su actividad delictiva. Ahora bien, tal como se ha indicado anteriormente, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados (necesidades de reinserción social del interno) y, en su caso, de hechos que sirvan de base para presumir el respeto de las normas que regulan el beneficio y el cese en la actividad delictiva. Así las cosas, y en parecer de este informante, esta potestad no tiene un carácter discrecional, especialmente porque la calificación de los hechos que le sirven de base no dan lugar a dos o más posibilidades de actuación válida. Más aún, la existencia o no de los hechos que le sirven de base y su calificación pueden ser perfectamente revisadas por el juez.⁶⁴
- c) El ejercicio de esta potestad se ha de materializar en un acto administrativo bajo la forma de resolución. En tal sentido y tal como lo hemos señalado anteriormente, ésta debe cumplir con todos los requisitos de forma previstos en el artículo 41 LBPA, especialmente en lo que dice relación con los fundamentos o motivación del acto.
- d) El procedimiento administrativo se encuentra regulado parcialmente. Al efecto se establece la exigencia de un informe que debe emitir el Consejo Técnico, el cual es vinculante, en la medida que sólo se puede conceder el permiso a los internos que gocen de informe favorable.⁶⁵

64 La mayoría de la doctrina se inclina por sostener la negación de la existencia de discrecionalidad en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre la base de la idea de unidad en la solución justa. En tal sentido, se sostiene que la concreción y aplicación de los conceptos jurídicos determinados es un supuesto de aplicación de la ley al caso concreto, de igual modo que lo es en el caso de aplicar un concepto jurídico determinado. Por su parte, la interpretación de las normas jurídicas necesariamente ha de llevar a una única solución justa de acuerdo con el ideal de justicia contenida en la norma. Así las cosas, los conceptos jurídicos indeterminados llevan al operador jurídico a encontrar o descubrir dicha solución justa. En buenas cuentas, la indeterminación del concepto no impide que en el caso en concreto lleve a esta solución única. De esta forma, la interpretación que realiza la Administración de un concepto jurídico indeterminado es plenamente revisable por los tribunales de justicia, quienes tendrán la última palabra sobre la materia con fuerza de cosa juzgada. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder...* op. cit. (nota 48), p. 35, y SAINZ MORENO, *Conceptos...* op. cit. (nota 48), p. 72 y 166-168.

65 Llama la atención que sea un reglamento el que establece el carácter vinculante de este informe, en la medida que hace excepción a la regla general contenida en el artículo 38 LBPA, en la cual establece que por regla general los informes son facultativos y no vinculantes. Por su parte, también es llamativo el hecho que las sesiones sean secretas (artículo 98 REP), siendo que por mandato constitucional los actos de los órganos del Estado son públicos (artículo 8º CPR complementada por la Ley Nº 20.285).

Nuevamente debemos arribar a la conclusión que es perfectamente posible que el juez pueda revisar una resolución administrativa que deniegue un permiso de salida, en la medida que puede revisar de forma plena todos y cada uno de los elementos reglados que comprende dicho acto. A su vez, si considera que no existe conformidad entre el acto y el ordenamiento jurídico, bien puede anular la resolución que niega este permiso y dictar en su reemplazo dando lugar al mismo, en la medida que estamos ante un acto reglado que puede dar lugar a una única solución conforme a Derecho: si la denegación es legal, se mantiene el acto, pero si es ilegal necesariamente deberá otorgarse el permiso y así lo debe declarar el juez.

7) CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto, es posible formular las siguientes conclusiones:

- 1) La actividad penitenciaria constituye en el ordenamiento jurídico nacional una actividad que está asignada por los órganos que integran la Administración del Estado, en este caso al Ministerio de Justicia, que formula las políticas, planes y programas sobre la materia, y Gendarmería de Chile como servicio público centralizados que tiene a su cargo la ejecución de dichas políticas, planes, programas y normas.
- 2) La naturaleza del Derecho penitenciario ha sido objeto de una larga discusión, tanto por los cultivadores del Derecho penal, Derecho procesal y Derecho administrativo, sin perjuicio de quienes han sostenido su autonomía respecto de cualquier otra disciplina. Sin embargo, se ha de reconocer que una parte importante de sus normas son de marcado carácter jurídico administrativo, en la medida que los sujetos que intervienen, sus procedimientos y actos son de esta administrativa. Esto significa que los órganos de la Administración penitenciaria y las personas que están sometidas a esta relación jurídico-administrativa se han de someter a los principios y normas que conforman el estatuto común de la Administración del Estado, con las excepciones que contemple sus estatutos especiales.
- 3) En el mismo sentido, las fuentes del Derecho penitenciario, sus principios y normas se estructuran a partir del Derecho administrativo general, sin perjuicio que en el ámbito del Derecho penitenciario se han ido delineando algunos principios particulares, sobre todo por la singularidad de la actividad que se regula y la situación de los sujetos destinatarios de esta acción administrativa.
- 4) La naturaleza de la relación que se produce entre la Administración y los internos en los establecimientos penitenciarios se ha tratado de explicar bajo la forma de una relación de sujeción especial, como una forma de justificar la intervención en su esfera jurídica sin contar una habilitación legal previa y la reserva legal en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, esta posición se ha matizado, reconociendo la aplicación del principio de legalidad teniendo presente la imposibilidad de poder establecer un conjunto de poderes acotados dado la multiplicidad de supuestos que se dan en estas relaciones. Esta es la tendencia que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional y el Reglamento de Establecimiento Penitenciario (artículo 2º), sin perjuicio de los serios problema que plantea este texto normativo respecto de la exigencia de reserva legal sobre la materia.
- 5) En atención a lo anterior, los mecanismos generales del control de los actos de la Administración también se proyectan a la actividad penitenciaria, tanto en el orden administrativo, político y jurisdiccional. En este último aspecto, el control

adquiere cierta particularidad considerando la forma como se han conformado las acciones contencioso administrativas, destinadas a la anulación de los actos formales de la Administración, el cese de los actos materiales ilegales y, en su caso, la responsabilidad patrimonial que esto puede conllevar.

- 6) La competencia que tiene el juez de garantía para hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, constituye respecto de la actividad penitenciaria un verdadero contencioso administrativo especial, en la medida que el juez deberá considerar que se encuentra frente a actos administrativos y actuaciones materiales de la Administración penitenciaria, los cuales deben ser examinados y juzgados conforme a su naturaleza y elementos, a fin de determinar los efectos que derivan de un acto ilegal (nulidad del acto administrativo y cese de los actos materiales).
- 7) Respecto de los actos administrativos, el juez debe examinar cada uno de los elementos del acto administrativo, a fin de establecer su conformidad con el ordenamiento jurídico. Al efecto, deberá determinar la competencia e investidura de la autoridad que dictó dicho acto; los motivos de hecho y de Derecho que le sirven de fundamento; la legalidad de su objeto; el cumplimiento del fin específico para el cual fue otorgada la potestad; y sus aspectos formales (procedimiento y extensión del acto).
- 8) Las técnicas generales de control de la discrecionalidad son plenamente aplicables respecto de los actos formales de la Administración penitenciaria, especialmente el establecimiento y apreciación de los hechos determinantes para dictar el acto, la desviación de poder y, especialmente, la aplicación de los principios generales del Derecho, como es la no discriminación, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, presunción de inocencia, buena fe, etc. Asimismo se deben destacar el control respecto de los motivos del acto administrativo, sobre todo si la actual LBPA exige que estos deben expresarse en el acto.
- 9) La aplicación de las reglas y principios enunciados se aplican perfectamente a los traslados y permisos de salida, en la medida que ambas son potestades públicas regladas y que se materializan en actos administrativos que deben responder a las exigencias que establece nuestro ordenamiento jurídico, lo que permite a su vez una adecuada revisión por parte de la autoridad judicial, la que puede anular dichas decisiones y, en su caso, dictar una resolución en sustitución de la misma.
- 10) Por último, respecto de los actos materiales debemos señalar que siempre este tipo de actuaciones deben reconocer un título o fundamento, es decir, un acto administrativo previo que le sirva de fundamento. Así, si una actuación material carece de fundamento jurídico o se aparta de los términos del título, debe hacerse cesar, ordenándose la restitución del estado material de cosas existente al momento anterior a su realización y, en su caso, su reconducción estricta a los términos previsto en el título.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN JAÑA, Pablo Andrés, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena* (Santiago, Conosur, 2000).
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons, 1997).
- BEECHE, HÉCTOR, *Sistemática de la ciencia penitenciaria* en *Revista de Estudios Penitenciarios* Nos. 67 a 74 (1950-1951).
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del acto administrativo* (Madrid, Iustel, 2005).
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo* (Madrid, Civitas, 2006).
- CANO MATA, Antonio, *Derecho administrativo penitenciario: Protección del Recluso* en *Revista de Administración Pública* N° 76 (1975).
- CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal* (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración* (4ª ed. Madrid, Civitas, 2002).
- FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos y otros, *El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*, en *Revista de Derecho* (Valdivia) vol. 14.
- FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo* (Barcelona, Editorial Labor, traducción sobre la 8.a ed. del alemán, 1933).
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958).
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Las relaciones de sujeción especial y el principio de legalidad de la Administración* en *Revista de Administración Pública* N° 34 (1961).
- GAMBIER, Beltrán y ROSSI, Alejandro, *Derecho administrativo penitenciario*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000).
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás R. *Curso de Derecho Administrativo* (9ª ed., Madrid, Civitas, 1999).
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *as Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* (Madrid, Thomson Civitas, 2007).
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos* (Madrid, Civitas, 1983).

- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo (Madrid, Civitas, 2001).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La prisión (México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México, 1975).
- GASCÓN Y MARÍN, José, Tratado de Derecho Administrativo (10ª ed., Madrid, Bernego, 1950).
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, Poder domesticador del Estado y derechos del recluso, en Estudios de la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (Madrid, Civitas, 1991).
- GUAITA MARTORELL, Aurelio, Derecho Administrativo especial (Zaragoza, Librería General, 1960).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, De las penas: Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti, 1997.
- JARA SCHNETTLER, Jaime, La Nulidad de Derecho público ante la doctrina (Santiago, Libromar, 2004).
- KRIEGSMANN, N. H., Einführung in die Gefängnissskunde (Heidelberg, Carl WinterUniversitätsbuchhandlung, 1912) traducida posteriormente por BANCES, R. P. como Preceptiva penitenciaria (Madrid, Imp. de Alrededor del Mundo, 1917).
- LÚDER, Italo A., El sistema jurídico de la ejecución penal (La Plata, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, 1959).
- MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho penal (2 v., Ariel, Barcelona, 1962-1963).
- MAYER, Otto, Derecho Administrativo Alemán (Buenos Aires, Depalma, 1984).
- MORRIS, Norval, El futuro de las prisiones (6º ed. México, Siglo XXI, 2002).
- PANTOJA BAUZA, Rolando, La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001 (Santiago, Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000)
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando, La organización de la Administración del Estado (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- PAREJO ALFONSO, Luciano, Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias (Madrid, 1993).
- PLAWSKY, Stanislaw, Droit pénitentiaire (Lille, Université de Lille III, 1977).
- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza en Revista Penal-Penitenciaria de Santa Fe, 3-4 (1965).
- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, MANUEL, Objeto, funciones y principios del denominado Derecho penitenciario en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N°2 (2000).

INFORMES EN DERECHO

- SAINZ MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa (Madrid, Civitas, 1976).
- SALINERO RATES, María Luisa. Los permisos de salida en la legislación chilena (Santiago, Inédito, 2007), p. 15.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Fundamentos de Derecho Administrativo (Madrid, Ramón Areces, 1991).
- SAYAGUÉS LAZO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo (Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, 1959), T. II.
- SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994).
- SIRACUSA, Francesco, Istituzioni di Diritto penitenziario (Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1935).
- SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino (El Ateneo, Buenos Aires-Córdoba, 1940).
- SOTO KLOSS, Eduardo, El Recurso de Protección, Doctrina y Jurisprudencia (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el Derecho chileno en *Ius Publicum* N° 4 (2000).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público en el Derecho chileno en *Revista de Derecho Público* Nos. 47-48 (1990).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público referida a los actos de la Administración en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, (1991-1992).
- SOTO KLOSS, Eduardo, La nulidad de Derecho público: su actualidad en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, (1997).
- SOTO KLOSS, Eduardo, Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia en *Revista de Derecho Público*, N°s 21/22 (1977).
- SPIEGEL, Ludwig, Derecho Administrativo (Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, 1933).

ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN CAUSA DIVERSA

HÉCTOR HERNÁNDEZ B.

La Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública me ha solicitado que informe en Derecho sobre los alcances del abono a la condena del eventual tiempo previo de privación de libertad. Concretamente se me consulta sobre la procedencia de abonar a una condena el tiempo de privación de libertad sufrido en un procedimiento distinto de aquél en el que dicha condena se impone.

Al respecto puedo informar que, en mi opinión, dicho abono no sólo es procedente, sino que es preceptivo, por las razones que a continuación paso a exponer.

En primer lugar cabe precisar el objeto de la consulta. Los casos en cuestión son, por una parte, aquéllos en los que el condenado ha sufrido con anterioridad en otro procedimiento una privación de libertad no constitutiva de pena de acuerdo con el art. 20 del Código Penal (en adelante CP), fundamentalmente detención, prisión preventiva o arresto domiciliario en los términos del art. 155 de Código Procesal Penal (en adelante CPP), pero también cualquier otro tipo de privación de libertad asociada a un procedimiento penal, como, por ejemplo, la internación provisional a que se refiere el art. 464 CPP, y ésta no ha sido ya íntegramente abonada a una pena, sea porque en ese procedimiento fue absuelto o sobreseído definitivamente, sea porque habiendo sido condenado la pena impuesta se tuvo por cumplida en exceso por el mayor tiempo de privación de libertad. Por otra parte, también vienen en consideración los casos en que el sujeto ha sido previamente condenado y ha comenzado a cumplir una pena privativa de libertad que luego es dejada total o parcialmente sin efecto, sea por aplicación del art. 18 CP, por revisión de la condena firme, por amnistía o por indulto.

La norma fundamental sobre la materia en el derecho chileno se encuentra en el art. 26 CP, que dispone:

“La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”.¹

La importancia del precepto radica en que es la disposición sustantiva que sienta el principio ordenador del derecho chileno en la materia, respecto del cual las ulteriores precisiones procedimentales, sobre las que luego se volverá, no constituyen más que complemento. Se trata entonces de una cuestión *sustantiva*, atingente a los *límites de las penas privativas de libertad* en nuestro derecho,² y no procesal, como erróneamente, sin embargo, sugiere a veces la práctica judicial.

Pues bien, el referido principio ordenador consiste simplemente en que la duración de la pena temporal, en particular de la pena privativa de libertad, debe considerar el tiempo de privación de libertad sufrida con anterioridad por el condenado, esto es, debe “abonarse” a la condena dicho tiempo previo de privación de libertad, sin que la ley establezca ningún tipo de límite a dicha consideración o abono, sin perjuicio del límite lógico inherente consistente en que no se puede considerar para estos efectos el tiempo de cumplimiento legítimo de una condena que no ha sido modificada o dejada sin efecto. Más allá de este límite obvio implícito, la letra del art. 26 CP no ofrece absolutamente ninguna base para no abonar a la condena una privación previa de libertad sufrida en otro procedimiento.

Detrás de esta formulación tan llana y concisa subyace, sin duda, un profundo respeto por la libertad de las personas. El abono *no es una concesión graciosa* del Estado a los condenados, sino simplemente el reconocimiento del derecho de cada uno a no ser objeto de privaciones de libertad innecesarias – esto es, en palabras de *Beccaria*, tiránicas³ – y del consecuente *derecho a ser reparado* cuando por cualquier causa ese derecho se ve conculcado. Toda privación de libertad excesiva impuesta por el Estado debe ser reparada por éste, sea bajo la forma de la indemnización por el error judicial (art. 19 N° 7 letra i) de la Constitución Política de la República), sea - en términos más generales y sin los requisitos especiales dispuestos para aquélla - por la vía de una limitación equivalente de la eventual potestad punitiva del Estado en otros casos. Esto último es lo que consagra, ni más ni menos, el art. 26 CP.

Tan amplios y rotundos son los términos del art. 26 CP que incluso llegó a fallarse bajo su sola vigencia que debía abonarse a la condena todo el tiempo transcurrido desde la aprehensión, incluyendo también, ya que el precepto no distingue, el tiempo durante el cual el condenado *gozó de libertad* (¡) durante el proceso.⁴ La cuestión vino a ser zanjada recién mediante el Código de Procedimiento Penal de 1906 (en

1 Sólo modificado en cuanto a reemplazar la voz “reo” original por la de “imputado”, mediante Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002.

2 Así, correctamente, *Guzmán Dálbora*, José Luis: La pena y la extinción de la responsabilidad penal, LegalPublishing, Santiago 2008, p. 308 y s.

3 *Beccaria*, Cesare: De los delitos y de las penas (trad. *De las Casas*), Alianza, Madrid 1990, p. 28, siguiendo en esto, como se sabe, a *Montesquieu*.

4 Corte de Concepción, Gaceta de los Tribunales 1884, sentencia N° 152, p. 100, se trataba del caso de un reo preso que fue liberado bajo fianza para los efectos del tratamiento médico de una enfermedad contagiosa, quedando en todo caso a disposición del tribunal.

adelante CPP 1906), cuyo art. 531, que terminaría luego siendo art. 503, aclaró que sólo debía servir de abono el tiempo de efectiva privación de libertad, en los siguientes términos:

“Las sentencias que condenen a penas temporales expresarán con toda precisión el día desde el cual empezarán éstas a contarse, y fijarán el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono a aquellos reos que hubieren salido en libertad durante la instrucción del proceso”.⁵

Antes del análisis más detenido de ésta y otras regulaciones procesales, debe destacarse que la solución consagrada en el art. 26 CP y la notable amplitud de sus términos es una nota muy característica del carácter liberal y humanitario del viejo Código Penal chileno. Si bien las Actas de la Comisión Redactora no dan mayores luces al respecto,⁶ es manifiesta la preocupación del legislador nacional por evitar y reparar privaciones de libertad “gratuitas”. En efecto, mientras el Código español de 1850 - tal como hacían por lo demás varios Códigos de la época, como el francés o el napolitano - sólo se preocupaba de definir un momento seguro a partir del cual contar la duración de las penas privativas de libertad, sin prever ningún tipo de abono, procurando a lo más que la demora estatal en notificar o en poner en ejecución la pena no perjudicara al condenado,⁷ el texto chileno se aparta notablemente de su modelo y consagra con decisión el abono obligatorio de la privación previa de libertad en los términos ya indicados. Es muy probable que *Fuensalida* haya tenido razón⁸ y que la Comisión haya seguido en esto el ejemplo del Código español de 1822⁹ y del Código belga de 1867,¹⁰ siendo en todo caso de destacar para los fines de este informe que nuestro Código se cuidó muy bien de no seguir a este último en cuanto a restringir el abono al de la detención sufrida “a consecuencia de la infracción que da lugar a esa condena”.

5 Al respecto *Del Río*, J. Raimundo: Derecho penal, T. II, Nascimento, Santiago 1935, p. 322.

6 El artículo formaba parte de un proyecto de arreglo del Título III presentado por el comisionado *Renjifo*, que fue aprobado en la sesión 14, de 15 de junio de 1870, Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago 1873, pp. 23 y 25. En la sesión 169, de 3 de octubre de 1873, se reemplazó, por razones técnicas, la voz “prisión” inicialmente aprobada, por la actual de “aprehensión” (p. 306).

7 El inciso primero del art. 28 del Código de 1850 rezaba: “La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día que la sentencia condenatoria quede ejecutoriada, lo cual en las penas personales se entenderá si el reo quedare desde luego en poder de la autoridad; y si no, desde que se presentare o fuere aprehendido”. Véanse al respecto los comentarios de *Pacheco*, Joaquín Francisco: El Código penal concordado y comentado (reedición de la tercera edición de 1867), Edisofer, Madrid 2000, p. 329: “Al buen sentido público había repugnado que no se estimasen como días de castigo aquellos en que la detención no constituía ya una necesidad de la causa, sino una demora más o menos justificada del poder. No era culpa del reo, si este no podía colocarle desde el momento mismo en el lugar destinado para su condena”.

8 *Fuensalida*, Alejandro: Concordancias i comentarios del Código penal chileno, Imprenta comercial, Lima 1883, T. I, p. 200.

9 Cuyo art. 98 rezaba: “En las penas que tengan tiempo determinado, empezará a contarse ésta desde el día en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria; pero el tiempo que hubiese estado preso, le será contado como parte del de la pena, graduándose cada seis meses de arresto o prisión por tres de obras públicas, o por cuatro de reclusión o presidio. Los días de arresto, reclusión u otra pena temporal, serían completos, de veinte y cuatro horas; los meses, de treinta días cumplidos; los años, también completos, de doce meses”.

10 Cuyo art. 30 reza hasta el día de hoy: “Toute détention subie avant que la condamnation soit devenue irrévocable, par suite de l'infraction qui donne lieu à cette condamnation, sera imputée sur la durée des peines emportant privation de la liberté”.

Como fuera, todos los primeros comentaristas del Código no dudan en calificar esta solución como más lógica, natural y humana, pues no entienden que pueda haber razones para que no se compense al reo por un tiempo de privación de libertad que reviste todos los caracteres de una verdadera pena.¹¹ Por lo mismo, ninguno de ellos esboza posibles restricciones a la aplicación de la regla, en particular ninguno sugiere que deba tratarse de encierros sufridos en el mismo procedimiento. Lo mismo rige respecto del conjunto de la literatura chilena posterior, si bien debe reconocerse que esto en rigor coincide con el alarmante desinterés de nuestra doctrina por el art. 26 CP. En ese sentido debe aplaudirse la excepción hecha por el espléndido estudio reciente de *Guzmán Dálbora*, quien, por cierto, a partir de la mencionada amplitud del art. 26 CP afirma enfáticamente la procedencia del abono de privaciones previas de libertad sufridas en otros procedimientos:

“En todo caso, entra en mérito toda detención dispuesta en un procedimiento penal seguido en Chile o en el extranjero – comprendidos los de extradición –, sin que para el cómputo se precise identidad de hecho ni unidad procesal. En parte alguna Derecho y proceso penal chilenos demandan que la medida cautelar se haya decretado en la misma causa en que resultó condenado el individuo. Muy por el contrario, los artículos que comentamos [art. 26 CP, art. 348 CPP] están provistos de una natural fuerza expansiva, que permite considerar en el abono la medida ordenada en el mismo procedimiento materia de la condena, por cualquiera de los hechos comprendidos en la acusación o requerimiento, como también aquellas que surgieron en causas distintas, donde el sujeto fue sobreseído definitivamente o absuelto”.¹²

Debe destacarse, además, que el actual régimen procesal penal ha superado ciertos giros lingüísticos que en otra época pudieron contradecir la amplitud del art. 26 CP. En efecto, la letra del art. 503 (531) CPP 1906, junto con aclarar que sólo correspondía el abono del tiempo de efectiva privación de libertad, podía servir de base para una restricción adicional, en la medida en que, al referirse a lo que debía servir de abono “a aquellos reos que hubieren salido en libertad *durante la instrucción del proceso*”, sugería que lo abonable era la privación de libertad sufrida también “durante la instrucción del proceso”, entendiéndose por tal el *mismo* proceso.

Así pareció entenderlo la jurisprudencia, no obstante lo cual de todos modos se dio maña para proceder al abono favorable al reo en la medida en que el tenor del art. 503 (531) CPP 1906 lo permitía. Así, se resolvió que sí procedía el abono por la privación de libertad sufrida en una causa distinta cuando ésta se *acumulaba* con la causa en que recaía la condena,¹³ solución que, afianzada, fue consagrada legalmente en 1989 mediante la introducción de un nuevo inciso segundo, del siguiente tenor:

11 *Fuensalida*, Concordancias i comentarios del Código penal chileno, T. I, p. 200 y s.; *Fernández*, Pedro Javier: Código penal de la República de Chile explicado y concordado, 2º edición, T. I, Santiago 1899, p. 153; *Vera*, Robustiano: Código penal de la República de Chile comentado, Imprenta de P. Cadot, Santiago 1883, p. 182.

12 *Guzmán Dálbora*, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, p. 314 y s. Antes (p. 313) ya había destacado que el art. 26 CP representaba un adelanto para su época, entre otras razones, por “no exigir que la detención del sujeto haya operado en la misma causa por la que se le condena”.

13 Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 8 de octubre de 1963, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LX, 2º parte, sección 4º, p. 441.

“En las causas acumuladas y en las que habiendo sido objeto de desacumulación deban fallarse en la forma prevista en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, la detención o prisión preventiva que haya sufrido un reo en cualquiera de las causas se tomará en consideración para el cómputo de la pena, aunque resulte absuelto o sobreseído respecto de uno o más delitos que motivaron la privación de libertad”.¹⁴

Ahora bien, al margen de cualquier valoración que pudiera merecer este desarrollo intermedio, lo cierto es que el escenario legal ha cambiado radicalmente con el CPP, cuyo art. 348 inciso segundo se limita ahora a prescribir:

“La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado”.¹⁵

Lo radical del cambio consiste, como es obvio, en que el art. 348 CPP ya no sugiere de ningún modo la posible restricción de la privación de libertad relevante para los efectos del abono a aquélla sufrida durante el mismo proceso, sino que, en plena sintonía con el art. 26 CP, vuelve a ordenar el abono en términos completamente amplios.

Es esto y ninguna otra cosa lo que explica que se haya prescindido del todo de una norma como la del inciso segundo del art. 503 (531) CPP 1906, que, como se recordará, permitía el abono en otros procedimientos pero sólo cuando éstos se hubieran acumulado. Alguien podría creer que el art. 348 CPP no contiene una norma así sólo porque en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal no se prevé la acumulación de causas, pero que en todo caso la misma función de permitir el abono la cumpliría ahora el reformado art. 164 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), que reza:

“Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.

En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto”.

14 Inciso segundo introducido por la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989.

15 Fue modificado, para incluir el abono del arresto domiciliario y la regla de cómputo, mediante Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005. Dicha modificación no se previó, sin embargo, para la regulación paralela del art. 413 CPP respecto del procedimiento abreviado, sin perjuicio de que puede entenderse aplicable en virtud de la remisión del art. 415 CPP a las reglas del procedimiento ordinario con carácter supletorio. En todo caso, la discrepancia no incide en lo absoluto en el argumento desarrollado en el texto.

Pero esta conclusión, que a primera vista podría parecer plausible, es manifiestamente errónea respecto del abono de privaciones previas de libertad, porque en la actualidad no es necesario que ninguna norma cumpla la función que cumplía el inciso segundo del art. 503 (531) CPP 1906, y esto por la sencilla razón de que esa función –la de permitir excepcionalmente el abono– carece hoy de sentido, toda vez que en el nuevo derecho, tal como ocurría en el primigenio, *la “unidad procesal” no constituye requisito del abono* de la privación de libertad previa a la condena. Consecuentemente, el art. 164 COT nada tiene que decir en esta materia: sus efectos se restringen a la aplicación de las normas sobre reiteración de delitos de la misma especie (art. 351 CPP) y sobre aplicación de agravantes que en un mismo juzgamiento no podrían haberse considerado, pero no al abono de las privaciones previas de libertad. Por lo mismo, para el abono es absolutamente intrascendente si se dan o no los requisitos de aplicación del referido art. 164 COT.

A mi juicio, no haber comprendido cabalmente esta clara “vuelta a los orígenes” es lo que lastra el actual debate jurisprudencial sobre la procedencia o improcedencia del abono de privaciones de libertad en procesos distintos a aquél en el que se impone la condena. En efecto, con buena voluntad pero anclada todavía en la lógica restrictiva del inciso segundo del art. 503 (531) CPP 1906, la Corte Suprema ha resuelto en varias ocasiones la obligatoriedad del abono de la privación de libertad sufrida en causas distintas a aquélla en que se origina la condena, pero sugiriendo al mismo tiempo que sería requisito para ello algún tipo de conexión especial, fundamentalmente de carácter temporal, entre las causas en cuestión. Así se ha hecho presente que:

“de las fechas en que aparecen investigadas ambas causas fluye que fueron muy próximas en el tiempo una de la otra, tramitándose incluso en algún tiempo en forma paralela, sin que fuera materialmente posible obtener una acumulación de ambas investigaciones”¹⁶.

Consecuentemente, en otros fallos se ha negado el abono arguyendo que:

“no es posible la sustanciación conjunta o agrupación de ambas causas, porque la primera de ellas quedó afinada con antelación a la perpetración del nuevo delito que dio origen a la condena a la que se trata de adicionar el tiempo de privación de libertad que registra en el litigio anterior”.¹⁷

Criterio que se explicita luego en otro fallo en el que se lee:

“para dilucidar este asunto es necesario considerar que, tal como esta Corte lo resolvió en la causa Rol 6945-08, el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal, permite abonar al cumplimiento de una condena no sólo el tiempo de privación de libertad soportado en la misma causa, sino también el sufrido en otra causa, pero siempre que se trate de procesos que hayan podido acumularse o agruparse, es decir,

16 Rol N° 5156-06, de 11 de octubre de 2006, considerando 2° (en ésta se agrega “que los ilícitos investigados en una y otra aparecen como de la misma especie”); Rol N° 6212-06, de 6 de diciembre de 2006, considerando 2°; y en términos casi idénticos Rol N° 6945-08, de 19 de noviembre de 2008, considerando 3°.

17 Rol N° 2407-09, de 16 de abril de 2009, considerando único.

respecto de los cuáles teóricamente sea procedente la unificación de penas, de acuerdo con el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”.¹⁸

Tan claro como infundado, porque es a todas luces evidente que la restricción propuesta por la Corte carece del más mínimo respaldo en la letra de la ley, que, como se ha insistido, sólo manda que las penas temporales se empiecen a contar desde la privación de libertad del condenado (art.26 CP) y que la sentencia condenatoria fije el tiempo de dicha privación de libertad que deberá servir de abono para su cumplimiento (art. 348 CPP), sin imponer absolutamente ningún límite al abono, al menos ninguno en la línea que pretende la Corte.

Bien visto, la Corte sigue razonando como si todavía existiera el viejo inciso primero del art. 503 (531) CPP 1906 y su inciso segundo perviviera en el art. 164 COT, en circunstancias que manifiestamente el derecho vigente se ha liberado de esas restricciones. Por lo mismo llama tanto la atención que en el debate se suela alegar en contra del abono en estos casos que no existiría norma legal que lo permitiera, cuando en realidad lo único que no existe en la actualidad es una norma que limite la procedencia del abono dispuesto en los arts. 26 CP y 348 CPP. En este escenario, es la negativa al abono lo que vulnera la prohibición del art. 80 CP en cuanto a que “(t) ampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley [en este caso, la forma prescrita por los arts. 26 CP y 348 CPP], ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”, y no lo contrario.¹⁹

Al parecer es el descuido de la norma fundamental del art. 26 CP (hasta donde se ve ninguno de los fallos en cuestión lo menciona siquiera) lo que ha hecho vacilar hasta ahora a la Corte, que sigue viendo en el extinto art. 503 (531) CPP 1906 la base valorativa del sistema en la materia, en circunstancias que no fue más que un interludio complementario y torpemente restrictivo. Sólo esto puede explicar que todavía no pueda asumir de modo consistente la decisión tajante del legislador de 2000 expresada en el art. 348 CPP. Es cierto que en varios fallos la Corte destaca que esta última norma no distingue entre privaciones de libertad sufridas en el mismo proceso o en procesos diferentes,²⁰ pero al mismo tiempo se siente en la necesidad de apelaciones genéricas al carácter garantista del nuevo Código o al principio *in dubio pro mitius*,²¹ como pidiendo permiso para aplicar casi analógicamente lo que no es más que el puro y simple tenor literal de la ley vigente en Chile.

Es cierto, sin duda, que la solución del abono sin restricciones de las privaciones previas de libertad a la condena se aviene mejor con el *espíritu general* que inspira la reforma procesal penal, que en general ha procurado elevar los estándares de garantía y restringir al máximo posible la privación de libertad durante el proceso, sobre todo cuando es de temer que ésta puede terminar siendo innecesaria y excesiva, contexto en el cual el abono ilimitado sirve bien como remedio en los casos en que

18 Rol N° 5798-09, de 27 de agosto de 2009, considerando 5° (insiste en la idea en el considerando 6°, en tanto que en el considerando 7° conecta el posible abono de la privación de libertad sufrida en el antiguo sistema de enjuiciamiento penal a la aplicabilidad del artículo transitorio del Código Procesal Penal, similar en su lógica al art. 164 COT).

19 Por lo mismo no puede tomarse en serio la alegación contraria basada en el inciso segundo del art. 5° CPP, toda vez que dicha norma ordena la interpretación restrictiva y prohíbe la aplicación analógica de las disposiciones que autorizan la *restricción* de la libertad del imputado, que es precisamente lo que se hace cuando se interpretan las normas mencionadas a la luz del superado art. 503 (531) CPP 1906.

20 Rol N° 6212-06, considerando 4°; Rol N° 6945-08, considerando 7°.

21 Rol N° 6945-08, considerando 5°.

los resguardos previos fracasan. Desde esa perspectiva tienen razón las invocaciones generales a los principios del nuevo sistema. Sin embargo, lo que debe tenerse claro es que el abono ilimitado en caso alguno es el resultado de la apelación a la buena voluntad de los actores del sistema, sino que es lisa y llanamente la solución clara y categórica de la ley.

Esta peculiaridad de la ley chilena se aprecia con toda nitidez cuando se observa sucintamente el panorama que ofrece el *derecho comparado*. De los ordenamientos más influyentes entre nosotros probablemente el más restrictivo sea el *alemán*, el único que consagra expresamente la exigencia de “unidad procesal” pretendida por los últimos fallos de nuestra Corte Suprema. Así reza la primera oración del § 51 I StGB:

“Si el condenado ha sufrido prisión preventiva u otra privación de libertad con ocasión de un hecho que es o ha sido objeto del procedimiento, ella se abonará a la pena temporal privativa de libertad y a la multa”.

Por cierto se trata de una consagración expresa, no comparable en consecuencia con la situación en Chile, siendo de destacar, en todo caso, que la tendencia jurisprudencial es precisamente la de ampliar al máximo posible el sentido de dicha unidad procesal.²²

Mucho más interesante resulta, sin embargo, la evolución del derecho *español*. Como se dijo, a diferencia del Código de 1822, el Código de 1850 no contemplaba norma sobre abono de prisión preventiva, figura que recién se reincorporó a la codificación punitiva mediante la reforma de 1932, en unos términos que se mantuvieron inalterados hasta el Código de 1973, cuyo art. 33.1 mantenía en un punto fundamental una redacción muy similar a la de nuestro antiguo art. 503 (531) CPP 1906, en cuanto se refería a la privación de libertad sufrida “durante la tramitación de la causa”. Su tenor era el siguiente:

“El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de la pena impuesta”.

Pues bien, tal como en Chile, surgió discusión en cuanto a si la privación de libertad susceptible de ser abonada se limitaba a aquélla decretada en el proceso a que se refería la condena o no. En el primer sentido se manifestaron algunas sentencias antiguas,²³ pero crecientemente, sobre todo a partir de la muerte de Franco, la jurisprudencia se fue alineando en favor del abono de la prisión preventiva sufrida en otras causas (por exceso respecto de la pena impuesta o por haber recaído sentencia absolutoria), aunque, tal como también ocurrió en Chile, por el peso del texto legal,

22 Así, en BGHSt 43, 112 (de 26 de junio de 1997) si bien se deja abierta la posibilidad de una aplicación analógica del § 51 I StGB, se expresa que la vinculación procedimental no necesitaba ser formal, en el sentido del derecho procesal, sino que podía ser “funcional”, ampliando extraordinariamente los alcances del término. Al respecto, por todos, *Stree, Walter en Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch-Kommentar*, 27. Aufl., Beck, München 2006, § 51 marg. 10.

23 Como, por ejemplo, STS de 22 de diciembre de 1944.

siempre que se tratara de causas de tramitación coetánea o simultánea,²⁴ incluso exigiendo en algún caso que las distintas condenas recayesen en delitos conexos entre sí, en los términos del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,²⁵ lo que con razón fue criticado por la doctrina, haciéndose ver que no “existen ni fundamentos legales ni sólidos argumentos para defender una solución tan restrictiva”.²⁶ Por lo mismo es que se aplaude tan decididamente la superación de ese estado de cosas mediante el art. 58 del nuevo Código de 1995, cuyo texto original era del siguiente tenor:

“1. El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.

2. Igualmente, se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

El precepto ha sido luego modificado por Ley 15 / 2003, de 25 de noviembre, en los siguientes términos:

“1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

Como se ve, la ampliación se verifica simplemente por el empleo de la expresión “tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente [o provisionalmente]” en vez de la más restrictiva “tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente

24 Así, por ejemplo, SSTS de 1 de abril de 1991, de 25 de abril de 1991, de 24 de noviembre de 1992, de 2 de julio de 1993 y de 26 de abril de 1994; al respecto *Jorge Barreiro*, Agustín en *Rodríguez Mourullo*, Gonzalo (director): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid 1999, Art. 58, p. 246 y s.

25 Del siguiente tenor: “Considérense delitos conexos: 1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito. 2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”. En ese sentido, STS de 21 de septiembre de 1991.

26 *Mapelli Caffarena*, Borja / *Terradillos Basoco*, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3º edición, Civitas, Madrid 1996, p. 89.

durante la tramitación de la causa”.²⁷ No puede negarse que el efecto de ampliación viene mencionado también expresamente, pero bien visto se puede apreciar que dicha mención no es constitutiva de la ampliación en sí, sino sólo precisión de los alcances perseguidos por la misma, concretamente de su límite infranqueable, sobre el cual se volverá luego. Esto es de la mayor importancia para nosotros, pues, como se puede ver, se trata de un giro totalmente equivalente al experimentado con la redacción del art. 348 CPP, de modo que la conclusión debe ser la misma: se pueden abonar privaciones de libertad sufridas en otras causas, sin restricciones, esto es, particularmente, aunque no hayan sido coetáneas. Si a esto se suma la existencia del art. 26 CP, que hasta el día de hoy carece de correlato en el Código peninsular,²⁸ se ve plenamente confirmada la conclusión que se viene planteando.

Ahora bien, el Código español consagra expresamente un *límite* relevante al abono de privaciones de libertad sufridas en otras causas, como es que éste se haga respecto de una privación de libertad que “sea *posterior* a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar” (art. 58.3) o lo que es lo mismo, en los términos de la disposición original de 1995, siempre que haya “tenido por objeto *hechos anteriores* al ingreso en prisión” (art. 58.1 original).

Esta misma limitación se encuentra en el derecho *italiano*, donde el art. 657 del Código de Procedimiento Penal, que en esto complementa al art. 137 del Código Penal,²⁹ luego de señalar expresamente que a la hora de determinar la pena a ejecutar el Ministerio Público debe computar el período de custodia cautelar impuesta “por el mismo o por otro delito” (art. 657.1), así como computar la pena expiada que ha sido revocada o ha sido objeto de amnistía o indulto (art. 657.2), dispone:

“En todo caso sólo se computará la custodia cautelar sufrida o la pena expiada *después* de la comisión del delito por el cual debe determinarse la pena a ejecutar” (art. 657.4).³⁰

La misma restricción rige en el derecho *austriaco* conforme al § 38 I StGB:

“La prisión de seguridad administrativa o judicial y la prisión preventiva para la investigación se abonarán a la pena privativa de libertad y a la multa, cuando el autor ha sufrido la prisión

1. en un procedimiento por el hecho en virtud del cual se le condena, o
2. en los demás casos, *después* de la comisión de ese hecho en virtud de la sospecha de una acción amenazada con pena, y en ambos casos sólo en la medida en que la

²⁷ Jorge Barreiro, Art. 58, p. 246.

²⁸ No es en absoluto equivalente el art. 38 de dicho Código, que dispone: “1. Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme. 2. Cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento”.

²⁹ Que reza: “La carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile si detrae dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva o dall'ammontare della pena pecuniaria. La custodia cautelare è considerata agli effetti della detrazione, come reclusione od arresto”.

³⁰ Al respecto *Dolcini*, Emilio en *Crespi*, Alberto / *Stella*, Federico / *Zuccalà*, Giuseppe: Commentario breve al Codice penale, CEDAM, Padova 1992, Art. 137 III, p. 408.

prisión no haya sido ya abonada a otra pena o el preso no haya sido indemnizado por ello”.³¹

Y también entre nosotros ha propiciado esta limitación *Guzmán Dálbora*, al parecer ya *de lege lata*, cuando afirma que “el cómputo puede realizarse una única vez y respecto de las medidas adoptadas *después* del hecho que las motivó”.³²

Las razones para la restricción son conocidas y en principio atendibles. Se dice que tiene por objeto evitar, en palabras del Tribunal Supremo español, una especie de “crédito o saldo positivo de días a cuenta para un futuro delito, que repugna a la lógica y a los fines preventivos de la pena”,³³ una suerte de “compensación en pena futura como si de una invitación a delinquir se tratara”.³⁴ O en palabras de *Guzmán Dálbora*: “el delito no puede haber sido perpetrado durante o después del cumplimiento de la medida, porque ello implicaría abrir un ‘crédito’ de pena ya satisfecha, que incentivaría al preso a delinquir sin temer consecuencias penales”.³⁵

Ocurre, sin embargo, que se trata a todas luces de una restricción *no prevista* por la ley chilena, de modo que sólo puede plantearse como alternativa *de lege ferenda*, no como efectiva limitación del abono preceptivo en los términos de los arts. 26 CP y 348 CPP. Una vez más se impone no confundir los planos: no se está discutiendo aquí cuál sería el mejor sistema de abono de privaciones previas de libertad para Chile, sino cuál es la solución del derecho vigente al respecto. Y cuando, además del claro tenor literal de la ley chilena, se aprecia que en todas partes la restricción propuesta ha debido ser objeto de mención expresa, no puede sino concluirse que el derecho vigente no la contiene.

Esto sin contar con que su fundamento, muy plausible desde un punto de vista teórico, las más de las veces carece de confirmación en la realidad práctica, pues la posibilidad de abono futuro no aparece como motivo subyacente relevante para la determinación delictiva. De hecho se trata de una decisión esencialmente contingente, como lo prueba el hecho de que, por ejemplo, en España, la Ley de 17 de enero de 1901 sobre abono de la prisión preventiva, antecedente de la reincorporación de la figura al Código en 1932, no establecía la restricción, lo que fue confirmado por la jurisprudencia.³⁶

Por lo demás, como ha podido verse, aun en los ordenamientos en que se consagra expresamente la restricción la jurisprudencia se las ha arreglado para matizar los alcances de la misma y compensar en toda la medida de lo posible las privaciones de libertad injustificadas. Ya se hizo referencia a la tendencia de la jurisprudencia alemana³⁷ y austriaca,³⁸ y conviene tener presente razonamientos muy habituales

31 Al respecto *Fabrizy*, Ernst Eugen: *Strafgesetzbuch und ausgewählte Nebegesetze*, 8. Aufl., Manz, Wien 2002, § 38 marg. 1, con referencias a la jurisprudencia extensiva y hasta análogica que busca relativizar la exigencia.

32 *Guzmán Dálbora*, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, p. 315 (énfasis agregado).

33 SSTS de 30 de octubre de 1992 y de 29 de junio de 1993.

34 STS de 3 de diciembre de 1990. Al respecto *Mapelli Caffarena / Terradillos Basoco*, Las consecuencias jurídicas del delito, p. 89.

35 *Guzmán Dálbora*, La pena, p. 315 con nota 37, con nota *Romano, Grasso y Padovani*.

36 STS de 29 de diciembre de 1903.

37 BGHSt 43, 112.

38 *Fabrizy*, §38 marg. 1.

como el siguiente del Tribunal Supremo español, que, luego de insistir en la necesidad de prevenir una “licencia para delinquir”, señala:

“Este es el fundamento de esta limitación o excepción a la regla general de abono de la detención o prisión provisional. En beneficio del reo ha de tenerse en cuenta este criterio en pro de una interpretación legal con la que pueda autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado art. 58.1. Ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean *anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida)* en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del art. 58.1 al que nos estamos refiriendo”.³⁹

Así las cosas, si aun con una restricción temporal expresa la tendencia es a extender al máximo posible el abono de privaciones de libertad en otros procesos, tratándose de un ordenamiento como el nuestro, que no contempla semejantes restricciones, la conclusión debería ser tanto más clara y coincidente.

En síntesis, de lo dispuesto en los arts. 26 CP y 348 CPP se sigue que no existe obstáculo legal alguno en el derecho chileno para abonar a una condena en tiempo de privación de libertad sufrido en una causa diferente, aunque entre éstas no haya existido ningún vínculo y no hayan tampoco coincidido en el tiempo. Más aún, dicho abono es obligatorio a la luz de los textos legales vigentes. Cualquier restricción al abono que vaya más allá del límite obvio e inherente consistente en que un mismo período no puede abonarse más de una vez, contradice el texto legal y sólo se explica como un homenaje fuera de lugar al superado art. 503 (531) CPP 1906 o como traspaso indebido de restricciones propias del derecho comparado desconocidas por nuestro derecho.

Es todo cuanto puedo informar en Derecho, en Santiago a 10 de diciembre de 2009.

³⁹ STS de 11 de mayo de 2000.

ALGUNOS ASPECTOS PENALES Y PROCESALES PENALES DE LA ORDENANZA DE ADUANAS

LUIS RODRÍGUEZ C. Y GUILLERMO OLIVER C.

Se nos ha pedido una opinión jurídica acerca de los siguientes aspectos penales y procesales de la regulación de los delitos aduaneros:

1. Interpretación de las presunciones de contrabando y fraude aduaneros contenidas en la Ordenanza de Aduanas y su compatibilidad con la prohibición de presumir la responsabilidad en materia penal.
2. Plazos de prescripción de los delitos contemplados en la Ordenanza de Aduanas.
3. Efectos penales y procesales penales de las investigaciones que comienzan sin denuncia o querrela previa de las autoridades que legitiman el inicio de la acción penal.
4. Interpretación de la institución de la renuncia a la acción penal y sus efectos en el proceso penal.
5. Facultades de registro e investigación que tienen los servicios de Aduanas y Agrícola y Ganadero en la investigación de hechos relacionados con materias de aduanas, y su posible exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral.

A continuación, examinaremos cada una de las cuestiones planteadas, en el mismo orden en que han sido expuestas.

1. Interpretación de las presunciones de contrabando y fraude aduanero contenidas en la Ordenanza de Aduanas

Para una adecuada comprensión de este problema es necesario explicar, en forma previa, la estructura típica de los delitos aduaneros e, incluso, la forma en que ellos deben ser denominados, particularmente a raíz de la modificación de que fue objeto la Ordenanza de Aduanas en virtud de la Ley N° 19.738, de 2001.

Recordemos que antes de la entrada en vigencia de esta ley, la Ordenanza de Aduanas contemplaba dos delitos: el contrabando y el fraude aduanero. En uno y otro caso el legislador utilizaba –y de hecho sigue utilizando– una fórmula de tipificación bastante compleja, consistente en definir primero ambos delitos, lo que hacía (y sigue haciendo) en el artículo 168 OA, para establecer enseguida una serie de presunciones de contrabando y de fraude aduanero, en los artículos 177, 178 y 179 OA.

Actualmente, el artículo 168 OA dispone lo siguiente:

Las infracciones a las disposiciones de la presente Ordenanza o de otras de orden tributario cuyo cumplimiento y fiscalización corresponde al Servicio de Aduanas, pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de delito.

Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas.

Comete también el delito de contrabando el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana.

Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes.

En consecuencia, el nuevo texto del artículo 168 OA sólo define el *contrabando* y no contiene la denominación de *fraude aduanero*. Con todo, varias de las hipótesis que antes quedaban comprendidas dentro de este último delito pasaron a integrar el amplísimo campo que hoy ostenta el *contrabando*.

Paralelamente, a partir del año 2001, se ha impuesto a nivel doctrinal y jurisprudencial el empleo de las denominaciones *contrabando propio* e *impropio*, quedando reservada la primera para aquellas conductas que implican el paso de mercancías de importación o exportación prohibidas a través de la fronteras; y la segunda, para aquellas que genéricamente consisten en *defraudar la hacienda pública*. De modo entonces que, si bien no existe una total coincidencia entre los conceptos de fraude aduanero y contrabando impropio, sí es posible afirmar que mucho de lo que antes quedaba comprendido por el primero de los delitos nombrados hoy aparece captado por el segundo.¹

1 HORVITZ, LENNON, M. I., "Problemas de aplicación de la ley penal en el tiempo en los delitos aduaneros", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, año 2003, Universidad de Chile, pp. 119 ss.

Pese a ello, la Ley N° 19.738 no modificó el párrafo 3° del Título I del Libro III de la Ordenanza de Aduanas, cuyo epígrafe sigue siendo *Del contrabando y del fraude*. Asimismo, el artículo 178, al fijar las penas, también utiliza esas denominaciones, y lo propio hacen los artículos 179, 180 y 181 al establecer *presunciones* de contrabando, los dos primeros, y de fraude aduanero, el último. Por ello, debemos entender que las presunciones que contemplan esos artículos son –al menos nominalmente– presunciones de lo que hoy se denomina contrabando propio o impropio.

Asimismo, debemos entender que las conductas que configuran el contrabando (en sus dos versiones) son las que señala el artículo 168 OA, es decir:

- a) introducir al país mercancías de importación prohibida
- b) sacar del país mercancías cuya exportación estuviere prohibida
- c) introducir al país mercancías defraudando a la hacienda pública
- d) sacar del país mercancías defraudando a la hacienda pública
- e) hacer pasar mercancías de una zona de tratamiento aduanero especial al resto del país defraudando a la hacienda pública

El artículo 179 de la Ordenanza de Aduanas dispone que se presumen responsables del delito de *contrabando* las personas que ejecuten los siguientes hechos o que tengan intervención en ellos:

- a) *Trasladar mercancías extranjeras de un vehículo procedente del extranjero, sin haber dado cumplimiento a los preceptos legales;*
- b) *Desembarcar o descargar en tierra o tratar de llevar o de depositar en tierra mercancías extranjeras provenientes de un vehículo que se halla dentro del territorio o de las aguas territoriales, y antes de que el vehículo llegue al puerto de destino de su carga, salvo los casos de fuerza mayor que hayan sido puestos en conocimiento de la Aduana, en la forma requerida por esta Ordenanza;*
- c) *Traer a bordo de un vehículo mercancías que no hayan sido manifestadas o declaradas o tenerlas sin haber pedido la autorización para embarcarlas;*
- d) *Tener dentro de la zona primaria de jurisdicción de las Aduanas mercancías extranjeras respecto de las cuales no se pruebe que han cumplido las obligaciones aduaneras, y*
- e) *Tener una persona en su poder mercancías nuevas extranjeras, destinadas a la venta o que por exceder de sus necesidades normales y las de su familia pueda estimarse fundadamente que se tienen para su comercio, a menos que acredite su legal internación o su adquisición en el país a una persona determinada. Esta presunción se extiende también a las personas que antes guardaron o tuvieron en su poder tales mercancías.*

Frente a una disposición como ésta, lo primero que cabe indagar es si las hipótesis anteriormente transcritas corresponden efectivamente al concepto jurídico de *presunción*.

Sobre este punto, debemos tener en cuenta lo que dispone el artículo 47 del Código Civil –perfectamente aplicable en este caso por tratarse de una disposición de carácter general– cuyo texto es el siguiente:

Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Tomando como base lo que dispone el inciso primero de este artículo, sólo es posible concluir que las hipótesis conductuales descritas en el artículo 179 OA constituyen *presunciones*, porque dan por concurrente una consecuencia –que alguien es autor de contrabando–, a pesar de que el individuo que se encuentra en las situaciones descritas no ha ejecutado ninguna de las dos conductas básicas que configuran este delito, es decir, introducir mercancías al país o sacarlas del territorio nacional (y, en su caso, como ya se señaló, de una parte del territorio nacional sometido a régimen tributario especial). Asimismo, considerando el tenor literal del artículo 47 del Código Civil no cabe duda de que tales presunciones corresponden a la categoría de simplemente legales, es decir, aquellas que según el inciso tercero de ese artículo permiten probar la inexistencia del hecho que legalmente se presume.

Pues bien, siendo claro que la voluntad del legislador fue establecer *presunciones de contrabando* (al menos, tomando como base el texto original de la Ordenanza de Aduanas), es muy pertinente que nos preguntemos si éste es también el querer actual de la norma, básicamente a partir de la constatación de que todo proceso interpretativo ha de estar encaminado a determinar la voluntad de la ley en el presente y no la que tenía a la época de su dictación o la que albergaban sus redactores.

En este sentido, cabe recordar que hoy el parecer doctrinal prácticamente unánime señala que las *presunciones* no tienen cabida en el ámbito del derecho penal.² Respecto de las presunciones de derecho, tal afirmación se funda en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR), el cual dispone que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. En el caso de las *presunciones simplemente legales*, su inadmisibilidad se funda en que ellas contradicen la garantía de *presunción de inocencia* que consagran los artículos 14 párrafo segundo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y 8° párrafo segundo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; ello, en cuanto implican tratar como *responsable* a un individuo, calidad esta última que es exactamente lo contrario a *inocente*. De ahí que si el órgano jurisdiccional pretendiera aplicar una figura como las que contempla el artículo 179 OA, tal actitud sería incons-

2 Así lo plantea CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 9ª edición, Santiago, 2009, p. 388.

titucional, pues contravendría el claro tenor del artículo 5° inciso segundo CPR, que obliga a las autoridades públicas a respetar las garantías consagradas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La inadmisibilidad de las presunciones simplemente legales, por contradecir la garantía de *presunción de inocencia*, también se funda en la alteración que implica en la carga de la prueba. En efecto, una manifestación de aquella garantía la constituye el hecho de que a la acusación corresponde la carga de acreditar los elementos que fundan la responsabilidad penal, de modo que si no consigue llevar al tribunal al grado de convicción exigido para condenar, éste debe absolver al acusado.³ Pues bien, las presunciones simplemente legales implican, en buena parte, trasladar al imputado la prueba de su inocencia, ya que éste parte en el proceso con una presunción en contra que tiene que desvirtuar, lo que es inconstitucional, por las razones antes apuntadas.

En todo caso, se las considere inconstitucionales o no, lo cierto es que en el nuevo sistema procesal penal las presunciones simplemente legales no pueden ser aplicadas, ya que ello iría contra el régimen de libertad de prueba que lo inspira. Sólo en el antiguo sistema, basado en el régimen de prueba legal o tasada, estas presunciones podían tener sentido, en tanto medios de convicción impuestos al juez por la ley. Pero en el actual sistema, el valor que debe asignarse a cada medio de prueba incorporado en el juicio oral lo determina el tribunal. Se entrega al raciocinio del juez la elaboración de las conexiones entre las hipótesis planteadas por los intervinientes y la información aportada mediante la prueba rendida, lo que, como se comprenderá, es incompatible con una presunción legal.⁴

Respecto de la figura contemplada en la letra e) del mismo artículo 179 OA, cabe agregar que ella no sólo contradice la presunción de inocencia, sino que además vulnera la idea de *proporcionalidad*, pues implica sancionar con la misma pena con que se castiga al autor –y sin aparente justificación– a quienes sólo podrían ser considerados como encubridores-receptores de las mercancías objeto del delito principal. En otras palabras, implica sancionar como autor de contrabando a una persona por existir la mera suposición de que ha participado en el delito. Lo anterior no significa que tales conductas hayan de quedar impunes, porque ellas podrían ser castigadas según las reglas generales sobre encubrimiento que contempla el Código Penal, sin perjuicio de ser subsumibles en el artículo 182 OA, que se solapa con lo dispuesto en la letra e) del artículo 179 del mismo cuerpo legal.

El artículo 180 OA, por su parte, dispone: *Se presumirá responsables del delito de contrabando a las personas que por sí mismas o mediante otras y fuera de las zonas primarias de jurisdicción de las Aduanas, introduzcan o saquen mercancías del país, o que, dentro de dichas zonas, traten de introducir las o hacerlas salir o de movilizarlas o transportarlas, si la movilización no está encaminada a la presentación inmediata de ellas a la Aduana, en conformidad con las disposiciones de esta Ordenanza y sus reglamentos, y en todo caso si ejercen actos de violencia para ello.*

3 Cfr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 126-129.

4 Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, "Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal", en *Revista Procesal Penal*, N° 47, mayo 2006, p. 16.

Esta norma abarca tanto cuestiones de *iter criminis* como de autoría y participación, y sólo cabe referirse a ella en términos negativos, por ser una disposición inútil, contradictoria y de oscura interpretación.⁵ Más aún, si se la concibe, según su tenor literal, como una *presunción* que opera en contra del imputado, estaría infringiendo el principio de presunción de inocencia que rige en materia penal.⁶ Sin embargo, contiene una mención que debe ser destacada. En efecto, al referirse a una actuación de las personas que introducen o sacan las mercancías *por sí mismas o mediante otras* estamos frente a una alusión a la autoría mediata, absolutamente excepcional dentro del sistema jurídico chileno.⁷ Aunque sin mayor relevancia práctica –porque en verdad no hay inconveniente para sancionar al autor mediato en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 CP–, la expresión en todo caso pone de manifiesto que el contrabando es un delito que suele cometerse en el seno de grupos económicos más o menos organizados, en los que puede ser más relevante la sanción del *hombre de atrás* que la de aquel que ejecuta materialmente la conducta.

Esta disposición, en realidad, carece de justificación, porque si el contrabando impropio, en una de sus formas, consiste en introducir mercancías al país en forma clandestina, el delito se configura ya sea que el ingreso se produzca a través de una zona primaria o que ocurra fuera de ella. Por tal motivo, presumir que se configura el contrabando a partir de la constatación de que el ingreso de la mercancía se produjo fuera de zona primaria (o dentro de ella) implica incurrir en una contradicción.

Recordemos que la Ordenanza de Aduanas distingue entre *zona primaria* y *zona secundaria de jurisdicción*, conceptos que tienen un alcance netamente administrativo. El primero de ellos, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 2º de dicho cuerpo legal, es *el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías, el que, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional*. Zona secundaria, en cambio, de acuerdo con el numeral 6 del mismo artículo, es *la parte del territorio y aguas territoriales que le corresponde a cada Aduana en la distribución que de ellos haga el Director Nacional*. Si bien ninguno de estos conceptos constituye una excepción al principio de territorialidad de las normas que rigen el sistema sancionador aduanero, en muchos casos la valoración de una determinada conducta varía según si ha sido ejecutada en zona primaria o secundaria, asumiendo estos conceptos la condición de elementos normativos del tipo.

Por último, recordemos el artículo 181 OA contempla siete figuras presuncionales referidas al delito de *fraude aduanero*, pero que, en realidad, debemos vincular, como

5 Normalmente los tribunales la relacionan directamente con el artículo 168 inciso tercero o cuarto, en general, sin precisar el rol que cumple este artículo 180. Así lo hacen, el JG de Iquique, en sentencia de 11 de febrero de 2005, RIT Nº 813-05; el JG de Copiapó, en sentencia de 14 de junio de 2005, RIT 3269-2004; el TOP Iquique, en sentencia de 27 de octubre de 2005, Rol 195-2005, y la CA de Antofagasta, en sentencia de 14 de febrero de 2007, Rol 17-2007. La Corte Suprema ha criticado estas alusiones, afirmando que el artículo 180 OA contiene un tipo distinto, de modo tal que la conducta de un imputado debería entenderse subsumida en uno u otro, pero no en ambos a la vez (SCS de 6 de septiembre de 2005, Rol 3118-05, considerando 8º).

6 Se le ha conferido precisamente ese valor, afirmando que “la presunción de autoría establecida en el artículo 180 ya mencionado, coloca al imputado en la tarea de comprobar el lícito ingreso de ella. Es decir, el peso de la prueba recae en el acusado y no en el órgano investigador”, SCA de Antofagasta, 14 de febrero de 2007, Rol 17-2007, considerando 6º.

7 Su redacción coincide con la norma propuesta dentro del Anteproyecto de Código Penal de 2005, artículo 10 Nº 2, que considera autores a los que cometen el hecho “por medio de otro”.

INFORMES EN DERECHO

ya se señaló, con el delito de *contrabando impropio*, por ser ésta la figura que actualmente da cabida a las defraudaciones que se cometen en el contexto de las operaciones aduaneras.⁸

Las cuatro primeras hipótesis, contempladas entre las letras a) y d) de este artículo, son del siguiente tenor:

- a) *Importar o exportar, o tratar de importar o exportar mercancías después que el dueño, consignatario o agente haya extendido presentaciones o declaraciones falsas referentes a dichas mercancías o relacionadas con su importación o exportación;*
- b) *Intentar la importación o exportación, o importar o exportar mercancías después de haber redactado o entregado facturas, cartas u otros documentos falsos concernientes a dichas mercancías y que sirvan para conseguir la entrega de ellas o para obtener con ellos otras especies por medio de manejos, procedimientos, omisiones y actos que despojan al Fisco de sus derechos sobre las mercancías;*
- c) *Transportar mercancías o guardarlas en envases o dentro de objetos que las oculten para no declararlas a la Aduana o que engañen o induzcan a error cuando se las exhiban;*
- d) *Obtener engañosamente la liberación o la reducción de derechos para mercancías que no cumplen con las condiciones prescritas en la ley para concederlas;...*

A pesar de las expresiones que utiliza el artículo 181 de la Ordenanza de Aduanas las cuatro figuras recién reseñadas no constituyen presunciones. Todas ellas, en efecto, quedan comprendidas dentro del espectro de conductas que contempla el delito de *contrabando impropio*, de manera que presumir su pertenencia de este género implica, simplemente, incurrir en una tautología. En cuanto a su punibilidad, no cabe duda de que tales acciones aparecen captadas por la definición de *contrabando impropio*, porque en todos esos casos efectivamente estamos en presencia de un acto defraudatorio de la hacienda pública, que implica evadir el pago de tributos aduaneros (letras a, b y d) o bien eludir el ejercicio de la potestad aduanera (letra c). Por lo tanto, en cada una de estas situaciones el título de castigo no es la “presunción” respectiva contemplada en el artículo 181 de la Ordenanza de Aduanas, sino el tipo de *contrabando impropio* previsto en el artículo 168 del mismo cuerpo legal. La presencia de estas figuras mal denominadas *presuncionales*, sólo se justifica por razones históricas, pero carecen de sentido –y de toda posibilidad de ser aplicadas– frente a la actual regulación del delito de *contrabando*.

Respecto de la figura de la letra b) podrían plantearse dudas acerca de si ella puede concurrir, ideal o materialmente, con el delito de falsificación de documento privado. Sobre el particular, cabe tener presente que este último delito, en cuanto exige que la víctima experimente un perjuicio, queda comprendido dentro del ámbito de los delitos patrimoniales; más específicamente, dentro del campo de las estafas, en cuanto la falsificación es un medio para concretar el engaño.⁹ Así, es perfectamente imaginable que el perjudicado sea el propio Fisco, situación que se da cuando el detrimento pecuniario recae sobre el erario nacional.

8 Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, “Constitucionalidad de la figura de fraude aduanero”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 15, 1993, *passim*.

9 En este sentido, por ejemplo, POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno*, p. 430.

A su turno, de acuerdo con lo que disponen los incisos tercero y cuarto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, el delito de contrabando impropio lo comete la persona que al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, *defraude la hacienda pública* mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana. En otras palabras, el perjuicio para los intereses patrimoniales del Fisco también forma parte de este delito.

Por ello, en caso de que la defraudación a la hacienda pública ocurra con ocasión del paso de mercancías a través de las fronteras e implique, además, falsificación de documento privado, no cabría plantear la existencia de un concurso ideal o material entre este delito y el de contrabando impropio, porque ello implicaría vulnerar el principio *non bis idem*. Sólo cabría, entonces, afirmar que en ese caso estamos en presencia de un concurso aparente de leyes penales que debe solucionarse a favor del delito de contrabando, en virtud del principio de especialidad,¹⁰ por muy criticable que parezca ser esta solución en razón del marco penal aplicable.

Respe cto de las situaciones contempladas en las letras e), f) y g) del artículo 181 OA, cabe señalar que ellas corresponden a tipos autónomos, pero asimilados al contrabando en cuanto a la penalidad y a otros aspectos de orden sustantivo. Pese a la declaración que efectúa el artículo 181 OA, las situaciones descritas en las letras e), f) y g) de ese artículo no corresponden a *presunciones*. Como ya hemos señalado, según el artículo 47 CC, la presunción consiste en deducir un hecho desconocido, a partir de un hecho conocido, y en las situaciones que menciona el primero de los artículos nombrados, no sólo no existe un hecho desconocido, sino que además consta que el hecho que se pretende presumir jamás existió.

En las tres situaciones que nos ocupan se trata de mercancías que ingresaron legítimamente al país, que fueron oportunamente presentadas ante la Aduana y respecto de las cuales se cursó regularmente una destinación aduanera: de importación, en las letras e) y g); de almacén particular o admisión temporal, en la letra f). En consecuencia, mal podríamos presumir que hubo un ingreso fraudulento o clandestino de las especies, que es lo que eventualmente podría dar lugar a la configuración del delito de contrabando. Con todo, pese a que se trata de actos posteriores a la suscripción de un documento de destinación aduanera, el legislador consideró oportuno mantener esas conductas dentro del campo delictivo aduanero, porque todas ellas importan incumplimiento de las obligaciones contraídas por el declarante al momento cursar y suscribir esos documentos.

En estas circunstancias, no cabe sino concluir que la Ordenanza de Aduanas, además de los tipos de contrabando propio e impropio, contempla tres figuras autónomas en cuanto a la materia de la prohibición, pero asimiladas a esos dos tipos en cuanto al régimen penal.

En cuanto a la figura del artículo 181 letra e) OA, este precepto sanciona el hecho de emplear con distinto fin del declarado, y sin autorización o sin pagar los derechos correspondientes, mercancías afectas a derechos menores con la condición de un uso determinado de ellas. Como es sabido, las mercancías extranjeras que son objeto de una declaración de importación quedan a la libre disposición de sus propietarios

¹⁰ Por esta solución se inclina la Corte Suprema en sentencia de 5 de noviembre de 1996, Rol 1545-1996.

INFORMES EN DERECHO

una vez concluida la tramitación del respectivo documento de destinación aduanera y efectuado el pago de los tributos que causa esa operación. Excepcionalmente, las leyes contemplan restricciones a la libre disposición de la mercancía, las que pueden consistir en limitaciones del uso o en la prohibición de celebrar actos o contratos respecto de ella, salvo que se obtenga la autorización de parte de la autoridad aduanera (que algunas leyes prevén) o que se paguen los tributos que se habrían generado en caso de que la operación se hubiera acogido a régimen general. Este es el contexto en que se da la hipótesis delictiva que comentamos, pues lo sancionado es precisamente el hecho de utilizar el bien para un fin distinto de aquel que es inherente al beneficio obtenido.

Los términos en que aparece redactado el precepto son en verdad equívocos, porque ninguna disposición de la Ordenanza de Aduanas exige una *declaración* en el sentido de que tal o cual mercancía será utilizada en una forma determinada. De ahí que tal mención deba entenderse referida no a un uso *declarado*, sino que a aquel que el texto legal que otorga el beneficio expresamente impusiere. Es el caso, por ejemplo, del trato preferencial que el artículo 6° de la ley N° 17.238 establece a favor de las personas lisiadas y que impone al beneficiario el uso personal del vehículo importado al amparo de la aludida franquicia tributaria.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 21 de diciembre de 1971, declaró que no se configura esta hipótesis delictiva si el uso que se da a la mercancía sujeta a restricción es la destinación a obras de utilidad pública.¹¹ La Corte Suprema, por su parte, ha declarado que el solo hecho de enajenar una mercancía sujeta a condición de un uso especial debe ser sancionado a este título.¹²

Las referencias al *uso* de las mercancías deben ser entendidas en su sentido natural y obvio. Aquella expresión, en efecto, no se encuentra legalmente definida y las alusiones que a ella hacen algunos preceptos –como el artículo 31 de la Ordenanza de Aduanas– tienen un alcance estrictamente parcial, aplicable únicamente a las materias a que ellas se refieren.

Por lo que respecta a la figura del artículo 181 letra f) OA, esta disposición sanciona el hecho de *vender, disponer o ceder a cualquier título y consumir o utilizar en forma industrial o comercial mercancías sujetas al régimen suspensivo de derechos de admisión temporal o almacenaje particular sin haber cubierto previamente los respectivos derechos, impuestos y otros gravámenes que las afecten o sin haber retornado a la potestad aduanera y cumplido las obligaciones existentes a su respecto, una vez expirado el plazo de la franquicia.*

El régimen de admisión temporal, regulado por los artículos 107 y 108 OA, puede definirse como el ingreso de mercancías extranjeras al país, por un plazo determinado, liberadas de los tributos que normalmente gravan su internación y sin que esta operación implique cambio de nacionalidad de las especies. Por su parte, el régimen de almacenaje particular, regulado por los artículos 109 a 111 OA, es el depósito de mercancías extranjeras en recintos de propiedad privada especialmente habilitados para tal efecto, por un período determinado y sin que aquéllas adquieran la condición de nacionales.

11 *RDJ*. Tomo LXVIII, 1971, 2ª parte, sección 4ª, pp. 308 ss.

12 *RDJ*. Tomo LXIII, 1966, 2ª parte, sección 4ª, pp. 134 ss.

Los regímenes aduaneros de admisión temporal y almacenaje particular importan la obligación de *cancelar* ese régimen dentro del plazo de vigencia, ya sea reexportando la mercancía al exterior o tramitando respecto de ella una destinación definitiva de importación. Aunque existen opiniones doctrinales¹³ y declaraciones de nuestros tribunales¹⁴ en el sentido de que sería precisamente la transgresión de ese deber lo que configuraría este delito, ello en realidad no es así.¹⁵ Como lo indica claramente el texto de la disposición, lo sancionado es el hecho de celebrar algún acto de disposición respecto de las mercancías, y también el de consumirlas o usarlas comercial o industrialmente, sin haber consumado una destinación aduanera definitiva, lo cual implica en el caso de la importación el pago de los tributos correspondientes. Sin embargo, como acertadamente lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago, un pago posterior a la realización de alguna de las conductas mencionadas no es obstáculo para la configuración del delito.¹⁶

En todo caso, es de advertir que el tipo no contiene limitación en cuanto a la oportunidad en que pudieren ejecutarse las conductas contempladas en esta hipótesis, lo cual significa que el delito se configura tanto cuando el titular del régimen respectivo enajena, usa o consume las especies durante el plazo de vigencia, como cuando lo hace con posterioridad a su vencimiento.

Operarán como causal de justificación –concretamente, ejercicio legítimo de un derecho– todas aquellas situaciones en que la venta de la mercancía o su utilización con fines comerciales están implícitas en la autorización de ingreso, al tenor de la norma que lo autoriza. Es lo que sucede, por ejemplo, con aquellos bienes que entran temporalmente al país para ser utilizados en espectáculos artísticos y, en general, los vehículos destinados al transporte internacional de pasajeros.

El artículo 181 letra g) OA contempla el hecho de *exportar, enajenar, arrendar o destinar a una finalidad no productiva los bienes respecto de los cuales se hubiere obtenido el beneficio de pago diferido de tributos aduaneros, sin que se hubiere pagado el total de la deuda, o sin haber obtenido autorización del Servicio de Aduanas en el caso de la enajenación o del arrendamiento.*

El sistema de pago diferido a que alude este precepto es el que contempla la Ley N°18.634, de 5 de agosto de 1987,¹⁷ el cual permite que los derechos que causa la importación de ciertos bienes de capital sean diferidos hasta por un plazo de siete años, período dentro del cual las especies no pueden ser exportadas, enajenadas, arrendadas ni destinadas a una finalidad no productiva. Es precisamente el incumplimiento de tales restricciones lo que determina que se configure esta hipótesis delictiva.

13 En tal sentido, ORTIZ QUIROGA, *Delitos aduaneros*, Apuntes de clases, Universidad de Chile, Santiago, 1984, p. 9.

14 Por ejemplo, SCS de 12 de junio de 1979, en *RFM* N° 247, 1979, pp. 149 ss.

15 Al menos, no lo es respecto del régimen de admisión temporal, a partir de la entrada en vigor del DL N° 3.270, de 1980, que modificó el actual artículo 140 OA, estableciendo que el solo vencimiento del plazo de vigencia del régimen aludido produce como consecuencia la presunción de abandono de las mercancías, devengándose, como sanción específica, el recargo que contempla el artículo 154 del mismo cuerpo legal.

16 Sentencia de 3 de julio de 1980, en *RDJ*, Tomo LXXVII, 2ª parte, sección 4ª, pp. 163 ss.

17 El artículo 26 de dicho cuerpo legal contempla la posibilidad de que el deudor de los tributos diferidos enajene o arriende lícitamente tales bienes, siempre que previamente obtenga autorización del Servicio de Aduanas y cumpla otras formalidades, entre las cuales se cuenta la de que el contrato respectivo debe celebrarse mediante escritura pública.

INFORMES EN DERECHO

La Ordenanza de Aduanas contempla otra presunción en el artículo 182, inciso cuarto, en materia de acondicionamiento de vehículos. El tenor de dicha disposición es el siguiente: *Se presumirá que dichas personas han actuado con conocimiento de la introducción ilegal de mercancías, cuando el vehículo hubiere sido acondicionado para tal efecto o contare con compartimientos ocultos que se hubieren utilizado para esconder la mercancía.*

Esta presunción de conocimiento es abiertamente contraria a la *presunción de inocencia* que debe regir en materia penal, por imperativo de los artículos 14 párrafo segundo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y 8° párrafo segundo de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, recogida también en nuestro ordenamiento procesal. En efecto, el conocimiento de uno de los elementos del tipo objetivo –la introducción ilegal de las mercancías– es un componente necesario para la imputación de responsabilidad, por lo que presumir su concurrencia significa presumir uno de los factores de los cuales depende la declaración de culpabilidad. Esto es exactamente lo contrario a lo que dispone el principio de presunción de inocencia, según el cual la persona es inocente mientras no sea condenada por sentencia firme (artículo 4° CPP). Dicha sentencia de condena sólo puede ser dictada si el tribunal adquiere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se cometió el hecho punible y que en él le correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley, convicción que debe formarse sobre la base de la *prueba* producida durante el juicio oral (artículo 340 CPP). En suma, no se puede prescindir de los medios de prueba para tener por concurrente el conocimiento requerido en el tipo.

Lo anterior no impide que, según las normas generales, el hecho de que el vehículo hubiere sido acondicionado especialmente o que contare con compartimientos ocultos utilizables para esconder mercancías, unido a la información que sobre estos aspectos tenga el imputado, constituyan indicios muy relevantes a la hora de probar el conocimiento acerca de los elementos objetivos del tipo que en definitiva corresponda aplicar. Pero esto ha de ser una cuestión a valorar en el caso concreto, que no puede ser resuelta *a priori* por el legislador.

Finalmente, existe otra presunción en la Ordenanza de Aduanas, en materia de encubrimiento o receptación aduanera, en el artículo 182, inciso segundo. La presunción que dicha norma contiene está dirigida al juez, quien al calificar la conducta debería tener por acreditado el conocimiento del origen delictivo de las mercancías, exigido expresamente como elemento del tipo, *por el solo hecho de encontrarse en su poder las mercancías objeto del fraude o contrabando*. Por las razones ya explicadas, no puede mantenerse, sólo cabe afirmar la inconstitucionalidad de una presunción de esta clase.

Ciertamente que –como todo elemento de carácter subjetivo– el conocimiento que tuviere el autor puede ser probado por indicios, es decir, de modo indirecto. El problema es que el inciso segundo del artículo 182 OA prescinde de cualquier otro indicio y se conforma con la mera posesión de las mercancías para dar por acreditada su existencia, lo que resulta a todas luces insuficiente. Más aún, una de las circunstancias indiciarias más evidentes que permitiría acreditar el conocimiento del origen ilícito de las mercancías, como es el caso de la posesión de mercancías nuevas destinadas a la venta sin que pueda acreditarse su legal internación o su adquisición en el país a una persona determinada, no sirve para castigar por el delito de receptación,

sino que es una situación elevada por la propia Ordenanza al carácter de presunción de autoría del delito de contrabando (artículo 179 letra e) OA).

La inconstitucionalidad de esta figura ha sido reconocida por la Corte Suprema.¹⁸

2. Plazos de prescripción de los delitos contemplados en la Ordenanza de Aduanas

El artículo 170 OA dispone: *La responsabilidad por los actos u omisiones penados por esta Ordenanza, prescribe en el plazo de tres años, con excepción de la de los funcionarios o empleados de Aduana que prescribirá en cinco años.*¹⁹

Este precepto plantea tres interrogantes: si la norma se refiere indistintamente a la prescripción de la acción penal y de la pena; si se refiere tanto a los delitos como a las contravenciones administrativas y, por último, cuál es el alcance de la referencia que la norma hace a los funcionarios que delinquen.

Respecto del primer punto, un sector de la doctrina entiende que los plazos que contempla la Ordenanza de Aduanas rigen sólo para la prescripción de la acción penal y que respecto de la prescripción de la pena es aplicable el término general de cinco años previsto en el artículo 97 CP para los simples delitos.²⁰ Esta posición se funda en que el término “responsabilidad” que utiliza el artículo 170 OA sólo puede ser referido a la *obligación* que pesa sobre el autor de la conducta delictiva de tener que soportar el castigo, lo cual se traduce en el ejercicio de la acción ante el órgano jurisdiccional. No podría referirse a la pena, porque ésta en tanto consecuencia de la responsabilidad, queda fuera del campo semántico de esta última expresión.

Este planteamiento es rebatido por los partidarios de la posición contraria, quienes afirman que tanto la acción penal como la pena inciden en la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad, como lo demuestra el propio Código Penal al enumerar las dos especies de prescripción entre las denominadas causales de extinción de la responsabilidad penal.²¹ De ahí que ellos planteen que la norma del artículo 170 OA se refiere tanto a la prescripción de la acción penal como de la pena.²²

Este último es, según nuestra opinión el criterio correcto, no sólo porque el sentido literal de la norma así lo determina –pues “acción penal” y “pena” están indisolublemente ligadas al concepto de *responsabilidad* que ella utiliza–, sino también por la ausencia de razones que justifiquen establecer una diferenciación entre ambas formas

18 SCS Ról 2.094-00, de 24 de julio de 2001, entiende que el uso de la expresión “se presumen” (en los entonces artículos 187 y 188) no indica necesariamente la existencia de la presunción de dolo, que está prohibida constitucionalmente. “... tal *presunción* no significa una presunción de la existencia del dolo en la actividad de las personas, sino que, por el contrario, corresponde al órgano jurisdiccional la obligación de comprobar, por los medios de prueba que determina la ley, tanto la existencia del cuerpo del delito como la participación dolosa o culpable del que realizó la acción”.

19 La doctrina se muestra, en general, contraria a la subsistencia de esta disposición. En este sentido, por ejemplo, GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, Edeval, Valparaíso, 1998, p. 87.

20 Opinión de NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal chileno*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 409, y de YUSEFF, *La prescripción penal*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 179.

21 Sentido que coincide con la definición de prescripción como “una institución en virtud de la cual, por el solo transcurso de un determinado lapso, se extingue la responsabilidad penal ya declarada en una sentencia firme, o se excluye la posibilidad de establecerla legalmente”, así CURY, *Derecho penal*, p. 797.

22 Así lo han señalado GUTIÉRREZ CARRASCO, “Nociones de Derecho Aduanero”, en *Revista de Derecho Económico*, año 9, N° 35-36, Santiago, septiembre 1971, p. 55; ORTIZ QUIROGA, *Delitos aduaneros*, p. 6, y el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en Oficio N° 31, de 17 de enero de 2003.

INFORMES EN DERECHO

de prescripción. Esto último queda de manifiesto si consideramos que ellas no se basan en una hipotética disminución de lo injusto o de la culpabilidad del hecho, sino en la idea de estar ausente o de ser menos intensa la necesidad de aplicar la sanción correspondiente,²³ fundamento que no permite establecer una diferenciación entre las dos formas de prescripción.

Corroborar el planteamiento recién enunciado el hecho de que el artículo 170 OA se limite a señalar los plazos de tres y cinco años, en que puede operar la prescripción, pero nada diga respecto del momento en que ellos comienzan a computarse, porque si la norma estuviera referida a una sola de las prescripciones, ella habría tenido que hacer una precisión en ese sentido.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la regla especial del artículo 170 OA contempla, en general, un *beneficio* para los delitos aduaneros, pues de conformidad con los arts. 94 y 97 CP el plazo de prescripción de la acción y de la pena en los simples delitos opera en cinco años en lugar de tres. Excepcionalmente, podría transformarse en una norma *perjudicial* para el imputado, cuando se trata de responsabilizarlo por una *falta* penal (si la pena de multa a imponer no sobrepase las cuatro unidades tributarias mensuales), en cuyo caso el plazo de prescripción se habría ampliado considerablemente: tres años en lugar de seis meses. Si los plazos de la Ordenanza de Aduanas hubieran sido siempre más breves que los generales, eso habría servido de argumento para sostener que se referían sólo a la prescripción de la acción penal, por razones de economía procesal, las que no se pueden invocar cuando se trata de la prescripción de la pena. Pero como los plazos pueden ser mayores o menores que los generales, el argumento desaparece.

Por lo que respecta, ahora, al ámbito de la potestad punitiva en que incide el artículo 170 OA, pueden plantearse dudas acerca de si dicha norma se aplica sólo al campo penal o también al administrativo. Las posibilidades interpretativas son tres:

- a) Podría sostenerse, en primer término, que se aplica sólo en el ámbito penal. Desde este punto de vista, el término “penados” se referiría únicamente a las sanciones *penales*, es decir, derivadas de la comisión de un delito, quedando fuera aquellas que derivan de la comisión de una contravención administrativa. Sobre este punto conviene tener presente que el artículo 175 OA establece un plazo especial de prescripción de un año de la pena de multa estipulada para un caso particular de contravención aduanera. Esto ha servido de argumento para afirmar que la regla de los tres años no es aplicable en el ámbito administrativo: “la ley aduanera estableció la prescripción extintiva de la pena de multa aplicada en el caso de la infracción contemplada en el artículo 174 de la Ordenanza de Aduanas [hoy artículo 175], pero no estableció una normativa de carácter general para la prescripción de las penas aplicadas en el ámbito contravencional”.²⁴
- b) En segundo lugar, el mismo artículo 175 OA puede invocarse en un sentido inverso (es decir, para afirmar que la norma tiene aplicación tanto en el campo penal como en el contravencional), pues implicaría sólo una *contraexcepción* en relación con la norma aplicable en el ámbito aduanero, que hace *excepción* a las disposiciones

23 RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 45 y 67.

24 Así discurre la Corte de Apelaciones de Iquique, en sentencia de 2 de junio de 2004, Rol 39.368, (considerando 2º), revocada por SCS de 14 de junio de 2005, Rol 2.747-2004.

generales. Existiría, entonces, una normativa general para la prescripción de las sanciones aplicables en el ámbito administrativo, consagrada en el artículo 170 OA,²⁵ que impone un trato más severo, pues desplaza la regla general de prescripción de seis meses para las infracciones administrativas. Por lo demás, la ubicación de esta norma entre las disposiciones generales respalda una interpretación amplia de su ámbito de aplicación, sobre todo si consideramos que las sanciones administrativas también son *penas* en un sentido lato de la expresión.²⁶

- c) Por último, podría sostenerse que la disposición del artículo 170 OA sólo se aplica en el ámbito contravencional, posibilidad a la que parece abrirse la Corte Suprema. Al menos no la descarta *a priori*, pues establece que si se trata de un asunto de naturaleza criminal, y sólo entonces, se le puede aplicar una disposición del Código Penal. En concreto, se está refiriendo al artículo 97 CP relativo a la prescripción de la sanción. Afirmar que dicha disposición resultaría aplicable cuando el asunto aduanero tuviera naturaleza criminal supondría restringir el ámbito de aplicación del artículo 170 OA a lo meramente administrativo.²⁷ Sin embargo, no se ofrecen argumentos a favor de dicha conclusión, la que, en principio, no se acomoda al sentido más corriente del término “penados”, ni a aquel en que lo utiliza la propia Ordenanza de Aduanas.

Esta última es, precisamente, la razón que nos lleva a afirmar que el artículo 170 OA es aplicable tanto a los delitos como a las contravenciones. Al respecto, no debemos olvidar que éstas y aquéllas se sitúan dentro del Libro III de la Ordenanza de Aduanas, cuyo epígrafe es: *De las infracciones a la Ordenanza, de sus penas y del procedimiento para aplicarlas*. En otras palabras, dicho texto legal considera como *penas* tanto al castigo que emana de la comisión de un delito, como al que procede de la comisión de una contravención. De ahí, entonces, que al hablar de “actos u omisiones *penados* por esta Ordenanza” el artículo 170 no puede sino referirse a las dos clases de conductas ilícitas. Corroboramos este planteamiento el hecho de que el mencionado artículo se ubique dentro de un párrafo denominado “Disposiciones generales”, que precede a aquellos en los cuales se tipifican las contravenciones y los delitos, lo cual no deja ninguna duda acerca de la aplicabilidad de aquellas disposiciones tanto a las primeras como a los segundos.

Finalmente, debemos preguntarnos acerca del sentido de la cláusula normativa que alude a los funcionarios o empleados de Aduana. En relación con los fundamentos de la disposición, conviene tener presente que el artículo 170 OA constituye una norma especial cuya justificación radica en el hecho de tratarse de funcionarios especialmente obligados a proteger el correcto desempeño de la potestad aduanera; su misión es, precisamente, vigilar que no ocurran las infracciones por las cuales son, en el caso concreto, personalmente imputados. De ahí que en estos casos pueda plantearse no

²⁵ Así lo entiende la Corte Suprema en sentencia de 14 de junio de 2005, Rol 2.747-2004.

²⁶ Le asigna un alcance amplio GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 79, n. 27, aunque sin explicitar sus argumentos.

²⁷ En su sentencia de 14 de junio de 2005, Rol 2.747-2004, nuestro máximo tribunal estima que “el problema radica en determinar si procede o no aplicar aquí el artículo 97 del Código Penal, y dar tratamiento de sanción correspondiente a un tipo penal”, lo que sólo sería posible si se trata de infracciones de carácter criminal, aspecto que en el caso sub lite los jueces del fondo no dejaron establecido; “frente a la ausencia de una determinación como la que omitió, y en razón de las expresiones que usó el fallo impugnado para calificar las sanciones, no puede aplicarse la norma sobre prescripción del artículo 97 del Código Penal, que utilizó dicha sentencia” (considerando 17 de la sentencia de casación).

INFORMES EN DERECHO

sólo un incremento del desvalor de acción, sino también del desvalor de resultado por ser mayor la intensidad de la afectación del bien jurídico.

Respecto de los destinatarios de la norma, cabe preguntarse si la ampliación del plazo de prescripción procede sólo para quienes pertenecen a la dotación del Servicio de Aduanas o si, por el contrario, es aplicable a los empleados de cualquiera de los organismos que intervienen en el ejercicio de la función aduanera que desarrolla el Estado. Una aplicación extensiva del precepto, en principio, no contradice su tenor literal, pues la palabra “aduanera” alude tanto a una función estatal como al órgano que la desempeña y, en este caso concreto, el vocablo podría haber sido utilizado como sinónimo de actividad.²⁸

En el ordenamiento jurídico chileno, en efecto, la palabra *aduanera* posee tres significados diversos: se utiliza, en primer término, para aludir al Servicio de Aduanas, como órgano administrativo que ejerce jurisdicción a nivel nacional; en segundo lugar, para designar las unidades operativas locales que conforman dicho Servicio y, por último, para hacer referencia a la actividad que desarrollan los órganos de gestión aduanera. Tales son las acepciones que respectivamente fluyen de las siguientes disposiciones de la Ordenanza de Aduanas: artículo 8° (“...cuando la Aduana lo requiera...”; artículo 9° inciso final (“sujetos a la jurisdicción de las Aduanas...”) y 176 letra ñ (“...una medida de orden, fiscalización o policía de Aduana”).

Sin embargo, como ya se expresó, los empleados de Aduana se rigen por un plazo mayor de prescripción, quedando excluidos del régimen más benigno que establece la Ordenanza, debido a que parte de su misión es, precisamente, vigilar que no ocurran tales infracciones delictuales. Además, a ellos les corresponde la fiscalización de las operaciones aduaneras y las investigaciones sobre estos delitos sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio de Aduanas o del CDE, a requerimiento del Director Nacional de Aduanas (artículo 189 OA). En consecuencia, cuando los funcionarios de este Servicio intervienen en un ilícito aduanero, existe un enorme peligro de que el delito no salga a la luz, pues ellos tienen mayores posibilidades de impedir, dilatar o entorpecer el descubrimiento y persecución del hecho. En tales circunstancias, resulta lógico que se amplíen los plazos de prescripción a su respecto. Pero estas razones tienen sentido sólo en relación con los funcionarios o empleados del Servicio de Aduanas, no respecto de otros funcionarios públicos, quienes deberían, por tanto, quedar fuera del ámbito de aplicación del inciso final del artículo 170 OA.

Esta conclusión también es aplicable al *agente de aduanera*, que es un profesional auxiliar de la función pública aduanera, cuya licencia lo habilita para prestar servicios a terceros como gestor en el despacho de mercancías (artículo 195 OA), gozando del carácter de ministro de fe ante la Aduana. Obtiene su licencia para despachar en concurso público ante el Servicio, es nombrado por el Director Nacional de Aduanas y queda sometido a su jurisdicción disciplinaria. Todo lo anterior conduciría, en principio, a incluirlos en el ámbito de aplicación de la parte final del artículo 170 OA.²⁹ Sin embargo, no debemos olvidar que tales *agentes*, por sus propias funciones –que son de índole básicamente mercantil– no quedan comprendidos dentro del círculo

²⁸ En este sentido, YUSEFF, *La prescripción penal*, p. 179.

²⁹ Así lo ha reconocido la Corte Suprema, que ha hecho extensiva la norma incluso a las personas que actúan en sustitución del agente, previamente autorizadas, de conformidad con lo que dispone el artículo 204 inciso tercero OA (artículo 236 en ese entonces), SCS de 24 de abril de 1958 (RDJ Tomo LV, 2ª parte, sec. 4ª, pp. 48 y ss).

de personas cuyas mayores responsabilidades justifica la ampliación del plazo de prescripción.

No afecta a la conclusión anterior el hecho de que el artículo 203 OA considere a estos agentes, sus auxiliares y apoderados especiales como *empleados públicos* “para todos los efectos del Código Penal y de las responsabilidades derivadas de las infracciones contempladas en esta Ordenanza, o a otras leyes de orden tributario, cuyo cumplimiento y fiscalización corresponda al Servicio de Aduanas”. Ello, por cuanto lo que determina el trato más severo que prevé el artículo 170 OA es la calidad de “funcionario de Aduana” del imputado y no su condición de “funcionario público”.³⁰

Las mismas razones que aquí hemos esgrimido para restringir el ámbito de aplicación de la cláusula normativa del artículo 170 OA son aplicables también respecto de la responsabilidad en que pudieren incurrir otros funcionarios que intervienen en el control del paso de mercancías a través de las fronteras de la República, como es el caso de aquellos que pertenecen a la dotación de Carabineros de Chile o del Servicio Agrícola y Ganadero.

3. Efectos penales y procesales de las investigaciones que comienzan sin denuncia o querrela previa de las autoridades que legitiman el inicio de la acción penal

La investigación y el juzgamiento de los delitos aduaneros se someten a las reglas generales contenidas en el Código Procesal Penal (artículo 188, primera parte, OA: *Los delitos aduaneros serán investigados y juzgados conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal*). Sin embargo, la Ordenanza de Aduanas contempla algunas disposiciones especiales en el párrafo II del título II del libro III de dicho cuerpo normativo, bajo el epígrafe *Del contrabando y fraude*, artículos 188 y siguientes.

Conforme a lo previsto en el artículo 189 OA, los delitos de contrabando son de acción pública previa instancia particular. Así se desprende de sus dos primeros incisos, según los cuales *las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio, por intermedio de su Director Nacional, de los Directores Regionales o de los Administradores de Aduana. Con todo, la querrela podrá también ser interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director Nacional*. De este modo, encontramos aquí uno de aquellos casos a los que alude la letra g) del inciso segundo del artículo 54 CPP, al considerar como delitos de acción pública previa instancia particular *los que otras leyes señalaren en forma expresa*. Así ha sido reconocido por la jurisprudencia.³¹

Por otro lado, cuando la denuncia o querrela fuere presentada por el Servicio Nacional de Aduanas, la representación del Fisco en las investigaciones y procesos penales corresponde exclusivamente al Director Nacional; cuando lo fuere por el Consejo de Defensa del Estado, corresponde sólo a este último organismo (artículo 189 OA, inciso tercero).

El hecho de que el contrabando sea un delito de acción pública previa instancia particular produce importantes efectos. Como es sabido, conforme a las reglas generales

30 Siguiendo esta línea de argumentación, la SCA Valparaíso de 8 de octubre de 2007, Rol 1.119-2007, concluye que para los Agentes de Aduana rige la prescripción de tres años y no la de cinco.

31 Véase, por ejemplo, SCA de Valparaíso, de 8 de octubre de 2007, rol 1119-2007, considerando quinto.

INFORMES EN DERECHO

contenidas en el Código Procesal Penal, cuando la policía sorprende a una persona en la comisión flagrante de un delito, se encuentra obligada a detenerla, aunque no haya orden judicial previa (artículo 129 inciso segundo). En aplicación de esta regla, en la práctica, la policía suele detener sin previa orden judicial a las personas a quienes sorprende en contrabando flagrante. Sin embargo, este proceder puede ser seriamente cuestionado por las siguientes razones.

Es cierto que en las hipótesis de flagrancia la policía se encuentra obligada a detener al imputado. Sin embargo, de la lectura del inciso tercero del citado artículo del Código Procesal Penal puede colegirse que el delito flagrante que autoriza la detención sin orden judicial es el delito de acción penal pública y, muy excepcionalmente, el delito de acción penal pública previa instancia particular. En efecto, conforme al mencionado inciso tercero, *no obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quáter del Código Penal*, es decir, si se trata de ciertos delitos de significación sexual. De ello se puede desprender que si se trata de otros delitos de acción penal pública previa instancia particular –lo mismo que si se trata de delitos de acción penal privada–, la detención por flagrancia no se encuentra autorizada.³²

Como el delito de contrabando es, precisamente, un delito de acción penal pública previa instancia particular, de conformidad con lo que prevé el primer inciso del artículo 189 OA, en concordancia con la letra g) del segundo inciso del artículo 54 CPP, no resulta procedente a su respecto la detención por flagrancia. Es verdad que conforme al inciso final del artículo 166 CPP, si se trata de delitos de acción penal pública previa instancia particular, se pueden realizar actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito. Pero esta previsión no permite detener en hipótesis de flagrancia. Si así fuera, no tendría sentido la existencia del citado inciso tercero del artículo 129 CPP. Además, la detención en estos casos puede estimarse desproporcionada, porque como se exige previa instancia particular, ni siquiera se sabe si existe un delito que en definitiva se vaya a perseguir.

Como demostración de lo cuestionable que resulta el proceder que se sigue en la práctica, se ha podido observar que en ciertas ocasiones, tras la información que la policía ha transmitido al Ministerio Público en el sentido de que ha detenido a una persona por contrabando flagrante, éste se ha comunicado con el Servicio Nacional de Aduanas para pedirle que a la brevedad le haga llegar una denuncia por la vía más expedita, por ejemplo, por correo electrónico. De esta forma, cuando se ha realizado la audiencia de control de la detención la denuncia ya se ha hecho, permitiéndose así la continuación de la investigación penal. Incluso, a veces se ha llegado a formalizar la investigación y decretar medidas cautelares, sin que exista denuncia ni querrela del mencionado servicio ni del Consejo de Defensa del Estado. Esto no resulta aceptable ni legítimo. En estos casos, no es procedente la detención, y en caso de que haya tenido lugar, debería ser declarada ilegal. Incluso, podría llegar a configurarse el delito de detención ilegal (art. 148 CP), ya que el hecho de que rápidamente se solicite al

32 Así, LÓPEZ MASLE, en HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 373.

Servicio Nacional de Aduanas la presentación de una denuncia demuestra el conocimiento de alguna irregularidad en el procedimiento realizado.

Es más, si antes de que se presente denuncia o querrela se formaliza la investigación y se decreta contra el detenido la prisión preventiva, podría eventualmente estimarse realizada una forma de prevaricación procesal o torcida administración de justicia, ya que se estaría reteniendo en calidad de preso a alguien que debería ser puesto en libertad con arreglo a la ley (arts. 224 N° 5 y 225 N° 5 CP).³³ En todo caso, más discutible resulta concluir la improcedencia de la incautación de especies, toda vez que ello parece posible a la luz del citado artículo 166, inciso final, CPP, que permite realizar *actos absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito*. Pero tras esta incautación, el procedimiento no puede continuar sin que se presente denuncia o querrela; mientras ello no ocurra, el imputado debe permanecer en libertad.

Según nuestra opinión, una vez presentada denuncia o querrela, las especies incautadas pueden ser utilizadas como prueba en juicio para acreditar el delito, pero siempre que no se hayan obtenido en un registro practicado al imputado. En otras palabras, dichas especies sólo pueden servir como prueba de cargo si su porte es ostensible y para acceder a ellas no se vulnera la intimidad del sujeto. Esto es así, porque el registro del imputado (de sus vestimentas, equipaje o vehículo) sólo procede si se encuentra detenido (artículo 89 CPP), y como ya lo hemos señalado, antes de que exista denuncia o querrela no cabe la detención. En consecuencia, si se pretende llevar a juicio como prueba de la acusación, especies incautadas durante el registro practicado al imputado con ocasión de la detención que se realizó antes de que se presentara denuncia o querrela, tales pruebas deberían ser excluidas por haber sido obtenidas con vulneración de garantías, concretamente, de la vida privada y la intimidad.

Lo anterior no significa que nos parezca acertada la decisión del legislador de asignar al contrabando el carácter de delito de acción pública previa instancia particular. Según nuestra opinión, existen buenos argumentos para sostener que ello no resulta justificado. Por lo que respecta al contrabando propio, atendido su carácter pluriofensivo –por afectar la salud pública, el patrimonio histórico o cultural, el medioambiente y otros intereses análogos–, no parece razonable que quede entregada al Servicio Nacional de Aduanas la decisión de que se inicie la persecución penal. Y en cuanto a las otras hipótesis de contrabando, no se advierte una justificación cómoda para la exigencia de previa instancia particular, tomando en cuenta que se trata de delitos que afectan bienes jurídicos de titularidad estatal. Tradicionalmente, se sostiene que la razón que explica la existencia de los llamados *delitos de acción pública previa instancia particular* se encuentra en el hecho de que la tramitación o la publicidad del proceso pueden perjudicar aun más el interés ya dañado por el hecho punible.³⁴ No se advierte que estas consideraciones sean aplicables cuando se trata de un delito aduanero. Sin embargo, estas son sólo consideraciones de *lege ferenda*. En un análisis de

33 Como afirma la doctrina, en este delito, ninguna importancia tiene el título jurídico en virtud del cual el individuo se encuentra privado de libertad. Así, RODRIGUEZ COLLAO / OSSANDÓN WIDOW, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 213.

34 Véase MAIER, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 2ª edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pp. 617 s.

lege lata, lo cierto es que el contrabando sigue siendo un delito de acción pública previa instancia particular, de lo que se derivan las consecuencias ya apuntadas.

4. Interpretación de la institución de la renuncia a la acción penal y sus efectos en el proceso penal

Esta figura aparece regulada en los dos últimos incisos del artículo 189 OA. Ellos disponen que *el Servicio Nacional de Aduanas podrá no formular denuncia ni interponer querrela respecto de quien haya tenido participación en un contrabando, pero ofreciere pagar una suma no superior a una vez el valor aduanero de las mercancías involucradas. Si aceptare esa oferta alguna de las autoridades a que se refiere el inciso primero, el interesado deberá enterar la suma correspondiente en arcas fiscales y, con el comprobante de ese depósito, se convendrá la renuncia al ejercicio de la acción penal, que tendrá como efecto la extinción de la misma (inciso cuarto); la facultad de Aduanas de celebrar los convenios a que se refiere el inciso anterior se extinguirá una vez que el Ministerio Público formalice la investigación de conformidad al Párrafo 5°, del Título I, del Libro Segundo del Código Procesal Penal. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la procedencia de los acuerdos reparatorios a que se refiere el artículo 241 del mismo Código (inciso quinto).*

En relación con la naturaleza jurídico-penal de la institución, pensamos que no queda comprendida dentro del ámbito de las *eximentes* de responsabilidad penal.³⁵ Ellas, como se sabe, afectan a la existencia misma del hecho punible, al excluir alguno de sus elementos, es decir, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad. Pero no es esto lo que sucede en caso de otorgarse el beneficio de renuncia a la acción penal, porque éste implica hacer dejación de la facultad que tiene la autoridad aduanera de entablar la acción penal por el delito de contrabando, lo cual supone, evidentemente, que aquél se haya configurado, ya que de otro modo no habría nacido la acción penal a cuyo ejercicio se renuncia.

Las mismas razones pueden invocarse para afirmar que tampoco estamos en presencia de una *excusa legal absolutoria*.³⁶ Con esta denominación se designa a aquellas circunstancias que si bien no obstaculizan la configuración del delito, impiden, en cambio, que surja responsabilidad criminal para su autor, por razones puramente sociales o de política criminal. Es el caso del parentesco en algunos delitos contra la propiedad (artículo 489 CP). En éstos, el hecho de tener existencia jurídica el delito se demuestra por la posibilidad de sancionar a los terceros que hubieran actuado con el pariente y por la de poder hacer efectiva la responsabilidad civil en que pudiese haber incurrido este último.

Pues bien, si la renuncia de la acción penal no obstaculiza la configuración del delito y el surgimiento de responsabilidad penal, sólo cabe concebir aquella institución como una *causal de extinción de responsabilidad criminal*. En otras palabras, desempeña respecto de los delitos de contrabando el mismo papel que juegan el cumplimiento de la condena, el indulto, la amnistía, la prescripción y la muerte del responsable

35 En esta parte, el informe sigue las explicaciones que ofrece RODRÍGUEZ COLLAO, "Renuncia de la acción penal en los delitos aduaneros", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 10, 1986, pp. 112 ss.

36 En contra, GUZMÁN DÁLBORA, *Contrabando y fraude aduanero*, p. 69.

respecto de la generalidad de las infracciones penales (artículo 93 CP). Por su parte, el rol que cumple la autoridad aduanera cuando concede el beneficio que nos ocupa es el mismo que desempeña la autoridad administrativa encargada de otorgar un indulto.³⁷ La propia Ordenanza de Aduanas parece sugerir que se trata de una causal de extinción de responsabilidad penal, cuando señala que el convenir la renuncia al ejercicio de la acción penal produce como efecto la *extinción* de la misma (artículo 189, inciso cuarto).

La responsabilidad criminal y, por tanto, las causales que la extinguen, tienen un carácter estrictamente personal. Por este motivo, la conclusión a que llegamos en los párrafos precedentes deberían bastar para afirmar que el beneficio de renuncia de la acción penal es también *personal*. No obstante ello, hay otros argumentos que llevan a la misma conclusión.³⁸

En primer término, cabe utilizar un argumento histórico. Antiguamente, la Ordenanza de Aduanas obligaba al Director Nacional de Aduanas a considerar las motivaciones y los antecedentes personales de los inculcados, que eran los factores que en definitiva determinaban la procedencia del beneficio. Ahora bien, si en un hecho delictivo intervenían varias personas y una de ellas tenía antecedentes o actuaba con motivaciones que hacían improcedente el beneficio, no existía ninguna razón para que esos factores perjudicaran al resto; o a la inversa, era mucho más ilógico que la persona que no poseía buenos antecedentes resultara beneficiada por aquellos de sus copartícipes que sí los tenían. Es cierto que en esta parte la Ordenanza de Aduanas fue modificada y ya no es obligatorio utilizar estos criterios para conceder o denegar el aludido beneficio. Pero en la práctica –hasta donde llega nuestro conocimiento– se siguen tomando en cuenta.

Por otro lado, el artículo 64 CP dispone que las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal de orden personal sólo producen efecto en relación con los individuos en quienes concurren. Esta disposición, según el parecer de la doctrina, es de aplicación general y, por tanto, también rige en el caso que nos ocupa. Si la ley no permite que se comuniquen a terceros las circunstancias personales que sólo modifican la responsabilidad criminal –discurren los autores–, menos podrán comunicarse las circunstancias personales que determinan la existencia o extinción de aquella responsabilidad.

De lo expuesto se infiere con toda claridad que la voluntad de la ley es que el beneficio de renuncia de la acción penal sólo opera respecto de la persona a quien se le hubiere concedido. Esto trae como consecuencia que si el delito fue cometido por más de una persona y sólo una se acoge al beneficio –por ejemplo, porque los otros no disponían de dinero para ofrecer pagar–, la responsabilidad penal de los demás coautores o partícipes no se ve afectada, debiendo responder personalmente estos últimos por el hecho ejecutado.

37 Comparten el criterio sustentado en el texto los profesores Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, II, p. 399, y Concha Pantoja, "Los delitos de fraude y contrabando en la legislación chilena", en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Celebración del Centenario del Código Penal de Chile*, Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 332 s.

38 Niega el carácter personal de la institución, Concha Pantoja, "Los delitos de fraude y contrabando en la legislación chilena", pp. 332 s.

Finalmente, el carácter personal del beneficio también trae como consecuencia la necesidad de fijar la suma a pagar, atendiendo a los antecedentes individuales de cada imputado. Por este motivo, no existe inconveniente en que se establezcan montos diversos para las distintas personas que hubieren intervenido en un mismo delito. De este modo, si hubo varios autores o partícipes en el hecho, cada imputado deberá pagar la totalidad de la suma establecida *para él*, si desea acogerse al beneficio.

La puesta en vigencia del nuevo sistema procesal penal demuestra que la renuncia de la acción penal ha perdido algo de sentido. Como es sabido, en el anterior régimen de enjuiciamiento criminal no existía ningún mecanismo de aplicación general, reconocido por el legislador, que permitiera impedir el inicio de una instrucción penal o poner término anticipado a ésta, consistente en un acuerdo de contenido económico entre el inculpadado y la víctima. En ese contexto, tenía sentido la institución de la renuncia de la acción penal, ya que ésta operaba antes de que se iniciara la investigación penal y permitía celebrar acuerdos que producían la liberación de responsabilidad del inculpadado. Una vez comenzado el sumario criminal, ya no podía tener lugar esta clase de convenciones. Pero en el nuevo sistema procesal penal la institución pierde importancia, porque una de las características de éste es la existencia de las llamadas salidas alternativas, una de las cuales es el *acuerdo reparatorio*, que consiste precisamente en una convención, de contenido generalmente económico, entre el imputado y la víctima –interviniente, este último, que en materia de delitos aduaneros es el Servicio Nacional de Aduanas (artículo 188 OA).

Por otra parte, esta pérdida de sentido alcanza mayor notoriedad aún, si se repara en el hecho de que la actual regulación permite aplicar esta institución incluso después de iniciada la investigación penal. En efecto, conforme al inciso quinto del artículo 189 OA, la posibilidad de convenir la mencionada renuncia se mantiene hasta que el Ministerio Público formalice la investigación. Como se advertirá, esto parece una anomalía, porque una vez iniciada la investigación penal, por querrela o denuncia, ya se habrá puesto en movimiento el aparato de persecución penal, y mal podría renunciarse a algo que ya ha sido ejercido.³⁹ El hecho de que la facultad de renunciar a la acción penal se mantenga hasta el momento en que el Ministerio Público formalice la investigación podría llevar a la realización de una exhaustiva investigación penal desjudicializada, en la que se inviertan importantes recursos humanos y materiales que originen un gasto que podría devenir inútil, por resultar muy superior a la suma de dinero que en definitiva se obtenga por convenirse la renuncia a la acción penal antes de que la investigación se formalice –suma que podría ser muy baja, dado que lo único que exige la Ordenanza de Aduanas es que no supere el valor aduanero de las mercancías involucradas, sin establecer un límite inferior–, extinguiéndose así la responsabilidad penal.

Como es conocido, este problema no se daba antes de la modificación que la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, introdujo en la Ordenanza de Aduanas. Con anterioridad a dicha ley, conforme al artículo 214 de este último cuerpo normativo, la posibilidad de impetrar el beneficio de renuncia de la acción penal existía dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución del Administrador de

³⁹ Con todo, esta anomalía podría salvarse, argumentando que en la institución de la renuncia a la acción penal, la expresión *acción penal* no está tomada en el sentido de un derecho de iniciativa para dar comienzo al procedimiento penal, sino en el de presentar acusación. Sobre los diversos significados que a dicha expresión puede atribuirse, véase FENECH, *El proceso penal*, 4ª edición, Ageda, Madrid, 1982, pp. 265-268.

Aduana que declaraba haber mérito para ejercitar la acción penal correspondiente. Una vez expirado este plazo sin que se hubiera solicitado el beneficio o habiéndose rechazado su otorgamiento, el Administrador de Aduana sustanciaba el juicio criminal o remitía los antecedentes al Juzgado del Crimen competente. En otras palabras, una vez iniciada la causa penal ya no había posibilidad de que tuviera lugar la renuncia de la acción penal; tanto así, que el inciso final del artículo 176 establecía que el pago de los derechos efectuado con posterioridad a la presentación de la denuncia sólo podía ser considerado como una circunstancia atenuante de responsabilidad penal. En cambio, en el actual sistema este beneficio podría tener lugar incluso después de comenzada la investigación penal.

La única explicación que en la actualidad permitiría justificar el mantenimiento de la renuncia de la acción penal sería el hecho de que el contrabando sigue siendo un delito de acción pública previa instancia particular. La argumentación sería la siguiente: si el Servicio Nacional de Aduanas es el titular de la decisión de inicio del proceso penal, es legítimo que se pueda establecer una regulación para esa decisión.

Sin embargo, estas consideraciones críticas son sólo de *lege ferenda*. Mientras el legislador no adopte la decisión de eliminar la institución de la renuncia a la acción penal, podrá seguir siendo aplicada, incluso durante la investigación penal, antes de su formalización. Los eventuales reparos morales que un juez de garantía efectúe en su contra no podrían servir para impedirlo, ya que el único que cuenta con legitimación democrática para hacerlo es el legislador. Por lo demás, si de reparos morales se trata, no existe una diferencia muy grande entre aquel instituto y el de los acuerdos reparatorios.

5. Facultades de registro e investigación que tienen los servicios de Aduanas y Agrícola y Ganadero en la investigación de hechos relacionados con materias de aduanas, y su posible exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral

Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, para el ejercicio de sus facultades y cumplimiento de sus obligaciones establecidas en leyes cuya aplicación, fiscalización o control corresponde a dicho servicio, *el Director Nacional podrá ordenar la entrada, registro e incautaciones en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente tales facultades. El cumplimiento de las órdenes de entrada y registro o de incautación corresponderá a los funcionarios designados en la respectiva orden, quienes, en caso de encontrar oposición, requerirán el auxilio de la fuerza pública, la que les deberá ser prestada por los funcionarios de la policía.*

A su turno, el artículo 5º, inciso primero, de la Ley Orgánica del Servicio Agrícola y Ganadero, establece lo siguiente: *Las medidas de control fito y zoonosanitarias que se dispongan en virtud de lo establecido en la presente ley, serán de cumplimiento obligatorio para los afectados y de cargo de éstos. Si estas personas no quisieren o no pudieren aplicar las medidas referidas, o no las realizaren con la oportunidad o eficiencia requeridas, las aplicará el Servicio Agrícola y Ganadero, con el auxilio de*

la fuerza pública si fuere necesario, por cuenta de aquéllas. El Servicio fijará tales costos mediante resolución fundada, la que tendrá mérito ejecutivo.

Por su parte, conforme a los dos primeros incisos del artículo 13 de esta última ley, *los Inspectores del Servicio estarán facultados, en el cumplimiento de sus labores inspectivas, para ingresar a inmuebles, establecimientos o recintos públicos o privados en que existan, cultiven, produzcan, almacenen, depositen, procesen o vendan bienes o productos objeto de fiscalización y para registrar naves, aeronaves, trenes, vehículos, personas, animales, cajas, embalajes o envases. Quienes sean objeto de fiscalización deberán facilitar el cumplimiento de su cometido a los Inspectores del Servicio (inciso primero). Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, los Inspectores del Servicio podrán solicitar directamente del Jefe de la Unidad de Carabineros más próxima o de la autoridad que corresponda, según el caso, el auxilio de la fuerza pública, la que podrá actuar con descerrajamiento, si fuere necesario, para ingresar a lugares cerrados que no constituyan morada (inciso segundo).*

Estas disposiciones permiten que, en investigaciones de carácter administrativo, funcionarios de Aduanas o del Servicio Agrícola y Ganadero realicen diligencias abiertamente intrusivas, sin que sea necesario que para ello deban obtener previamente alguna autorización judicial.

Como se advertirá, las implicaciones procesales penales que ello puede tener son evidentes. Así, podría ocurrir que como consecuencia de dichas diligencias se obtenga evidencia que dé cuenta de la posible comisión de un delito aduanero (o de otra índole) y que el Ministerio Público, una vez formulada denuncia o querrela por el Servicio (tratándose de un delito de contrabando) y cerrada la investigación penal posterior, decida acusar y ofrecer como prueba dicha evidencia. Según nuestra opinión, tal evidencia debería ser excluida en la audiencia de preparación del juicio oral, conforme a lo previsto en el artículo 276, inciso tercero CPP, por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, como la vida privada, la intimidad, la inviolabilidad del hogar, etc. En efecto, si el fundamento de la regla de exclusión de prueba ilícita contemplada en la citada disposición es de carácter ético y consiste en la necesidad de preservar la legitimidad del ejercicio del poder punitivo del Estado, respetando escrupulosamente las garantías penales y procesales penales de los ciudadanos,⁴⁰ no resulta lícito fundar una condena en prueba obtenida con vulneración de tales garantías y sin contar con la previa autorización judicial a que alude el artículo 9° del mencionado Código. Es cierto que son las propias regulaciones sectoriales las que permiten a funcionarios de Aduanas y del Servicio Agrícola y Ganadero practicar estas diligencias intrusivas. Pero también lo es que ello tiene lugar en el contexto de investigaciones de orden administrativo, que a lo sumo pueden conducir, si se constata la comisión de una contravención aduanera o agrícola-ganadera, a la aplicación de sanciones administrativas. Cuando no se trata de un ilícito administrativo, sino de uno de naturaleza penal, el riesgo de que se pueda imponer a alguien la más lesiva de las medidas con que cuenta el Estado para afectar los derechos fundamentales –la pena– obliga a ser más riguroso en el respeto de sus garantías. Si

40 Así, HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en *Colección de investigaciones jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, 2002, N° 2, pp. 60 s. En el mismo sentido, CARRÍO, *Justicia criminal*, Lerner, Buenos Aires, 1986, p. 82. También puede verse LÓPEZ MASLE, en HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE, *Derecho Procesal Penal Chileno*, p. 187, y JAUCHEN, *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 614, quienes en todo caso, al fundamento ético agregan otro de carácter utilitario.

se pretendiera utilizar como prueba de cargo en un juicio penal la evidencia obtenida en una diligencia intrusiva de dicha investigación administrativa, se pasaría por alto lo previsto en el indicado artículo 9° CPP, por lo que de conformidad con el artículo 276 del mismo cuerpo normativo, tal prueba debería ser excluida.

Nos parece incluso que de la misma regulación sectorial puede extraerse un argumento adicional a favor de esta opinión. El inciso final del artículo 13 de la citada Ley Orgánica del Servicio Agrícola y Ganadero establece lo siguiente: *Las inspecciones a que se refiere el presente artículo podrán también realizarse, con auxilio de la fuerza pública, en lugares que constituyan morada, previa orden judicial emanada del Juez del Crimen con competencia en el territorio jurisdiccional donde se cometió la infracción, quien la podrá conceder de inmediato y a solicitud del Servicio.* Con independencia del hecho de que la disposición alude a los jueces del crimen, quienes con el advenimiento de la reforma procesal penal prácticamente han ido desapareciendo, lo relevante para lo que nos interesa es que la norma exige, cuando la diligencia es especialmente intrusiva (inspecciones en lugares que constituyen morada), que se obtenga autorización judicial previa, y ello ¡en una investigación de orden administrativo! El argumento a extraer sería el siguiente: si en el procedimiento destinado a imponer una sanción administrativa se exige en ciertos casos que una diligencia intrusiva no pueda llevarse a cabo sin previa autorización judicial, con mayor razón ello resulta exigible en un procedimiento penal. Por lo tanto, la prueba ofrecida en un proceso penal por el Ministerio Público, que provenga de una diligencia intrusiva realizada dentro de una investigación administrativa, que no se ha llevado a cabo con consentimiento del imputado ni con autorización judicial, debe ser excluida por ilicitud de la misma.

Fuera del ámbito aduanero y del agrícola-ganadero, concretamente en el tributario, también ha previsto el legislador la posibilidad de realizar diligencias de investigación de orden administrativo que afectan garantías de los ciudadanos. En el artículo 161, N° 10, del Código Tributario (en adelante, CT), se contempla la facultad del Director del Servicio de Impuestos Internos, sin control judicial previo, de ordenar durante la “recopilación de antecedentes”, la aposición de sello y la incautación de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor, para lo cual puede pedirse directamente el auxilio de la fuerza pública, la que está habilitada para allanar y descerrajar en caso de ser necesario. Similares atribuciones del mencionado Servicio se establecen en el artículo 60, incisos sexto y séptimo, CT. Como se comprenderá, mediante estas diligencias intrusivas también se puede obtener pruebas que con posterioridad pretenda utilizarse en un proceso penal, caso en el cual deberán ser excluidas por ilicitud, dadas las razones ya expuestas. Pero a diferencia de lo que sucede en materia aduanera y agrícola-ganadera, en materia tributaria la doctrina sí se ha pronunciado sobre el tema y ha emitido opiniones que apoyan nuestro planteamiento.⁴¹ Más aún, la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, demuestra el espíritu del legislador en orden a que dichas pruebas deben ser excluidas en el proceso penal. En efecto, cuando se estudiaron las modificaciones que se introducirían en el artículo 60 CT, la Comisión

41 Véanse UGALDE PRIETO / RODRÍGUEZ ORO, *Delito tributario y reforma procesal penal*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 81-89; VAN WEEZEL, *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 159-160, y MARTÍNEZ COHEN, *Sobre la validez en el proceso penal de las actuaciones del Servicio de Impuestos Internos, efectuadas en la etapa de recopilación de antecedentes para la investigación de delitos tributarios*, inédito, Valparaíso, 2009, *passim*.

de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado manifestó su aprobación a la reforma propuesta, “en el entendido de que las medidas de allanamiento y descerrajamiento con auxilio de la fuerza pública [...], sólo se usarán en el proceso administrativo o civil correspondiente, *pero, en el marco del procedimiento penal, se podrá invocar con razón la ilicitud de la prueba así obtenida, al no haber intervenido los órganos competentes para tal efecto*”.⁴²

Avala la conclusión de la necesaria exclusión en el proceso penal, por ilicitud, de la prueba obtenida con vulneración de garantías en la investigación administrativa previa, el hecho de que, como lo sostiene la doctrina mayoritaria, entre el ilícito administrativo y el ilícito penal sólo existe una diferencia cuantitativa,⁴³ y que tanto el derecho administrativo sancionador como el derecho penal son manifestaciones del *ius puniendi* estatal.⁴⁴ En efecto, suele afirmarse que entre los delitos y las contravenciones administrativas existe identidad de injusto material y que sólo se distinguen por la mayor gravedad de aquéllos. Así las cosas, no es casual que desde un tiempo a esta parte se acepte que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración se rija por principios que tienen su origen en el derecho penal (legalidad, tipicidad, proporcionalidad, etc.), lo cual constituye una garantía para los ciudadanos.⁴⁵ Esto permite afirmar que así como en el proceso penal se debe ser respetuoso de los derechos fundamentales del imputado, del mismo modo, en un procedimiento administrativo sancionador, se debe serlo de los derechos fundamentales del administrado o subordinado. Desde esta óptica, resulta muy criticable que en la regulación de procedimientos administrativos sancionadores especiales, como los contemplados en las Leyes Orgánicas del Servicio Nacional de Aduanas y del Servicio Agrícola y Ganadero, y en el Código Tributario, el legislador permita la vulneración de garantías de los ciudadanos, sin previa autorización judicial, y la imposición de sanciones sobre la base de prueba obtenida con dicha vulneración de derechos. Esto podría ser considerado inconstitucional, por atentar contra la garantía del debido proceso. En efecto, forma parte del contenido de esta garantía, la exigencia de que no se impongan sanciones fundadas en pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, porque ello no permitiría calificar el procedimiento como racional y justo (artículo 19, N° 3,

42 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Compilación de textos oficiales del debate parlamentario sobre la Ley N° 19.806*, Santiago, 2001, pp. 333-334 (las cursivas son nuestras).

43 Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 35: “Con arreglo a la opinión mayoritaria, desde el núcleo *duro* del ilícito ‘penal’ hasta la última de las infracciones ‘administrativas’ discurre una ‘línea continua’ de un injusto ‘material’ que se atenúa progresivamente, sin llegar a desaparecer. Por ello no cabe distinguir, a priori y con criterios cualitativos, entre ilícito penal e ilícito administrativo. Tanto la ‘pena’ (criminal) como la *sanción administrativa* se justifican por su necesidad y deben expresar una respuesta proporcionada a la relevancia de las respectivas infracciones, que, en puridad, sólo se diferencian por razones *cuantitativas* (gravedad de las mismas)” (las cursivas y las comillas en el original). Véase también GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 68-86. En Chile, puede verse CURY, *Derecho Penal*, pp. 106 s.

44 En este sentido pueden verse, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de agosto de 1996, rol 244/1996, y de 27 de junio de 2006, rol 480/2006.

45 Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, pp. 86-91. En Chile, RODRÍGUEZ COLLAO, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11, 1987, pp. 119, 152-158.

inciso quinto CPR).⁴⁶ La doctrina⁴⁷ y la jurisprudencia⁴⁸ mayoritarias han reconocido que dicha garantía es aplicable no sólo en sede jurisdiccional, sino también en el procedimiento administrativo sancionador.

Esto llama la atención, ya que en otros países no se tienen dudas acerca de que no resulta posible imponer sanciones administrativas sobre la base de pruebas obtenidas con vulneración de garantías. Por ejemplo, en España, dando contenido al “traspaso” de principios del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 9/2003, de 20 de enero, citando jurisprudencia anterior, declaró lo siguiente: *“En relación con esa operación de traslación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión, el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o en fin el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos...”*.⁴⁹

La mejor forma de reconocer que existen evidentes vacíos en el derecho administrativo sancionador chileno es constatar que el 30 de marzo de 2004 se presentó en el Congreso un mensaje presidencial, N° 541-350, para iniciar la tramitación de un “proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios [...]” (boletín N° 3475-06), que recoge varios de los principios sustantivos y adjetivos aceptados en materia penal. En tal mensaje presidencial se lee lo siguiente: *La aplicación de los principios penales se justifica, únicamente, entonces, por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano en un mínimo suficiente que impida una desigualdad intolerable de trato entre el afecto a un proceso penal y el que es objeto de un procedimiento administrativo.*

Según nuestra opinión, en el punto que nos interesa, se advierte una intolerable desigualdad entre el imputado en un proceso penal y el administrado en un procedimiento administrativo sancionador. Mientras el primero no puede ser sancionado sobre la base de prueba obtenida con vulneración de garantías, el segundo sí puede serlo. Esto no resiste mayor análisis. Si en una vertiente del *ius puniendi* estatal

46 Sobre la evidente relación que existe entre el debido proceso y la prueba ilícita, puede verse CONTRERAS TOLOZA, *La prueba ilícita en el procedimiento penal chileno. Especial atención a la doctrina y jurisprudencia nacionales*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009, pp. 25-27.

47 Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, “La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso”, en VV.AA., *La constitucionalización del derecho chileno*, Universidad Austral de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 169.

48 Entre otras, véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de agosto de 2007, rol 747/2007. Véase también la sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 27 de mayo de 2008, rol 50/2008.

49 Citado por BARRERO RODRÍGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, 3ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 208, nota 107 (los destacados son nuestros).

INFORMES EN DERECHO

–la del derecho penal– el legislador ha recogido explícitamente la exclusión de la prueba ilícita, en la otra –la del derecho administrativo sancionador– también debería hacerlo. En todo caso, mientras no lo haga, no resulta aceptable que la vulneración de derechos fundamentales en sede administrativa produzca efectos en sede penal: las pruebas obtenidas con infracción de garantías en una investigación de orden administrativo deben ser excluidas en el proceso penal, por mandato de lo dispuesto en el artículo 276 inciso tercero CPP.⁵⁰

En todo caso, en honor a la verdad, no se acostumbra sostener que la extensión de los principios penales al ámbito administrativo sancionador deba ser absoluta, ya que se afirma que las características de este último obligan a matizar o limitar el contenido de aquéllos.⁵¹ Por ejemplo, en materia de reserva legal, se suele permitir que la tipificación de contravenciones administrativas se efectúe en ejercicio de la potestad reglamentaria.⁵² Es importante tener en cuenta esto, porque podría servir para intentar explicar por qué en el desarrollo de investigaciones destinadas a esclarecer un ilícito administrativo se permite obtener evidencia de cargo con vulneración de garantías, sin contar con autorización judicial previa, no aplicando un principio que en materia penal goza de amplio reconocimiento en los distintos países, a veces por vía legal, otras por vía jurisprudencial, como es el de exclusión de la prueba ilícita. Para descartar la procedencia de que exista una regla de exclusión de prueba ilícita en el procedimiento administrativo sancionador, sería posible argumentar que la menor intensidad de la sanción administrativa permite flexibilizar la exigencia de no poder imponerla sobre la base de prueba obtenida con infracción de garantías, sin perjuicio de ser más rígido cuando la vulneración es especialmente intensa, como por ejemplo, cuando se allana la morada del administrado (artículo 13, inciso final, de la Ley Orgánica del Servicio Agrícola y Ganadero). Pero cuando se abandona la sede administrativa para pasar a la penal, la exigencia recobra toda su magnitud, dada la mayor intensidad de la sanción penal. Por lo tanto, si en una diligencia intrusiva realizada en sede administrativa sin consentimiento del afectado ni autorización judicial, se constatare un hecho que parece delito, deberá iniciarse una investigación penal, pero los antecedentes recopilados en dicha diligencia, que eventualmente podrían servir para acreditar el ilícito administrativo y fundar la imposición de la sanción administrativa, no serán útiles para fundamentar la aplicación de la sanción penal, porque conforme a los exigentes estándares utilizados en el proceso penal, deberán ser considerados como prueba ilícita.

Conclusiones

1. Las figuras que contemplan los artículos 179 y 180 OA, bajo la denominación de “presunciones de contrabando”, no pueden operar como tales, porque si lo hicieran

⁵⁰ En todo caso, no parece absolutamente imprescindible una modificación legal para que la exclusión de prueba ilícita en el procedimiento administrativo sancionador se convierta, en la práctica, en una realidad. En España, por ejemplo, aun cuando las normas de procedimiento administrativo no contienen cláusula expresa de prohibición de las pruebas ilícitas, ello no ha sido obstáculo para sostener que la Administración no puede fundar sus resoluciones en pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Cfr. BARRERO RODRIGUEZ, *La prueba en el procedimiento administrativo*, pp. 248 s.

⁵¹ Así, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional en causa rol 747/2007.

⁵² Cfr. la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional en causa rol 480/2006, considerandos décimo tercero y décimo quinto.

atentarían contra el principio de presunción de inocencia, en cuanto ello implicaría conferir el trato de “responsable” a una persona, en contra de la obligación que impone dicho principio, que es exactamente la opuesta, es decir, tratar al individuo como inocente. En consecuencia, el castigo a título de contrabando no puede fundarse en la sola comprobación de los hechos enumerados en aquellas disposiciones, sino en la efectiva constatación de que se da alguna de las conductas que constituyen el delito de contrabando, que son las que aparecen mencionadas en el artículo 168 OA.

2. Las figuras que contempla el artículo 181 OA, en sus letras a), b), c) y d), bajo la rúbrica “presunciones de fraude aduanero”, en realidad no constituyen tales, porque los hechos en que ellas consisten quedan comprendidos dentro de la descripción típica de aquel delito que contiene el artículo 168 OA y que hoy cabe denominar contrabando impropio.
3. Las figuras que contempla el artículo 181 OA, en sus letras e), f) y g) bajo la rúbrica “presunciones de fraude aduanero”, tampoco son tales, sino que corresponden a tipos autónomos, asimilados al contrabando, en cuanto a la determinación de la pena y a otros aspectos de índole sustantiva.
4. La disposición del artículo 170 OA que contempla un plazo especial de prescripción, es aplicable tanto al ámbito contravencional como al delictual y, en este último caso, se refiere tanto a la prescripción de la acción penal como de la pena.
5. El régimen especial de prescripción que contempla el mismo artículo 170 OA respecto de los “funcionarios o empleados de aduana” se aplica solamente a quienes integran la dotación del Servicio de Aduanas, no así a los agentes de aduanas ni a los funcionarios que se desempeñan en algún otro de los servicios que intervienen en el control de las mercancías que pasan a través de las fronteras de la República.
6. Puesto que el contrabando es un delito de acción penal pública previa instancia particular, de conformidad con lo que prevé el primer inciso del artículo 189 OA, en concordancia con la letra g) del segundo inciso del artículo 54 CPP, no resulta procedente a su respecto la detención por flagrancia.
7. El beneficio de renuncia de la acción penal, que contempla el artículo 189 OA en sus dos últimos incisos, constituye una causal de extinción de responsabilidad penal y, como tal, tiene un alcance estrictamente individual. De ahí, entonces, que la concesión del beneficio respecto de una persona, no afecta a otras que podrían haber tomado parte en la ejecución del hecho y de ahí, también, la necesidad de que al fijar el monto del beneficio la autoridad tome en cuenta la situación personal del imputado. Por esto mismo, pueden establecerse montos diversos para las distintas personas que hubieren intervenido en un mismo delito.
8. Corresponde excluir en el proceso penal todo elemento probatorio obtenido con vulneración de garantías, aunque provenga de diligencias que hayan sido practicadas durante el curso de una investigación administrativa y realizadas en uso de facultades legalmente conferidas.

Requerimiento de una contienda de competencia promovida ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente con el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago

LAUTARO RÍOS A.

I.- ANTECEDENTES:

1. Materia de la consulta.
2. Antecedentes tenidos a la vista.
3. Concepto de “contienda de competencia”.
- 3.1. Idea de la competencia en el ámbito judicial.**
- 3.2. Concepto de competencia en el derecho público general.**
- 3.3. Definición de “contienda de competencia”.**
4. Forma como se plantea la controversia entre sus actores.
- 4.1. Requerimiento de la Fiscalía del Ministerio Público.**
- 4.2. Informe del Juez de Garantía requerido.**
- 4.3. Posición de la Defensoría Penal Pública, como tercero interesado.**
5. Resumen de la controversia planteada.

II. INFORME DE DERECHO:

6. El papel del Ministerio Público en la nueva justicia procesal penal chilena.
7. Naturaleza de las funciones del Ministerio Público.
8. La función jurisdiccional del Juez de Garantía.
9. Facultades exclusivas de la Fiscalía en materia de inhabilitación y remoción de los Fiscales adjuntos.
10. Las facultades jurisdiccionales del Juez de Garantía en resguardo de “un procedimiento y una investigación racionales y justos”.
11. Actuación del Juez de Garantía en relación con la incompatibilidad de un agente para ser, simultáneamente, Fiscal y testigo en el proceso que investiga.
12. Inexistencia de una real contienda de competencia entre potestades que se ejercitan por el distinto riel.
- 12.2. No puede haber contienda en el ejercicio de potestades que no son excluyentes.**
- 12.3. El Juez de Garantía sólo ha constatado una incompatibilidad (“inhabilidad de hecho”), solicitando al SR. Fiscal Regional subsanarla.-**
- 12.4. Conclusión acerca de la inexistencia de contienda de competencia en la especie.**
13. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES

1. Materia de la consulta

La opinión que se nos solicita consiste en establecer si existe una verdadera contienda de competencia, a la luz de los antecedentes ofrecidos, entre el Sr. Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana y el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, conforme a los motivos que se fundamentan el requerimiento de aquél al T.C. y las razones que aduce este justificando su actuación.

2. Antecedentes tenidos a la vista

2.1. Requerimiento presentado ante el Excmo. Tribunal Constitucional, de fecha 09-XI-2009, por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Oriente del Ministerio Público, Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

2.2. Resolución del Excmo. Tribunal Constitucional, recaída en el requerimiento, de fecha 09-XI-2009, confirmando traslado al Juez requerido y decretando la suspensión del procedimiento solicitada.

2.3. Informe de 12-XI-2009, emitido por el Juez titular del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Daniel Aravena Pérez, en respuesta al oficio N°3753 de 09-XI-2009 del Excmo. Tribunal Constitucional.

2.4. Escrito presentado por la Defensora Nacional, Sra. Paula Vial Reynal, en la causa Rol N° 1531-2009, del Excmo. Tribunal Constitucional.

2.5. Recurso de queja presentado ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 06-XI-2009, por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Oriente del Ministerio Público. Sr. Xavier Armendáriz Salamero, Rol de ingreso I. C. N°2428-2009.

2.6. Oficio N° 5185-2009 de 03-XI-2009, del Juez Titular del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Daniel Aravena Pérez, al Sr, Fiscal Regional Fiscalía Oriente, Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

2.7. Escritorio del Fiscal del Ministerio Público Sr. Carlos Gajardo Pérez en la causa RUC N° 0801000636-9, ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, en el que solicita certificación de los hechos que indica.

2.8. Certificado de 05-XI-2009, del jefe de Unidad de Causas y Sala del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, Sra. Carolina Hernández Ríos.

2.9. Constancia de 02-XI-2009, del Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Oriente, Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

3. Concepto de “contienda de competencia”

3.1. Idea de competencia en el ámbito judicial

Dice Giuseppe CHIOVENDA que “El poder jurisdiccional, en cada uno de los órganos investidos de él, se nos presenta **limitado**; estos límites constituyen su **competencia**. La competencia de un órgano es, por lo tanto, la parte de poder jurisdiccional que puede ejercitar.”¹

Ya José Ma. MANRESA había sostenido que: “**jurisdicción** es la potestad que dé se hallan revestidos los jueces para administrar justicia; y **competencia**, la facultad que tienen para conocer de ciertos negocios...: la primera es el género y la segunda, la especie.”²

En Chile, el Prof. Juan COLOMBO CAMPBELL, siguiendo a Ramiro PODETTI, a Enrico REDENTI y a Adolfo SCHONKE, ha definido la competencia como “Una parte de jurisdicción que corresponde a un tribunal”.³

Aunque sin duda, uno de los actores en este conflicto –el Sr. Juez de Garantía- estima haber obrado en uso de su competencia, la noción jurisdiccional de este término no nos sirve para referirnos a una eventual contienda que se desarrolla entre un órgano de esta naturaleza y otro que pertenece a una órbita distinta; de carácter esencialmente administrativo.

3.2. Concepto de derecho público en general

Para los efectos de definir las contiendas de competencias a la que se refiere el artículo 93, inciso 1º, Nº 12 de la Constitución Política de la República – en adelante C.P.R.- tenemos que acudir al concepto de competencia en el derecho público general.

En este plano el profesor español Juan José LAVILLA ha dicho que “La competencia es el conjunto de potestades conferidas por el ordenamiento jurídico a un ente público o a un órgano”.⁴

En el ámbito administrativo el Prof. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA desarrolla esta materia bajo el concepto técnico de **potestad**. Sostiene que “La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades, la administración no puede actuar simplemente.”⁵

1 Giuseppe CHIOVENDA: “Principios de Derecho Procesal Civil”, traducción del Prof. José Casáis y Santaló, t. I, pg. 599, Ed. Reus, Madrid, 1992.

2 José Ma. MANRESA Y NAVARRO: “Comentario a Ley de enjuiciamiento Civil”, t. I, págs. 162-163, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910.

3 Juan COLOMBO CAMPBELL: “La competencia”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1959.

4 Juan José LAVILLA RUBIRA: “Competencia, Organización” en Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Vol. I, pg. 1210, Madrid, 1995.

5 Eduardo GARCIA DE ENTERRIA Y Tomás –Ramón FERRAÑEZ: “Curso de derecho administrativo”, t. I, 4ta.ed.,pgs. 418-419, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

INFORMES EN DERECHO

En el mismo ámbito, el Prof. Enrique SILVA CIMMA ha dicho que “La competencia como elemento del acto es la aptitud o facultad de obrar del órgano administrativo.”⁶

El Prof. José CEA EGAÑA sostiene que “...la competencia es la suma de potestades, funciones y atribuciones que la Constitución y la ley otorgan, limitadamente, a cada órgano del estado.”⁷

El diccionario de la Lengua Española define la competencia como “atribución legítima a un juez u a otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto”.

Podemos concluir entonces, que la competencia comprende dos nociones integradas: el conjunto de atribuciones que el ordenamiento jurídico pone a cargo de un órgano ente público y potestades respectivas para ejercitarlas.

3.3 Definición de “contienda de competencia”

Siendo así que el término contienda significa –en lo atinente a este asunto– “Disputa, discusión, debate” (R. Acad.), podemos definir la contienda de competencia como la disputa o controversia que se genera entre dos autoridades u órganos del Estado cuando ambos se atribuyen el poder de ejercitar, exclusivamente la misma facultad con respecto a una determinada materia. En tal caso nos encontramos frente a una contienda positiva de competencia.

La contienda negativa se suscita cuando dos o más órganos de poder se niegan o rehúyen ejercitar una atribución que estiman que no les corresponde, provocando así un vacío u omisión en que el ejercicio de una actividad necesaria; aunque éste no es el caso.

4. Forma como se plantea la controversia entre sus actores

4.1. Requerimiento de la Fiscalía del Ministerio Público

El requerimiento formulado ante el T. C. por el Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente del Ministerio Público, Sr. Xavier Armendáriz Salamero, plantea una contienda de competencia suscitada entre dicho Fiscal Regional y el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, cuyo juez titular es don Daniel Aravena Pérez, a raíz del pronunciamiento que este último hiciera en la audiencia de preparación de juicio oral celebrada el día 03-XI-2009, en el proceso RUC 0801000636-9, RIT8867-08 de este mismo Tribunal, correspondiente a la causa seguida por los delitos de robo con homicidio y otros, cometidos en las personas de don Francisco Zamorano Marfull, Héctor Arévalo Olivero y Diego Schmidt-Hebbel Niehaus.

Señalara el requirente que, en uso de sus atribuciones, con fecha 04-XII-2008, designó como Fiscales Adjuntos de la Fiscalía local de Ñuñoa. Sres. Vinko Fodic, Carlos Gajardo y Patricio Caroca; que dichos Fiscales adjuntos realizaron diligencias o participaron en audiencia en forma conjunta o cada uno por separado, o dos de los

6 Enrique SILVA CIMMA: “Derecho Administrativo Chileno y Comparado- Actos, Contratos y Bienes”, pgs. 46-47, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

7 José Luís CEA EGAÑA: “Derecho Constitucional Chileno”, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, t. I, pg.250.

tres nombrados, según lo amerita el curso de la investigación. Que una vez cerrada la investigación y presentada acusación por el Ministerio Público, la audiencia de preparación del juicio oral se llevó a cabo en diversas sesiones.

Agrega que, en la audiencia de preparación del juicio oral del día 3 de noviembre de 2009, el Juez titular del 8° Juzgado de Garantía rechazó el incidente de nulidad procesal, la reposición con nuevos antecedentes y la nulidad de derecho público deducidas por el fiscal adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo, en contra de la resolución del mismo Tribunal que lo incluyó como testigo de la defensa del mismo Juicio oral; y resolvió que al Fiscal Adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo, le afectaba una causal de inhabilitación para seguir actuando en la causa indicada, conforme consta del registro de audio de la audiencia que reproduce. Asimismo, cita textualmente el Oficio N°5185-2009, de 03-XI-2009, por el cual el Juez titular del 8° Juzgado de garantía pone en conocimiento del requirente que, por resolución dictada en la causa referida, se determinó la existencia de una inhabilitación de hecho en relación al Fiscal Adjunto Sr. Caroca Luengo, lo que comunica en conformidad a lo dispuesto en el art.269 del Código Procesal Penal, para que adopte las medidas pertinentes para la adecuada prosecución y culminación de la audiencia de preparación del Juicio oral.

Explica que la resolución judicial dictada por el referido Tribunal invade el ejercicio de una atribución propia que la constitución y la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, le asignan a la autoridad administrativa, como es el Ministerio Público; y que conforme a lo dispuesto en el art. 59 de la mencionada LOC es el Fiscal Regional el único competente para resolver las inhabilitaciones de un Fiscal Adjunto que dependa jerárquicamente de él para impedir que siga sosteniendo la persecución penal y sólo por alguna causal establecida por la Ley.

Estima el requirente que el Juez de Garantía mencionado ha vulnerado la normativa constitucional referida a las competencias institucionales y el principio de legalidad, consignados en los arts. 6°, 7° y 83 a 91 de la Carta Fundamental en dos sentidos. En efecto, explica que el Juez recurrido se ha excedido de sus atribuciones, invadiendo las Privativas del Ministerio Público, al impedir al Fiscal Sr. Caroca Luengo ejercer la acción penal pública en la causa mencionada, en circunstancias que éste pertenece a un ente autónomo que no está bajo la subordinación funcionaria del tribunal; que el Tribunal Tampoco invocó la causal de inhabilitación que le afectaría, siendo así que la ley tampoco contempla tal inhabilitación ni el tribunal tiene facultades para resolverlas, con lo que estima también hay vulneración de las competencias, por cuanto el Tribunal habría ordenado al Fiscal Regional adoptar medidas necesarias para concluir con la audiencia de Juicio Oral, lo que significa que se impone al requirente la designación de otro Fiscal, en circunstancias que esta designación de otro Fiscal es de competencia del Fiscal jefe de cada Fiscalía local, conforme a lo dispuesto en el art. 40 de la LOC del Ministerio Público, sin perjuicio de las atribuciones del Fiscal Regional contenidas en los arts. 12, 27, 32 letras a), c) y d) de la misma ley y del Fiscal Nacional, en su caso, disposiciones que también estima vulneradas; siendo así que dichas atribuciones fueron ejercidas, en su oportunidad, por el Fiscal Regional requirente al nombrar a los fiscales adjuntos de la causa mencionada.

Finalmente, la requirente estima también vulnerado el art. 14 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto el juez no cauteló las garantías y prerrogativas del Ministerio Público, sino que, por el contrario las desconoció al inhabilitar al fiscal aludido e

invadir facultades internas del Ministerio Público, no obstante que a los jueces de garantía les corresponde cautelar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, dentro de los cuales se encuentra el fiscal.

Por todo lo cual, interpone requerimiento sobre contienda de competencia entre el Ministerio Público, Fiscal Regional Metropolitano Oriente y el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago y solicita al T. C. que se resuelva que dicho juzgado “no es competente y ha excedido sus atribuciones al inhabilitar a un Fiscal del Ministerio Público por haberlo considerado testigo de la defensa, no estando facultado para ello, y no existiendo causa legal para dicha inhabilitación, y que en definitiva declare que esta competencia corresponde exclusiva y excluyentemente a las autoridades del Ministerio Público”; pide dejar sin efecto la referida inhabilitación y la solicitud de designar otro Fiscal Adjunto para la causa en que incide el requerimiento, además de las medidas que se estimen necesarias para remediar las infracciones legales e invasión de atribuciones señaladas.

4.2. Informe del Juez de Garantía requerido

El Juez titular del 8° Juzgado de Garantía de Santiago requerido, Sr. Daniel Aravena Pérez, expone en su Informe que, a partir del día 13-X-2009, se inició la audiencia de preparación del juicio oral de la causa en la que se incide el requerimiento, la que se desarrolló en 7 audiencias. Que en la audiencia del día 27-X-2009 para dar lectura al auto de apertura del juicio oral. Que a esta última audiencia compareció por el Ministerio Público, el Fiscal el Sr. Patricio Caroca Luengo, quien no había comparecido a la causa desde el mes de octubre del año 2008. Que se dio inicio a la audiencia y dicho fiscal solicitó la nulidad de todo lo obrado, reposición y nulidad de derecho público, incidencias que, previo debate, fueron denegadas en la misma audiencia, la defensa de los imputados dedujo un incidente respecto de la capacidad del Fiscal para representar al Ministerio Público para los efectos de dar lectura al auto de apertura, cuestión que fue resuelta por el juez requerido, decidiéndose que el Fiscal se ha “Inhabilitado en los hechos” y, conforme a lo dispuesto en el art. 269 del Código Procesal Penal, se suspendió la audiencia para solicitar al Fiscal Regional respectivo que nombrara a los representantes del Ministerio Público.

Aclara en su informe que el Fiscal Sr. Caroca Luengo dirigió la investigación en contra del Sr. Claudio Ernesto Soza Zamorano, en la causa RUC0801000636-9, RIT 8867-2008, Respecto de quien obtuvo la medida cautelar de prisión preventiva y compareció ante el Tribunal desde el 24-VIII-2008 al 10-X-2008. Que en la audiencia de fecha 09-XII-2008 se dictó sobreseimiento definitivo parcial respecto del imputado, en la cual no compareció el Fiscal Sr. Caroca Luengo.

Que en el mes de noviembre de 2008 aparecen dos nuevos imputados y de esa fecha que el fiscal Sr. Caroca Luengo no ha desarrollado ninguna gestión relevante que diga relación con éstos y sin que hubiese comparecido durante el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral.

El juez requerido plantea que no ha dictado resolución alguna que declare la inhabilitación del Fiscal Adjunto Sr. Caroca Luengo; y que el requerimiento formulado por el Fiscal Regional, no constituye una contienda de competencia sino que una cuestión de legalidad, en lo que respecta a la interpretación de las inhabilitaciones que dispone la L. O. C. del Ministerio Público y las del Código Procesal Penal.

Que lo que se pretende es revertir una decisión jurisdiccional de incluir una prueba, en circunstancias que el Código Procesal Penal sólo prevé la posibilidad de excluir una prueba aportada por el Ministerio Público con infracción a los derechos fundamentales, conforme al art. 276 del Código Procesal Penal.

Que las inhabilidades se dirigen a proteger a los ciudadanos y no ha amparar al Fiscal de eludir la carga de declarar como testigo.

Que dentro de las inhabilidades para ser testigos no figura el hecho de tener la calidad de Fiscal, conforme a lo dispuesto en los arts. 298 y siguientes del Código Procesal Penal.

Agrega que la determinación de las personas que deben concurrir al tribunal a declarar como testigos, es una atribución eminentemente jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en los arts. 276 y 277 del Código Procesal Penal; y que constituiría una desviación del fin de la ley, el permitir que el Ministerio Público pueda impedir que los fiscales sean llevados a declarar como testigos, poniéndolos a cargo de cualquier diligencia del juicio con tal objeto; lo que sí sería contrario a la Constitución y a la ley.

Que no existe ninguna garantía constitucional del Ministerio Público que se haya visto afectada con alguna resolución del tribunal, toda vez que se trata de una persona jurídica; ni en el requerimiento se menciona una conculcación de las garantías constitucionales del Fiscal Sr. Caroca Luengo.

Señala que lo que busca el requirente es excluir que declare como testigo de la defensa el Fiscal del Ministerio público impidiendo que contempla el Sistema Americano sólo para declarar como testigo del Ministerio Público, no así para la defensa, situación similar a lo que contempla el art. 336 del Código Procesal Penal.

Agrega que a través de este requerimiento se busca de manera encubierta transformar al Tribunal Constitucional en una especie de segunda instancia revisora de, las decisiones adoptadas por el Juez de Garantía en la Audiencia de preparación de juicio oral con relación de las pruebas aportadas por las partes; desconociendo y vulnerando las reglas básicas de la competencia y desnaturalizando el sistema adversarial que impera en el proceso penal.

Concluye solicitando la declaración de inadmisibilidad del requerimiento sobre contienda de competencia presentado por el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero.

4.3. Posición de la Defensoría Penal Pública, como tercero interesado

La Defensoría Penal Pública se hizo parte en el requerimiento, a través de la Defensora Nacional Sra. Paula Vial Reynal, formulando diversas observaciones.

En primer lugar, la Defensoría Efectúa algunas precisiones en cuanto a los hechos expuestos en el requerimiento.

Señala luego que el Sr. Patricio Caroca Luengo actuó como Fiscal en la causa RUC 0800375048-6 dirigida en contra de don Claudio Zamorano, pero no así en la causa RUC0801000636-9 en que incide el requerimiento y que fue acumulada a la anterior, a petición del Ministerio Público, con fecha 06-XII-2008, como consta de la

INFORMES EN DERECHO

certificación del mismo tribunal de 05 de noviembre de 2009, cuya copia acompaña. Que a las 7 sesiones en que se desarrolló la audiencia de preparación de juicio oral, sólo comparecieron representando al Misterio Público, los Fiscales Sres. Carlos Gajardo Pinto y Vinko Fodich Andrade, conjunta o individualmente. Que estos dos últimos fiscales son los que estaban a cargo de la investigación, con otras personas formalizadas, y cuya línea investigativa es diversa a la siguió en la causa anterior el fiscal Sr. Caroca Luengo.

Indica que la constancia de fecha 02-XI-2009, en la cual consta que el Fiscal Regional designó con fecha 04-XII-2008 a los Fiscales Adjuntos, Sres. Vinko Fodich Andrade, Carlos Gajardo Pinto y Patricio Caroca Luengo, a fin de que asumieran la investigación RUC N°0801000636-9 y comparecieran al respectivo juicio oral, carece de toda validez porque este último Fiscal nunca realizó diligencias ni tubo actuación en la investigación que iniciaron los Sres. Fodich y Gajardo y porque no existe documento ni antecedente alguno emitido en la época en que el Fiscal Regional hubiese dispuesto la designación de los solicitados fiscales.

Y señala también que el Ministerio Público tomó conocimiento desde el primer día de la audiencia de preparación del juicio oral celebrada el 13-X-2009 que el Fiscal Sr. Caroca Luengo sería citado como testigo de la defensa; y que fue en la audiencia del día 27-X-2009 cuando el tribunal resolvió aceptar dicha prueba. Que en la audiencia del día 29-X-2009 se debatieron las últimas pruebas ofrecidas por la defensa, declarándose cerrado el debate, y citándose a todos los intervinientes para la notificación del auto de apertura de juicio oral para el día 03-XI-2009. Que a esta última audiencia compareció por el Ministerio Público, por primera vez, el Sr. Patricio Caroca Luengo, deduciendo diversas incidencias. Y que, en esta audiencia, el juez requerido manifestó que respecto del fiscal se ha producido una inhabilidad de hecho y oficio al Fiscal Regional para que informara quiénes comparecerían a la terminación de la audiencia de preparación de juicio, suspendiéndose la audiencia de notificación respectiva.

En cuanto al fondo, estima que el asunto planteado en el requerimiento no es una contienda de competencia por dos razones.

Porque el 8° Juzgado de Garantía de Santiago no expidió un acto jurídico público en que hubiera inhabilitado al fiscal en virtud de alguna de las causales contempladas en el art. 55 de la Ley 19.640, ni se ha atribuido facultades del Fiscal Regional. Señala que el Juez de dicho tribunal dictó una resolución judicial, que es la consecuencia de lo resuelto anteriormente por él mismo, en cuanto aceptó la prueba testimonial del Fiscal referido, ofrecido por la defensa y que sólo constató una incompatibilidad procesal. Cita en apoyo la doctrina de los profesores Claus Roxin y Eduardo M. Jauch.

Y, en segundo lugar, porque el Juez de dicho tribunal sólo ejerció una función propia como la que es de cautelar el debido proceso y garantizar el respeto de las garantías constitucionales de los intervinientes, conforme lo establece el art. 10 y 276 del Código Procesal Penal. En efecto expone que el Juez requerido estimó necesario para cautelar el debido proceso dejar establecida una incompatibilidad procesal de facto del Fiscal llamado a declarar como testigo por la defensa y oficiar a su superior jerárquico para que adoptara las medidas del caso; garantizando también, de esta forma, el derecho de defensa de los acusados.

Reprocha también al Ministerio Público la inobservancia del principio de objetividad al cual se encuentra sujeto, conforme a lo dispuesto en el art. 77 del Código Procesal Penal y al art. 1° de la su L.O.C., al intentar evitar, en este caso, que el Sr. Caroca Luengo declare como testigo; y no obstante que, en otros procesos que individualiza, se ha presentado la misma situación, sin que el Ministerio Público la hubiese objetado.

Agrega también, conforme a los documentos que acompaña, que el mismo requirente dedujo un recurso de queja y subsidiariamente queja disciplinaria en contra el Juez titular del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, sobre la base de los mismos hechos y fundamentos de derecho que sustentan este requerimiento, en las Causa Rol N°3447-2009 y 2428-2009 de la I Corte de Apelaciones de Santiago; y que, por lo mismo, el asunto se encuentra sometido al imperio de los tribunales ordinarios superiores de justicia.

5. Resumen de la controversia planteada

El Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente del Ministerio Público formuló un requerimiento ante el Excmo. Tribunal Constitucional planteando una contienda de competencia, en cuanto estima que el 8° Juzgado de Garantía de Santiago requerido habría ejercido una atribución propia, constitucional y legalmente establecida a favor del Fiscal Regional, al resolver la inhabilidad del Fiscal Adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo en la causa RUC N°0801000636-9 de dicho Tribunal.

Por su parte el Juez titular del Juzgado de Garantía requerido plantea que no dictó resolución alguna en que se haya declarado la inhabilidad del Fiscal Adjunto Sr. Patricio Caroca Luengo; y que el requerimiento formulado por el Fiscal Regional, no constituye una contienda de competencia por cuanto el Juez requerido no expidió ningún acto jurídico que declarase la inhabilidad del Fiscal, sino que sólo ejerció una atribución propia, como es cautelar el debido proceso y garantizar el respeto de las Garantías Constitucionales de los intervinientes.

La hipótesis planteada también genera un problema de fondo. ¿Puede un Fiscal Adjunto a cargo de la investigación y de la persecución penal ser llamado a declarar como testigo de la defensa? Y en caso negativo, ¿cuál sería la manera de impugnar una decisión semejante?

II. INFORME EN DERECHO:

6. El Papel del Ministerio Público en la nueva Justicia procesal penal chilena

Existe consenso generalizado en que la Reforma Procesal Penal significó un vuelco trascendental en esta importante área del Derecho Público Chileno.

Durante casi un siglo -a partir del 1°-III- 1907- estuvimos regidos por un Código de Procedimiento Penal que ya era vetusto al momento de nacer. Al respecto, son elocuentes algunos párrafos del mensaje original del Presidente don Jorge Montt, en 1984: “Ni siquiera ha sido posible separar en este proyecto las funciones del

INFORMES EN DERECHO

juez instructor de las de juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales de la República de Argentina.

“Los Criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menesteres confesar que las razones que aducen e apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles.

“... Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El Juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”.

Pese a estas convicciones de los autores del Código original, razones financieras, junto con la falta de jueces idóneos para asumir las distintas funciones del juez instructor y las del sentenciador, imposibilitaron seguir el consejo de la razón.

La Reforma Procesal Penal viene cumpliendo este objetivo.

De un modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal –propio de las concepciones auto-cráticas del ejercicio del poder- en que la investigación se desarrollaba de una manera hermética y sin consideración de las garantías del inculpado, en que tanto esta fase como la acusación del procesado y su juzgamiento se concentraban en un solo actor- el Juez sin atender ni resolver la contradicción resultante del ejercicio sucesivos de estos roles incompatibles entre sí, se pasó a un modelo en que las distintas fases del enjuiciamiento quedan en manos de diferentes actores; en que una magistratura especial -la del Juez de Garantía – se encarga de resguardar los derechos del inculpado; en que la defensa de éste queda siempre asegurada mediante la Defensoría Penal Pública; en que la publicidad de las audiencias queda asegurada, termina con el secretismo del pasado; en que la inmediatez del juez con el desarrollo del proceso pone fin a la ominosa intermediación de los actuarios y en que- esencialmente, en lo que atañe a este informe - un órgano autónomo, establecido constitucionalmente y regulado también por una Ley Orgánica Constitucional -el Ministerio Público- asume la dirección, en forma exclusiva, de la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y estas tareas al tribunal sentenciador, sin perjuicio del ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley. También corresponde al Ministerio Público la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos (art. 83, inc. 1° C.P.R.).

Para cumplir eficazmente sus funciones, el Ministerio Público puede impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública- es decir, al Cuerpo de Carabineros y a la Policía de Investigaciones- las que deben cumplir sin más trámites, sin estarles permitido entrar a calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad (art. 83, inc.3° C.P.R.).

Sin embargo- y no obstante su autonomía jerárquica y funcional -no debe olvidarse que el Ministerio Público es un órgano colaborador del Poder Judicial- particularmente en la función exclusiva de investigar los hechos constitutivos de delito y la participación

de ellos de quienes resulten responsables estando expresamente impedido de ejercer funciones jurisdiccionales (art. 83, inciso 1°- LOC.N° 19.640).

Este es –a grandes rasgos- el papel fundamental que juega el Ministerio Público, a través del Fiscal Nacional, de los Fiscales Regionales y de los Fiscales Adjuntos, en la nueva justicia procesal penal chilena.

7. Naturaleza de las funciones del Ministerio Público

Importa precisar la naturaleza de estas funciones a la hora de resolver sobre una contienda de competencia con respecto a la actuación de otro órgano.

A nuestro juicio, las funciones del Ministerio Público así como las actuaciones de sus Fiscales son de carácter administrativo.

Para empezar, recordemos que tanto la C.P.R. como la LOC. del Ministerio Público **le prohíben ejercer funciones jurisdiccionales.**

El art. 7° de la LOC. N° 19.640 prescribe el ejercicio de un **control jerárquico permanente** del funcionamiento y de la actuación de las unidades y de la actuación de los funcionarios subordinados, por parte de las autoridades y jefaturas del Ministerio Público, **“dentro del ámbito de su competencia administrativa”.**

El mismo art. 8° se refiere a la adopción, por parte del Ministerio Público, de medidas administrativas y de la observancia de diversos principios que el principio de la actividad administrativa.

“El personal del Ministerio Público – dice el art. 11 de la LOC de este órgano – estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pidiera afectarle “. (Todos los destacados son nuestros).

El art. 5° de la misma Ley establece la responsabilidad patrimonial del Estado – en forma análoga a la responsabilidad de la administración que establece el art. 38 inc. 2° -C.P.R.- por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.

Finalmente, el art. 84 de la LOC., tantas veces referidas, dispone en su inciso primero “serán aplicables a los funcionarios de la Administración del Estado establecidas en la ley N° 19.296”.

De todo lo cual cabe colegir la **naturaleza administrativa** del Ministerio Público y de las funciones que desempeñan sus fiscales.

8. Función jurisdiccional del Juez de Garantía

La afirmación de naturaleza jurisdiccional de la función del Juez de Garantía no requiere de una argumentación exhaustiva. Este sujeto procesal -inexistente en el sistema anterior- fue especialmente creado por la Reforma Procesal Penal para resguardar los derechos y garantías del imputado o de terceros a través de actuaciones de contenidos esencialmente jurisdiccional, sin perjuicio de su competencia para realizar las funciones que la ley le asigna desde el inicio de la etapa de la investigación hasta la dictación del auto de apertura del juicio oral.

INFORMES EN DERECHO

Dice el art. 9 del Código Procesal Penal (en lo sucesivo: C. P. P.):

“Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos de 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.**”

Añade el artículo 10° “En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorga las garantías judiciales consagradas en la constitución política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.”

En el mismo sentido, el art. 70° del C. P. P. prescribe que “El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las **autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de los derechos asegurados por la Constitución.**”

El juez de garantía dirige personalmente las audiencias que proceden desde la audiencia del control de detención (art. 132 C. P. P.) hasta la audiencia de formalización de la investigación (art. 232 C. P. P.). Sin perjuicio de otras como la de preparación del juicio oral o la audiencia de juicio en el procedimiento por delito de acción penal privada; todas las cuales son acción de naturaleza jurisdiccional.

Cabe señalar finalmente que la competencia del juez de garantía se extiende también a la ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad a las que se refiere el Título VII del libro IV del C. P. P. Dice el art. 466: “Durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad sólo podrán intervenir **ante el competente juez de garantía** el ministerio público, el imputado y su defensor.”

Todo lo cual denota la naturaleza jurisdiccional del cargo y de las funciones del Juez de Garantía.

9. Facultades exclusivas de la Fiscalía en materia de inhabilitación y remoción de los Fiscales Adjuntos

El artículo 59 ° de la LOC. N°19.640 el Ministerio Público denunciado como infringido por el Sr. Juez de Garantía prescribe en lo pertinente:

“Las inhabilidades que afecten a un fiscal adjunto serán resueltas por el Fiscal Regional respectivo.”

Y añade: “Si se rechaza la concurrencia de la causal, el Fiscal continuará con la investigación del caso.”

“Si se acoge la causal de inhabilitación invocada, se deberá asignar al caso a otro fiscal para que inicie o continúe la tramitación del asunto en que recae.”

“La resolución que acoja o rechace la causal de inhabilitación invocada no será susceptible de reclamación alguna.”

Por su parte el artículo 55° -También supuestamente infringido por el mismo juez - establece dieciséis causales de inhabilitación, que son las únicas que, una vez invocadas, permiten al Fiscal Regional respectivo acogerlas o rechazarlas.

La decisión del Sr. Juez de Garantía -en palabras el señor Fiscal requirente “al dar lugar a la petición de la defensa de incluir (entre los testigos) al propio **Fiscal que investigó los hechos, y consecuencialmente inhabilitarlo de seguir interviniendo en la causa que investigó y en la que actúa...**”, no invoca ninguna de las causales de inhabilitación contenidas en el artículo 55 °, recién referido, que son las únicas sobre las cuales el Fiscal Regional tiene competencia para pronunciarse.

Tampoco el Juez de Garantía –según declara en su presentación de 12-XI-09 al Excmo. Tribunal Constitucional– ha inhabilitado al Sr. Fiscal adjunto don Patricio Caroca Luengo para ejercer el cargo de fiscal. “Es más –agrega el mismo juez– él sigue realizando presentaciones a este tribunal y sigue tramitando las causa como de suyo lo ha hecho durante todo este tiempo”.

No se advierte, entonces, que el Juez de Garantía haya invadido atribuciones propias de la Fiscalía invocando una causal de inhabilitación del Fiscal Adjunto Sr. Caroca, que sólo a dicha Fiscalía le corresponde calificar; ni tampoco aparece ejerciendo la facultad que el artículo 59 de la LOC. del Ministerio Público atribuye exclusivamente al fiscal respectivo para acoger o rechazar una causal de inhabilitación de las contenidas en el artículo 55°.

10. Facultades jurisdiccionales del Juez de Garantía en resguardo de un procedimiento y una investigación racionales y justos

El juez de garantía no sólo tiene las atribuciones que sucintamente hemos descrito anteriormente. Tiene también deberes que están señalados en la Constitución, en el Código Procesal Penal y en el Código Orgánico de Tribunales (C. O. T.).

Entre los primeros, el principio de supremacía de la Constitución le obliga a “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.” (art.6 – C.P.R). Le obliga también a vigilar que en los procesos en que interviene se respeten “las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos)... adoptará **de oficio** o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”.

Por su parte, el art. 14, letra a) del C. O. T., prescribe: “Corresponderá a los jueces de garantía: a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

11. Actuación del Juez de Garantía en relación con la incompatibilidad de un agente para ser, simultáneamente, Fiscal y testigo en el proceso que investiga

En la especie, el señor Juez de Garantía - en la audiencia del 27-X-2009- negó lugar a la exclusión del fiscal adjunto don Patricio Caroca Luengo, solicitada por la Fiscalía, para declarar como testigo “por estimarse relevante y pertinente su declaración a los

INFORMES EN DERECHO

intereses de la defensa que lo presentaba” y atendido a que -conforme se registraba en el historial computacional de la acusa- el Sr. Caroca Luengo dejó de participar en ella el día 6 de diciembre de 2008, tres días antes de la audiencia de sobreseimiento celebrada a favor del imputado Soza Zamorano, audiencia a la cual el fiscal Sr. Caroca Luengo no compareció. Posteriormente comparece a la última sesión de la audiencia de preparación de juicio oral el día 3 de noviembre de 2009 y –luego de haberse resuelto los incidentes deducidos de nulidad y reposición – la defensa se opone a la notificación del auto de apertura respectivo, que en el caso de cuestión debía realizarse, pues la comparencia del Sr. Caroca Luengo como fiscal era incompatible con su calidad de testigo que ya había sido resuelta por el juez de garantía. Y fue en ese escenario donde el Juez decidió suspender la audiencia por identificar una “inhabilidad de hecho” entre la calidad de fiscal que invocaba el Sr. Caroca Luengo y el rol de testigo.

En mérito de esta constatación el Sr. Juez de Garantía habría decidido officiar al Sr. Fiscal Regional comunicándole la existencia de esta “inhabilidad de hecho” y pidiéndole que adoptara “las medidas pertinentes para la adecuada prosecución y culminación de la audiencia de preparación el juicio oral.”

No nos corresponde juzgar la pertinencia ni el acierto o desacierto de la decisión del Juez de Garantía que negó lugar a la exclusión del fiscal adjunto Sr. Caroca, como testigo de la defensa de la inculpada.

Pero ninguna duda nos cabe de que esa determinación -así como la subsecuente constatación de la incompatibilidad sobrevenida- son decisiones de carácter jurisdiccional que ninguna relación admiten con la facultad de orden administrativo del Sr. Fiscal Regional para nombrar y remover a los fiscales adjuntos ni con su potestad de calificar sus eventuales inhabilidades, específicamente descritas en el art. 55 de la LOC. del Ministerio Público, de las cuales tampoco ha hecho uso el Sr. Juez de Garantía.

12. Inexistencia de una real contienda de competencia

De los antecedentes relacionados y de las definiciones que hemos adelantado sobre la competencia y la contienda de competencia, podemos derivar las siguientes consecuencias:

12.1 No puede haber contienda de competencia entre potestades que se ejercitan por el distinto riel

En efecto, el ejercicio de las potestades que el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero reclama como propias del Ministerio Público, efectivamente corresponden a éste de manera exclusiva y son de carácter administrativo.

En cambio, las situaciones desplegadas por el Sr. Juez Titular del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Daniel Aravena Pérez, - consistentes en rechazar la exclusión de un testigo presentado por la defensa en la persona del Fiscal Sr. Patricio Caroca; y de officiar al Fiscal Regional Sr. Armendáriz, señalándole la existencia de una incompatibilidad (“inhabilidad de hecho”) en relación con la participación de aquél como representante del Ministerio Público en la misma causa (RIT N° 8867-2008, RUC N°9080100636-9) “a objeto de que adopte las medidas pertinentes

para la adecuada prosecución y culminación de la audiencia de preparación de juicio oral” - son de naturaleza esencialmente jurisdiccional.

Siendo así, que una verdadera contienda de competencia es aquélla que se genera entre dos autoridades u órganos del Estado cuando ambos se atribuyen, de manera exclusiva, el poder de ejercitar una misma facultad con respecto a determinada materia, no puede estimarse que hay contienda cuando dos órganos reclaman o ejercitan potestades que pertenecen a esferas tan distintas como son la administrativa y la jurisdiccional.

12.2. No puede haber contienda en el ejercicio de potestades que no son excluyentes

Las potestades que los artículos 40, 44, y 59, en relación con las inhabilidades que establecen los artículos 54 y 55 de la LOC. N°19.640 del Ministerio Público atribuye a los Fiscales, no son en absoluto incompatibles con las atribuciones y deberes que tanto el Código Procesal Penal, en sus artículos 9°, 10°, 70°, 71°, 276° y 277° así como el Código Orgánico de Tribunales establece en su artículo 14 respecto de los Jueces de Garantía.

En otras palabras, ambos órdenes de potestades pueden ejercerse pacíficamente por sus titulares. No se advierte, en la especie, que ninguno de los órganos de la controversia entablada haya invadido las atribuciones del otro. Por consiguiente, tampoco advertimos aquí -desde este punto de vista- una auténtica contienda de competencia.

12.3.El Juez de Garantía sólo ha constatado una incompatibilidad (“inhabilidad de hecho”), solicitando al Sr. Fiscal Regional subsanarla

Dice el artículo 60 de la LOC. N° 19.640 que “No podrán ser fiscales quienes tengan alguna incapacidad o **incompatibilidad** que los inhabilite para desempeñarse como jueces”.

Esta disposición, situada en el Título V que trata de las “INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES”, constituye un indicio claro del carácter de tercero independiente e imparcial que debe tener un fiscal para desempeñar este cargo, cualidades que la disposición asemeja a las de un juez.

Y así como resultaría impresentable -además de contrario a derecho- que un juez actuara como testigo en la causa que ha substanciado, también contraría la razón y los principios del proceso justo y racional que propicia nuestra Constitución, la presencia de un fiscal en el proceso en que ha sido llamado a declarar como testigo.

Ahora bien, existe una curiosa contradicción cuyo esclarecimiento podría hacer variar substancialmente el planteamiento del caso. En su requerimiento al T.C., el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero sostiene -en diversos pasajes- que habría designado al Fiscal Adjunto en cuestión, don Patricio Caroca Luengo “desde el 04 de diciembre de 2008”, para la investigación que incide en la causa RUC N°0801000636-9 del 8° Juzgado de Garantía de Santiago seguida por los delitos de robo con homicidio y otros, cometidos en las personas de Francisco Zamorano Marfull, Héctor Arévalo Olivero y Diego Schmidt-Hebbel. Esta afirmación está hecha al final de la hoja 1, se repite en la hoja 3 (Antecedentes de Hecho), se reitera en la hoja 9, párr. 4º; y se sustenta en una “CONSTANCIA” que se acompaña con el N° 2 en el primer

otrosí de la misma presentación, la que aparentemente está suscrita por el propio Sr. Fiscal requirente. Además, en la hoja 6, párr. 5º se atribuye al Juez de Garantía requerido, “incluir al propio **Fiscal que investigó los hechos, y consecuencialmente inhabilitarlo de seguir interviniendo en la causa que investigó y en la que actúa**” (lo destacado y subrayado es del texto transcrito).

Sin embargo, en sentido contrario, el Juez de Garantía Sr. Daniel Aravena Pérez, en su Informe al Sr. Presidente del T. C., de fecha 12-XI-2009, sostiene que “con fecha 27 de octubre de 2009 se accedió a la petición de la defensa de incorporar (como testigo) al **señor fiscal don Patricio Caroca Luengo, quién, si bien es cierto figuró en la causa RUC N°0801000636-9... como el fiscal de la causa, no debe olvidarse que él la mantuvo a cargo mientras se dirigió la investigación en contra del Sr. Claudio Ernesto Sosa Zamorano (en lo que se refiere a diligencias ante el Tribunal, desde el 24 de agosto de 2008 al 10 de octubre del mismo año), respecto de quién solicitó y obtuvo la medida cautelar de prisión preventiva, imputado que estuvo privado de libertad por aproximadamente un mes. Con posterioridad, el 9 de diciembre de 2008 se dictó sobreseimiento definitivo parcial, en relación a aquel imputado, y por encontrarse establecida su inocencia, audiencia a la cual ya no compareció el Fiscal señor Patricio Caroca Luengo**” (el destacado y subrayado es del texto original).

Luego el Sr. Juez informante agrega que en noviembre de 2008 aparecieron los nuevos imputados José Mario Rodríguez Ruz y María del Pilar Pérez López y asienta que “En otras palabras el Sr. Patricio Caroca Luengo estuvo a cargo de la investigación sólo cuando ésta fue dirigida en contra del Sr. Claudio Ernesto Soza Zamorano,... El Sr. Patricio Caroca Luengo no ha comparecido durante todo el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral y tampoco ha desarrollado algún tipo de gestión, cualitativa o cuantitativamente relevantes, que digan relación con los Sres. José Mario Rodríguez Ruz y María del Pilar Pérez que son los actuales acusados”.

Más categórica aún es la versión entregada por la Defensora Nacional, doña Paula Vial Reynal, en el primer otrosí del escrito en que se hace parte ante el T. C. en el ROL ING. N°1531-2009. En el punto 4 (hojas 2 a 4) señalan que “El señor Patricio Caroca Luengo actuó como fiscal en la causa RUC N° 0800375048-6 dirigida en contra del Sr. Claudio Soza Zamorano, quien fue sobreseído definitivamente. En la causa RUC N° 080100036-9, donde se generó esta aparente contienda de competencia, no ha actuado como tal” (el subrayado es del punto 4.1) del texto original). Añade en el punto 4.3): “Como se señaló en la citada resolución de fecha 6 de diciembre de 2008 se determinó, conforme lo solicitara el Ministerio Público, acumular la causa RUC N° 0800375048-6 (contra don Claudio Soza Zamorano) a la causa RUC 0801000636-9, en esta última la investigación estaba a cargo de los fiscales señores Carlos Gajardo Pinto y Vinko Fodich Andrade” más adelante la Defensoría expresa que “La Constancia aludida (de fecha 2-XI-09, suscrita por el Fiscal Sr. Armendáriz) carece de toda validez, primero porque el Sr. Caroca Luengo nunca realizó diligencia o actuación alguna en la investigación RUC 0801000636-9 que iniciaron los fiscales Sres. Fodich y Gajardo; y, segundo, porque no existe documento ni antecedente alguno, suscrito o emitido en la época (4 de diciembre de 2008) en que el Sr. Fiscal Regional hubiese dispuesto la designación de los citados fiscales.”

No nos corresponde dilucidar cuál es la versión ajustada a los hechos.

Pero interesa señalar que, si efectivamente el Sr. Patricio Caroca Luengo no actuaba como Fiscal de la causa en que fue incluida su nominación como testigo de la defensa, ni siquiera existe la “inhabilidad de hecho” o -mejor dicho- la incompatibilidad que creyó advertir el Juez de Garantía entre el supuesto papel del Fiscal del Sr. Caroca en esa causa, cuando no lo era, y su admisión como testigo de la defensa en dicha causa. Y, si esto fuera así, no se da en la especie ni siquiera una contienda aparente de competencia, toda vez que la “inhabilidad de hecho” representada por el Sr. Juez de Garantía estaría basada en un error de hecho consistente en creer que el Sr. Caroca era Fiscal actuante en la causa donde no lo era y se había aceptado su inclusión como testigo. Si el Sr. Caroca no era interviniente, como Fiscal, en esta causa, no se advierte qué inhabilidad podría afectarle para declarar como testigo en ella. Creemos que esto es así, primeramente, porque el artículo 276 del C. P. P. atribuye al Juez de Garantía la facultad de seleccionar las pruebas que serán admitidas en el juicio oral; en segundo lugar porque el artículo 309 del C. P. P. prescribe que *“En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles”*; en tercer lugar, porque no existe ninguna norma que prohíba a un Fiscal -por el sólo hecho de serlo- declarar como testigo en la causa en que no actúa en ese carácter; por el contrario el artículo 63 letra c) permite a los fiscales comparecer ante los tribunales de justicia como testigos respecto de hechos de que hubieren tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, prohibiéndoles hacerlo **sin previa comunicación a su superior jerárquico**; y, finalmente, porque el artículo 298 del C. P. P. establece el deber de comparecer y declarar, del siguiente modo: “Toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial;... “siendo así que los fiscales no están legalmente exceptuados de hacerlo ni en el artículo 300 C P. P. ni en ninguna otra disposición legal.

Demás está señalar que -en esta hipótesis- se derrumba toda la elaboración teórica de la contienda de competencia planteada por el requirente, ya que no existiría ninguna inhabilidad ni incompatibilidad para ser testigo, que afectara al Sr. Patricio Caroca, por no ser Fiscal actuante en la causa RUC 0801000636-9 donde fue admitido como testigo; porque en dicha causa fueron designados oportunamente dos fiscales adjuntos que no han sido removidos de ella -los señores Vinko Fodich y Carlos Gajardo-; y porque, de esta manera, están suficientemente resguardadas las funciones y garantías del Ministerio Público para cumplir su cometido en dicho proceso.

12.4. Conclusión acerca de la inexistencia de contienda de competencia en la especie

Regresando a la hipótesis original planteada por el Sr. Fiscal Regional de la Fiscalía Metropolitana Zona Oriente, Sr. Xavier Armendáriz Salamero, en su requerimiento al Excmo. Tribunal Constitucional, estimamos que en la controversia suscitada en la especie a raíz de la supuesta “inhabilidad de hecho” constatada por el Sr. Juez de Garantía en la audiencia de preparación del juicio oral de 3 de noviembre de 2009 y el Oficio 5185-2009, de la misma fecha, dirigido por el citado juez al Sr. Fiscal Regional mencionado, no se produce “la invasión de atribuciones” que imputa éste a aquél (hoja 10 párr. 2º), toda vez que el Juez de Garantía se ha ceñido a sus facultades jurisdiccionales y no ha hecho uso ni de las atribuciones propias del Fiscal Regional para inhabilitar a un Fiscal adjunto (artículo 59, inc. I ° LOC. N° 19.640) ni

INFORMES EN DERECHO

ha utilizado alguna de las causales de inhabilitación que contempla el artículo 55 de la misma LOC. y cuyo uso es de resorte de la Fiscalía.⁸

En la especie se trata, más bien, de una diferente interpretación de normas infraconstitucionales que no corresponde resolver al Excmo. Tribunal Constitucional.

Estimamos que un diferendo de esta naturaleza corresponde ser resuelto en sede jurisdiccional, por las vías procesales ordinarias o mediante la vía correctiva extraordinaria.

Al parecer esto fue lo que hizo la Fiscalía, deduciendo en la audiencia desarrollada el día 3-XI-09 ante el Juez de Garantía Sr. Daniel Aravena Pérez, la incidencia de nulidad procesal, recurso de reposición con nuevos antecedentes, y nulidad de derecho público, respecto de la inclusión del Fiscal Sr. Patricio Caroca como testigo de la defensa. Así consta de la solicitud de certificado presentada en el 8° Juzgado de Garantía de Santiago por don Carlos Gajardo Pinto, Fiscal del Ministerio Público en la causa tantas veces señalada y del Certificado mismo emitido con fecha 13-X-09 por la Jefe de la Unidad de Causas y Sala del citado Juzgado de Garantía.

Ante la ineficacia de la interposición de los recursos señalados, el Fiscal Regional Sr. Xavier Armendáriz Salamero con fecha 5-XI-09, esto es, antes de la interposición del requerimiento ante el T. C. dedujo ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de queja en contra del 8° Juzgado de Garantía de Santiago fundándose en los mismos hechos en que justifica el requerimiento presentado ante el Excmo. Tribunal Constitucional en el Rol Ing. N°1531-2009 del T. C.

Estimamos que esta es la manera correcta de dilucidar y resolver la cuestión planteada entre la Fiscalía del Ministerio Público y el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, es decir, ante los tribunales ordinarios de justicia encargados de interpretar la legislación aplicable en un proceso penal y, eventualmente, corregir las actuaciones inapropiadas de los jueces.

13. Conclusiones

13.1. No puede existir una contienda de competencia entre órganos del Estado que ejercen atribuciones de distinta naturaleza; esto es, de carácter jurisdiccional por parte del Juez de Garantía y de carácter administrativo, por parte del Ministerio Público.

13.2. Tampoco puede existir dicha contienda si ninguno de los órganos supuestamente concernidos en ella han invadido las atribuciones exclusivas del otro órgano. En la especie, el Juez de Garantía no ha invocado ni utilizado las facultades que los artículos 55 y 59 de la LOC. N° 19.640 atribuyen exclusivamente al Ministerio Público.

13.3. En el evento de que el Sr. Patricio Caroca no haya estado actuando como fiscal en el proceso en que se le incluyó como testigo de la defensa ni siquiera existiría el hecho básico que pudiera dar lugar a una contienda de competencia. Por el

8 Ver sobre esta materia "Contiendas de Competencia" en Revista Gaceta Jurídica N°168, junio de 1994.

contrario, esta persona tendría la obligación legal de comparecer y declarar en dicho proceso conforme a las disposiciones citadas a este respecto.

13.4. La constatación por parte del Juez de Garantía de la incompatibilidad aparente entre el supuesto fiscal adjunto en la causa, Sr. Caroca, y su admisión como testigo, así como su comunicación por oficio al Sr. Fiscal Regional es una decisión de carácter jurisdiccional, en resguardo de las garantías del debido proceso y de los derechos del imputado y no puede considerarse una invasión de las atribuciones administrativas del Ministerio Público que tienen distintos fundamentos legales y diferentes objetivos.

13.5. No existiendo en la especie una auténtica contienda de competencia, no corresponde plantear la controversia ante el Excmo. Tribunal Constitucional sino ante los tribunales ordinarios de justicia, sede apropiada para resolver esta clase de asuntos.

-000-

En atención al escaso tiempo que se me ha concedido para emitir esta comunicación, solicitada en carácter urgente, no he podido adentrarme en el estudio del derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia existente en la materia; por lo que doy aquí por concluido el presente Informe.

Saluda atentamente a usted,

PROF. DR. LAUTARO RIOS ALVAREZ

Valparaíso, 02 de diciembre de 2009.-

Sistemática del concurso en sede de comercio ilegal

M^a. SOLEDAD KRAUSE M.

INFORME EN DERECHO SISTEMÁTICA DEL CONCURSO EN SEDE DE COMERCIO ILEGAL

I. Planteamiento del Problema

Se me ha solicitado emitir opinión acerca del modo en que debiera resolverse la cuestión relativa al concurso entre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial previstos, respectivamente, en los artículos 80 letra b) de la Ley 17.336¹ y el artículo 28 letra a) de la Ley 19.039,² por una parte y los delitos que tipifican los números 8 y 9 del artículo 97 del Código Tributario, por otra.

El problema se ha planteado específicamente en relación con aquellos imputados que son descubiertos en la vía pública vendiendo discos compactos de música, películas y programas computacionales que ellos mismos o terceros han elaborado en contravención con los derechos de sus autores o de productos que comercializan, sin autorización, bajo una marca igual o semejante a la registrada por un tercero para la misma clase de bienes o para bienes relacionados. En atención a lo anterior, y si bien es posible imaginar que las hipótesis de concurrencia de ambos grupos de figuras son mayores que las expresadas, el informe se centrará, en lo que sigue, en ellas.

1 Atendido el proyecto de ley en tramitación, Boletín 5012-03, y que fue enviado al ejecutivo para su promulgación y publicación con fecha 6 de abril de 2010, debiéramos considerar, dependiendo de la hipótesis de hecho concurrente, las figuras contempladas en los artículos 79 a), 79 bis y 81 del mismo, entre otras.

2 Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fija el Decreto con Fuerza de Ley No. 3, de 2006.

El estudio se inicia con un análisis breve de las figuras típicas aplicables, para posteriormente, exponer las diversas soluciones que, en materia de concurso, ha ofrecido la jurisprudencia. Continúa con un análisis de las consideraciones jurídicas que apoyan la solución principal que se propone para la cuestión discutida y posteriormente la que se ofrece de manera subsidiaria, para finalizar con un resumen de las mismas a modo de conclusión.

II. Algunas Consideraciones sobre las Disposiciones Legales relevantes

Dispone el artículo 80 letra b) de la Ley 17.336: “Cometen, asimismo, delitos contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso: (...) b) Los que, en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassettes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales. Los autores serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia”.³

Si bien la ley 17.336 protege tanto los derechos morales como los patrimoniales del autor en relación con las creaciones del intelecto en el ámbito literario, artístico o científico, el tipo penal de la letra b) del artículo 80 sólo alcanza los derechos de contenido patrimonial que confiere el dominio sobre la obra⁴ y, en concreto, el derecho de sus titulares⁵ de aprovecharse de manera exclusiva y por todo el tiempo de protección que confiere la ley, de la misma. Así resulta de la circunstancia que el tipo penal no ampare sólo al autor sino también a quien haya adquirido sobrevinientemente los derechos patrimoniales sobre la obra, así como de la exigencia de ánimo de lucro que ha de animar la intervención de cada uno de los partícipes en las concretas conductas que sanciona.

De este modo, la ley prohíbe, bajo sanción de pena, que terceros carentes de derechos patrimoniales sobre una creación del intelecto –los hayan adquiridos de manera originaria o derivativa- y por la vía de la reproducción de la obra, la distribución, la importación o la comercialización de la misma, violenten el derecho de aprovechamiento patrimonial exclusivo que confiere el derecho intelectual, recaiga éste sobre fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassettes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales.

3 Disponen los artículos 79 a) del proyecto de ley: “Comete falta o delito contra la propiedad intelectual: a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18”; artículo 79 bis: “El que falsifique obra protegida por esta ley, el que la edite, reproduzca o distribuya, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto (...)” y el artículo 81: “Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras o interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, producidos en contravención a las disposiciones de esta ley. El que con ánimo de lucro fabrique, importe, interne al país, tenga o adquiera para su distribución comercial las copias a que se refiere el inciso anterior (...)”.

4 Hay jurisprudencia en ese sentido, C. Suprema, 12 de mayo 2008. Es la posición que se asume también en el derecho comparado, ver LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, 11ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 166.

5 En el caso de los autores, por el solo hecho de su creación, C. Apelaciones de Valparaíso, 5 de octubre 2007.

INFORMES EN DERECHO

La figura de la letra b) del artículo 80 dispone que se incurre en el tipo penal con la sola adquisición o tenencia de las especies con fines de venta, y sin necesidad que dicha comercialización efectivamente se realice.⁶

Si bien es posible afirmar que el bien jurídico que tutela la figura de la letra b) del artículo 80 es de contenido patrimonial, no puede identificarse propiamente con la propiedad. Las creaciones intelectuales, como objetos incorporeales sobre los que se ejerce el dominio, presentan una característica que las diferencia de las materiales: su titular sólo puede aprovecharlas de manera relacional. A diferencia de las cosas corpóreas, respecto de las cuales es posible imaginar un uso y goce que se desenvuelve y agota en la persona del titular o en el vínculo directo de éste y la cosa, el uso y goce de las creaciones del intelecto no puede efectuarse sino en la interacción social. Ello permite afirmar que la propiedad industrial protege fundamentalmente una determinada posición del titular en relación con los demás sujetos sociales y referida a un específico bien: la obra, posición a partir de la cual se edifican una serie de vínculos jurídicos. Esa especificidad del dominio sobre esta clase de objetos explica por qué su tutela se vincula tan íntimamente con bienes jurídicos de naturaleza supraindividual como son la libre competencia y los derechos de los consumidores, entre otros.

El artículo 28 de la Ley 19.039 prescribe, por su parte: “Serán condenados a pagar una multa a beneficio fiscal de 25 a 1.000 unidades tributarias mensuales: a) Los que maliciosamente usen, con fines comerciales, una marca igual o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos, servicios o establecimientos o respecto de productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprende la marca registrada. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 bis E (...)”.

La figura penal que consagra la letra a) del artículo 28 de la Ley 19.039 protege el derecho de contenido patrimonial que surge para quien es titular de una marca: hacer uso exclusivo de ella para identificar los productos o servicios para los que concretamente se encuentra registrada o sus relacionados. Se entiende por marca “todo signo visible, novedoso y característico que sirva para distinguir productos, servicios, o establecimientos comerciales e industriales”.⁷

El tipo penal exige que el uso de la marca se efectúe con malicia y para fines comerciales. Los mencionados requisitos determinan que el uso de la marca ajena deba efectuarse con conocimiento de que se encuentra inscrita y precisamente, con la finalidad de obtener alguna ventaja comercial con su uso,⁸ lo que presupone que ella es efectivamente utilizada en el mercado por su titular y que goza de distintividad en él.

En el caso de los delitos de propiedad industrial, la doctrina extranjera debate acerca de si el tipo penal protege un bien jurídico de naturaleza jurídica individual o supraindividual. Para quienes sustentan la primera posición, el bien jurídico protegido sería

6 Hay jurisprudencia, C. Apelaciones de Santiago, 25 de septiembre 2009; C. Apelaciones de Concepción, 25 de abril 2008.

7 Artículo 19 de la Ley 19.039. En el mismo sentido, la doctrina comparada CORCOY VIDASOLO, Mirentxu et al., *Manual Práctico de Derecho Penal Parte Especial Tomo II Derecho Penal de la Empresa*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p.129.

8 “En otras palabras, exige la intención positiva del hechor de utilizar, con fines comerciales, una marca igual o semejante a otra ya protegida y causar al dueño de ésta el daño que la norma pretende evitar”, C. Suprema, 18 de enero 2007.

la propiedad industrial, en la forma específica del derecho de explotación exclusiva de los objetos amparados por el registro. Para otros, atendiendo a la ubicación del mencionado tipo junto con los delitos relativos al orden socioeconómico y de los consumidores en sus respectivos Códigos Penales, doctrina y jurisprudencia comparada estiman que nos encontramos frente a un tipo que protege un bien jurídico supraindividual, dado por la libre competencia en el mercado -por medio del fortalecimiento de la posición del titular de la propiedad industrial y los derechos de los consumidores, evitando que se produzca una confusión en el mercado en el caso que se trate de signos distintivos-.

En nuestra doctrina nacional, el Fiscal Nacional ha observado, en el Oficio N°064 de 29 de enero de 2003, que estas figuras salvaguardan tanto la propiedad industrial como el orden socioeconómico. La doctrina ha defendido el contenido material de esos signos distintivos en la interacción social.⁹

Creemos que la especial naturaleza del objeto sobre el que recae el derecho de dominio también en estos supuestos determina que no sea únicamente la propiedad aquello que se protege, sino que la posición que adquiere el titular de ella en el mercado, a partir de la cual se configuran una serie de relaciones jurídicas materiales de relevancia como la competencia y la relación de consumo, entre otras.

Finalmente, dispone el artículo 97 del Código Tributario: “Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en la forma que a continuación se indica: N°8 El comercio ejercido a sabiendas sobre mercaderías, valores o especies de cualquier naturaleza sin que se hayan cumplido las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos que graven su producción o comercio, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento de los impuestos eludidos y con presidio o relegación menores en su grado medio. La reincidencia será sancionada con pena de presidio o relegación menores en su grado máximo” y “N°9 El ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria con multa de treinta por ciento de una unidad tributaria anual a cinco unidades tributarias anuales y con presidio o relegación menores en su grado medio y, además, con el comiso de los productos o instalaciones de fabricación y envases respectivos”.

El tipo objetivo descrito en el N°8 del artículo 97 exige que el sujeto activo ejecute uno o más actos de comercio sobre mercaderías, valores o especies de cualquier naturaleza cuya producción o comercio esté gravada con algún tributo y siempre que no se hayan cumplido las obligaciones de declarar y pagar el impuesto respectivo.¹⁰

El tipo subjetivo exige una actuación a sabiendas, requisito que la jurisprudencia ha definido como “conocimiento de que no se ha cumplido con las obligaciones señaladas (...) el contribuyente debe tener conocimiento de la circunstancia de no haberse declarado ni pagado el impuesto que grava la producción o comercio de las especies que, a su vez, son objeto del ejercicio del comercio”.¹¹

Se ha afirmado –en contraposición con el N°9 del artículo 97 del Código Tributario, como se verá- que el delito tributario previsto en el N°8 del artículo 97 del Código del

9 VAN WEEZEL, Alex, *Principio de especialidad de las marcas y delito marcario*, Gaceta N°315, p. 32 y ss.

10 ASTE MEJÍAS, Christian, *Curso sobre derecho y código tributario*, Cuarta Edición actualizada, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 457- 458.

11 C. Apelaciones de Concepción, 1 de septiembre de 2008.

INFORMES EN DERECHO

ramo tiene por objeto proteger el patrimonio fiscal, evitando la evasión de impuestos por la vía de sancionar penalmente el incumplimiento de las conductas de declaración y pago.¹² Esta circunstancia quedaría demostrada por el hecho que la multa que establece el tipo se cuantifica específicamente en relación con el monto del tributo que se evade.

No conocemos de aplicación jurisprudencial de esta figura penal a supuestos de venta de especies que infringen la propiedad industrial o intelectual, en atención, en primer lugar, a que el concurso aparente entre las figuras de los números 8 y 9 del artículo 97 del Código Tributario se ha resuelto conforme con el principio de especialidad a favor del segundo de ellos y, fundamentalmente, estimamos, en atención a la discusión no resuelta en relación con la procedencia de que tributen los ingresos ilícitos,¹³ la que parece ineludible cuando se afirma, como en este caso, que el bien jurídico que protege el tipo penal es el patrimonio fiscal.¹⁴

Finalmente, el tipo penal del N°9 del artículo 97 del Código Tributario exige, asimismo, el ejercicio de comercio o industria, entendido el primero como la realización de uno o más actos de comercio, y el segundo, como una subespecie del primero;¹⁵ y que dicha actividad tenga lugar de manera clandestina. La jurisprudencia ha entendido el término clandestino en el sentido que le proporciona el Diccionario de la Real Academia, como aquello que se hace secretamente por temor a la ley o para eludirla.¹⁶ Ese ejercicio al margen de la ley implica que el comerciante incumpla con las obligaciones de registro que consagra la Ley Tributaria, con la precisa intención de eludir las normas y obligaciones que ella impone. No se exige la concurrencia de un perjuicio.¹⁷

A diferencia de la figura contenida en el N°8 del artículo 97 del Código Tributario, su especificidad estaría dada precisamente por la clandestinidad, en la medida en que la misma impide detectar la actividad y someterla a las regulaciones a las que se sujetan otras iguales o equivalentes en el mercado. Dado que atentaría en contra de bienes jurídicos colectivos, la pena no se encuentra establecida en referencia a tributo alguno.

Es en este segundo entendido que se ha estimado que el bien jurídico que protegen los mencionados delitos tributarios es el orden público económico, entendiéndose por tal el resguardo de las condiciones de transparencia con las que los sujetos econó-

12 C. Suprema, 12 de mayo 2008.

13 Ver a modo referencial, ASTE MEJÍAS, Christian, *La tributación de los ingresos ilícitos en Chile*, Memoria para optar al grado de Magister en Derecho Económico Universidad de Chile, 1999, *passim*; PRAMBS JULIAN, Claudio, *Reflexiones acerca de la tributación fiscal de los bienes o ingresos ilícitos en general y delictivos en particular*, en Revista de Derecho y Ciencias Penales N°7/ 2005, p. 21 y ss.; ASTE MEJÍAS, Christian, *Exposición de los argumentos en que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones*, en Manual de Consultas Tributarias, marzo 2007, N°351, p. 111 y ss.; GORZIGLIA BALBI, Arnaldo, *Situación tributaria de los recursos obtenidos ilícitamente*, en Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, Año XI, Nos. 1- 2, Santiago, 1996, p. 181 y ss.; DAVIS CASTRO, Cristián, *Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria*, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año VII, N°7, Santiago, 2003, p. 173 y ss.

14 Las circunstancias anteriores determinan que, en lo que sigue, el informe se centre en la figura del artículo 97 N°9 del Código Tributario.

15 ASTE MEJÍAS, Christian, *Curso sobre derecho y código tributario*, p. 458- 459.

16 C. Suprema, 29 de enero 2007; C. Apelaciones de Concepción, 12 de diciembre de 2007; C. Apelaciones de Antofagasta, 18 de febrero de 2008; C. Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 2008.

17 C. Apelaciones de Antofagasta, 18 de febrero de 2008.

micos ejercen sus actividades comerciales o industriales; y no el patrimonio fiscal.¹⁸ En base a estas consideraciones alguna jurisprudencia, como se verá, ha estimado que el delito se configura tanto en los supuestos en que los bienes que se comercializan son de lícito comercio, como cuando no.^{19 20}

III. La Discusión en la Jurisprudencia

El Servicio de Impuestos Internos ha postulado desde antiguo que las actividades de producción y enajenación de especies que atentan contra los derechos de propiedad intelectual o industrial configuran, además de los tipos concretos consagrados en la Ley 17.336 o en la Ley 19.039, el ilícito penal previsto y sancionado por el artículo 97 N°9 del Código Tributario, en la medida en que dichas actividad importan, de parte de los sujetos que las realizan, actos de comercio o industria que se ejercitan clandestinamente, y que violentan el orden público económico al alterar las condiciones de transparencia e igualdad que deben regular el desenvolvimiento de los agentes económicos.

En la cuestión relativa a si en los supuestos de hecho que nos ocupan nos encontramos frente a una hipótesis de concurso, la jurisprudencia se ha pronunciado generalmente por la afirmativa,²¹ sin embargo, a la hora de definir su especie, no ha esbozado un criterio uniforme.

La posición mayoritaria – la que comparte, a lo menos en el último tiempo, el Servicio de Impuestos Internos- se inclina por calificar que nos encontramos frente a un concurso ideal de delitos, en atención a que una misma conducta, o una unidad de hecho configuraría al mismo tiempo dos infracciones penales distintas.^{22 23}

No obstante lo anterior, también es posible encontrar sentencias en que la concurrencia de ambas figuras penales se resuelve conforme con las reglas del concurso real, aplicando al o los imputados las penas correspondientes a cada una de las

18 C. Suprema, 11 de abril 2006; C. Apelaciones de Copiapó, 6 de julio 2007; C. Apelaciones de Talca, 20 de noviembre de 2007; C. Suprema, 18 de agosto de 2008; C. Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 2008; Juzgado de Garantía de Angol, 9 de enero de 2009; C. Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2009.

19 C. Suprema, 11 de abril 2006; C. Suprema, 19 de octubre 2007; C. Suprema, 28 de diciembre 2006; C. Suprema, 25 de enero 2007; C. Apelaciones de Valdivia, 31 de enero 2007; C. Suprema, 15 de marzo 2007; C. de Apelaciones de Concepción, 29 de junio 2007; C. Apelaciones de Copiapó, 6 de julio 2007; C. Suprema, 18 de agosto de 2008; C. Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2009.

20 Pese a que la jurisprudencia y la doctrina han efectuado una interpretación amplia del bien jurídico que protege el artículo 97 N°9 del Código Tributario, lo cierto es que debemos reducir su extensión, entendiendo que resguarda el orden público económico –y la transparencia y libre competencia que deben operar en él- sólo en lo que dice relación con el orden tributario y, en concreto, con aquellas reglas que están llamadas a tutelar mediatamente las condiciones bajo las que se ejerce el poder impositivo del Estado. De este modo, la clandestinidad que se sanciona se encuentra referida a las específicas obligaciones tributarias que consagra el mismo Código Tributario, y que es de competencia fiscalizar y perseguir al Servicio de Impuestos Internos (quien tiene además la facultad de ejercicio exclusivo y excluyente de la acción penal de acuerdo con el Código Tributario y la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos). De este modo, no parece ocioso pronunciarse, para efectos de definir su alcance, si los ingresos ilícitos tributan.

21 Constituye excepción la sentencia de la C. Apelaciones de Arica, 31 de agosto de 2007, que aprecia la concurrencia de un concurso aparente de leyes penales que resuelve conforme con el principio de consunción en favor del delito tributario.

22 C. Apelaciones de San Miguel, 22 de octubre 2009; Juzgado de Garantía de Angol, 9 de enero de 2009. Esta parece además la solución que ofrece C. Apelaciones de Talca, 20 de noviembre de 2007.

23 También se ha estimado concurrente concurso ideal entre la figura del artículo 97 N°9 del Código Tributario y el tipo penal contenido en el artículo 139 de la Ley de Pesca en base a argumentaciones similares, como en C. Apelaciones de Copiapó, 6 de julio 2007.

infracciones consideradas separada e independientemente.²⁴ Esos fallos omiten, en cualquier caso, los fundamentos por los que resuelven en el expresado sentido.

IV. Solución Principal: La conducta relevante es atípica a la luz de lo dispuesto por el artículo 97 N°9 del Código Tributario

En mérito a las consideraciones lógicas y jurídicas que se expondrán a continuación, esta informante estima que, en las hipótesis de hecho relevantes, no nos encontramos frente a un problema de concurso, en atención a que ellas son atípicas a la luz de lo previsto por el artículo 97 N°9 del Código Tributario.

IV.1 Sentido y alcance de la expresión comercio en la figura penal del artículo 97 N°9 del código tributario

La figura penal tipificada en el numeral 9 del artículo 97 del Código Penal sanciona las conductas consistentes en el ejercicio efectivo del comercio o la industria.

Tal como ha estimado doctrina y jurisprudencia, el término “comercio” del que se ha valido el legislador se utiliza en un sentido técnico, aludiendo a la realización de uno o más de los actos que regula y reglamenta el artículo 3° del Código de Comercio. Por “industria” se entiende una sub especie de acto de comercio y se encuentra, por consiguiente, comprendida en él.

Ello nos obliga, para efectos de dar contenido a la figura penal, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 21 del Código Civil, a determinar qué se entiende por “comercio” o por “actos de comercio” de acuerdo con dicha rama del derecho sustantivo.

Un análisis de la enumeración contenida en el artículo 3° del Código de Comercio nos permite afirmar, en términos generales, que son actos de comercio todos aquellos actos jurídicos que, ya en razón de su objeto, ya en razón del sujeto que los realiza, ya en razón de otros criterios legales, se encuentran sometidos al estatuto jurídico mercantil.²⁵

Todos los actos de comercio son actos jurídicos permitidos y regulados por el ordenamiento jurídico, y que se caracterizan, en general, por el desarrollo de una labor de intermediación tendiente a la efectiva circulación de la riqueza.

De este modo, no cualquier acto material de transferencia de bienes puede ser considerado “comercio”, en el sentido preciso y determinado que le confiere el tipo penal del número 9 del artículo 97 del Código Tributario; sino que únicamente aquellos actos jurídicos que engendran derechos o títulos que permiten la efectiva circulación de la riqueza.

²⁴ Tribunal de Garantía de Punta Arenas, 4 de octubre de 2004; C. Suprema, 18 de agosto de 2008.

²⁵ En los sistemas modernos prima un sistema objetivo de determinación del ámbito de aplicación del derecho mercantil que se consolida por la vía de la definición legal de qué se entiende por acto de comercio, BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Derecho Comercial*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 255.

IV.2 las especies que violentan los derechos de propiedad industrial e intelectual se encuentran sujetas a una prohibición de comercio

Para los efectos de este informe, debemos resolver si en los supuestos de hecho relevantes puede tener lugar comercio, en el sentido técnico que le atribuye el artículo 3° del Código de Comercio, en relación con especies elaboradas o comercializadas en contravención con los derechos de propiedad intelectual o industrial de sus titulares.

Se consideran bienes en nuestro sistema jurídico todas aquellas entidades materiales o inmateriales sobre las que recae el poder en que consiste el derecho.²⁶ En general, la posibilidad de constituir derechos sobre los bienes se encuentra permitida, salvo en los supuestos de cosas inenajenables o especies sujetas a una prohibición de enajenación.²⁷ En relación con estas últimas puede tratarse de prohibiciones absolutas, entendiendo por tales aquellas que niegan la posibilidad jurídica de transferencia bajo cualquier respecto, o relativas, en el caso que exijan, para su realización, el cumplimiento de determinados requisitos o condiciones; pudiendo fundarse unas y otras en consideraciones de interés público o privado.

Las especies que son producto de un determinado delito están sujetas en nuestro ordenamiento jurídico a una prohibición de enajenación, la que se funda en el interés público de evitar un enriquecimiento ilícito.²⁸ Esa es la consecuencia accesoria, de naturaleza civil, de la realización de la infracción penal respectiva. Es por ello que la ley dispone que tales especies quedan afectas a comiso en los términos que dispone el artículo 31 del Código Penal: “*Toda pena que se imponga por un crimen o simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con los que se ejecutó (...)*” y deben ser destruidas o, en su caso, ingresar al patrimonio fiscal.

Las especies elaboradas o comercializadas en contravención con los derechos de propiedad intelectual o industrial se encuentran sujetas también a comiso en aplicación de lo dispuesto por los artículos 82 de la Ley 17.336²⁹ y el artículo 29 de la Ley 19.039.³⁰ Llama la atención en relación con la primera de dichas disposiciones, eso sí, que ellas pueden ser entregadas al titular de los derechos infringidos como una forma de proceder a su reparación³¹.

26 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los bienes y los derechos reales*, Editorial Nascimento, Santiago, 1974, p. 5.

27 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los bienes y los derechos reales*, p. 94.

28 AGUADO CORREA, Teresa, *La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 05-04 (2003), en <http://criminet.ugr.es/recpc>; RESTREPO MEDINA, Manuel, *Instrumentación cautelar del comiso*, en Revista Estudios Socio- Jurídicos, año 8, volumen 2, Colombia, p. 151 y ss.

29 Artículo 82 de la Ley 17.336: “*El Tribunal, al hacer efectiva la indemnización de perjuicios, puede ordenar, a petición del perjudicado: 1. La entrega a éste, venta o destrucción: a) De los ejemplares de la obra fabricados o puestos en circulación en contravención a sus derechos, y b) del material que sirva exclusivamente para la fabricación ilícita de ejemplares de la obra. 2. La incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución. Durante la secuela del juicio podrá el Tribunal ordenar, a petición de parte, la suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución o representación*”.

30 Artículo 29 Ley 19.039: “*Los condenados de acuerdo al artículo anterior serán obligados al pago de las costas y de los daños o perjuicios causados al dueño de la marca. Los utensilios y los elementos directamente empleados para la falsificación o imitación y los objetos con marcas falsificadas caerán en comiso. Tratándose de objetos con marca falsificada, se procederá a su destrucción. En el caso de los utensilios o elementos utilizados, será facultad del juez competente decidir sobre su destino, pudiendo ordenar su destrucción o distribución benéfica*”.

31 El proyecto que modifica la ley 17.336 contiene normas más precisas para imposibilitar la circulación, la que se puede decretar como prejudicial. Ver, entre otros, artículos 85 C, 85 D a), b), c) y e).

INFORMES EN DERECHO

Las normas generales contenidas en el artículo 187 del Código Procesal Penal disponen, asimismo, que como primeras actuaciones de investigación debe proceder el Fiscal a la incautación de dichos bienes. De este modo, también de manera provisional y mientras se discute la aplicación definitiva de esa prohibición de enajenación, la circulación jurídica y material de los mismos se encuentra prohibida³².

Las leyes especiales han previsto mecanismos destinados a hacer efectiva esa prohibición de comercialización durante la secuela del procedimiento, y mientras se resuelve en definitiva sobre la procedencia de los delitos en contra de la propiedad intelectual o industrial. Es así como el artículo 82 de la Ley 17.336 permite que se disponga por el Tribunal, a petición del interesado “la suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución o representación” de la obra.

De este modo es posible afirmar que las especies que son producto de un determinado delito, en general, y en concreto aquellas cuya fabricación o tenencia con fines comerciales violentan los derechos de propiedad intelectual o industrial, se encuentran sometidas a una prohibición de enajenación que se dispone provisionalmente con la incautación y que se consolida de manera definitiva con el comiso.

IV.3 LAS ESPECIES QUE CONSTITUYEN EFECTO DE UN DELITO NO SON SUSCEPTIBLES DE COMERCIO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 3° DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Dada la existencia de una prohibición de enajenación de los efectos de un delito, cualquier acto jurídico que se celebre en relación con los mencionados bienes adolece de objeto ilícito, en los términos dispuestos por los artículos 1461 y 1464 N°1 del Código Civil, y puede reclamarse su nulidad absoluta, en aplicación de los artículos 1682 y siguientes del mismo Código.

Lo mismo puede afirmarse en relación con las especies elaboradas o que se detentan, con fines comerciales, en contravención con los derechos de propiedad intelectual o industrial de sus titulares. Ellas no constituyen especies susceptibles de comercio, ni pueden ser objeto de actos jurídicos válidos ni vinculantes, sea de los generales de que trata el Código Civil, sea de aquellos sometidos a la reglamentación mercantil³³.

Se advierte, de este modo, que la eventual circulación material de dichos bienes no está llamada a generar genuinos derechos subjetivos cuya protección pueda obtenerse por las vías que establece el sistema jurídico; ni a permitir, por medio de actos de intermediación permitidos por la ley, la efectiva circulación de la riqueza.³⁴ De este modo es posible afirmar que la circulación material de especies que infringen los derechos de propiedad intelectual o industrial no constituye ejercicio efectivo de

32 Salvo en los supuestos regulados por el artículo 189 del Código Procesal Penal y que se fundan en otros principios tales como el resguardo del interés de la víctima y la determinación del dominio previo sobre el bien.

33 C. Apelaciones de Santiago, 3 de octubre 2008: “Las especies materia del contrato de compraventa corresponden a CD Roms falsificados que contienen programas computacionales cuyos derechos de autor corresponden a MICROSOFT CORPORATION, persona jurídica que es titular de tales derechos, los que recaen sobre los programas computacionales denominados Office, Windows y Encarta, entre otros, por lo que dicha compraventa es ilícita por adolecer de objeto ilícito, no cabiendo en este caso la figura de venta de cosa ajena establecida en el artículo 1815 del Código Civil, sino que la tipificación penal del artículo 80 letra b) de la Ley N° 17.336”.

34 Una solución similar ha planteado la doctrina en relación con la tributación de los ingresos ilícitos, ver ASTE MEJÍAS, Christian, *Exposición de los argumentos en que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y el desarrollo posterior de sus objeciones*, p. 115.

comercio, en los términos exigidos por el tipo penal del artículo 97 N°9 del Código Tributario.

IV.4 la circulación material de especies que son efectos de un delito no infringe la norma imperativa que subyace al tipo penal ni puede lesionar el bien jurídico protegido

Conforme se dejó consignado con precedencia, doctrina y jurisprudencia han entendido que el bien jurídico que protege el tipo penal del N°9 del artículo 97 del Código Penal es el orden público económico, entendiendo por tal la transparencia e igualdad con la que los sujetos económicos deben relacionarse en el ámbito comercial y económico. Sin embargo, esa descripción genérica del bien jurídico protegido debe entenderse restringida al específico ámbito de actuación del Servicio de Impuestos Internos, y a las reglas de igualdad y transparencia que origina en el mercado el ejercicio del poder impositivo del Estado.

Esa transparencia y esa igualdad se obtienen, *prima facie*, en la medida que el sujeto económico cumple con las obligaciones de registro y de declaración que consagran las leyes tributarias. Ése es el sentido que la doctrina ha venido a dar al término clandestino del que se vale el legislador en el artículo 97 N°9, y que constituiría el disvalor concreto de la conducta que penalmente se sanciona: la circunstancia que la actividad se realice al margen de las condiciones generales y uniformes con las que operan y deben operar los agentes económicos, y que son constitutivas del conjunto de reglas mínimas que definen la organización económica e impositiva de una determinada sociedad.

Es evidente que la clandestinidad sólo puede estimarse disvaliosa en relación con las actividades que se ejercen de manera lícita y permitida en el ordenamiento jurídico y que conducen, con efectos vinculantes, a configurar el orden social y económico. Sólo dichas actividades pueden estimarse propiamente “clandestinas” en el preciso sentido en el que la ley se vale de dicho término.

Las actividades que se desarrollan de manera ilícita no se encuentran reconocidas en los sistemas jurídicos, y, por no satisfacer las mínimas reglas que regulan la interacción social, no integran, salvo en apariencia o, si se quiere, provisionalmente, el orden económico y social. Tanto su significado como sus efectos son negados con la pena y sus efectos.

En otras palabras, sólo puede merecer un reproche la falta de cumplimiento de deberes de registro e información en relación con aquellas actividades cuyo ejercicio se encuentra sometido a dichas cargas.

Toda vez que no hay deber de registro ni información de actividades ilícitas, es evidente que no podemos estimar que concurre incumplimiento o infracción alguna, y el que ellas se ejerciten al margen del sistema jurídico no infringe ni puede infringir la norma imperativa que subyace al tipo penal del artículo 97 N°9 del Código Tributario.

Desde otro punto de vista podría argumentarse que los actos materiales de enajenación de especies que son producto de un delito no pueden lesionar el bien jurídico orden público económico que protege la figura penal del artículo 97 N°9 del Código Tributario.

INFORMES EN DERECHO

Según se ha visto, los actos que se realizan con referencia a los mencionados bienes no forman parte del comercio, ni de la industria, ni, en términos generales, son admitidos como formas válidas y vinculantes de intermediación y/o circulación de la riqueza.

IV.5 Consideraciones relativas a la improcedencia de la tributación sobre ingresos ilícitos y de realidad tributaria demuestran la corrección de la solución propuesta a la luz de nuestro ordenamiento jurídico

A mayor abundamiento, sirve para sustentar la tesis que se defiende en el presente informe la consideración de que las consecuencias pecuniarias de la circulación material de las especies que constituyen efecto del delito no se encuentran sujetas a tributo.

Según se anunció, la cuestión relativa a si los ingresos ilícitos tributan resulta relevante para decidir el alcance del artículo 97 N°9 del Código Tributario, en atención a que, si bien dicho delito tutela inmediatamente el bien jurídico orden público económico, lo cierto es que lo hace concretamente en el ámbito impositivo. Ninguna otra interpretación puede darse a la circunstancia que se encuentre contemplado dentro de las infracciones tributarias,³⁵ y que respecto del mismo, al igual que en relación con las restantes figuras delictivas tipificadas en la ley especial, se consagre la exclusividad del ejercicio de la acción penal de cargo del Servicio de Impuestos Internos (artículo 162 del Código Tributario), órgano que tiene una competencia restringida en nuestro ordenamiento jurídico conforme con la ley que lo crea.³⁶ De este modo es posible argumentar que, mediatamente, el señalado tipo penal protege el patrimonio fiscal, por la vía de sancionar la infracción de obligaciones tributarias accesorias a la principal de pagar el tributo³⁷ y que están llamadas a pesquisar su devengo y facilitar su recaudación.³⁸

35 En el entendido que las mismas, por regla general, protegen el bien jurídico de la hacienda pública, VAN WEEZEL, Alex, *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 18: "Si se recorre ahora el camino inverso hacia la determinación del bien jurídico protegido, es posible sostener que los tipos penales previstos en el Código Tributario protegen fundamentalmente la 'Hacienda Pública', que puede ser afectada por el comportamiento de cualquier ciudadano. Este bien jurídico es protegido por regla general a través de tipos penales de peligro, pero no de mera desobediencia. El autor no necesita conocer el efecto evasivo concreto, pero sí el hecho de que la maniobra es apta para desfigurar el monto del impuesto, incrementar el crédito, etc. Si la ley no exige una efectiva afectación de la Hacienda Pública como elemento del tipo, ello sólo puede explicarse como forma de anticipación de la punibilidad".

36 Ello explica por qué la clandestinidad puede entenderse en relación con el Servicio de Impuestos Internos, como concluye el Tribunal de Garantía de Punta Arenas, 4 de octubre de 2004: "*Habida consideración además que, efectivamente, como lo señaló la parte querellante, la clandestinidad es un concepto que se verifica respecto de las personas que tienen legítimo derecho a oponerse a ella, entiéndase la autoridad fiscalizadora, pero en ningún caso el público en general*".

37 Ver ASTE MEJÍAS, Christian, *Curso sobre derecho y código tributario*, p. 98 y ss.

38 Dice MASSONE PARODI, Pedro, *Principios e derecho tributario*, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1979, p. 293: "El Estado se ve en la necesidad de combatir la evasión y para ello procura obtener una adecuada organización de la administración financiera, un alto nivel técnico y moral de sus funcionarios, una buena organización de los documentos y registros necesarios para la individualización de los contribuyentes y para la valoración de su capacidad tributaria, la divulgación de la legislación tributaria y de su importancia, la educación del contribuyente, etc. Las medidas indicadas, además de la función intrínseca de cada una de ellas, permiten la aplicación de las sanciones y son el antecedente indispensable para su empleo. A fin de destacar su importancia, debe tenerse presente que, en el derecho penal el ordenamiento se dirige a la búsqueda y al castigo de los culpables, pero no al descubrimiento del delito que, al menos normalmente, es denunciado por el ofendido; en el derecho tributario penal, en cambio, el ordenamiento está dirigido, sobre todo, a la individualización de la infracción y sólo sucesivamente, a la individualización y condena de los culpables".

En ese entendido, estimamos acertado efectuar una reducción teleológica del artículo 97 N°9 del Código Tributario en el sentido que dicha disposición sólo tipifica y sanciona penalmente aquellas actividades de comercio y/o industria que, al menos teóricamente y *prima facie*, podrían quedar sujetas a tributación.

Según se anunció, es materia ampliamente debatida por la doctrina nacional y extranjera si es procedente o no la tributación de los ingresos obtenidos ilícitamente.

Ésta se ha opuesto a que los ingresos ilícitos tributen fundamentalmente en base a las siguientes consideraciones:³⁹ que si se gravaran los ingresos ilícitos se estaría legitimado por el Estado la actividad ilícita que los produce;⁴⁰ que los ingresos ilícitos no configuran un hecho gravado previsto en la ley de la renta, en la medida en que no conducen a un incremento patrimonial verdadero;⁴¹ que la afectación de los ingresos ilícitos vulneraría la unidad del ordenamiento jurídico, en el entendido que el derecho tributario, por mucho que se le conciba como una rama autónoma del derecho, debe ajustarse a prescripciones y principios generales;⁴² que los ingresos ilícitos no pueden tributar porque constituyen efecto del delito y en aplicación de la garantía de *non bis in idem*; en cuanto importaría una vulneración del principio constitucional que prohíbe forzar la autoincriminación y en la medida en que la tributación de los ingresos resultaría materialmente imposible.⁴³

39 Una exposición detallada de cuáles han sido los fundamentos de las posiciones que aceptan y que rechazan la tributación de los ingresos ilícitos en ASTE MEJÍAS, Christian, La tributación de los ingresos ilícitos en Chile, *passim*. Un resumen de los mismos en ASTE MEJÍAS, Christian, Exposición de los argumentos en que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones, p. 111 y ss.

40 Ver DAVIS CASTRO, Cristián, Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria, p. 173.

41 ASTE MEJÍAS, Christian, Exposición de los argumentos en que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones, p. 115: "No puede considerarse que un patrimonio se incrementa cuando los ingresos que lo acrecen no pertenecen en propiedad a su titular. El hecho de que los ingresos ilícitos no aparezcan mencionados en el artículo 17, no debe interpretarse en el sentido de que se encuentran afectos, porque la mención que hace dicho artículo, en algunos casos, es a mayor abundamiento, como se demuestra por ejemplo con la inclusión que dicho artículo hace de las indemnizaciones por daño emergente o de los ingresos que la ley reputa capital. Por otra parte, existen ingresos, que aunque no se mencionen en el artículo 17, no constituyen renta. Por ejemplo, los ingresos percibidos a propósito de mutuos o créditos, en los que precisamente lo que falta es la calidad de dueño del beneficiario. En suma, aunque el legislador hubiese omitido incluir en el artículo 17 algunos conceptos, estos de todas maneras no estarían afectos, si no concurren a su respecto todos y cada uno de los requisitos contenidos en la definición legal de hecho gravado. Como el hecho gravado exige un incremento patrimonial y el incremento patrimonial no existe cuando no existe título o el título está viciado, puesto que en dicho caso lo mismo que ingresó es lo que puede y debe salir, opinamos que cuando existe ingreso cuya fuente es ilícita no existe sino en apariencia incremento patrimonial. Si el incremento patrimonial es aparente, no existe renta (...)".

42 ASTE MEJÍAS, Christian, Exposición de los argumentos en que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones, p. 118: "No resulta concebible que un hecho ilícito, al que la propia ley por su mismo carácter le ha privado de efectos jurídicos, pueda constituirse en fuente de una obligación tributaria. Tampoco resulta razonable, por la unidad que se supone debe informar el ordenamiento jurídico que aquellas actividades que la propia constitución se ha encargado de expulsar expresa o tácitamente del sistema, puedan entenderse subsistentes únicamente para efectos tributarios (...) Si se pretende justificar la afectación del ingreso ilícito con la autonomía que se atribuye al Derecho Tributario, se incurriría en un error, puesto que en el evento de que exista dicha autonomía, ésta no puede traducirse en otorgarle a las palabras un sentido absolutamente contrario a lo que informa todo el sistema (...) Además, como no existen fines propios en el Derecho Tributario, ya que los fines no son nunca propios de la rama jurídica, sino del orden jurídico como un todo resulta ilícito que el Estado imponga gravámenes vulnerando las garantías constitucionales".

43 Acorde con esta posición, DAVIS CASTRO, Cristian, Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria, p. 189- 190: "Estimamos que la causa jurídica de la obligación tributaria en estos casos no puede estar constituida por un hecho ilícito, sea éste de naturaleza civil, administrativo o penal, realizado por el sujeto pasivo de la obligación. Dicho de otra manera, cuando la obligación de satisfacer una prestación pecuniaria surge de un hecho ilícito, aquélla tiene el carácter de sanción pecuniaria, y no de tributo. La sanción corresponde a la exigencia punitiva del Estado, mientras que el tributo dice relación con su actividad financiera. De esta manera, nos parece que nuestra opinión está más acorde con el ordenamiento jurídico en su conjunto y con los Principios Superiores de la Tributación, tales como el principio de legalidad y de la justicia tributaria, con sus manifestaciones respectivas, los cuales

INFORMES EN DERECHO

A esos argumentos se ha contestado que, para efectos tributarios, no resulta relevante determinar si es ético o no que se afecten los ingresos que tienen un origen ilícito, sino si de acuerdo con la ley se encuentran afectos a impuesto –principio de legalidad en materia tributaria–, lo que debe resolverse positivamente atendido el amplio concepto de renta que se consagra en nuestro sistema.⁴⁴ Asimismo, que resulta ajustado al principio de igualdad y a la justicia distributiva y la eficiencia que no sólo los ciudadanos honestos soporten la carga de contribuir a sustentar los gastos públicos. En seguida, que el impuesto grava el beneficio y el incremento patrimonial, esto es, el resultado, el que tiene lugar también en los casos en que la fuente del mismo sea ilícita o se encuentre viciada y en tanto se presume su devengamiento por la simple manifestación de la riqueza, en los términos establecidos en el artículo 70 de la Ley de la Renta. Adicionalmente, que la independencia del derecho tributario “*nos permite concluir que la obligación impositiva nace con la realización del hecho generador sea cual fuere su naturaleza, sin interesar su validez, ni sus efectos en otras ramas jurídicas, ni la calificación moral que merezca*”,⁴⁵ y en base a los principios de igualdad ante la ley y de primacía de la realidad. Se argumenta, asimismo, que no habría afectación del principio de *non bis in idem* toda vez que no son idénticos los presupuestos de hecho del comiso y demás consecuencias del delito (hecho ilícito) y de la obligación tributaria (capacidad económica) y porque primaría el deber de contribuir frente a la tutela del derecho a la no inculpación, la que en todo caso no tendría lugar pues es necesario diferenciar entre las instituciones de la confesión y la declaración, última de las cuales se presenta exclusivamente con fines tributarios. Finalmente, porque no existe la imposibilidad de cumplir materialmente con el deber de declarar que impone la ley tributaria.⁴⁶

La jurisprudencia nacional se ha mostrado dubitativa a este respecto. Es así como en la causa seguida en contra de Juan Pablo Dávila, se debatieron las dos posiciones doctrinarias expresadas; la primera sustentada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, y la segunda por el ministro en visita que conoció el procedimiento en primera instancia, y que ratificó posteriormente la Excm. Corte Suprema al acoger un recurso de casación en el fondo deducido por el Servicio de Impuestos Internos.⁴⁷

influyen para la recta aplicación de los impuestos, dando la luz necesaria a las soluciones consagradas en las normas impositivas”.

- 44 En ese sentido, GORZIGLIA BALBI, Arnaldo, Situación tributaria de los ingresos obtenidos ilícitamente, 182- 183: “Conforme a esta concepción es suficiente el incremento patrimonial, sea éste periódico o esporádico, se genere o no un menoscabo como fuente generadora, para estar en presencia de una renta, sin que importe para tal calificación el origen de ese incremento patrimonial, la naturaleza del mismo ni la denominación que pudiera atribuírsele (...) De lo dicho ya podemos adelantar que de ningún modo los beneficios o incrementos de patrimonio provenientes de una actividad ilícita o prohibida pueden ser excluidos del concepto de renta. Por el contrario, el legislador no ha efectuado distingo alguno entre una actividad lícita o ilícita, en ambas situaciones existirá un incremento de patrimonio y, por tanto renta si también concurre la condición de que tales beneficios o incrementos patrimoniales se devenguen o perciban (...)”.
- 45 ASTE MEJÍAS, Christian, Exposición de los argumentos en que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones, p. 129.
- 46 En ese sentido, ASTE MEJÍAS, Christian, Exposición de los argumentos en que se fundamenta la hipótesis de que los ingresos ilícitos no tributan y desarrollo posterior de sus objeciones, p. 139- 141.
- 47 “Que, consiguientemente, habida consideración a la naturaleza de las Leyes tributarias y a la capital importancia, que para estos efectos tiene la definición aludida –de acuerdo con lo que previene el Artículo 21° del Código Civil– no cabe sino inferir que pesaba sobre el contribuyente Juan Pablo Dávila Silva, la obligación legal de declarar en el Formulario 22 que presentó en abril de 1994, los ingresos que percibió durante el curso de 1993 de los Corredores extranjeros (en las circunstancias que se indican en el fundamento 11°), cualquiera hubiese sido el origen, denominación o naturaleza de ellos, fondos con los cuales efectuó gastos, desembolsos e inversiones que se precisaron y cuya omisión produjo como consecuencia directa la determinación de un impuesto a la renta global complementario de un monto

Idéntica discusión se ha planteado en la jurisprudencia que conocemos se ha pronunciado sobre esta materia,⁴⁸ primando en definitiva la tesis de que los ingresos ilícitos tributan.

manifiestamente inferior al que correspondía pagar al contribuyente. No puede sino llegarse a esa conclusión ya que el concepto de renta, para la legislación tributaria chilena, no distingue entre ingresos producidos por actividades legítimas o no, autorizadas o no. Tampoco los ingresos considerados ilícitos por la defensa han sido excluidos expresamente de la obligación de tributar como renta, ya que si así hubiese sido, el legislador los hubiese incluido entre los que figuran en el listado del Artículo 17° del Decreto Ley N°824. Que, por último, una interpretación sistemática ha hecho arribar al Tribunal a la convicción de que las contribuciones o impuestos son el medio para que el Estado pueda atender a los gastos que demanda la satisfacción de las crecientes necesidades públicas y que el Impuesto a la Renta constituye uno de los elementos más completos para exteriorizar la capacidad contributiva de un sujeto. Esa razón lleva a concluir que debe ser desechada la pretensión de la defensa de absolución del acusado sustentada en el argumento de que han quedado marginados de la tributación los elevados ingresos percibidos por el enjuiciado Dávila que gastó o invirtió durante el año comercial 1993. Abonan esa determinación las razones de texto legal escrito ya señaladas, que establecen perentoriamente la obligatoriedad de declarar las rentas percibidas cualquiera hubiese sido la causa que las hubiese originado y de imponer sobre ellas y, por otro lugar, la percepción de que si fuese aceptada semejante teoría aducida por la defensa se estaría incentivado a cualquier contribuyente a invocar supuestos ingresos provenientes de actividades al margen de la Ley para crear o engendrar al margen de la legislación tributaria una causal de exención como la que se pretende”, sostiene la sentencia de primera instancia del ministro en visita José Benquis Camhi, revocada por el fallo de segunda instancia en que se sustenta precisamente lo contrario: “Que, en estas condiciones, es evidente que respecto de las inversiones que pudo efectuar el reo Dávila en el período que se habrían cometido los hechos punibles investigados en causa principal, éstas pueden tener el carácter de efectos del delito que, en opinión de don Luis Cousiño Mac Iver (Derecho Penal Chileno) ‘están constituidos por los beneficios o ventajas de orden material que pueden ser aprovechados, ocultados o inutilizados, conductas que, cometidas por terceros, pueden dar lugar a la figura del encubrimiento’. Lo anterior, se encuentra además, en concordancia con la norma del Artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, cuando alude al mismo concepto de efecto del delito, o sea, a los objetos o dineros obtenidos por el delincuente. De este modo aparece indudable que cualquier lucro indebito que se pueda acreditar a una persona con motivo de una acción ilícita, deberá comprenderse en los que se denomina efectos del delito y, por lo tanto, para establecer esta circunstancia es necesario esperar que se resuelva –a través de la sentencia definitiva- si Juan Pablo Dávila resulta autor de los hechos punibles descritos en los autos de procesamiento que soporta en la causa principal tenida a la vista. Que, a mayor abundamiento, es necesario considerar –en el evento de que se establezca que los dineros efectiva y maliciosamente no fueron declarados-, si ello resultara así, que son bienes que no le corresponden al procesado y debe entenderse que no los posee ni aún a título de precario y, en ese entendido, consecuentemente, deberán restituirse a sus legítimos dueños y agravados en los delitos de la causa principal, por lo que no se le puede exigir a alguien que ilícitamente sustraiga o defraude dinero que respecto de ellos haga declaración correspondiente a una inversión legítima. Que, por último, respecto de estos fondos, que no fueron declarados ante el Servicio de Impuestos Internos, se pueden presentar cuestiones de orden jurídico penal y procesal que no permiten una condena anticipada respecto de dineros que pueden ser considerados efectos del delito, ya que esta situación puede dar lugar a problemas que necesariamente deben ser resueltos en un solo fallo, como ser, por ejemplo, el caso del delito agotado que incluiría –evidentemente- el uso de los bienes obtenidos ilegítimamente; o todos los problemas concursales que nuestra legislación contempla, incluso en relación a estos mismos bienes o efectos, con lo que podría verse afectado, en último término, el principio de reserva o el non bis in idem, que son básicos en nuestro sistema punitivo. Todo lo anterior demuestra lo inconveniente que resulta haber separado un hecho que está íntimamente ligado a otras cuestiones penales en actual tramitación, lo que incluso podría comprometer la indebida imparcialidad del juzgador. Que, conforme a lo razonado precedentemente, resulta que no es posible configurar, con respecto a los fondos que no declaró tributariamente el procesado Dávila y que corresponden a aquellos dineros que habría obtenido indebidamente mediante su gestión como funcionario de Codelco- Chile y que han servido de base para procesarlo por los delitos de fraude, presentación de documentos falsos y negociación incompatible, alguna de las figuras punibles a que se refiere el Artículo 97 del Código Tributario, porque es evidente que la obligación que pesa sobre todo contribuyente es la de declarar su renta efectiva, entendiendo el concepto de renta, aun con la amplitud a que se refiere el Artículo 1° de la Ley respectiva, sólo a aquellos ingresos que cualquiera persona hubiese recibido de manera legítima y no como efecto o producto de un delito”, sentencia declarada nula por la C. Suprema al acogerse recurso de casación deducido en su contra con fecha 2 de septiembre de 1997 y que confirmando la de primera instancia argumenta: “Que, conforme al claro tenor literal de la definición del concepto ‘renta’ contenida en el N°1 del Artículo 2° de la Ley sobre Impuesto a la Renta, toda utilidad o beneficio que reciba una actividad, cualquiera que sea su origen, naturaleza o denominación es renta; y el Artículo 17 de la misma Ley, excluye de aquel concepto los beneficios, asignaciones e incrementos patrimoniales y otros ingresos que taxativamente señala y a aquellos que no se consideren rentas o se reputen capital ‘según texto expreso de una Ley’. Entre las partidas que el Artículo 17 excluye del concepto de renta, no se mencionan los recursos obtenidos en forma ilícita. No existe texto legal que les otorgue tratamiento de excepción, excluyéndolos de lo dispuesto por el Artículo 3° de la misma Ley, que obliga a toda persona domiciliada en Chile a pagar impuestos sobre sus rentas de cualquier origen”.

48 C. Suprema, 11 de septiembre 2006, la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, absolvió a los imputados por el delito del artículo 97 N°9 del Código Tributario fundada en: “Que en primer término debe tenerse

La jurisprudencia que se ha pronunciado sobre esta materia parece aceptar que los ingresos ilícitos tributan en todos aquellos casos en que el Estado no ha perseguido ni pesquisado de manera efectiva el ilícito penal fuente, de manera tal que es posible constatar un aumento en la capacidad económica del responsable que tiene una fuente ilícita⁴⁹ –de ahí la invocación a la definición de renta del artículo 2° de la Ley del ramo, y a la presunción del artículo 70 de la misma ley-. Una decisión como la señalada se ha adoptado en casos en que en manos del delincuente ha quedado todo o parte de la riqueza que es efecto del delito, y sólo a partir de dicha cuestión

presente que el art. 97 ya mencionado sanciona infracciones a disposiciones tributarias y parece obvio y casi innecesario decir, que los impuestos sólo pueden gravar actividades lícitas, ya que al sentido moral repugna la idea de establecer ingresos basados en las delictuales. Aclarado el punto anterior hay que decir a continuación que, cuando el N°9 del citado art. 97 habla del ejercicio clandestino del comercio o de la industria, se está refiriendo a aquellos que están permitidos por la ley, pero para ejercer los cuales se precisa pagar ciertos derechos o patentes y hacer declaraciones, estando en realidad su desarrollo sometido al control y vigilancia de las autoridades. Es precisamente la burla de esa vigilancia la que convierte a una industria o comercio en clandestinos, como, por ejemplo, ocurre con quien instala en su casa una fábrica de tejidos sin solicitar ningún permiso y luego vende también sin hacer declaraciones de ninguna índole” “Que el razonamiento precedente permite concluir que nunca una actividad netamente delictual, como es el procesamiento o envase del molusco loco en veda, que está específicamente castigada como un delito en la Ley de Pesca, puede generar obligaciones tributarias, ya que es de su naturaleza la clandestinidad, motivo por el cual debe estimarse que los hechos establecidos en esta causa no configuran el delito perseguido en ella”. Acogiendo un recurso de casación en el fondo deducido en su contra, la Excm. Corte Suprema invalidó el fallo recurrido y resolvió en su defecto condenar a los imputados por el delito tributario, fundándose, para ello, en las siguientes consideraciones: “Que lleva razón la recurrente cuando afirma que constituye un error de derecho por parte de la sentencia impugnada que el artículo 97 N°9 del Código Tributario sólo es aplicable al ejercicio efectivamente clandestino de actividades comerciales o industriales lícitas pues, como se destacará a continuación, no existen razones valederas para operar esa reducción del ámbito de aplicación de la referida norma” “Que, sin embargo, lo expresado en el razonamiento anterior no puede deducirse simplemente, como pretende el recurrente, de que el tipo en comento no contenga una exigencia expresa de licitud de la actividades clandestina. Es cierto que un hecho puede considerarse típico si no es exactamente subsumible en el tipo correspondiente; pero la inversa, en cambio, no es necesariamente correcta, pues puede ocurrir que un comportamiento satisfaga todas las exigencias contenidas en la descripción legal y, sin embargo, una interpretación teleológica apropiada conduzca a la conclusión de que, no obstante, no es típico (...); “Que, en cambio, resultan más convincentes los argumentos materiales de que echa mano el recurrente en apoyo de su posición. En este sentido, el libelo impugna el criterio del fallo de primer grado, hecho suyo por el de segundo, con arreglo al cual sería inmorale que el Fisco pretendiera obtener tributos procedentes de una actividad ilícita. A este respecto, el recurso observa, con razón, que esta alegación fracasa ya porque el propósito del tipo contemplado en el artículo 97 N°9 del Código Tributario no es evitar la evasión de los ingresos tributarios, sino cautelar lo que se denomina ‘orden público económico’, el cual resulta quebrantado por la clandestinidad de las actividades comerciales, sean estas lícitas o ilícitas” “Que, en efecto, las actividades clandestinas condenadas por la disposición en comento lesionan la transparencia que debe imperar en el desenvolvimiento de las actividades comerciales e industriales únicas a las cuales se refiere el citado artículo 97 N°9 del Código Tributario lo que, a su vez, vulnera ‘determinados principios económicos tutelados jurídicamente, tales como la igualdad ante la ley en materia económica, la libre competencia, la protección al consumidor, y muchos otros cuya observancia es tarea de la autoridad administrativa (tributaria, de salud especialmente en este caso y municipal, entre otras)’. Y esto ocurre así, aunque las cosas que son objeto del comercio o industria clandestinos provengan de una actividad ilícita e incluso, es probable que la antijuridicidad del comportamiento sea más acentuada precisamente en este caso” “Que sólo si se acoge el punto de vista brevemente expuesto en el considerando precedente, puede evitarse la consecuencia absurda del criterio acogido por la sentencia impugnada, y denunciada también por la recurrente: esto es, la de que, de acuerdo con él, viene a ser tratado en forma más severa quien realiza en forma clandestina una actividad comercial o industrial lícita, que el que ejecuta de esa forma una ilícita; pues, en efecto, la sola sanción prevista en este caso por la ley de pesca para el comportamiento antijurídico de los procesados, es más benévola que la prevista en el artículo 97 N°9 del Código Tributario” “Que, con lo dicho en relación a la naturaleza del bien jurídico de protección, aquí puede ponerse de lado la cuestión, ciertamente erizada de dificultades, referente a si las actividades ilícitas generan o no impuestos. Puesto que de lo que aquí se trata no es de la evasión de los mismos, el asunto resulta irrelevante en esta sede”. En sentido similar, C. Suprema, 19 de octubre 2006.

49 DAVIS CASTRO, Cristian, Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria, p. 176: “Así las cosas, la circunstancia de que los negocios o actos jurídicos celebrados o practicados sean inexistentes, nulos o anulables, o tengan un fin imposible, ilegal, ilícito o inmoral, no excluye, modifica o difiere la tributación, en tanto sus resultados efectivos sean idénticos a los derivados normalmente del estado de hecho o situación jurídica que constituya el hecho generador de la obligación tributaria principal”.

se pretende legitimar la imposición del tributo.⁵⁰ En esos supuestos, y partiendo del supuesto de la independencia del derecho tributario de las demás ramas del ordenamiento jurídico, los tribunales han construido su interpretación de las normas vigentes a partir de los principios de primacía de la realidad⁵¹ y de igualdad ante la ley exclusivamente en el ámbito impositivo.^{52 53}

Esta circunstancia ha llevado a algunos autores, como sucede con GORZIGLIA a establecer una diferenciación en la solución, dependiendo de si los ingresos obtenidos ilícitamente se devengan o no para el particular, lo que hay que decidir dependiendo de si se da inicio o no, y, en su caso, a los resultados de los procesos intentados para la persecución de los delitos comunes.⁵⁴ En los casos de el delito común es el antecedente necesario para calificar si existe o no renta, estima que “no podrá configurarse el delito tributario hasta que se resuelva si se ha configurado o no el delito común”⁵⁵ y concluye que una acertada aplicación del principio de igualdad determina que “la interpretación armónica de la norma constitucional de jerarquía superior en relación a las normas generales de la Ley de la Renta, conducen necesariamente a la conclusión que las utilidades, beneficios o incrementos del patrimonio obtenidos ilícitamente tributan, con la excepción de aquéllos que no se han devengado, porque no han ingresado al patrimonio del contribuyente, porque pertenecen a un tercero, o la sanción del delito común ha impuesto el comiso de las mismas”.⁵⁶

50 En el mismo sentido la doctrina, ver, por ejemplo, la explicación de Francisco de la Barra que reproduce DAVIS CASTRO, Cristián, *Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria*, en p. 185 o la de Manuel Silva Pizarro a fojas 188. En el mismo sentido, GORZIGLIA BALBI, Arnaldo, *Situación tributaria de los recursos obtenidos ilícitamente*, p. 188- 189: “El análisis de los artículos 21 del Código Tributario y 70 de la Ley de la Renta, conduce necesariamente a la conclusión que en el supuesto de existir recursos invertidos o desembolsados de dudosa legitimidad, o incluso de origen ilícito, constituirán rentas tributables mientras no se pruebe o demuestre que tales recursos pertenecen a un tercero por proceder de un acto ilícito, o porque simplemente se ha ordenado por sentencia su comiso por ser producto de un delito. Mientras no exista una causal que impida que el contribuyente adquiera un título o derecho sobre los recursos, la Ley presume la existencia de un incremento patrimonial y, por tanto, existirá renta sin perjuicio de las pruebas en contrario que pudieran desvirtuar la presunción legal de la generación de la renta. Es más, mientras no exista una prueba en contrario la Ley presume la existencia de un título o derecho sobre el incremento patrimonial. **En otros términos, si efectivamente se prueba que los ingresos que una persona posee provienen de un acto ilícito o de una actividad ilícita no se generaría renta para esta persona porque no existiría un incremento de patrimonio que se haya devengado, para ello falta que esa persona tenga título o derecho. Sin embargo, para que ello sea considerado así es necesario que se encuentre acreditado el delito, como robo, estafa, defraudación, etc; en cuyo caso corresponde sancionar con la pena asignada para el delito. En este último caso, no se podría configurar un delito tributario porque lo que ha existido es un delito común, y el ingreso que la persona se ha procurado con ese delito es el producto del mismo el cual no ha podido incorporarse a su patrimonio, precisamente por pertenecer a un tercero. Lo anterior es así no porque, como erróneamente se ha afirmado sin mayor análisis que el acto ilícito o actividad ilícita no es tributable, sino porque el acto o actividad no ha sido eficaz para constituir un incremento patrimonial para su titular**” (el énfasis es nuestro).

51 Ver DAVIS CASTRO, Cristian, *Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria*, p. 174 y ss, en que expresa: “La indiferencia para el derecho tributario de que sea civil o penalmente ilícita la actividad en que se constata el hecho generador, no porque en aquella rama del derecho prevalezca un concepto ético distinto, sino porque el ámbito que interesa considerar para la tributación es el aspecto económico del hecho generador o su aptitud para servir de índice de la capacidad contributiva” (p. 176).

52 Ver DAVIS CASTRO, Cristian, *Situación tributaria del enriquecimiento ilícito: una discusión doctrinaria*, p. 175.

53 Ello porque no podemos estimar que se está tratando de manera igualitaria a quien percibe un ingreso legítimo de aquél que no, en atención al conjunto de consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico dispone para este último y que se traducen, en definitiva, en la ausencia de toda protección jurídica. Se advierte, de este modo, que cuando se habla de igualdad en esta sede se la construye considerando únicamente el gravamen tributario, mas no las restantes consecuencias que el mismo hecho tiene en las otras ramas del ordenamiento jurídico.

54 GORZIGLIA BALBI, Arnaldo, *Situación tributaria de los ingresos obtenidos ilícitamente*, p. 190 y ss.

55 GORZIGLIA BALBI, Arnaldo, *Situación tributaria de los ingresos obtenidos ilícitamente*, p. 191- 192.

56 GORZIGLIA BALBI, Arnaldo, *Situación tributaria de los ingresos obtenidos ilícitamente*, p. 194.

INFORMES EN DERECHO

Una solución similar, aunque a partir de fundamentos algo distintos, es propuesta por PRAMBS, quien postula “(...) la única solución que se ajusta a nuestro sistema –considerado como unidad bajo el principio de integración del ordenamiento jurídico o principio sistemático- es dividir los ingresos cuyo origen sea conocido o desconocido para los servicios estatales de control. Los ingresos de origen desconocido –en clave jurídico tributaria- son incrementos patrimoniales no justificados, que deben presumirse lícitos en orden de lo dispuesto en la Ley de la Renta y por el principio de presunción de inocencia, que exige juicio previo y sentencia para destruir la presunción de licitud de los bienes. Por su parte, los ingresos de origen conocido pueden ser lícitos o ilícitos; estos últimos, a su vez, pueden ser delictivos o no delictivos. Los ingresos conocidos lícitos no presentan problema, pues es llano que deberán tributar. Los ingresos ilícitos no delictivos pueden provenir de cualquier hecho o acto que infrinja una norma no penal –administrativa, civil, comercial, tributaria, laboral, etc.- y los ingresos conocidos delictivos pueden provenir de cualquier delito o falta capaz de generarlos. Lo relevante para nuestra solución no es el carácter de la licitud (penal no penal), sino que las consecuencias jurídicas que la ilicitud acarrea, esto es, si la sanción o efectos jurídicos que cabe aplicar al acto ilícito priva o no al sujeto de los ingresos obtenidos con él”.⁵⁷

En relación con la precitada polémica, estimamos que la única solución posible en nuestro sistema jurídico pasa por afirmar que las rentas de origen ilícito no se encuentran sometidas a tributo. Pese a la definición amplia que contempla el artículo 2º de la Ley del ramo, no es posible concebir que concurre renta en aquellos supuestos en que el beneficio o el incremento patrimonial tiene una fuente que resulta contraria al ordenamiento jurídico. El Estado no puede prescindir, ni aun en materia tributaria, del significado de los hechos y de los actos jurídicos, ni aceptar los efectos de los mismos en determinados ámbitos para reprimirlos, a un mismo tiempo, en otros. Adicionalmente, en tales supuestos no podemos hablar propiamente de un beneficio o un incremento patrimonial, cuestión que no se decide únicamente desde un punto de vista material, con un mero análisis económico de los bienes de los que goza un determinado sujeto en dos momentos diversos en el tiempo, sino que en un sentido jurídico. De ahí que se exija una fuente para el incremento o beneficio patrimonial, concepto que, asimismo, tiene un contenido institucional que el derecho define.

Creemos que la propia ley se encarga de expresar su correcto sentido cuando en el artículo 70 de la Ley de la Renta consagra la presunción de que toda persona disfruta de una renta a lo menos equivalente a sus gastos de vida y de las personas que viven a sus expensas. La precitada presunción nos dice que se presume que existe una fuente para la manifestación externa de la riqueza y que la misma se presume lícita, de manera que se encuentra sometida a impuesto de primera o segunda categoría, según el caso.

Si logra determinarse que la fuente de la riqueza es un ilícito, es evidente que no podremos hablar de un incremento patrimonial en un sentido que interese al derecho, y cualquier variación externa del mismo tendrá una naturaleza provisional o aparente, debiendo resultar neutralizada provisionalmente con las medidas que se adoptan en el proceso, y de manera definitiva con la pena y sus consecuencias accesorias.

⁵⁷ PRAMBS JULIÁN, Claudio, *Reflexiones acerca de la tributación fiscal de los bienes o ingresos ilícitos en general y delictivos en particular*, p. 23 y ss.

Sólo de una manera inadvertida puede llegar el Estado a gravar con impuesto aquellas rentas que derivan de actividades ilícitas; situación que, por esa misma razón, carece de toda relevancia como solución normativa del problema que nos ocupa.

Si, como se ha señalado, se estima que los ingresos ilícitos no tributan, lo cierto es que el supuesto incumplimiento de las obligaciones accesorias que se consagran en sede tributaria –como aquellas de declaración y registro que tutela penalmente el artículo 97 N°9 del Código Penal- tampoco podrían lesionar el orden público económico y mediatamente, el patrimonio fiscal a modo de un delito de peligro abstracto. De este modo, y también de acuerdo estas consideraciones, es posible afirmar que la comercialización de bienes que violentan la propiedad intelectual o industrial, en la medida en que genera ingresos de origen ilícito, no se encuentran sujetas a las obligaciones accesorias que consagra la ley tributaria.

Sin embargo, incluso si se prefiriera atender al principio de realidad en sede tributaria, es posible llegar a la misma conclusión antes esbozada. Ello en atención a que en los supuestos de hecho relevantes para este informe no tiene lugar un incremento patrimonial efectivo para los imputados, toda vez que se disponen en el proceso penal todas las medidas destinadas a incautar y posteriormente destruir las especies que violentan los derechos de propiedad industrial o intelectual, así como los demás efectos del delito común. De este modo, y toda vez que nunca podría devengarse el impuesto respecto de los referidos bienes, carece de sentido sancionar a los inculpados por el incumplimiento de los deberes accesorios que tienden, precisamente, a asegurar su cumplimiento en el caso en que sea procedente.

De este modo, también en razón de consideraciones netamente tributarias, que derivan de la apreciación del bien jurídico que mediatamente tutela el artículo 97 N°9 del Código Tributario, podemos afirmar que los casos que interesan en la especie, desde que no tienen la potencialidad de afectar el bien jurídico protegido, son atípicos.

IV.6 La circulación material de especies que constituyen efectos de un delito es atípica a la luz del artículo 97 N°9 del Código Tributario. No hay concurso posible con los delitos que protegen la propiedad intelectual e industrial

En mérito a las consideraciones anteriores, estimamos que la conducta consistente en la enajenación de especies que violentan los derechos de propiedad industrial e intelectual es atípica a la luz de la figura contemplada en el N°9 del artículo 97 del Código Tributario.

Según se ha señalado con anterioridad, dichas especies no son susceptibles ni de comercio ni de industria en el sentido técnico al que alude la precitada disposición; su circulación material no se encuentra sujeta a registro ni información desde que no se encontraría sometida a tributo y, de este modo, las actividades relativas a las mismas no pueden ejercerse clandestinamente en los términos que señala la ley y, en cualquier caso, esas actividades, en tanto desarrolladas al margen del sistema socioeconómico y sin efecto vinculante, no se encuentran en condiciones de lesionar ni de poner en peligro el orden público económico en el ámbito tributario o impositivo, que es el bien jurídico que protege el tipo penal.

Dado que la conducta materia del presente informe no tipifica la conducta sancionada por el artículo 97 N°9 del Código Tributario, podemos afirmar, dando respuesta

INFORMES EN DERECHO

al problema planteado al inicio de este informe, que no nos encontramos frente a un problema de concurso. La venta en la vía pública de especies que violentan la propiedad industrial o intelectual de sus titulares sólo podría configurar, llegado el caso, alguno de los tipos penales del artículo 80 letra b) de la Ley 17.336 o 28 letra a) de la Ley 19.039 y, de ser procedente, deberá ser sancionada exclusivamente en mérito a los mismos.

V. Algunas crítica a las soluciones jurisprudenciales

Como se ha mencionado con anterioridad, las soluciones jurisprudenciales mayoritarias han estimado que en el caso que nos ocupa nos encontramos frente a una figura de concurso, ya de concurso ideal, en general, o frente a supuestos de un concurso real en algunos casos.

Para resolver en el mencionado sentido, la jurisprudencia ha estimado que el artículo 97 N°9 del Código Tributario, cuando tipifica como contrario a derecho el ejercicio clandestino del comercio o de la industria, no alcanza únicamente a las actividades lícitas, sino que comprendería, asimismo, las ilícitas; de manera tal que constituiría una reducción indebida del tipo penal pretender que sólo se refiera a las primeras.⁵⁸

En mi opinión dicho argumento resulta equivocado, en la medida en que presupone que las actividades que son de comercio clandestino se encuentran sujetas a la fiscalización y control del Servicio de Impuestos de Internos y que, como tales, pueden afectar el orden público económico en lo que dice relación con la labor impositiva, lo que, según se ha visto, no es cierto. Las actividades de comercio ilícito, por su propia naturaleza, son actividades que se ejercen al margen de los controles legales, dentro de los que se encuentra el tributario; y respecto de las mismas nunca podría

58 En ese sentido, C. Suprema, 28 de diciembre de 2006: "Que acierta el recurrente cuando afirma que constituye un error de derecho cometido en la sentencia impugnada, resolver que el artículo 97 N°9 del Código Tributario sólo es aplicable al ejercicio efectivamente clandestino de actividades comerciales o industriales lícitas, pues no existen razones valederas para operar esa reducción del ámbito de aplicación de la referida norma. Que, no obstante lo expresado, no puede deducirse simplemente en aras de la tesis de la recurrente que el tipo penal no contemple la exigencia expresa de licitud de la actividad clandestina para su sanción, sino que resultan más convincentes los argumentos materiales que invoca en apoyo de su posición. En este sentido, el libelo impugna el criterio del fallo de primer grado, hecho suyo por el de alzada, con arreglo al cual no procedería que el Fisco pretendiera obtener tributos procedentes de una actividad ilícita. A este respecto, el recurso observa que esa alegación es errónea porque el propósito del tipo penal contemplado en el artículo 97 N°9 en referencia, no es evitar la evasión de los ingresos tributarios, sino cautelar el orden público económico, que resulta quebrantado por la clandestinidad de las actividades comerciales o industriales de que se trate, sean lícitas o ilícitas. Que, en efecto, las actividades clandestinas sancionadas en la disposición en comento, lesionan la transparencia que debe imperar en el desarrollo de las actividades comerciales o industriales, únicas a las cuales se refiere el artículo 97 N°9 del Código Tributario, lo que, a su vez, vulnera determinados principios económicos tutelados jurídicamente, tales como la igualdad ante la ley en materia económica, la libre competencia, la protección del consumidor y muchos otros, cuya observancia es tarea de la autoridad administrativa. Y esto ocurre así, aun cuando las mercancías que son objeto del comercio o la industria clandestina provengan de una actividad ilícita, incluso es probable que la antijuridicidad del comportamiento sea más acentuada precisamente en este caso (...); C. de Apelaciones de Valdivia, 31 de enero 2007: "Que por otra parte se ha vulnerado efectivamente el artículo 97 N°9 del Código Tributario, es decir, el denominado delito de comercio clandestino. No ha de olvidarse que la finalidad de dicha disposición legal no es evitar la evasión de ingresos tributarios, sino cautelar lo que se denomina orden público económico, el cual resulta quebrantado por la clandestinidad de las actividades comerciales, sean éstas lícitas o ilícitas. En consecuencia, el Tribunal de primer grado al limitar la aplicación de la disposición legal citada sólo a las actividades lícitas ha realizado una interpretación o distinción que no deriva de su tenor literal, ni tampoco puede colegirse del bien jurídico protegido por el legislador, como lo es el orden público económico. En otras palabras, lo esencial para la configuración del delito previsto en el artículo 97 N°9 del Código Tributario consiste en que se ejerza el comercio y que dicho ejercicio sea clandestino, es decir, secreto, oculto, lógicamente por temor a la ley o para eludirla, por haberse sustraído al control y vigilancia de los órganos fiscalizadores, eludiendo así la exigencia de contar con los respectivos permisos, pago de derechos e impuestos".

mediar una autorización del Servicio de Impuestos Internos. Si ello es así, no resulta posible imaginar de qué manera podrían lesionar el bien jurídico que tutela el artículo 97 N°9 del Código Penal.⁵⁹ Si bien es cierto que es posible argumentar que aquello que tutela la disposición tributaria es el orden público económico, y cada uno de los valores concretos que el mismo importa, lo cierto es que lo hace desde el concreto ámbito impositivo o tributario general^{60 61} y con una finalidad mediata de proteger la hacienda pública.

59 En el mismo sentido, Tribunal del Juicio Oral de Valparaíso, 3 de octubre de 2005: “Para estos sentenciadores el artículo 97 N°9 del Código Tributario sanciona exclusivamente el comercio clandestino de especies u objetos ilícitos, esto es, aquellos que se encuentran dentro del comercio humano, quedando la sanción de la actividad comercial o industrial referida a objetos ilícitos únicamente entregada a las normas que sobre el particular existan. Dado lo anterior, si bien objetivamente, en el actuar de la acusada, se está en presencia de un acto de comercio no es menos cierto que dicho ejercicio se refiere a un objeto material que se encuentra fuera del comercio humano: discos fonográficos, videogramas y programas computacionales reproducidos ilegalmente por no contar con las autorizaciones debidas y contraviniendo la ley 17.366 y los derechos que ella protege, actividad que sólo puede desarrollarse fuera del control de toda autoridad fiscalizadora, entre ella la tributaria, porque de lo contrario significaría someter a control legal el ejercicio de toda actividad comercial o industrial aun de aquellas que se refieren a objetos ilícitos (...) De este modo, para la mayoría de este Tribunal, el quid de la situación planteada por la acusación radica en determinar y separar lo que constituye un ‘comercio clandestino’ de un ‘comercio ilícito’. El primero es el que sanciona la norma del N°9 del artículo 97 del Código Tributario, esto es, que afecta a quien comercializa al margen de todo control impositivo y de fiscalización del Servicio de Impuestos Internos objetos o productos que están dentro del comercio humano y no constituyen objetos ilícitos, por lo que a su respecto el servicio u otra autoridad tiene el pleno control y derecho a exigir las obligaciones que pesan sobre quienes ejercen a su respecto actos de comercio; lo que no acontece, en cambio, en cuanto a la comercialización de productos ilícitos, respecto de la cual ni el Servicio de Impuestos Internos ni otra autoridad podrá establecer un sistema de contribución o impuesto ni mantener tal actividad dentro de su esfera impositiva y de fiscalización, por lo que mal puede pretender perseguir criminalmente a través del tipo penal que invoca en esta ocasión, una actividad que en sí misma no constituye un ‘acto de comercio’ regulado por el Código Tributario. Asimismo, entender que toda actividad comercial o industrial está afecta al control de la autoridad tributaria y al pago de impuestos, incluso las actividades ilícitas, implica validar la recaudación de ingresos por parte del Estado sin importar su origen siendo, entonces, más importante en este caso el cumplimiento de la obligación tributaria, la que justificaría cualquier actividad, que el actuar con respeto al ordenamiento jurídico general, la moral, el orden público y las buenas costumbres. Que si bien el tribunal reconoce como una actividad fáctica la existencia de comercio de objetos o productos ilícitos que afecta a la economía nacional como lo argumentó el acusador particular en su alegato final sólo corresponde al actuar jurisdiccional pronunciarse sobre el caso concreto sometido a su conocimiento y dentro del marco legal que lo sanciona”. El recurso de nulidad deducido en su contra fue declarado extemporáneo.

60 En este sentido, C. de Apelaciones de Santiago, 2 de abril de 2008: “Que la ley sanciona el comercio clandestino como ‘infracción tributaria’, porque al sustraerse del control de las autoridades fiscalizadoras del Servicio de Impuestos Internos, el comerciante elude el pago de permisos, derechos e impuestos. Si se atiende a la finalidad de la norma, que apunta definitivamente a sancionar una conducta que posibilita la evasión de impuestos, se hace necesario dilucidar si una actividad ilícita, como es la comercialización de productos falsificados, constituye un hecho gravado en nuestra legislación tributaria. Que el artículo 2° de la Ley de la Renta, entiende por renta ‘los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades o incrementos de patrimonio que se perciban, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación. No obstante la amplitud de los términos de esta definición, en concepto de este tribunal, los efectos del delito y el enriquecimiento ilícito que pueda obtener el autor del mismo ni pueden ser fuente de recursos destinados al cumplimiento de los fines del Estado. Desde otro punto de vista, aceptar que una actividad ilícita pueda generar impuestos, importaría legitimar de algún modo los ingresos provenientes de la misma, resultando contradictorio exigir a un comerciante ambulante –que en este caso vende especies falsificadas– que solicite a la autoridad autorización para iniciar esa actividad, lo que traería como lógica consecuencia la denuncia de su delito y el no cobro de ningún impuestos. Además, en todo caso, no hay aquí ingreso que sea susceptible de gravar. Por último, si bien el citado artículo 97 N°9 contribuye a cautelar de algún modo el orden público económico, no hay que olvidar que la ley tributaria atiende al pago de los tributos que afectan a los hechos gravados, y no hay duda que un hecho ilícito no puede servir de causa a una obligación tributaria”.

61 En sentido contrario, y de manera equivocada a mi entender, C. de Apelaciones de Concepción, 29 de junio 2007: “Que las transacciones mercantiles de recursos hidrobiológicos previamente sustraídos, efectuadas al margen del orden económico formal, con ánimo de lucro y fuera de todo control y supervigilancia de las autoridades públicas, marítimas, aduaneras, municipales y tributarias, impidieron toda fiscalización y eludieron así las exigencias de contar con los permisos respectivos, los pagos de éstos, como también de impuestos u otros propios de la actividad desarrollada, constituyendo el delito de ejercicio efectivamente clandestino del comercio, sancionado en el artículo 97 N°9 del Código Tributario”.

INFORMES EN DERECHO

Tales sentencias se fundan también en el principio de igualdad ante la ley y la coherencia que debe guardar el sistema jurídico, argumentando que ellas faltan en aquellos casos en que se sanciona de manera más gravosa a quien comercializa especies de lícito comercio de aquellos que no.⁶²

Este segundo argumento resulta también equivocado, en la medida en que, para efectos de invocar la igualdad se acude a algunos de los criterios relevantes y no a todos ellos. No es efectivo que a quienes efectúan lícito comercio se los trate de una manera más gravosa que a aquellos que no y, en cualquier caso, ese supuesto defecto en la ponderación de bienes –si es que lo es, pues efectivamente puede tratarse de una discriminación fundada y querida por el legislador y que da cuenta de los valores que imperan en nuestra sociedad- no puede ponerse de cargo del delincuente. Y en todo caso, no concurre el mencionado tratamiento igualitario, desde que los actos materiales de transferencia de bienes de ilícito comercio carecen de un reconocimiento jurídico, de manera tal que no conducen de una manera vinculante y con sentido a la transferencia de bienes y de riqueza, lo que sí sucede respecto de aquellos que se encuentran permitidos y regulados en el orden jurídico.

De este modo, estimamos que los argumentos en los que se funda la jurisprudencia para afirmar que en el caso que nos ocupa nos encontramos frente a una hipótesis de concurso carecen de fundamento y, en cualquier caso, no logran desvirtuar las consideraciones antes realizadas y que lo excluyen.

VI. SOLUCIÓN SUBSIDIARIA: NOS ENCONTRAMOS FRENTE A UNA HIPÓTESIS DE CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES

En cualquier caso, y para el evento de estimarse que la venta de especies en relación con las cuales se ha violentado la propiedad intelectual o industrial de sus titulares puede enmarcarse dentro de un acto de comercio de aquellos regulados en el artículo 3° del Código de Comercio, debe estimarse que la concurrencia de las disposiciones contenidas en el numeral 9 del artículo 97 del Código Tributario y los artículos pertinentes de las Leyes de Propiedad Industrial e Intelectual debe solucionarse aplicando las normas del concurso aparente de leyes penales.

Si se efectúa un análisis comparativo de ambos grupos de disposiciones se advierte que todas ellas sancionan –en relación con el grupo de casos analizado en el presente informe, y según la prevención del inicio- una misma y única conducta: la circulación, con ánimo de lucro, de determinadas especies. Las reglas relativas a la propiedad intelectual e industrial centran el disvalor de los tipos penales que consagran en el objeto de esa comercialización: especies que lesionan los derechos de propiedad intelectual o industrial de un determinado agente; mientras que el delito tributario lo hace en las condiciones en las que se efectúa esa actividad: al margen de los deberes de información y registro. Sin embargo, y en la medida en que ambos tipos penales sancionan

62 C. Suprema, 11 de abril de 2006: “Que, sólo si se acoge el planteamiento expuesto precedentemente, puede evitarse la consecuencia del criterio acogido por la sentencia impugnada, cual es, que viene a ser tratado en forma más severa quien realiza en forma clandestina una actividad comercial o industrial que era lícita, que el que la ejecutaba en forma ilícita, puesto que la sanción prevista en este caso por la Ley de Pesca para el comportamiento antijurídico de los encausados, es más benigna que la prevista en el artículo 97 N°9 del Código Tributario”. En el mismo sentido, C. Suprema, 28 de diciembre de 2006; C. Suprema, 25 de enero de 2007.

una misma conducta, énfasis aparte, no es posible aplicarlos conjuntamente al mismo hecho en razón del principio de *non bis in idem*.⁶³

La hipótesis de concurso aparente de leyes penales también resulta admisible en la especie si se atiende a que los dos grupos de delitos tutelan el orden público económico.⁶⁴

Como ya se adelantó, si bien las figuras contempladas en la Ley 17.336 y 19.039 protegen, de acuerdo con la doctrina, la propiedad intelectual o industrial de sus titulares, lo cierto es que estas especies de propiedad tienen un componente supra-individual de relevancia que emana de su propia naturaleza, y que permite afirmar que conforma de manera fundamental el orden socioeconómico de un determinado Estado.

El orden público económico aparece como un concepto jurídico indeterminado, y que preliminarmente podríamos definir como el conjunto de normas y reglas conforme con las cuales se organiza económicamente un determinado sistema social y se regulan las relaciones económicas y patrimoniales entre los diversos sujetos sociales, el Estado y los particulares.

Para Cea Egaña debe entenderse como el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en las Constitución (...) el Orden Público Económico comprende el conjunto de principios, normas y medidas jurídicas, en sus diversas jerarquías y especies, dirigido a organizar y regular ese aspecto de la convivencia humana, incluyendo la dirección, promoción y control de él, tanto como la penalidad de sus transgresiones”.⁶⁵

Ese orden público económico, en nuestro sistema constitucional, se encuentra integrado fundamentalmente por el derecho de propiedad,⁶⁶ el que alcanza también a las creaciones intelectuales o industriales (artículo 19 N°25 de la Constitución).

De este modo, podemos afirmar que la tutela de la propiedad industrial e intelectual constituye una forma de proteger, en un componente específico, el orden socioeconómico y, en definitiva, el orden público económico. De ahí que ambas figuras se encuentren en una situación de especialidad en lo que dice relación con la concreta manifestación del bien jurídico orden público económico que tutelan.⁶⁷

63 Es el fundamento del concurso aparente de leyes penales de acuerdo con lo que ha reconocido nuestra jurisprudencia, C. Apelaciones de San Miguel, 20 de noviembre 2007; Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, 12 de enero 2008. Ver voto disidente en Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 3 de agosto de 2006: “Por último si se sostiene que el bien jurídico protegido es el orden público económico, este sentenciador de minoría comparte lo manifestado por la defensa del imputado en la vista de la causa en el sentido que dicho bien jurídico se encuentra protegido, de la manera que lo estimó pertinente y suficiente por el legislador, en la ley 17.366, sobre propiedad intelectual y, en consecuencia, se puede concluir que en la especie se está castigando doblemente una misma conducta”.

64 Este es el fundamento por el que rechazan esta solución C. Apelaciones de Santiago, 19 de julio de 2007; C. Suprema, 12 de mayo 2008, Juez de Garantía de Pitrufquén, 9 de enero de 2009.

65 CEA EGAÑA, José Luis, Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 158- 159.

66 CEA EGAÑA, José Luis, Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 157; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Los derechos constitucionales, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 135; FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas, Revista de Derecho, Valdivia, XI, dic. 2000, p. 47- 54.

67 C. Suprema, 24 de marzo de 2009: “(...) aplicando el criterio de especialidad, que indica que cuando la descripción de uno o varios elementos del supuesto de hecho de la especial suponen conceptual y necesariamente la de todos los de la ley general, porque es una parte de un todo o una especie de género conceptual, debe preferirse la figura del

INFORMES EN DERECHO

Adicionalmente, es importante consignar que en ambos casos la lesión al orden público económico se produce en razón de la clandestinidad de la comercialización de determinados objetos. Lo que sucede es que la clandestinidad que sanciona el artículo 97 N°9 del Código Tributario se encuentra referida al comercio o a la industria de cualquier clase de bienes; mientras que en el caso de las disposiciones contenidas en la ley de propiedad industrial e intelectual, el comercio clandestino se encuentra referido a bienes específicos y determinados, en concreto, aquellos que han sido elaborados en contravención con los derechos industriales o intelectuales de sus titulares. De este modo es posible afirmar que las figuras de delitos que atentan contra de la propiedad industrial e intelectual suponen todos los elementos conceptuales básicos de la figura del artículo 97 N°9 del Código Tributario, pero agregan una especificidad en cuanto al objeto que determina que, en supuestos de concurrencia, la aparente duplicidad de normas penales deba resolver por la aplicación de una de estas últimas en razón del principio de especialidad.

Toda vez que los tipos penales contenidos en las leyes 17.336 y 19.039 logran capturar de manera más precisa el específico disvalor de la conducta concreta que concurre en la especie,⁶⁸ procede que la aparente concurrencia de éstas y el artículo 97 N°9 del Código Tributario se resuelva a favor de las primeras en aplicación del principio de especialidad.⁶⁹

Se advierte, pues, que no es posible configurar en la especie dos figuras independientes que merezcan una sanción separada⁷⁰. Asumir lo contrario y pretender que se sancione a los imputados por ambos a la vez no sólo importa una equivocada aplicación del derecho –en la medida en que conduce a una clara infracción del principio del *non bis in idem* que consagra, entre otros, el artículo 63 del Código Penal- sino que irroga un evidente perjuicio al mismo.

VII. Conclusiones

A modo de conclusiones del análisis efectuado, podemos afirmar:

1. En los supuestos del comercio callejero de especies elaboradas o que circulan con afectación de los derechos de propiedad intelectual o industrial de sus autores no concurre un supuesto de concurso entre los delitos tipificados en el artículo 80 letra b) de la Ley 17.336 y 28 letra a) de la Ley 19.039, por una parte, y el delito contemplado en el artículo 97 N°9 del Código Tributario;
2. Las especies elaboradas o enajenadas con infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial no pueden ser objeto de comercio ni industria, en los específicos términos que contempla el artículo 97 N°9 del Código Tributario; con los

artículo 471 N°2 del Código precitado, toda vez que posee la calidad de especial respecto de la estafa propiamente dicha, dado que exigiéndose en ambas clases de contravenciones la existencia del elemento engaño, el artículo 468 requiere cualquier engaño mientras que el artículo 471 N°2 consigna en forma precisa el elemento mediante el cual se realiza la defraudación, cual es, el otorgamiento de un contrato simulado”.

68 Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia, C. Suprema, 29 de enero 2007; C. Apelaciones de Temuco, 2 de julio 2008.

69 Ver voto disidente del Ministro Hugo Dolmetsch, Corte Suprema, 18 de agosto de 2008. En sentido contrario, y resolviendo el concurso aparente de leyes penales a favor del delito tributario en aplicación del principio de consunción, C. de Apelaciones de Arica, 31 de agosto de 2007, hay voto disidente.

70 En el mismo sentido voto de mayoría C. de Apelaciones de Santiago, 17 de junio de 2009.

eventuales actos de circulación material de las mismas no se infringe la norma imperativa que subyace a dicha infracción penal ni se lesiona ni pone en peligro el orden público económico en su específica vertiente impositiva, razón por la cual dicha conducta es atípica a la luz de la mencionada disposición, debiendo sancionarse únicamente, llegado el caso, conforme con las reglas especiales de la Ley 17.336 o 19.039;

3. En cualquier caso, de estimarse que la circulación material de las especies señaladas constituye comercio en los términos a que alude el artículo 97 N°9, nos encontramos frente a un concurso aparente de dicha ley penal y la contenida en las leyes 17.336 y 19.039 que debe resolverse conforme con el principio de especialidad a favor de esta última.

VIII. TABLA DE SENTENCIAS

Tribunal y fecha	Referencia
C. Suprema, 2 de septiembre 1997	Jurisprudencia Judicial 5480/97
Tribunal de Garantía de Punta Arenas, 4 de octubre de 2004	RIT 1118-2004
Tribunal Juicio Oral en lo Penal Valparaíso, 3 de octubre 2005	N°Legal Publishing: 33.499
C. Suprema, 11 de abril 2006	N°Legal Publishing: 34.073
C. Apelaciones de Punta Arenas, 3 de agosto 2006	Rol 98- 2006
C. Apelaciones de Santiago, 25 de septiembre 2006	N°Legal Publishing: 35.336
C. Suprema, 19 de octubre 2006	N°Legal Publishing: 35.345
C. Apelaciones de Concepción, 3 de noviembre 2006	N°Legal Publishing: 35.404
C. Suprema, 28 de diciembre 2006	N°Legal Publishing: 35.768
C. Suprema, 18 de enero 2007	N°Legal Publishing: 36.058
C. Suprema, 29 de enero 2007	N°Legal Publishing: 35.946
C. Suprema, 25 de enero 2007	N°Legal Publishing: 35.899
C. Apelaciones de Valdivia, 31 de enero 2007	N°Legal Publishing: 40.948
C. Suprema, 15 de marzo 2007	N°Legal Publishing: 36.157
C. Apelaciones de Concepción, 29 de junio 2007	N°Legal Publishing: 36.580
C. Apelaciones de Copiapó, 6 de julio 2007	N°Legal Publishing: 36.611
C. Apelaciones de Santiago, 19 de julio 2007	N°Legal Publishing: 36.943
C. Apelaciones de Arica, 31 de agosto 2007	N°Legal Publishing: 37.150
C. Apelaciones de Concepción, 10 de septiembre 2007	N°Legal Publishing: 37.110
C. Apelaciones de Valparaíso, 5 de octubre 2007	N°Legal Publishing: 37.429
C. Apelaciones de San Miguel, 22 de octubre 2007	N°Legal Publishing: 37.507
C. Apelaciones de Talca, 20 de noviembre 2007	N°Legal Publishing: 37.659
C. Apelaciones de San Miguel, 20 de noviembre 2007	N°Legal Publishing: 37.750
C. Apelaciones de Concepción, 12 de diciembre 2007	N°Legal Publishing: 37.897
Tribunal Oral en lo Penal Viña del Mar, 12 de enero 2008	N°Legal Publishing: 41.121
C. Apelaciones de Antofagasta, 18 de febrero 2008	N°Legal Publishing: 38.372
C. Apelaciones de Santiago, 2 de abril 2008	N°Legal Publishing: 38.708
C. Apelaciones de Concepción, 25 de abril 2008	N°Legal Publishing: 38.883
C. Suprema, 12 de mayo 2008	N°Legal Publishing: 38.938
C. Apelaciones de Temuco, 2 de julio 2008	N°Legal Publishing: 39.866
C. Suprema, 18 de agosto 2008	N°Legal Publishing: 39.711
C. Apelaciones de Concepción, 1 de septiembre 2008	N°Legal Publishing: 42.230
C. Apelaciones de Santiago, 3 de octubre 2008	N°Legal Publishing: 41.189
C. Apelaciones de Santiago, 14 de octubre 2008	N°Legal Publishing: 41.196
C. Apelaciones de Talca, 20 de noviembre 2008	N°Legal Publishing: 37.659
C. Suprema, 8 de enero 2009	N°Legal Publishing: 41.561
Juzgado de Garantía de Pitrufquén, 9 de enero 2009	N°Legal Publishing: 41.935
C. Suprema, 24 de marzo 2009	N°Legal Publishing: 41.754
C. Apelaciones de Santiago, 17 de junio 2009	N°Legal Publishing: 42.274
C. Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre 2009	N°Legal Publishing: 42.650