

**Minuta sobre la ley que
“Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de
mejorar la persecución penal, con énfasis en
materia de reincidencia y en delitos de mayor
connotación social”
(Boletín 15.661-07)**



Departamento de Estudios y Proyectos Defensoría Nacional

Agosto 2024

Autores:

Cristián Irrarázaval Zaldívar
Carlos Verdejo Galleguillos

Coautores de normas específicas:

Nicolás Cisternas V. :	Norma sobre inimputables
Francisca Eulufi A. :	Normas sobre comiso
Sandra Haro C. :	Normas sobre TTD
Leonardo Moreno H. :	Norma sobre incorporación de documentos

Contenido

Introducción.....	5
MINUTA EJECUTIVA.....	7
MINUTA DESARROLLADA.....	19
I. Modificaciones en materia de determinación de la pena.....	19
I.1 Modificación al art. 11 N°9 (colaboración sustancial).....	19
I.1.A Explicación de la modificación	19
I.1.B Consejos prácticos para el defensor	19
I.2 Introducción de un nuevo art. 68 ter CP (reincidencias y 12 N° 22 como agravantes calificadas para todos los delitos).....	20
I.2.A Explicación de la modificación	22
I.2.B Tablas explicativas de los efectos del art. 68 ter CP	24
I.2.C Consejos prácticos para el defensor: solicitar aplicación de ley penal más favorable	24
I.2.D Concurso de leyes entre 68 ter y otras normas que dan efectos extraordinarios a la reincidencia	26
I.2.E Otros consejos prácticos para el defensor.....	29
II. Modificaciones a medidas cautelares personales	30
II.1 Introducción de un nuevo art. 127 bis al CPP: Nueva causal de detención por notificación de Interpol.....	30
II.2 Modificación a los artículos 132 y 140 del C.P.P.: conversión en ley del “Criterio Valencia”	33
II.2.A Cuadro resumen de documentos que acreditan identidad	36
II.2.B Planteamiento del problema	37
II.2.C Análisis de la modificación al artículo 132 del C.P.P.	38
II.2.D Análisis de la modificación al art. 140 CPP.....	43
II.2.E Acreditación de la identidad de un extranjero	43
II.3 Ampliación del art. 149 inc. 2° a un nuevo tipo penal.....	48
II.4 Modificación al art. 458 del Código Procesal Penal.....	48
II.4.A Explicación de la modificación.....	49
II.4.B Aspectos a tener en cuenta sobre las modificaciones al art. 458 inc. 1°	49
II.4.C Aspectos a tener en cuenta sobre el nuevo art. 458 inc. 2°	52
II.4.D Consejos prácticos ante la imposición de prisión preventiva durante un procedimiento suspendido por el art. 458 CPP	54
II.4.E Internación provisional que se cumple en recintos penitenciarios por falta de cupos-camas en recintos hospitalarios	55

III. Modificaciones en materia de medidas intrusivas y técnicas especiales de investigación	56
III.1 Medidas de aplicación general	56
III.1.A Registro remoto de equipos informáticos	56
III.2 Medidas especiales para el ámbito del “crimen organizado”	57
III.2.A Ampliación de hipótesis de procedencia de diligencias especiales de investigación	57
III.2. B Nueva norma acerca de la comparecencia presencial del imputado	59
IV. Medidas de protección de sujetos procesales, testigos y peritos	61
IV.1 Medidas de protección de aplicación general	61
IV.1.A Comparecencia telemática de víctimas	61
IV.1.B Medidas de protección a fiscales	62
IV.2. Medidas de protección en el ámbito del crimen organizado	65
IV.2. A Efectos de la apelación a la resolución del juez que concede acceso a identidad de agentes e informantes	65
IV.2. B Secreto respecto de identidad de testigos y afectación a la defensa	67
IV.2.C Precisiones en la declaración de ciertos testigos	69
IV.2.D Nuevas medidas de protección para jueces	72
V. Nuevo estatuto general de cooperación eficaz	74
V.1. Ámbito de aplicación: ¿En qué delitos puede haber cooperación eficaz?	74
V.2 Reglas generales de la cooperación eficaz simple	75
V.3 Comparación entre las formas de reconocimiento de la CES: Acuerdo y reconocimiento judicial	79
V.4 Cooperación eficaz calificada de imputados.	82
V.5 Cooperación eficaz calificada de condenados.	84
V.6 Tabla comparativa de rebajas de pena en los diferentes estatutos de cooperación eficaz	86
VI. Modificaciones a la forma de rendir prueba en juicio	86
VI.1 Incorporación de regla sobre “testigo o perito hostil”	86
VI.1.A Texto de la norma y objetivo	86
VI.1.B Requisitos de procedencia	87
VI.1.C Otros consejos prácticos para la defensa:	88
VI.2 Incorporación de documentos al juicio oral	89
VI.2.A Observaciones generales	89
VI.2.B Consejos prácticos para el defensor	91
VII. Reformalización y reapertura de la investigación	92

VIII. Modificaciones en materia de salidas alternativas y anticipadas.....	96
VIII.1 Modificación al archivo provisional.....	96
VIII.2 Restricción al principio de oportunidad.....	97
VIII.3 Restricción a la suspensión condicional del procedimiento	99
VIII.4 Modificación al Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD)	101
VIII.4.A Requisitos para decretar la suspensión condicional para el Tratamiento Problemático de Drogas y/o Alcohol.....	103
VIII.4.B Audiencias relativas al TTD	104
VIII.4.C Incumplimiento de las condiciones de la SCP.....	105
IX. Modificaciones al procedimiento abreviado	106
X. Modificaciones a medidas cautelares reales y comiso	109
X.1 Modificación art. 157 bis del Código Procesal Penal (medidas cautelares reales sin audiencia del afectado)	109
X.1.A Síntesis de las modificaciones	110
X.1.B Consideraciones para la defensa	110
X.2 Modificación al art. 468 bis (ejecución del comiso de ganancias).....	115
X.3 Modificaciones comiso en la Ley N° 20.000	116
XI. Otras modificaciones.....	118
XI.1 Modificación requisitos de la querella	118
XI.2 Convenciones probatorias	118
XI.3 Aumento de plazos para dictación de sentencia y para recurrir de nulidad	120
XI.4 Modificaciones a la ley 18.216.....	121
XI.5 Modificación al secreto bancario	125
XI.6 Modificaciones a la Ley N° 19.770, sobre Registros de ADN	127

Introducción

El presente documento fue elaborado por el Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, para abordar las importantes modificaciones introducidas al sistema de justicia penal por el proyecto de ley Boletín 15.661-07, que “Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de mejorar la persecución penal, con énfasis en materia de reincidencia y en delitos de mayor connotación social”. La Defensoría Penal Pública estuvo presente a lo largo de toda la tramitación legislativa de este proyecto a través de las unidades de Defensa Penal General y de Seguimiento Legislativo. El presente trabajo pretende facilitar la comprensión de las modificaciones introducidas.

Este documento contiene dos minutas:

- Una **Minuta Ejecutiva** (pp. 7-17), que se refiere brevemente a las modificaciones más importantes para los defensores en su labor cotidiana.
- Una **Minuta Desarrollada** (pp. 18 ss.), que trata latamente todas las modificaciones introducidas por la nueva ley.

El proyecto comenzó como una moción de los senadores Kast, Ebensperger, Rincón, Cruz-Coke y Ossandón, indicando como objetivo aumentar la probabilidad de que los responsables de delitos “sufran las condenas previstas por la ley” y se pueda distinguir adecuadamente entre primerizos y delincuentes habituales. Para ello proponía originalmente:

- Convertir el sistema de determinación de penas de “marco rígido” en regla general, eliminando al efecto los actuales art. 65 a 69 CP.
- Aumentar el mínimo de la pena a imponer por cualquier delito a un año (se eliminaban, por ende, las penas de prisión).
- Establecer la posibilidad de suspender condicionalmente el procedimiento, cuando el imputado acepte someterse voluntariamente a un tratamiento de desintoxicación de drogas, alcohol o ambos.
- Impedir que los delincuentes habituales y refractarios a las medidas de la Ley 18.216 accedan a la suspensión condicional del proceso.

Durante la tramitación del proyecto, se propusieron diversas iniciativas que alteraban sustancialmente el sistema procesal penal, las que fueron rechazadas o fuertemente morigeradas en sus efectos, y que no serán abordadas directamente en este documento. A continuación, se mencionan brevemente las más importantes:

- En el art. 69 CP se intentó establecer que el juez deba partir del punto medio del marco penal estipulado para cada delito, debiendo fundamentar cualquier rebaja o aumento.
- Aumentos de penas de los delitos de lesiones.
- Se buscó imponer fuertes restricciones a las salidas alternativas y anticipadas, llegando a aprobarse normas que impedían aplicar principio de oportunidad o suspensión condicional hasta por plazos de 5 años.

- Respecto de la interceptación de comunicaciones del art. 222, a petición del MP, se intentó ampliar la norma para permitir interceptación de testigos y otros terceros ajenos a la investigación. Finalmente, el Congreso amplió esta medida, bajo ciertos presupuestos, a las víctimas, pero ello fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en control preventivo¹.
- Se intentó, a instancias del MP, ampliar el estatuto especial de normas para el crimen organizado (art. 226 A y ss.), a todos los crímenes, aunque se trate de un autor único o delincuencia común.
- Se propuso la posibilidad de una reformalización sin plazo ni otras restricciones, que permitiera al fiscal sustituir íntegramente los hechos previamente formalizados cuantas veces quisiera.
- Se propuso, a instancias del MP, aumentar el techo del procedimiento abreviado, para todos los delitos, hasta los 15 años. Finalmente fue elevado a 10 años.
- Se propusieron modificaciones relevantes a la ley 20.084, que implicaban, entre otros aspectos, aumentos de los techos de penas, eliminación de la rebaja de un grado para adolescentes y aplicación obligatoria del máximo de la pena legal en ciertos casos.
- Se instituía una recompensa para quienes entregaran antecedentes de comisión y participación en ciertos delitos.
- Se propuso que funcionarios policiales pudieran declarar siempre por videoconferencia y siempre desde su respectivo recinto policial.

Sin perjuicio de que se rechazaron varias de las iniciativas arriba mencionadas, la ley contiene un conjunto de reformas que dificultan la labor de defensa, destacando entre ellas:

- Un nuevo art. 68 ter CP, que sanciona más gravosamente la reincidencia.
- Se introduce en el art. 140 CPP el así llamado “Criterio Valencia”.
- Se modifica el art. 458 CPP, elevando el estándar para su procedencia.
- Se amplía el ámbito de aplicación de las medidas intrusivas del 226 A ss.
- Se extienden las medidas de protección a varios sujetos procesales, testigos y peritos.
- Se incorpora una nueva norma de reformalización de la investigación.
- Se limitan, si bien mesuradamente, las opciones de salidas anticipadas y alternativas.

En las siguientes páginas se encuentran las dos minutas arriba referidas (ejecutiva y desarrollada), que tratan las modificaciones finalmente introducidas a nuestro ordenamiento jurídico.

¹ Tribunal Constitucional; Rol 15.525-24-CPR

MINUTA EJECUTIVA

Modificaciones en determinación de pena

- **Introducción de un nuevo art. 68 ter CP (reincidencia como agravante calificada para todos los delitos)**

Se incorpora un nuevo artículo 68 ter, que tiene por objetivo principal que la reincidencia y la agravante del art. 12 N° 22 operen para todos los delitos como una agravante con un efecto agravado extraordinario (incisos 1° y 2°) o con un efecto híper agravado (incisos 3° y 4°), y no solo, como sucedía hasta el momento, en virtud de la regla del art. 449 N°2 del CP, para los delitos de robo, hurto, receptación y abigeato. Por ello se eliminó la referida regla del art. 449 N°2 CP, así como también el art. 69 bis CP. A continuación, un resumen de los efectos principales de la norma:

- a) Agravantes que tendrán alguno de los efectos previstos en el art. 68 ter: 12 N° 14; 12 N° 15; 12 N°16 y 12 N° 22 CP.
- b) Tanto el efecto agravado extraordinario (incisos 1° y 2°) como el efecto híper agravado (incisos 3° y 4°), se puede anular/compensar si el tribunal reconoce sea la atenuante del art. 11 N° 1 CP o la del 11 N° 9 CP.
- c) ¿Cuáles son en concreto los efectos extraordinarios de las agravantes referidas?
 - Primera reincidencia o agravante del art. 12 N°22: (art 68 ter inc. 1° y 2°): se excluye el grado mínimo o el mínimum según sea el caso.
 - Segunda reincidencia: la pena se aumentará en un grado (art 68 inc. 3°); en caso de estar previstas como alternativas una pena privativa de libertad y una de multa, el juez preferirá la primera (art. 68 inc. 4°).

La entrada en vigencia de esta norma trae consigo las siguientes consecuencias:

- Modificación por artículo 18 CP de aquellas sentencias en que se haya aplicado la derogada regla del art. 449 N°2, cuando la nueva norma del art. 68 ter resulte más favorable. Esta situación se dará normalmente en caso de condenas en juicio oral en que se reconoció tanto la agravante de reincidencia como la atenuante del 11 N°9 CP. Ver Anexo a la minuta, que contiene modelo de escrito para pedir reforma de sentencia por art. 18 CP por este motivo.
- Non bis in ídem en caso de intento de aplicación simultánea de reglas de los incisos 3° y 4° del art. 68 ter.
- Es discutible si art. 68 ter prima sobre otras normas que dan efectos especiales a la reincidencia respecto de ciertos delitos (arts. 202; 449 quáter; y 456 bis, todos del C.P.; y 82 Ley 17.336).

Para profundizar en este tema y ver cuadros de aplicación de penas con esta norma, ver acápite I.2. del documento.

Modificaciones a medidas cautelares personales

- **Introducción de un nuevo art. 127 bis al CPP: Nueva causal de detención por notificación de Interpol**

El nuevo art. 127 bis CPP habilita al tribunal para decretar la detención respecto de quien tenga vigente una notificación roja de la Interpol, pudiendo el Ministerio Público solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por cinco días, con el fin de que pueda solicitarse la detención previa del imputado o iniciarse el proceso de extradición.

Una notificación roja es una solicitud dirigida a las fuerzas del orden de todo el mundo para localizar y detener provisionalmente a una persona a la espera de su extradición o entrega, o de una acción judicial similar. Se fundamenta en una orden de detención o en una orden judicial expedida o dictada por las autoridades judiciales del país solicitante. Bastará que Policía Internacional notifique a la Fiscalía que tiene una persona con una notificación roja vigente de Interpol tratando de ingresar al país, para que la Fiscalía pueda solicitar al tribunal una orden de detención.

Aspectos a tener en cuenta por la defensa:

- En la audiencia de control de la detención se debe confirmar si la notificación roja se encuentra vigente. Se puede hacer online en esta dirección: <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Notificaciones/Notificaciones-rojas/Ver-las-notificaciones-rojas> . Si la notificación roja ha sido dejada sin efecto o vigencia, entonces, el detenido debe ser puesto en libertad en la audiencia de control de la detención y el proceso judicial debe concluir ahí.
- No es posible ampliar la detención para verificar si la notificación roja está o no vigente, porque la ampliación prevista tiene solo dos fines posibles, esto es, puede concederse para la detención previa del imputado o para iniciar el proceso de extradición.
- Si por cualquier motivo no se concreta la detención previa ni se ha iniciado el procedimiento de extradición en el plazo arriba referido, entonces el juez debe decretar la libertad inmediata del detenido.

Para profundizar en este tema, ver acápite II.1 del documento.

- **Modificación a los artículos 132 y 140 del CPP: conversión en ley del “Criterio Valencia”**

Análisis de la modificación al artículo 132 del CP

El inciso final que se incorpora al art. 132 permite que el juez amplíe la detención hasta por cinco días, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que lo solicite el fiscal;
- Que la ampliación sea conducente para el éxito de alguna diligencia;

- Que se trate de la investigación (alternativamente) de: un delito de asociación delictiva o criminal; o dirigida contra personas cuya identidad no puede ser determinada; o dirigida en contra de personas de nacionalidad extranjera cuyos antecedentes criminales son desconocidos.

Aspectos a tener en cuenta por la defensa:

- Ampliación no puede concederse para tomar las huellas digitales al detenido y enviarlas al Registro Civil, pues ello debió hacerlo la policía antes de la audiencia.
- Existe jurisprudencia que cuestiona además que el enrolamiento sea, en sí, un trámite conducente para justificar la ampliación de la detención (Amparos - Valparaíso; Roles 619-2023 y 715-2023; Concepción Roles 150-2023 y 430-2023).
- Siempre será inconducente la ampliación de la detención de un extranjero con el objetivo de conocer sus antecedentes criminales en el extranjero, pues es imposible que otro Estado pueda entregar la respuesta requerida en un plazo de cinco días.
- Tratándose del procedimiento de ampliación de la detención que se efectúa conforme al artículo 9° del CPP, la detención de un imputado podrá ampliarse siempre que se trate de casos urgentes, tal como exige esa norma.

Análisis de la modificación al art. 140 CPP

La modificación introduce cuatro nuevos criterios que el juez debe considerar para determinar que existe peligro de fuga del imputado al decidir sobre la solicitud de prisión preventiva. Tales criterios son:

- a) Cuando se desconozca la identidad del imputado;
- b) Cuando este carezca de documentos de identidad que den cuenta de manera fidedigna de ella;
- c) Cuando este se niegue a entregar la documentación que acredita su identidad;
- d) Cuando este utilice documentos falsos o adulterados.

Sin lugar a dudas el criterio más perjudicial para los imputados es el que se consigna bajo la letra b), ya que el énfasis parece estar dado por la carencia de documentos o papeles determinados, por ejemplo, un pasaporte o una cédula de identidad nacional. De allí la relevancia de con qué documentos o antecedentes pueden los extranjeros pueden acreditar su identidad en Chile.

Sobre estas modificaciones, véase el acápite II.2 de este documento, y, en especial, el cuadro resumen de documentos que acreditan identidad, dependiendo del país de origen de la persona, según los tratados firmados por Chile (cfr. II.2.A).

- **Modificación al art. 458 del Código Procesal Penal**

La modificación eleva el estándar de los antecedentes requeridos para aplicar el procedimiento especial previsto en la norma, así como el deber de fundamentación del juez al tomar la decisión al respecto. Además, se explicita que la suspensión del procedimiento mientras se espera el informe no impide al juez otorgar o mantener las medidas cautelares señaladas en el Título V del Libro I o la internación provisional.

Existen diversos aspectos a tener en cuenta por el defensor, siendo el más importante que la modificación legal referida no habilita a imponer o mantener la prisión preventiva en caso de que se suspenda el proceso. Véase al respecto el acápite II.4 de este documento.

Modificaciones a normas especiales para crimen organizado

- **Ampliación de hipótesis de procedencia de técnicas especiales de investigación en criminalidad organizada.**

Se modifica el inciso 1° del art. 226 A CPP, a fin de rebajar el estándar para hacer aplicables las técnicas especiales de investigación previstas en dicho párrafo, las cuales procederán no solo cuando el Ministerio Público investigue hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, sino que también cuando se investiguen hechos que hagan *presumir fundadamente* la existencia de una organización delictiva o criminal.

Algunos aspectos a tener en cuenta por la defensa son los siguientes:

- Las técnicas a las que se refiere el inc. 1°, y a las que se extiende esta modificación de estándar, son: ***empleo de agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes y las entregas vigiladas.***
- No se altera el estándar original arriba referido (existencia de una asociación ilícita) en relación con la aplicación de las medidas de protección para testigos y víctimas previstas en el mismo párrafo 3 bis.
- Tampoco es aplicable esta reducción de estándar a las medidas de retención e incautación de correspondencia y de interceptación y grabación de comunicaciones previstas en el mismo artículo.

Para más detalles, véase el capítulo III.2.A de este documento.

- **Nuevo art. 226 Z, que mandata comparecencia remota del imputado contra su voluntad**

Esta norma establece la comparecencia remota del imputado privado de libertad a sus audiencias y a su propio juicio oral, **en contra de su voluntad**, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de investigaciones de criminalidad organizada;
- b) Que se trate de un caso grave y calificado por motivos de seguridad;

- c) Que se la medida se adopte mediante resolución judicial fundada;
- d) Que se permita siempre, y cada vez que así se requiera, la comunicación directa y privada entre el imputado y su abogado.

Para mayor análisis de estos requisitos, y, en especial, del impacto favorable que tendrá esta norma en el estándar de procedencia de la comparecencia telemática del imputado preso vía art.107 bis COT, ir al acápite III.2.B de este documento.

- **Modificación al art. 226 J, para dificultar el levantamiento del secreto respecto de identidad de ciertos testigos en causas de crimen organizado**

Se introducen nuevos incisos cuarto y quinto del artículo 226 J CPP, que se refieren al secreto (eventualmente absoluto) de la identidad de agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y cooperadores eficaces durante la investigación, que es dispuesta por el propio Ministerio Público, sin control judicial ex ante, y que puede mantenerse hasta el final del proceso. La modificación prescribe que, si el juez de garantía mantiene o levanta las medidas de protección referidas, tal resolución es apelable por parte de todos los intervinientes, con efecto suspensivo.

Si bien la norma indica además que, una vez firme dicha resolución, la discusión sobre estas medidas de protección no podrá renovarse salvo por escrito antes de la audiencia de preparación de juicio oral, y por una sola vez, una interpretación de sistemática de las normas de protección que respete el derecho al debido proceso no puede impedir al defensor volver a solicitar el levantamiento de estas medidas en el juicio. Sobre el punto, véase el capítulo IV.2.B de este documento.

- **Modificaciones al art. 226 P, para regular la forma de declarar de ciertos testigos en causas de crimen organizado**

Se modifica el art. 226 P, relativo a la declaración en juicio o de manera anticipada de agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes y testigos y peritos protegidos de conformidad a lo dispuesto en el art. 226 N. El nuevo inciso tercero contempla dos aspectos relevantes, ambos positivos para la defensa.

El primero es que, si se permite que la declaración sea remota, el juez puede ordenar que esta se tome en el tribunal con competencia penal más cercano al lugar donde se encuentre el testigo. El segundo aspecto relevante es que el tribunal delegado debe nominar a un funcionario del tribunal para que esté presente durante la declaración del testigo, a fin de evitar que el testigo esté leyendo su declaración o se le “sople” algo durante su deposición.

Para mayores detalles, véase el capítulo IV.2.C de este documento.

- **Nuevo art. 226 Y que permite “jueces sin rostro” en causas de crimen organizado**

La norma permite que el juez de garantía y los jueces del tribunal puedan hacer reserva de su identidad en las audiencias, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de investigaciones por hechos que involucren participación en una asociación delictiva o criminal;
- b) Que la motivación sea por motivos de seguridad;
- c) Que se trate de un caso grave y calificado;
- d) Que exista una resolución fundada que adopte la medida de protección.

En este caso, las causales de recusación pasan a ser causales de implicancia para el juez. Resulta fundamental tener presente que esta reserva de la identidad del juez no afecta al fiscal ni al defensor de la causa, que siempre conocerán su identidad. Pareciera, sin embargo, que esta reserva sí podría afectar a otros intervinientes, por ejemplo, al querellante. Finalmente, se dispone que la revelación de la información reservada será sancionada penalmente. Para más detalles sobre esta norma, véase el capítulo IV.2.D de este documento.

Nuevo estatuto general de cooperación eficaz

(i) Aspectos generales: Se introdujo en el Libro Segundo del CPP un nuevo párrafo 4 bis, que comprende los artículos 288 bis a 288 septies, que regulan exhaustivamente la institución de la cooperación eficaz. Estas normas pretenden ser el único estatuto sobre cooperación eficaz vigente, derogándose todas las disposiciones legales previamente existentes, que contemplaban este mecanismo procesal para ciertos tipos específicos de delitos. Se crean dos estatutos diferenciados de cooperación eficaz, una “simple” (en adelante, CES) y otra “calificada”, que tienen diferentes presupuestos de procedencia y efectos. Además, la cooperación eficaz calificada puede ser tanto de imputados (en adelante, CECI) como de condenados (en adelante, CECC), con efectos y reglas distintos en ambos casos.

(ii) Ámbito de aplicación: ¿Qué delitos admiten cooperación eficaz?

- Delitos de los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal, esto es, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho y cohecho a funcionario público extranjero (art. 260 quáter CP).
- Delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (arts. 411 bis al 411 octies CP).
- Delitos de la ley 18.314 que sanciona conductas terroristas (art. 4).
- Delitos de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (art. 22).
- Delitos de la ley 17.798 sobre control de armas (art. 17 C).
- Ilícitos de la ley 21.459 sobre delitos informáticos (art. 9).
- Ilícitos de la ley 21.595 sobre delitos económicos (art. 64)
- Delitos de lavado y blanqueo de activos
- Delitos de asociación delictiva o criminal.

- Homicidios;
- Secuestro y sustracción de menores.

(iii) Formas de reconocimiento de la CES:

La CES puede ser establecida por tres vías:

- Acuerdo de cooperación entre el fiscal y el cooperador y/o su defensor (sus efectos se reglan en los art. 228 ter y sexies);
- Invocación por el fiscal en la acusación, sin existencia de acuerdo previo (posiblemente cuando imputado coopere después o poco antes del cierre de la investigación y no haya habido tiempo para materializar un acuerdo por escrito); y
- Reconocimiento por el juez, pese a no haber sido invocada por el fiscal, por cumplirse los requisitos de procedencia.

(iv) Principales diferencias entre el acuerdo de cooperación eficaz y el reconocimiento judicial de la CES:

- El acuerdo permite una mayor rebaja de la pena aplicable al hecho que el reconocimiento judicial;
- El acuerdo da más seguridad jurídica al cooperador. En efecto, este puede conocer de antemano el efecto de su cooperación, no pudiendo el tribunal rechazar la rebaja de pena ofrecida por el fiscal, y además el cooperador puede hacer ejecutar el acuerdo por el tribunal en caso de incumplimiento del fiscal.

(v) Principales aspectos comunes entre la CES y la CECI:

- Procede respecto de los mismos delitos;
- Si el autor estuvo involucrado en los hechos que colabora a esclarecer, su cooperación eficaz debe extenderse más allá de su propia contribución al delito.;
- El estándar base de cooperación (que los datos o informaciones sean precisos, verídicos y comprobables) es el mismo.

(vi) Principales diferencias entre la CES y la CECI:

- Los fines de la CECI son más estrictos o precisos;
- La CECI sólo puede ser establecida vía acuerdo con el fiscal;
- Los efectos de la CECI son más amplios, pudiendo llegar, incluso al sobreseimiento definitivo o una rebaja de pena de 3 grados;

(vii) Estatuto de la CECC:

En lo medular, el estatuto de la CECC es idéntico al de la CECI, siendo las principales diferencias las siguientes:

- Solo se puede rebajar la pena en 1/3 de la originalmente impuesta, o en 1 o 2 grados si es presidio perpetuo.
- El control judicial es más intenso: el juez puede revisar el cumplimiento de cualquiera de los requisitos de procedencia de la CECC.

Para profundizar en materia de cooperación eficaz y sus múltiples alcances, variedades y aplicaciones posibles, cálculos de penas según el tipo de cooperación, facultades del imputado ante el incumplimiento de acuerdos de cooperación por parte del fiscal, etc., cfr. el capítulo V de este documento.

Modificaciones a la forma de rendir prueba en juicio

- **Incorporación de regla sobre “testigo o perito hostil”**

Se incorporó un nuevo art. 330 bis al CPP, que permite a las partes que hubieren presentado a un testigo o perito formularle preguntas sugestivas o indicativas, cuando este al declarar mantenga una actitud evidentemente hostil para responder las preguntas que se le formulan.

Los requisitos al efecto son:

- Estándar: el testigo o perito debe ser “evidentemente hostil”, no basta que sea meramente reticente o se muestre algo olvidadizo.
- Autorización judicial: por tratarse de una excepción a la regla general, a diferencia de lo que sucede en el contrainterrogatorio, en este caso la parte que ofreció al testigo hostil debe solicitar al tribunal que la autorice a realizar preguntas sugestivas.
- Oportunidad: el testigo o perito debe haber comenzado su declaración, mostrando su hostilidad “al declarar”.
- No puede considerarse hostil a la víctima que es reacia en su declaración porque esta no quiere ser estigmatizada o sufrir revictimización.

Especialmente relevante es estar atento a potenciales simulaciones o colusiones de “hostilidad” entre abogado y testigo para instrumentalizar la norma.

Para más detalles, véase el capítulo VI.1 de este documento.

- **Incorporación de documentos de origen y veracidad incontrovertida al juicio oral**

Se incorporó un nuevo inciso 2° al art. 333 CPP, que permite incorporar como evidencia al juicio oral documentos cuyo origen y veracidad son incontrovertidos mediante su mera singularización y entrega de una copia del mismo al tribunal, aún contra la voluntad de otras partes. Al respecto, debe tenerse presente lo siguiente:

- Se trata de una regla excepcional, solo en caso de que las partes no tengan discrepancias sobre el origen ni la veracidad del documento ofrecido.
- La modificación legal es aplicable exclusivamente a la prueba documental propiamente tal, por lo que no debe ser extendida a otros medios de prueba, en particular a la prueba pericial.

Para mayores detalles del alcance de esta modificación, de los posibles fraudes de etiqueta para los que se presta, y de las recomendaciones para que no se afecte el principio de inmediación, véase el acápite VI.2 de este documento.

Reformalización y reapertura de la investigación

- **Se introduce nuevo art. 229 bis CPP, que regula la reformalización**

La Cámara de Diputados llegó a aprobar en Segundo trámite constitucional un texto que permitía al fiscal directamente sustituir los hechos investigados cuantas veces estimara necesario. La Comisión Mixta, a instancias de la DPP, morigeró la norma, eliminando la posibilidad de que el Ministerio Público “sustituyera” los hechos y delitos previamente formalizados. Como consecuencia de lo anterior, la fórmula acordada fue que se pueden “modificar, complementar o precisar los hechos y delitos que integran la formalización”.

Así, la reformalización no puede nunca implicar un reemplazo o cambio radical de los hechos originales. La modificación implica, de suyo, la conservación, del “núcleo sustancial de los cargos” – para utilizar los términos de la Corte Suprema – razón por la cual, un defensor, enfrentado a una audiencia de reformalización, debería velar porque se cumpla con esta limitación y, en caso que ello no ocurra, deducir incidente de nulidad procesal.

En cuanto a la oportunidad procesal, la reformalización sólo puede materializarse “después de formalizada la investigación y antes del vencimiento del plazo para el cierre de ésta”.

- **Se introducen nuevos inc. 2º y 3º al art. 257 CPP, que regulan una nueva causa de reapertura por reformalización**

En caso de reformalizarse la investigación, tanto el imputado como el querellante pueden solicitar la reapertura de la investigación para pedir la realización de diligencias cuya necesidad hubiere surgido a raíz de la reformalización. El plazo que tienen querellante y defensa para solicitar esta reapertura, dado que la modificación fue introducida en el art. 257 CPP, corre desde el cierre de la investigación y es de diez días.

Para mayores precisiones y alcances de esta nueva norma sobre reformalización y sus consecuencias, cfr. el capítulo VII de este documento.

Modificaciones en materia de salidas alternativas y anticipadas

- **Restricción al principio de oportunidad**

Se agrega un nuevo inciso 2º al artículo 170 CPP, conforme al cual no procederá el ejercicio de esta facultad respecto del imputado que hubiere sido beneficiado con ella dentro de los dos años anteriores al hecho de que se trate, contados desde la resolución que lo tuvo por comunicado. Para más detalles, véase el capítulo VIII.2.

- **Restricción a la suspensión condicional del procedimiento**

Se modificó la letra c) del artículo 237 CPP, agregándose la prohibición de decretar la SCP cuando no haya transcurrido más de tres años entre los nuevos hechos y la fecha en que con anterioridad se decretó una suspensión condicional. Sobre este punto es importante destacar que para el computo del plazo de tres años lo relevante es la fecha en que se decretó la suspensión condicional, no cuando se cumplió. Para más detalles, véase el capítulo VIII.3.

- **Se establece la suspensión condicional del procedimiento para tratamiento de drogas y/o alcohol (TD)**

Se introducen nuevos art. 238 bis, 238 ter y 238 quáter al CPP, además de modificarse el inc. 2° del art. 239 del mismo código, con el objetivo de regular la SCP para tratamiento de drogas y/o alcohol. Esta modificación viene a consagrar legalmente la práctica de los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD) que, en la actualidad se desarrollan al alero de esta salida alternativa y sólo en algunas regiones del país. A continuación, se enuncian los requisitos de procedencia de este mecanismo:

- Acreditación del Problema de Consumo: Es necesario demostrar que la dependencia o el consumo problemático de drogas y/o alcohol fue un factor determinante en la comisión del delito.
- La pena potencial para el imputado no debe exceder los cinco años de privación de libertad en caso de dictarse una sentencia condenatoria.
- El imputado no debe haber sido condenado anteriormente por crímenes o simples delitos.
- No son aplicables los requisitos del art. 237 CPP, pues el artículo 238 bis establece sus propios requisitos

Para profundizar sobre estos requisitos, así como ver la regulación de las audiencias relativas al TTD y las recomendaciones a los defensores sobre el punto, ver acápite VIII.4 de este documento.

Modificaciones al procedimiento abreviado

Se realizan una serie de modificaciones a los art. 406 y 407 CPP para aumentar el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y dar un rol mayor a la justicia negociada.

Las dos modificaciones al art. 406 CPP aumentan el techo de pena que admite la aplicación del procedimiento abreviado, siendo este procedente ahora para todos los delitos en que el fiscal solicite imponer una pena de hasta diez años de presidio mayor en su grado mínimo. Por ende, se extiende el techo ya existente previamente en algunos delitos de marco rígido (delitos referidos en el art. 449 CP y en la ley de control de armas) a todos los ilícitos (en que antes el abreviado era posible solo hasta un pronóstico de pena de cinco años).

Por su parte, la modificación al art. 407 inc. 5° CPP permite al fiscal y querellante, para efectos de posibilitar un procedimiento abreviado, pedir una pena inferior en un grado al

mínimo de los señalados por la ley, si es que imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare dicho procedimiento, ampliando así esta regla – antes solo aplicable a los delitos referidos en el art. 449 CP – a todos los delitos, lo cual es coherente con la modificación efectuada al art. 406, si bien es aún más favorable para la defensa, pues pasa a ser aplicable incluso a delitos de la ley de control de armas y cualesquiera otros que tengan marcos rígidos de determinación de pena.

El acápite IX de este documento contiene mayores detalles, así como consejos prácticos para la defensa.

Otras modificaciones

- **Aumento de plazos para dictación de sentencia y para recurrir de nulidad**

Se modifican los art. 344 y 372 CPP a fin de aumentar los plazos para dictar sentencia y recurrir de nulidad. Así, el plazo base de redacción de sentencias es aumentado de 5 a 10 días (sin perjuicio de los aumentos ya contemplados antes de esta ley, si el juicio hubiere durado más de 5 días). Por su parte, el plazo para recurrir de nulidad se aumenta de 10 a 15 días, y se agrega, además, un día adicional por cada dos de exceso de duración del juicio, con un límite máximo de 30 días. Véase al respecto el capítulo XI.3 del documento.

- **Modificaciones a la ley 18.216**

Se hacen una serie de modificaciones al art. 1° de la ley 18.216, siendo la más relevante el establecimiento de la cooperación eficaz como contra excepción general a todas las prohibiciones dispuestas en dicho artículo. Es decir, de reconocerse que el imputado cooperó eficazmente, este siempre podrá acceder a las penas sustitutivas, sin importar que el delito esté excluido según el art. 1° de la ley. Véase al respecto el capítulo XI.4 del documento.

- **Modificaciones a la Ley N° 19.770, sobre Registros de ADN**

Se modifican los art. 6° y 17 de la ley 19.770. Se trata de dos líneas de modificaciones:

- En primer lugar, se incorporan nuevos delitos en los cuales es procedente la toma de muestras de ADN, siendo estos los tipos penales de los art. 292, 293, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 438, todos del CP, además de los delitos contemplados en la Ley 17.798.
- En segundo lugar, se faculta al fiscal a solicitar al juez la incorporación de la huella genética al Registro de imputados del sistema de quienes sean formalizados por crimen o simple delito, cuando se encuentren en situación migratoria irregular. En este caso, no hay limitación a los simples delitos y crímenes por los cuales haya sido formalizado el migrante en situación irregular. Pero el requisito base es que haya sido “formalizado”.

Para profundizar sobre al respecto, revisar el acápite XI.6 del presente documento.

Nota final: Recuérdese que este **resumen ejecutivo solo se refiere a ciertos aspectos** especialmente importantes **de algunas (no todas)** las modificaciones introducidas por esta ley. En los acápites siguientes, en cambio, se tratarán en detalles todas las modificaciones que esta ley trae consigo.



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

MINUTA DESARROLLADA

I. Modificaciones en materia de determinación de la pena

I.1 Modificación al art. 11 N°9 (colaboración sustancial)

Texto previo	Texto modificado
ART. 11. CP Son circunstancias atenuantes: 9ª. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.	1) Sustitúyese la circunstancia 9ª del artículo 11, por la siguiente: “9ª. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, <i>sin que la colaboración sea asimismo constitutiva de cooperación eficaz de conformidad con la ley.</i> ”.

I.1.A Explicación de la modificación

La modificación se debe a que esta ley crea un instituto de cooperación eficaz de efectos generales (se eliminan todos los estatutos especiales de cooperación eficaz), regulado en el Libro Segundo, Título I, Párrafo 4° bis del CPP (nuevos art. 228 bis a 228 septies). Como se explica en el apartado respectivo, habrá dos formas de cooperación eficaz, una “calificada” y otra “simple”, siendo difusos los contornos entre esta última y la colaboración sustancial. Si a ello se agrega que la cooperación eficaz (en cualquiera de sus variantes) tiene un efecto de atenuación más pronunciado que la atenuante del 11 N° 9 CP, se hace comprensible esta modificación para evitar interpretaciones erróneas. En resumen: si la colaboración del imputado es suficientemente valiosa como para configurar alguna de las hipótesis de cooperación eficaz prevista en los art. 228 bis y siguientes del CPP, entonces deberá tener los efectos allí señalados, y no el de una mera circunstancia atenuante común.

I.1.B Consejos prácticos para el defensor

- Analizar si la contribución del imputado puede enmarcarse en alguna de las hipótesis previstas en el art. 228 bis CPP en lugar del art. 11 N° 9 CP. La hipótesis más amplia - y, por tanto, útil - de las allí regladas, es la de “contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados”. Si el tribunal estima que hay cooperación eficaz, debe atenuar la pena conforme al art. 228 septies CPP, es decir, podrá reducir la pena en un grado, o, tratándose de delitos calificados como económicos, el tribunal podrá otorgarle el efecto de una atenuante de conformidad con el artículo 13 de la ley N° 21.595.

I.2 Introducción de un nuevo art. 68 ter CP (reincidencias y 12 N° 22 como agravantes calificadas para todos los delitos)

Texto previo	Texto modificado
TÍTULO TERCERO. DE LAS PENAS. § IV. De la aplicación de las penas.	2) Incorpórase el siguiente artículo 68 ter: “Artículo 68 ter. Si concurre una de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 12, numerales 14°, 15° o 16°, el tribunal excluirá el grado mínimo si es compuesta o el minimum si consta de un sólo grado, salvo que reconozca la circunstancia prevista en el artículo 11, numeral 1° o numeral 9°, en cuyo caso podrá recorrer la pena en toda su extensión. La pena será determinada del mismo modo cuando, tratándose de delitos contra las personas, concurra la circunstancia prevista en el numeral 22° del artículo 12, siempre que no concurriere alguna de las atenuantes indicadas en el inciso primero. En el caso del inciso primero, a partir de la segunda condena en la que se reconozca al autor alguna de las agravantes previstas en el artículo 12, numerales 14°, 15° o 16°, la pena se aumentará en un grado, a menos que concurriere alguna de las atenuantes indicadas en el inciso primero. En los casos previstos en el inciso tercero, cuando la ley señalare al delito pena alternativa de multa, el tribunal aplicará la pena privativa de libertad determinada conforme a lo que en él se dispone. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, en caso de concurrir una cooperación eficaz, simple o calificada, la pena a imponerse al condenado podrá rebajarse conforme se dispone para ese tipo de colaboración.

ART. 69 BIS. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, en los delitos contra las personas, en el caso que concurra alguna de las circunstancias agravantes del número 22º del artículo 12, la pena se determinará excluyendo el grado mínimo si es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado.	3) Suprímese el artículo 69 bis.
TÍTULO NOVENO. CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. § V. Disposiciones comunes a los cuatro Párrafos anteriores. ART. 449. Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 ter, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 ____ y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia. 2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado.	6) En el artículo 449: a) Intercálase a continuación de la frase “no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69”, lo siguiente: “, con excepción del artículo 68 ter,”. b) Sustitúyese la frase “se aplicarán las reglas que a continuación se señalan” por “se aplicará la siguiente regla”. c) Derógase la regla 2ª.

I.2.A Explicación de la modificación

Esta norma es la que le da su nombre al proyecto de ley 15.661-07, siendo la única modificación de derecho sustantivo relevante que quedó en el texto final (tras la caída de la norma que hacía comenzar a los jueces del “punto medio” del marco penal en la determinación judicial y de las que contemplaban elevaciones de los marcos penales de los delitos de lesiones). La regla del art. 68 ter tiene por objetivo que la reincidencia opere siempre (para todos los delitos) como una agravante con un efecto agravado extraordinario (incisos 1° y 2°) o con un efecto híper agravado (incisos 3° y 4°), y no solo, como sucedía hasta el momento, en virtud de la regla del art. 449 N°2 del CP, para los delitos de robo, hurto, receptación y abigeato. Por ello se eliminó la referida regla del art. 449 N°2 CP. No obstante, hay algunas diferencias entre ambas normas, lo cual hace necesario explicar el alcance del nuevo art. 68 ter.

Una primera diferencia se refiere a las agravantes que tendrán alguno de estos efectos que confiere el art. 68 ter. En efecto, se agrega a este grupo de agravantes, que contemplaba a las reincidencias propias de los art. 12 N° 15 y 12 N°16 CP (por la regla del 449 N°2, para los delitos referidos en ese artículo) y la agravante del art. 12 N° 22 CP (que ya tenía un efecto agravatorio extraordinario en los delitos contra las personas, en virtud del art. 69 bis CP, que es eliminado), la así llamada “reincidencia impropia” del art. 12 N° 14 CP.

Una segunda diferencia es que el efecto agravado extraordinario (incisos 1° y 2°) y el efecto híper agravado (incisos 3° y 4°), no solo de las reincidencias, sino que también el del art. 12 N° 22, se puede anular/compensar si el tribunal reconoce sea la atenuante del art. 11 N° 1 CP (eximente incompleta) o – más importante en la práctica – la del 11 N° 9 CP (colaboración sustancial).

Una tercera diferencia se refiere a los efectos de estas agravantes (reincidencias y 12 N° 22). Si bien en la primera condena en que se reconozca la agravante de reincidencia o del 12 N° 22, los efectos son los mismos del actual art. 449 N° 2, esto es, el efecto agravado extraordinario de los incisos 1° y 2° del artículo 68 ter (se excluye el grado mínimo o el *mínimum* según sea el caso), la situación cambia en la segunda condena en que el tribunal estime concurrente una agravante de reincidencia, pues en este caso, en principio, se aumentará la pena en un grado, esto es, se aplica el efecto híper agravado del inciso 3° del artículo 68 ter, salvo que concurran las atenuantes de 11 N° 1 o 11 N° 9 (que también compensan este efecto híper agravado).²

Resulta fundamental tener en cuenta el texto del art. 68 ter inciso 3° del CP, el cual, tratándose de la hipótesis de reconocerse una segunda reincidencia, dispone que “la pena *se aumentará en un grado*”. En cambio, el art. 68 inciso 4° del CP señala que cuando hay dos o más agravantes sin concurrir atenuantes, el tribunal “podrá imponer la inmediatamente *superior en grado al máximo de los designados por la ley*”. Así, las fórmulas de agravación utilizadas en ambas normas son diferentes. La diferente redacción adoptada por el legislador para el

² Cabe hacer presente que el efecto híper agravado del inciso tercero del artículo 68 ter no se aplica a la segunda condena en que se aplique la agravante del artículo 12 N° 22. Ello, porque, el encabezado del inciso tercero del artículo 68 ter hace aplicable esta regla a “los casos previstos en el inciso primero” y la regulación de la agravante del artículo 12 N° 22 se encuentra en el inciso segundo del artículo 68 ter.

nuevo art. 68 ter determina que la interpretación más razonable de esta norma es que, en estos casos de “segunda reincidencia”, el marco penal se aumente en bloque hacia arriba, y no que necesariamente deba imponerse en un grado superior al marco originario.

Esta interpretación es concordante, además, con lo que dispone el art. 57 del CP que señala que cada grado de una pena divisible constituye una pena distinta. Esto significa que, por ejemplo, si un delito está sancionado con presidio menor en su grado medio a máximo, entonces tiene asignada dos penas: una de presidio menor en su grado medio y otra de presidio menor en su grado máximo. Luego, si el art. 68 ter inc. 3° del CP dispone que la pena debe aumentarse en un grado, al no distinguir cuál de las dos, debe entenderse que es todo el marco penal, quedando entonces, en el ejemplo, en presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Por su parte, y por disposición expresa de la norma, el nuevo inciso cuarto del art. 68 ter – que obliga al juez a preferir la pena privativa de libertad a la pena de multa, en caso de estar previstas ambas penas como alternativas, y de tratarse de una “segunda reincidencia”, solo aplica cuando el juez debe escoger entre esas dos sanciones (multa versus privativa de libertad), y no cuando la sanción alternativa a la pena privativa de libertad es una pena diferente (por ejemplo, una inhabilitación o suspensión).

La norma parece colocarse en la situación de que sólo existan dos penas alternativas: una privativa de libertad y la pena de multa. Pero esta situación no siempre se verifica de la manera anotada. Así, por ejemplo, el artículo 399 del Código penal contempla tres penas aplicables: una privativa de libertad (presidio), una restrictiva de libertad (relegación) y la multa. ¿Es posible aplicar en este caso la pena de multa en caso de segunda reincidencia? Dado que no se está en la hipótesis de elegir entre sólo dos sanciones, tratándose de tres penas alternativas, no es aplicable el inciso cuarto del artículo 68 ter.

La aplicación conjunta de los incisos 3° y 4° del art. 68 ter puede importar una infracción al principio del non bis in ídem. En efecto, el artículo 68 inciso cuarto señala que *“en los casos previstos en el inciso tercero, cuando la ley señalare al delito pena alternativa de multa, el tribunal aplicará la pena privativa de libertad determinada conforme a lo que en él se dispone”*. Así, en los casos de segunda reincidencia se existe el riesgo de que esta se considere dos veces:

- La primera vez, para estimar que, por tratarse de un delito que admite pena alternativa de multa, la pena que debe aplicarse es la privativa de libertad.
- La segunda vez, para determinar el grado de la pena privativa de libertad aplicable, ya que esta operación debe efectuarse *“conforme a lo que en él (en el inciso tercero) se dispone”*, vale decir, debe aumentarse la pena en un grado.

Si se diera dicha situación, el defensor debe alegar una infracción al principio del non bis in ídem.

Por último, el inciso quinto del art. 68 ter – con el fin de evitar interpretaciones erróneas – explicita que el efecto de las agravantes referidas, en cualquiera de estas hipótesis, no impide las rebajas de pena que procedan por cooperación eficaz. Lógicamente esta regla vale también para cualquier otra circunstancia modificatoria de efectos especialmente calificados, tal como la prevista en el art. 73 CP.

I.2.B Tablas explicativas de los efectos del art. 68 ter CP

Ejemplo con marco penal de un solo grado (lesiones graves gravísimas del art. 397 N°1 CP, presidio mayor en su grado mínimo):

Agravantes concurrentes	Atenuantes concurrentes	Pena a imponer
Primera condena con 12 N° 15	Ninguna	7 años y 184 días a 10 años
Primera condena con 12 N° 15	11 N° 9	5 años y 1 día a 10 años
Segunda condena con 12 N° 15	Ninguna	10 años y 1 día a 15 años
Segunda condena con 12 N° 15	11 N° 9	5 años y 1 día a 10 años

Ejemplo con marco penal de varios grados (robo con violencia o intimidación del art. 436 inciso primero CP, presidio mayor en sus grados mínimo a máximo):

Agravantes concurrentes	Atenuantes concurrentes	Pena a imponer
Primera condena con 12 N° 15	Ninguna	10 años y 1 día a 20 años
Primera condena con 12 N° 15	11 N° 9	5 años y 1 día a 20 años
Segunda condena con 12 N° 15	Ninguna	10 años y 1 día a perpetuo simple
Segunda condena con 12 N° 15	11 N° 9	5 años y 1 día a 20 años

I.2.C Consejos prácticos para el defensor: solicitar aplicación de ley penal más favorable

Como se observa, las reglas del art. 68 ter son similares a las del art. 449 N°2 y 69 bis CP, pero difieren en parte. Ello implica que la derogación de estos artículos y su reemplazo por el 68 ter puede, en algunas ocasiones, implicar la entrada en vigencia con posterioridad a la sentencia de una ley posterior más favorable. Los casos en que ello sucede son aquellos en que los tribunales estimaron concurrentes una de estas agravantes calificadas (debiendo excluir por tanto el mínimo o minimum, según el caso), y asimismo consideraron concurrente bien sea la atenuante del 11 N°9, la del 11 N° 1 o ambas. Atendido que ni el art. 449 N°2 ni

el art. 68 bis permitían a estas atenuantes compensar el efecto de las agravantes en ellas reguladas, el marco penal que preveían era superior en estos casos al que permite el art. 68 ter.

A continuación, algunos ejemplos:

Ejemplo con marco penal de un solo grado (robo habitado del art. 440 CP, presidio mayor en su grado mínimo):

Agravantes concurrentes	Atenuantes concurrentes	Pena a imponer antiguo 449 N°2/ 69 bis	Pena a imponer art. 68 ter
Primera condena con 12 N° 15	11 N° 9	7 años y 184 días a 10 años	5 años y 1 día a 10 años
12 N° 22	11 N° 9	5 años y 1 día a 10 años ³	5 años y 1 día a 10 años

Ejemplo con marco penal de varios grados (robo con violencia o intimidación del art. 436 CP, presidio mayor en sus grados mínimo a máximo):

Agravantes concurrentes	Atenuantes concurrentes	Pena a imponer antiguo 449 N°2/ 69 bis	Pena a imponer art. 68 ter
Primera condena con 12 N° 15	11 N° 9	10 años y 1 día a 20 años	5 años y 1 día a 20 años
12 N° 22	11 N° 9	10 años y 1 día a 20 años	5 años y 1 día a 20 años

Por otra parte, debe tenerse presente también la regla del art. 407 inc. 5° (modificada también en este proyecto de ley - como se verá en el acápite pertinente - para hacerla aplicable a todos los delitos), la cual respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, si el imputado aceptaba expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, permitía imponer una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo. Por ende, en caso de abreviados será más difícil que proceda la modificación de sentencia por ley posterior más favorable. Sin perjuicio de ello, cabe hacer presente que en el texto original (previo a esta ley) del artículo 407 N°5, la rebaja de pena en un grado se producía por la mera aceptación del imputado de hechos y antecedentes, y no (al menos en el texto legal) porque se diera el efecto de rebaja de un grado al reconocimiento de la atenuante del 11 N° 9. En consecuencia, pudieran existir casos en que la procedencia de la

³ En este caso, la agravante del 12 N°22 no tenía efecto calificado al no ser aplicable el art. 69 bis CP, por no ser el robo en lugar habitado un delito contra las personas.

atenuante del artículo 11 N°9 se fundara en hechos distintos de la mera aceptación de hechos y antecedentes que hagan factible el abreviado. En este caso (probablemente excepcional) también es imaginable una modificación de la sentencia por art. 18 CP. Por ejemplo, si se reconoció al imputado no solo la atenuante del 11 N°9 por una colaboración que excedía la mera aceptación, sino que además una atenuante adicional, lo que hubiera implicado que el tribunal podría haber rebajado la pena hasta en dos grados adicionales (art. 67 inc. 4° CP) o tres (art. 68 inc. 4° CP), después de haber aplicado la regla del art. 407 inc. 5° CPP.

Por ende, en todos aquellos casos en que el tribunal excluyó el *mínimum* o mínimo del marco penal, no dándole el efecto compensatorio a las atenuantes del art. 11 N°1 y 11 N°9 que prevé el nuevo art. 68 ter, y teniendo presente lo señalado en el párrafo anterior (en caso de haberse aceptado responsabilidad en abreviado), se recomienda a los defensores solicitar audiencia con la finalidad de discutir, en conformidad a lo establecido en el artículo 18 del Código Penal, la modificación de la sentencia respectiva. Al efecto, se junta como anexo a esta minuta un escrito modelo.

El segundo ámbito en el cual es posible solicitar la aplicación de la ley más favorable es el relativo al artículo 449 quáter inciso primero del Código Penal. Esta norma no fue modificada por la ley en comento, por lo que el texto del artículo 449 inciso primero sigue siendo el siguiente: *“Se aplicará en todo caso la regla 2ª del artículo 449, aun cuando el responsable no sea reincidente, si los delitos señalados en dicho artículo se cometen en circunstancias tales que contribuyan a la sustracción o destrucción de todo o la mayor parte de aquello que había o se guardaba en algún establecimiento de comercio o industrial o del propio establecimiento. En estos casos el hecho se denominará saqueo”*.

En estricto rigor, no hay derogación del 449 quáter. Lo que ocurre es que, al derogarse la regla 2ª del artículo 449 del Código Penal, el efecto agravatorio del inciso primero del artículo 449 quáter (la circunstancia de “saqueo”) ha quedado sin efecto. Vale decir, el condenado por un robo o un hurto con “saqueo” debe ser castigado simplemente en conformidad a las reglas generales (art. 68 ter y 449 CP). Por ende, resulta pertinente solicitar ajustar las sentencias en que la regla del inciso primero del artículo 449 quáter haya sido aplicada.

I.2.D Concurso de leyes entre 68 ter y otras normas que dan efectos extraordinarios a la reincidencia

Algunos tipos penales otorgan efectos especiales a la reincidencia. La pregunta en cuestión es cómo operan estas normas especiales con las nuevas disposiciones del artículo 68 ter. A continuación, se exponen algunos posibles casos.

- i) **“Artículo 202 Código Penal.** *El facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

Si el que cometiere la conducta señalada en el inciso anterior fuere un facultativo se castigará con las mismas penas y una multa de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales. Asimismo, el tribunal deberá aplicar la pena de inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena.

En caso de reincidencia, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado y se aplicará multa de setenta y cinco a setecientas cincuenta unidades tributarias mensuales”.

ii) **“Artículo 456 Bis A Código Penal.**

“El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato o sustracción de madera, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1º, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales.

Para la determinación de la pena aplicable el tribunal tendrá especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor.

Cuando el objeto de la receptación sean vehículos motorizados o cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo y multa equivalente al valor de la tasación fiscal del vehículo o la pena de presidio menor en su grado máximo, y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales, respectivamente. La sentencia condenatoria por delitos de este inciso dispondrá el comiso de los instrumentos, herramientas o medios empleados para cometerlos o para transformar o transportar los elementos sustraídos. Si dichos elementos son almacenados, ocultados o transformados en algún establecimiento de comercio con conocimiento del dueño o administrador, se podrá decretar, además, la clausura definitiva de dicho establecimiento, oficiándose a la autoridad competente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, se aplicará el máximo de la pena privativa de libertad allí señalada y multa equivalente al doble de la tasación fiscal, al autor de receptación de vehículos motorizados que conociere o no pudiere menos que conocer que en la apropiación de éste se ejerció sobre su legítimo tenedor alguna de las conductas descritas en el artículo 439. Lo dispuesto en este inciso no será aplicable a quien, por el mismo hecho, le correspondiere participación responsable por cualquiera de las hipótesis del delito de robo previstas en el artículo 433 y en el inciso primero del artículo 436.

Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos. En los casos de reiteración o reincidencia en la receptación de los objetos señalados en el inciso tercero, se aplicará la pena privativa de libertad allí establecida, aumentada en un grado”.

- iii) **Artículo 82 Ley 17.336**, sobre Propiedad Intelectual. *“En caso de reincidencia de los delitos previstos en esta ley, se aplicarán las penas máximas contempladas para cada uno de ellos. En estos casos, la multa no podrá ser inferior al doble de la anterior, y su monto máximo”*.

Básicamente en cada caso, se discutirá cuál es la norma que debe prevalecer. Si el artículo 68 ter o la norma especial.

El argumento, por excelencia, a favor del artículo 68 ter es que se trata de la norma más reciente y su objetivo fue, precisamente, regular las situaciones de reincidencia con efecto general.

El argumento, por excelencia, a favor de la aplicación de la norma especial es, precisamente, que se trata de una norma especialmente diseñada e incorporada por el legislador para ese delito en específico.

El tercer argumento en juego es que debe primar la interpretación más favorable al imputado. El problema que se genera es que, no existe una línea única de razonamiento, ya que los efectos de la reincidencia serán diferentes, según cuál sea la norma aplicable. El siguiente cuadro intenta ilustrar esta situación.

Tabla comparativa 68 ter C.P. versus normas especiales de reincidencia⁴

Delito	Sin reincidencia	Norma aplicable	Reincidencia N° 1	Reincidencia N° 2
Art 202	61 días a 3 años	Prima 68 ter	541 días a 3 años	541 días a 5 años
		Prima norma especial	541 días a 5 años	541 días a 5 años
Art 456 bis general (inc. 1°)	61 días a 5 años	Prima 68 ter	541 a 5 años	541 días a 10 años
		Prima norma especial	3 años y un día a 5 años	3 años y un día a 5 años
Art 456 bis inc. 3°	3 años y un día a 5 años	Prima 68 ter	4 años y un día a 5 años	5 años y un día a 10 años
		Prima norma especial	5 años y un día a 10 años	5 años y un día a 10 años
Art 79 bis en relación con art. 82 Ley 17.336	61 días a 540 días	Prima 68 ter	301 a 540 días	541 días a 3 años

⁴ Tratándose de la norma del artículo 449 quáter y la regla sobre reincidencia del inciso segundo, ésta se aplica sólo a las agravantes del numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal y, en esta hipótesis, habrá que ver, caso a caso, cuál regla es más favorable, porque la base del cálculo dependerá precisamente del delito base.

		Prima norma especial	61 a 540 días ⁵	61 a 540 días
Art. 81 inc. 2° en relación con art. 82 Ley 17.736	541 días a 5 años	Prima 68 ter	3 años y un día a 5 años	3 años y un día a 10 años
		Prima norma especial	3 años y un día a 5 años	3 años y un día a 5 años

I.2.E Otros consejos prácticos para el defensor

- Especialmente importante en razón del endurecimiento de penas para reincidentes (sobre todo en caso de “segunda reincidencia”) es invocar, de ser aplicable, la norma del art. 104 CP, que se transcribe a continuación: “Las circunstancias agravantes comprendidas en los números. 15 y 16 del art. 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos”.
- Las penas excesivas a que puede llevar el art. 68 ter, sobre todo en caso de “segunda reincidencia”, pueden generar un escenario favorable para retomar interpretaciones más restrictivas del concepto de reincidencia. A modo de ejemplo, puede argumentarse que en la reincidencia específica del art. 12 N°16 debe entenderse por delitos de la misma especie aquellos que se dirijan en contra de bienes jurídicos idénticos, y no solo cuando exista un bien jurídico en común entre ellos, como suele suceder en los delitos pluriofensivos. Así no habría 12 N°16 entre hurtos; robos en lugar habitado; robos con intimidación o robos con homicidio, pues en todos ellos hay un bien jurídico lesionado que cambia (intimidación del hogar, libertad personal, vida), aunque todos tengan en común un ataque contra el bien jurídico propiedad.⁶
- Prestar especial atención a las normas sobre aplicación de la ley penal en el tiempo.⁷

⁵ La pena establecida para este tipo penal es de un solo grado (presidio menor en su grado mínimo), por lo que la pena “máxima” es todo el grado (la única pena prevista para el delito).

⁶ Ello no obsta a que la defensa sostenga una interpretación más amplia del concepto de “delitos de la misma especie” en el ámbito del art. 351 CPP, pues, el mismo inc. 4° de dicho precepto señala que la definición allí proporcionada es solo “para los efectos de este artículo...”.

⁷ Sobre el tema, se sugiere consultar “Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.770 (“Ley Emilia”) a la Ley del Tránsito y al Decreto Ley N° 321 Minuta N° 15 / 2014” y “APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y PROCESAL PENAL EN EL TIEMPO”, ambas disponibles en Lex Defensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/135825/index.do?q=AN%C3%81LISIS+DE+LAS+MODIFICACIONES+INTRODUCIDAS+POR+LA+LEY+N%C2%B0+20.770+%28%E2%80%99CLEY+EMILIA%E2%80%99D%29+A+LA+LEY+DEL+TR%C3%81NSITO+Y+AL+DECRETO+LEY+N%C2%B0+321> y <https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/212518/index.do?q=20.931> respectivamente

II. Modificaciones a medidas cautelares personales

II.1 Introducción de un nuevo art. 127 bis al CPP: Nueva causal de detención por notificación de Interpol

Título V Medidas cautelares personales Párrafo 3º Detención Artículo 127.- Detención judicial. Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada. Además, podrá decretarse la detención del imputado por un hecho al que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen. Tratándose de hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, el juez podrá considerar como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos. También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada. La resolución que denegare la orden de detención será susceptible del recurso de apelación por el Ministerio Público.	Incorpórase, a continuación del artículo 127, el siguiente artículo 127 bis: “Artículo 127 bis. - El tribunal, a solicitud del Ministerio Público, decretará la detención respecto de quien tenga vigente una notificación roja de la Organización Internacional de Policía Criminal, para que sea conducido ante el juez dentro del plazo máximo de veinticuatro horas. En la audiencia el Ministerio Público podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por cinco días, con el fin de que pueda solicitarse la detención previa del imputado o iniciarse el proceso de extradición. Si ha transcurrido el plazo de la ampliación, sin que se haya solicitado la detención previa o iniciado el proceso de extradición, el juez de garantía deberá decretar la libertad inmediata del imputado.
--	---

La incorporación de la disposición que se comenta fue solicitada por el Ministerio Público, debido a que, sin esta norma, existía la posibilidad de que personas con notificación roja de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) ingresaran a Chile sin que pudieran ser detenidas por Policía, ya que el trámite de notificación del ingreso a la Fiscalía por parte de Policía, sumado a la recolección de los antecedentes necesarios para solicitar una orden de detención judicial, su concesión y materialización, implicaban una demora que hacía posible que el prófugo de Interpol huyera del país.

Según la misma Interpol, *“una notificación roja es una solicitud dirigida a las fuerzas del orden de todo el mundo para localizar y detener provisionalmente a una persona a la espera de su extradición o entrega, o de una acción judicial similar. Se fundamenta en una orden de detención o en una orden judicial expedida o dictada por las autoridades judiciales del país solicitante. Los países miembros aplican su propia legislación nacional para determinar si pueden detener a una persona.*

Contiene dos tipos principales de información:

- *Información para identificar a la persona buscada, como nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad, color de pelo y ojos, fotografías y huellas dactilares, si se dispone de todos estos datos.*
- *Información relacionada con el delito por el que es buscada, que a menudo es asesinato, violación, abuso de menores o robo a mano armada.*

Una notificación roja es un aviso internacional sobre una persona buscada, pero no es una orden de detención.⁸”

Con la norma aprobada, bastará que Policía Internacional notifique a la Fiscalía que tiene una persona con una notificación roja vigente de Interpol tratando de ingresar al país, para que la Fiscalía pueda solicitar al tribunal una orden de detención – normalmente tramitada de manera urgente, conforme a lo dispuesto en el artículo 9° del C.P.P. – para que se materialice la detención.

Hay que entender que la notificación roja debe estar vigente en el sistema informático de INTERPOL. No sería posible que, sobre la base de una fuente diversa (por ejemplo, la solicitud directa de otro Estado) el fiscal solicitara al tribunal la orden de detención. En estos casos, si la orden de detención se materializara, la detención sería, derechamente, ilegal, y habría que levantar esa incidencia en la audiencia de control de la detención.

El punto central es que el detenido debe ser puesto a disposición del Tribunal de Garantía dentro de las 24 horas siguientes. Esto tiene un propósito de confirmación de la vigencia de la notificación roja, vale decir, si el país requirente mantiene su interés en la detención de la persona.

Es importante que el Fiscal de la audiencia de control de la detención confirme si la notificación roja se encuentra vigente, o no. Esta es una confirmación o chequeo para la cual el Fiscal ha tenido 24 horas de plazo para efectuarla, y debiera haberlo hecho. Tal como ocurre en Chile con las órdenes de detención que aparecen como vigentes, pero que han sido dejadas sin efecto, una cuestión similar suele ocurrir con las notificaciones rojas. Por ello, es

⁸ INTERPOL; Notificaciones rojas; en <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Notificaciones/Notificaciones-rojas>, visitada por última vez el 20 de agosto de 2024.

importante que el defensor de la audiencia de control de la detención verifique si se ratificó la vigencia de la notificación roja en las primeras 24 horas desde la detención, así como que revise si la notificación sigue apareciendo en el listado de la página web de la Interpol (lo puede hacer en el link de la nota al pie).⁹ Según se observa en el sitio web del organismo, actualmente hay 6.784 notificaciones rojas públicas en circulación, recayendo 24 de ellas sobre chilenos.

No es posible ampliar la detención para verificar si la notificación roja está, o no vigente. No sólo porque el fiscal ha tenido 24 horas para hacerlo, sino porque la norma incorporada al artículo 127 del C.P.P. es clarísima, en cuanto a que esta particular ampliación de la detención, hasta por cinco días, tiene solo dos fines: *“solicitarse la detención previa del imputado o iniciarse el proceso de extradición”*.

Tampoco podría ampliarse esta detención en virtud de la norma común del artículo 132 inciso tercero del C.P.P., porque esta ampliación de la detención, hasta por tres días, tiene por objeto que el fiscal *“proceda directamente a formalizar la investigación”*, lo cual es difícil que ocurra en el caso en comento ya que normalmente la persona detenida no habrá cometido ningún delito en Chile y, por ende, salvo los casos previstos en el art. 6 COT, no puede ser objeto de ninguna formalización.

La consecuencia es importante. Si la notificación roja ha sido dejada sin efecto o vigencia, entonces, el detenido debe ser puesto en libertad en la audiencia de control de la detención y el proceso judicial debe concluir ahí. Por el contrario, si la notificación roja se encuentra vigente, entonces el Fiscal puede pedir que se amplíe la detención hasta por 5 días *“con el fin de que pueda solicitarse la detención previa del imputado o iniciarse el proceso de extradición”*. Dicho plazo es para que el Estado extranjero complete la aportación de antecedentes al Ministerio Público para que se decrete la detención previa o se inicie el proceso de extradición. El procedimiento referido es el que regulan los artículos 440 al 454 del C.P.P., bajo el epígrafe de extradición pasiva. La detención previa a que alude el artículo 127 bis del C.P.P. es la que regula el artículo 442 del mismo C.P.P.

Como es normal, al momento de decretarse la ampliación de la detención, el juez debe fijar la audiencia siguiente – que, en una ampliación de la detención normal, sería la audiencia de formalización – ya que en esta audiencia el Ministerio Público debe dar cuenta de si se concretó la detención previa o se inició el proceso de extradición pasiva, o si, por el contrario, no se concretaron estos pasos.

De concretarse alguno de estos pasos, entonces el proceso ante el juez de garantía concluye, y la decisión sobre las medidas cautelares del detenido será resorte del Ministro de la Corte Suprema designado para tramitar la extradición pasiva. Lo normal será que, una vez que el Ministro de la Corte Suprema asuma el conocimiento de la extradición pasiva, inmediatamente informe al tribunal de garantía que se ha iniciado este trámite y comunique la circunstancia de haberse materializado la detención previa o las cautelares que se han decretado. Y, en este evento, será el propio juez de garantía el que informará de estas circunstancias en la audiencia de seguimiento. Si ello no ha ocurrido, el Fiscal podrá entregar la información actualizada al respecto.

⁹ <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Notificaciones/Notificaciones-rojas/Ver-las-notificaciones-rojas> , visitada por última vez el 20 de agosto de 2024.

Sin embargo, si por cualquier motivo, no se ha concretado la detención previa ni se ha iniciado el procedimiento de extradición en el plazo arriba referido, el juez debe decretar la libertad inmediata del detenido.

II.2 Modificación a los artículos 132 y 140 del C.P.P.: conversión en ley del “Criterio Valencia”

Artículo 132. Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido. No obstante lo anterior, el juez podrá suspender la audiencia por un plazo breve y perentorio no superior a dos horas, con el fin de permitir la concurrencia del fiscal o su abogado asistente. Transcurrido este plazo sin que concurriere ninguno de ellos, se procederá a la liberación del detenido. En todo caso, el juez deberá comunicar la ausencia del fiscal o de su abogado asistente al fiscal regional respectivo a la mayor brevedad, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria que correspondiere. En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por éste, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiese procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida. En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá	Agrégase, en el artículo 132, un inciso final nuevo, del siguiente tenor: “Tratándose de las investigaciones de asociaciones delictivas o criminales, en los términos del Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo del Código Penal, de investigaciones dirigidas contra personas cuya identidad no puede ser determinada o de investigaciones dirigidas contra personas de nacionalidad extranjera cuyos antecedentes criminales son desconocidos, el plazo contemplado en el inciso tercero podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de este Código, sin necesidad de que el imputado sea conducido al tribunal hasta el término de éste.”.
--	---

solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276.	
---	--

Párrafo 4º Prisión preventiva Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad del hecho; la gravedad de la	Introdúcese el siguiente inciso sexto en el artículo 140, pasando el actual inciso sexto a ser inciso final:
---	---

pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla o formando parte de una organización o asociación. Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando los delitos imputados consistieren en atentados contra la vida o la integridad física de miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile, funcionarios de las Fuerzas Armadas y de los servicios de su dependencia o de Gendarmería de Chile en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, que tengan asignada una pena igual o superior a la de presidio menor en su grado máximo en la ley que los consagra; cuando haya actuado haciendo uso de arma de fuego o de las armas señaladas en el artículo 3 de la ley N°17.798, sobre control de armas; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; cuando, en los últimos dos años, ha sido reiteradamente sometido a las medidas cautelares personales de detención, prisión preventiva o a la señalada en el literal a) del inciso primero del artículo 155, si éstas se han decretado por delitos que tengan asignada pena aflictiva. Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes. Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado.	“Se entenderá especialmente que existe peligro de fuga del imputado cuando se desconozca su identidad; cuando carezca de documentos de identidad que den cuenta de manera fidedigna de ella, o cuando se niegue a entregar dicha documentación o utilice documentos falsos o adulterados.”.
--	--

II.2.A Cuadro resumen de documentos que acreditan identidad

Documentos aptos para acreditar identidad de un extranjero en Chile					
	Artículos 24 de la Ley 21.325 y 8° del Decreto 296, Reglamento de la Ley de Extranjería	Artículo 12 bis de la Ley 20.931, modificado en la forma por la Ley N° 21.567 (control de identidad de migrantes)	Decreto N° 239 de fecha 03 de octubre de 2008	Decreto N° 50 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile	Documentos de retorno (1)
Todos los Estados	a) Los pasaportes, válidos y vigentes, calificados mediante resolución exenta por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores y expedidos por un Estado o una organización internacional;	Cédula de identidad vigente. Se entenderá que la cédula de identidad mantiene su vigencia en aquellos casos en que el extranjero cuente con un certificado de residencia en trámite vigente o hasta que la autoridad migratoria resuelva la respectiva solicitud, conforme lo establece el artículo 43 de la ley N° 21.325.			
	b) Las cédulas válidas y vigentes, calificados mediante resolución exenta por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores y expedidos por un Estado o una organización internacional;	Certificado otorgado por el Servicio Nacional de Migraciones en el que conste que la persona extranjera realizó una solicitud de otorgamiento de un permiso de residencia(1)			
	c) Los salvoconductos, válidos y vigentes, calificados mediante resolución exenta por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores y expedidos por un Estado o una organización internacional(1);	Certificado otorgado por el Servicio Nacional de Migraciones en el que conste que la persona extranjera realizó una solicitud de cambio de un permiso de residencia(1)			
	d) Otros documentos de identidad análogos a los pasaportes, cédulas, salvoconductos, válidos y vigentes, calificados mediante resolución exenta por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores y expedidos por un Estado o una organización internacional;	Certificado otorgado por el Servicio Nacional de Migraciones en el que conste que la persona extranjera realizó una solicitud de prórroga de un permiso de residencia (1)			
		Resolución expedida por la autoridad migratoria en la que conste el otorgamiento de un permiso de residencia (1).			
Argentina				• Documento Nacional de Identidad (para nacionales y extranjeros residentes). • Pasaporte.	Pasaporte Provisorio (Serie "A").
Bolivia				• Cédula de Identidad para Nacionales. • Cédula de Identidad para Extranjeros. • Pasaporte.	Documento de Viaje.
Brasil				• Registro de Identidad Civil. • Cédula de Identidad expedida por cada Unidad de la Federación con validez nacional. • Cédula de Identidad de Extranjero. • Pasaporte.	Autorización de Retorno.
Colombia			Pasaporte. Cédula de Identidad. Cédula de Extranjería		
Ecuador			• Cédula de Ciudadanía. • Pasaporte. • Cédula de Identidad (para extranjeros).		
Paraguay				• Cédula de Identidad. • Pasaporte.	Pasaporte Provisorio (Salvoconducto).
Perú			• Pasaporte. • Documento Nacional de Identidad. • Camé de Extranjería		
Uruguay				• Cédula de Identidad. • Pasaporte	Documento Válido de Viaje.
Venezuela				• Cédula de Identidad. • Pasaporte.	Documento de Viaje

(1) Salvo que el documento cuente con fotografía o huella digital, será necesario combinar este documento con otro para acreditar identidad

II.2.B Planteamiento del problema

- b.1.- En el documento denominado “Prisión Preventiva y Personas Migrantes”,¹⁰ se analiza el instructivo emanado de la Fiscalía Nacional mediante Oficio FN N° 298/2023, de fecha 10 de abril de 2023, relativo a solicitar la ampliación de la detención y/o la prisión preventiva a personas extranjeras imputadas de cometer un crimen o simple delito, carentes de documentación.
- b.2.- En dicho documento se sostiene que *“el eje central de la discusión es si el imputado migrante que comparece a una audiencia puede, **de cualquier manera razonable** corroborar o demostrar su identidad. Este es el quid del asunto”* y se agrega que la Fiscalía centra su instructivo en la necesidad de contar con *“un documento reconocido por autoridades y particulares, aceptado legal y convencionalmente como prueba de la identidad”*, enfatizándose que toda la regulación de la instrucción deriva de este concepto: es el papel, el documento, lo que se requiere.
- b.3.- De hecho, este criterio ha sido reiterado en el documento denominado “Manual de Litigación de la Academia de Fiscales de Chile, Segunda Versión, de mayo de 2024”, que, a propósito del tema de la Prisión Preventiva, desarrolla el acápite 5.5.2., llamado “Aplicación del Oficio FN N° 298/2023, de fecha 10 de abril de 2023 (“Criterio Valencia”)”, que señala textualmente:
- “Se instruye a todos los fiscales del Ministerio Público solicitar la medida cautelar personal de prisión preventiva establecida en el artículo 140 del Código Procesal Penal, concurriendo los presupuestos materiales contenidos en las letras a) y b) de dicha norma, fundado en lo señalado en la letra c) de esa disposición, esto es, en la existencia de peligro de fuga en todos aquellos casos de imputados por la comisión de simples delitos y crímenes que fueran pasados a audiencia de control de detención, que en caso de no contar con un documento identificadorio chileno que permita acreditar su identidad en relación a la referida necesidad de cautela.*

Además, en dicha instrucción se instruyó que en los casos en que la defensa solicite la aplicación del artículo 146 del Código Procesal Penal, esto es, reemplazar la prisión preventiva por una caución económica, los fiscales deberán oponerse a dicha petición y, en caso que el Juzgado de Garantía lo acogiera, el Ministerio Público se encuentra legitimado para recurrir en contra de esa resolución. Por su parte, si el Juzgado de Garantía rechazare imponer la medida cautelar de prisión preventiva en contra de aquel imputado que se encuentre en la situación antes descrita, se deberá deducir el recurso de apelación respectivo, sea cual fuere el delito, ya sea en audiencia de forma verbal o por escrito, según corresponda, de acuerdo con la normativa procesal penal vigente”.

¹⁰

Consultable en <https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/522259/index.do?q=PRISI%C3%93N+PREVENTIVA+Y+PERSONAS+MIGRANTES> defensor:

b.4.- Como se observa, las modificaciones arriba explicitadas a los art. 132 y 140 del CPP significan la consagración legal del así llamado “criterio Valencia”. A continuación, se realiza un análisis pormenorizado de estas reformas.

II.2.C Análisis de la modificación al artículo 132 del C.P.P.

Lo primero que hay que señalar es que el texto del nuevo inciso final del artículo 132 del C.P.P. se inspira en el vigente artículo 39 de la Ley 20.000.¹¹ La modificación que se efectúa otorga al juez la posibilidad de ampliar, hasta por cinco días, la detención de un imputado siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que lo solicite el fiscal;
- b) Que la ampliación de la detención hasta por cinco días sea conducente para el éxito de alguna diligencia;
- c) Que se trate de la investigación de:
 - Un delito de asociación delictiva o criminal de aquellos contemplados en el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo del Código Penal, o;
 - Una investigación dirigida contra personas cuya identidad no puede ser determinada, o;
 - Una investigación dirigida en contra de personas de nacionalidad extranjera cuyos antecedentes criminales son desconocidos

En relación con la primera hipótesis arriba referida, hay que señalar que, si estamos en presencia de una investigación por un delito de asociación delictiva o asociación criminal, no se requiere necesariamente que el imputado no tenga identidad conocida o que no se conozcan a cabalidad sus antecedentes criminales. Pero si se requiere que la ampliación de la detención solicitada por el fiscal sea conducente para el éxito de una diligencia de investigación concreta.

La segunda hipótesis a examinar es aquella que se refiere a investigaciones dirigidas en contra de personas cuya identidad no puede ser determinada, y en que el Fiscal solicite la ampliación por ser conducente para el éxito de la diligencia. En este caso, no importa la nacionalidad del imputado, y será pertinente todo lo que se expone en este documento acerca de que lo que se debe acreditar es la identidad del imputado, y no que cuente con un documento o papel, como sostiene el Ministerio Público.

La tercera hipótesis dice relación con una investigación dirigida en contra de un imputado extranjero cuyos antecedentes criminales son desconocidos. Vale decir, no importa si se ha logrado acreditar la identidad del imputado. Lo que justificaría la ampliación de la detención

¹¹ Artículo 39.- Tratándose de la investigación de los delitos establecidos en esta ley, el plazo contemplado en el inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal podrá ser ampliado por el juez de garantía hasta por el término de cinco días, cuando el fiscal así lo solicite, por ser conducente para el éxito de alguna diligencia. El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo prevenido en el artículo 9º del Código Procesal Penal”.

es que se desconocen sus antecedentes criminales, sea de su país de origen, residencia o tránsito.

En todas las hipótesis la exigencia legal es que la ampliación de la detención hasta por cinco días sea **conducente para el éxito de alguna diligencia**. Es este el principal punto que debe preocupar al defensor penal público. En cuanto a la diligencia que esgrime el ministerio público, ¿es idóneo, necesario y proporcional el que el imputado permanezca detenido hasta por cinco días, considerando que se está afectando el derecho constitucional del detenido a su libertad personal? El juez de garantía tendrá que sopesar ello al momento de decidir sobre la ampliación, de forma similar a cómo decide sobre la ampliación del art. 127 CPP.

Lo que se puede afirmar con cierto nivel de certeza es que, si la diligencia esgrimida es que se requiere de la ampliación de la detención por cinco días para obtener los antecedentes criminales del imputado, esa diligencia siempre será inconducente.

En primer lugar, hay que señalar que el documento “Primeras diligencias Instrucciones Generales Delitos de robo y diligencias comunes a todos los ilícitos” elaborado por el Ministerio Público¹², dispone, en su página 18, a propósito de la detención de una persona: *“c) Verificación de la identidad, domicilio y órdenes pendientes. Se debe verificar la identidad del detenido usando para tal efecto los medios técnicos tales como lector biométrico, cross match y/o pericias huellográficas, evitando que pueda usurpar el nombre de otra persona. En el respectivo parte policial se deberá dejar constancia fehaciente de la forma en que se verificó la identidad, señalando el código respectivo, cuando se utilice un sistema automatizado. En caso que no sea posible verificar la identidad, comunicarse inmediatamente con el fiscal”*.

Como se ve, el Ministerio Público ha entregado a la Policía la verificación de la identidad del detenido, ha dispuesto que si se trata de un extranjero que no cuenta con documentación se debe recabar toda la información posible sobre las circunstancias de su entrada al país y sobre su situación migratoria actual.

Procede, en consecuencia, que, en la audiencia de control de la detención, los defensores consulten detalladamente – con la información adicional que les ha proporcionado el imputado en la entrevista privada previa – si se cumplieron todos y cada uno de los pasos detallados previamente. ¿Se pidió asistencia consular por parte del detenido?; Si así fuese, ¿la policía o el fiscal se comunicaron con la autoridad consular respectiva?; ¿se verificó el domicilio del imputado?; ¿de qué manera se corroboró, o no, la identidad del imputado?; ¿en qué hora fue detenido el imputado versus a qué hora fue avisado el fiscal por la policía de que no contaba con identificación ni con la manera de identificarlo? En fin, estas y otras consultas pertinentes más deberían ser formuladas por el defensor al Ministerio Público durante la audiencia de control de la detención.

En estricto rigor, la policía debe tomar las huellas digitales al detenido indocumentado, durante el proceso de comprobación de identidad de todo detenido, al que nos hemos referido anteriormente. Y estas huellas digitales tomadas por la Policía se envían al Registro

¹² Disponible en http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/documentos/Primeras_Diligencias.pdf, visitada por última vez el 11-04-2023

Civil, para efectuar la “*captura de sus datos biométricos, tales como sus huellas dactilares y fotografía*”¹³.

Luego, las huellas digitales se ingresan a la base del Registro Civil y se verifica si esas huellas habían sido ingresadas antes, o no. Si tales huellas digitales estaban ingresadas antes, se informa. Si el detenido ha proporcionado una identidad diferente de la que consignan esas huellas, será una nueva situación que habrá que resolver durante el curso de la investigación y un posible nuevo delito. Si, por el contrario, tales huellas digitales no estaban ingresadas en la base o sistema del Registro Civil, sólo entonces, se asigna a esa persona un RUN provisorio, con el nombre que la misma persona declaró en la Policía y/o Tribunal.

El artículo 5° del Decreto N° 106, reglamento de enrolamiento, dispone que “*Validez del Rol Único Nacional asignado. El Rol Único Nacional asignado para la individualización del extranjero de conformidad al procedimiento referido en este reglamento será válido para todos los fines que prevé la ley, y se mantendrá, junto con los datos biométricos asociados con el enrolamiento, en caso de proceder el otorgamiento de cédula de identidad para efectos de la identificación del sujeto conforme lo dispuesto en el artículo 43 de la ley N° 21.325*”.

La pregunta que hay que hacerse es si, frente a una persona detenida, extranjera, y que no cuenta con ningún tipo de documento que acredite su identidad, ¿es conducente que se amplíe la detención para efectuar su enrolamiento? La respuesta podría ser que sí, porque el proceso de enrolamiento descartará si ya ha sido enrolado en Chile con la misma u otra identidad. Y si no ha sido enrolado, contará con un número de Rol Único Nacional para los efectos de su identificación en la siguiente audiencia y en el proceso penal que enfrenta. Lo único discutible será el plazo de esta ampliación, si bastará con tres días, menos o más.

Sin embargo, es cuestionable que el enrolamiento sea, en sí, un trámite conducente para justificar la ampliación de la detención. En efecto, “*a juicio de esta Corte, el sólo hecho de que los imputados no cuenten con un Registro Único Nacional provisorio, no autoriza a decretar la medida excepcional ya indicada de ampliación de control de la detención, por cuanto la razón aludida para aumentar el plazo de la detención, no es un fin del procedimiento penal ni afecta el éxito de la investigación, la seguridad de la sociedad ni de víctima alguna, por lo que la resolución que así lo ordenó adolece de ilegalidad*”¹⁴.

En el mismo sentido, “*a juicio de esta Corte, el sólo hecho de que el imputado no cuente con un Registro Único Nacional provisorio, no autoriza a decretar la medida excepcional ya indicada de ampliación de la detención, por cuanto la razón aludida para aumentar el plazo de esta, no es un fin del procedimiento penal, ni afecta el éxito de la investigación, la seguridad de la sociedad, ni de víctima alguna*”¹⁵.

Más aún, la prolongación de la privación de libertad de un extranjero por falta de enrolamiento es “inexplicable y discriminatoria, según la Corte de Apelaciones de

¹³ Artículo 3° del Decreto N° 106, de fecha 10 de febrero de 2022, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que aprueba el Reglamento que establece el procedimiento para el enrolamiento y otorgamiento de Rol Único Nacional a extranjeros, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso; Roles Amparo 619-2023 y 715-2023

¹⁵ Corte de Apelaciones de Concepción; Rol Amparo 150-2023

Concepción. “Sexto: Que, de consiguiente, existe norma expresa y procedimiento que permite el enrolamiento de un extranjero para identificarlo, a lo menos temporalmente y para los efectos que se requiera por un órgano de la Administración del Estado y con mayor razón para los requerimientos del ente persecutor o incluso para los de la justicia; por ende, habiéndose mantenido al amparado durante casi dos meses sin identificación, a más de inexplicable, resulta ilegal y discriminatorio frente a aquellos que en iguales condiciones respecto del ilícito que se les imputa se encuentran sujetos a una medida menos gravosa¹⁶”.

Por otra parte, siempre será inconducente, y, por ende, inadmisible, la ampliación de la detención de un extranjero con el objetivo de conocer sus antecedentes criminales. En efecto, hay que considerar que el procedimiento de enrolamiento, sobre todo tratándose de un extranjero absolutamente indocumentado, sólo puede acreditar que ese ciudadano extranjero dice llamarse fulano de tal, que el RUN asignado a ese extranjero es 55.555.555 y que estas huellas digitales corresponden a este RUN. Nada más.

Para comprobar certeramente la identidad de este extranjero y, con ello, sus antecedentes criminales, es necesario remitir al país extranjero, del cual es nacional el ciudadano en cuestión, las huellas digitales con el nombre asignado en el RUN provisorio. La consulta al Estado extranjero es si estas huellas digitales, que en Chile están registradas bajo este RUN y este nombre, corresponden a un ciudadano de ese país, y la respuesta debe señalar que, en ese país, con esas huellas digitales, está registrado tal persona, con tal identidad y que cuenta con tales antecedentes penales o no cuenta con antecedentes penales. Como es evidente, es prácticamente imposible que un Estado extranjero entregue la respuesta requerida en un plazo de cinco días. Por ende, si se fundamenta una solicitud de ampliación de la detención en esta circunstancia, relativa a los antecedentes criminales del extranjero, hay que señalar que ello es **absolutamente inconducente**.

Todo lo expuesto precedentemente es válido para ser considerado por el defensor a quien se le solicita una ampliación de la detención en una audiencia de control de la detención. Sin embargo, la modificación que se introduce al artículo 132 contiene una frase final que permite al Fiscal, con la colaboración del juez de garantía, omitir la intervención del defensor en la audiencia. En efecto, la modificación en comento termina señalando: “El juez se pronunciará de inmediato sobre dicha petición, que podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° de este Código,¹⁷ sin necesidad de que el imputado sea conducido al tribunal hasta el término de éste”. De esta manera, el juez podría resolver inmediatamente, verbalmente, sin audiencia y sin conocimiento del defensor, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente.

Tratándose del procedimiento de ampliación de la detención que se efectúa recurriendo a lo dispuesto en el artículo 9° del C.P.P., la detención de un imputado podrá ampliarse siempre que se cumplan los tres requisitos examinados precedentemente y, además:

¹⁶ Corte de Apelaciones de Concepción; Rol Amparo 431-2023

¹⁷ Conforme al art. 9° CPP, “Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió”.

- Que se trate de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, exigencia contemplada para toda autorización decretada conforme al texto del artículo 9° C.P.P.

Esto se debe a que el texto del nuevo inciso final del artículo 132 (y el art. 39 Ley 20.000 también) señalan que la petición de ampliación de la detención que hace el fiscal *podrá ser formulada y resuelta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9°*. Y el inciso tercero del artículo 9° del C.P.P., que es el que permite la autorización u orden judicial inmediata, inicia su texto señalando *“tratándose de casos urgentes en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia”*.

No es lo mismo que una diligencia sea *“conducente”* a que *“se trate de un caso urgente”*. El defensor, enfrentado en audiencia a una detención ampliada de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 132 del C.P.P. debe requerir del tribunal los fundamentos que tuvo en vista para que se dieran por cumplidos todos y cada uno de los requisitos de esta particular forma de ampliación de la detención, analizarlos de conformidad a la interpretación restrictiva que establece el inciso segundo del artículo 5° del C.P.P., y, si ellos no se cumplen, debe solicitar que se decrete la ilegalidad de la detención ampliada de manera ilegal.

No parece discutible que todo imputado tiene el derecho a ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él y, más aún, ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado¹⁸. Y es evidente que el imputado a quien se ha ampliado la detención puede ya ejercer las facultades y derechos que le corresponden en su calidad de tal, conforme lo dispone el artículo 7° del C.P.P. Puede ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación¹⁹ y puede entrevistarse privadamente con él²⁰. La pregunta es si lo dispuesto en el artículo 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales²¹, en orden a que el juez de garantía debe asegurar los derechos del imputado, trae como consecuencia la obligación del tribunal de designar al imputado cuya detención se amplía de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° del C.P.P., un abogado defensor penal público y notificar a este defensor su designación y la circunstancia de que se ha ampliado la detención de un imputado, su individualización y el recinto donde se encuentra, a fin de posibilitar la intervención del letrado designado.

Esta línea de razonamiento, de acogerse por la jurisprudencia, podría adelantar la intervención del defensor en resguardo de los derechos del imputado. Con todo, mientras ello no ocurra, es recomendable que los defensores penales públicos compartan con los jueces de garantía de su jurisdicción las reflexiones que se han efectuado acerca de las exigencias para ampliar detención y de la necesidad de que la diligencia sea conducente. Además, es altamente deseable que los jueces de garantía, cada vez que resuelvan ampliar una detención

¹⁸ Artículo 8.2 letras d) y e) Convención Americana de Derechos Humanos

¹⁹ Artículo 93 letra b) C.P.P.

²⁰ Artículo 94 letra f) C.P.P.

²¹ Art. 14. Los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento.

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;

en un recinto policial, comunique ellos mismos o bien, obliguen al Ministerio Público a comunicar al defensor local jefe de los nombres de las personas cuya detención se ha ampliado por despacho, y el lugar donde se cumple esta ampliación, a fin de que un defensor pueda visitarlos, entrevistarlos y verificar las condiciones en que se lleva a cabo la ampliación de la detención.

Cabe destacar que el legislador entrega esta facultad al “fiscal” y no se refiere a un asistente de fiscal como sí lo hace a propósito del control de la detención, la formalización de la investigación y de la solicitud de medidas cautelares e incluso de la ampliación de la detención del actual art. 132 inciso tercero. La diferencia radica en que esta última procede luego que el imputado haya sido puesto a disposición del tribunal y controlada su detención. En cambio, la modificación se refiere a una facultad cuya oportunidad es anterior a que el detenido sea puesto a disposición del tribunal e incluso a que haya sido controlada su detención.

II.2.D Análisis de la modificación al art. 140 CPP

Lo que hace la modificación es introducir cuatro nuevos criterios que el juez debe considerar como “peligro de fuga del imputado” cuando el Ministerio Público solicita la prisión preventiva. Tales criterios son:

- a) cuando se desconozca la identidad del imputado;
- b) cuando este carezca de documentos de identidad que den cuenta de ella de manera fidedigna;
- c) cuando este se niegue a entregar la documentación que acredita su identidad;
- d) cuando este utilice documentos falsos o adulterados.

Si el tribunal decreta la prisión preventiva por estos motivos (peligro de fuga), puede reemplazar la prisión preventiva por una caución económica conforme al art. 146 C.P.P.

Sin lugar a dudas el criterio más perjudicial para los imputados es el que se consigna bajo la letra b), ya que el énfasis parece estar dado por la carencia de documentos de identidad que den cuenta de manera fidedigna de ella. De allí la relevancia de definir con qué documentos pueden los extranjeros acreditar su identidad en Chile. Además, el punto central en este criterio, en nuestra opinión, sigue siendo el de acreditar de manera fidedigna la identidad. Vale decir, incluso ante la falta de un documento, lo central sigue siendo la acreditación de la identidad del imputado. Superado este escollo, no debería ser aplicable la prisión preventiva por peligro de fuga. No hay que olvidar al respecto que los criterios de proporcionalidad y pertinencia de la medida cautelar de prisión preventiva no son dejados sin efecto por esta modificación.

II.2.E Acreditación de la identidad de un extranjero

Examinadas ya las modificaciones que introduce la Ley sobre reincidencia, es necesario volver al centro de nuestro análisis, cual es cuándo y cómo se acredita la identidad de un

imputado extranjero. Recordemos que el “Criterio Valencia” se basa en la exigencia de “*un documento reconocido por autoridades y particulares, aceptado legal y convencionalmente como prueba de la identidad*”. Es el documento, el papel, en lo que se centra la exigencia. El Manual de Litigación de la Academia de Fiscales lo deja más claro aún, al señalar que “*se imparten criterios de actuación respecto de imputados nacionales y extranjeros sujetos a audiencia de control de detención que no cuenten con un documento oficial chileno que permita acreditar su identidad*”.

En cambio, el punto central debe ser si el imputado migrante que comparece a una audiencia puede, **de cualquier manera razonable** (“fidedigna”) corroborar o demostrar su identidad. Este es el quid del asunto.

Entonces, lo que procede es, examinar aquella normativa que regula la identificación de extranjeros en Chile, y sus efectos. Una primera norma a considerar es el art. 405 del COT, conforme al cual los extranjeros y chilenos radicados en el extranjero “*podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país*”.

El artículo 24 de la ley N° 21.325, de Migración y Extranjería establece que:

“Forma de ingreso y egreso. La entrada de personas al territorio nacional y salida de él deberá efectuarse por pasos habilitados, con documentos de viaje y siempre que no existan prohibiciones legales a su respecto.

Tendrán el carácter de documentos de viaje los pasaportes, cédulas, salvoconductos u otros documentos de identidad análogos, válidos y vigentes, calificados mediante resolución exenta por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores y expedidos por un Estado o una organización internacional, como asimismo, la documentación que determinen los acuerdos o convenios suscritos sobre la materia por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes, que puedan ser utilizados por el titular para viajes internacionales”. Por consiguiente, si una persona cuenta con alguno de estos documentos, deberían reconocerse como suficientes para acreditar su identidad.

Por su parte, el artículo 8° inciso segundo del Decreto 296, de fecha 30 de noviembre de 2021, del Ministerio del Interior, que aprueba el Reglamento de la Ley 21.325, de Migración y Extranjería, dispone que “*tendrán el carácter de documentos de viaje idóneos, los indicados en el inciso segundo del artículo 24 de la ley N° 21.325*”.

El artículo 12 bis de la Ley 20.931, conocida como “Ley de Agenda Corta” de 2016, modificado en la forma por la Ley N° 21.567, relativo al control de identidad de migrantes, en su inciso tercero señala:

“El funcionario policial deberá considerar como documentos válidos para acreditar la situación migratoria regular de la persona extranjera, su cédula de identidad vigente, el certificado otorgado por el Servicio Nacional de Migraciones en el que conste que la persona extranjera realizó una solicitud de otorgamiento, cambio o prórroga de un permiso de residencia, o la resolución expedida por la autoridad migratoria en la que conste el otorgamiento de un permiso de residencia. Se entenderá que la cédula de identidad mantiene su vigencia en aquellos casos en que el extranjero cuente con un certificado de residencia en trámite vigente o hasta que la autoridad migratoria resuelva la respectiva solicitud, conforme lo establece el artículo 43 de la ley N° 21.325”.

A partir de las disposiciones legales transcritas, se puede concluir que es posible para un extranjero acreditar su identidad en Chile con alguno de los documentos que se han detallado en el cuadro resumen de la letra a. de este acápite. Tratándose de los documentos descritos en el artículo 12 bis de la Ley 20.931, podría sostenerse que, de conformidad a la ley, sólo permiten acreditar la situación migratoria regular. Sin embargo, si se puede acreditar una situación migratoria regular de una persona, ello significa necesariamente que se puede acreditar fidedignamente su identidad.

Respecto de los salvoconductos, otros documentos de identidad análogos, los certificados extendidos por el Servicio Nacional de Migraciones y la resolución expedida por la autoridad migratoria, dependerá de la naturaleza y contexto de cada documento.

Si el documento cuenta con una fotografía o huella dactilar actualizada del titular del documento, entonces no existirá problema alguno para acreditar identidad. Pero si, como es habitual, este tipo de documentos sólo cuentan con escritura, sin otro agregado, será necesario que el extranjero cuente con algún otro tipo de documento que acredite que es él el titular de la identidad del respectivo documento. Por ejemplo, si tiene una licencia de conducir chilena o extranjera vigente y con fotografía, tal cédula más el documento en referencia, en conjunto, deberían poder acreditar identidad.

Podría sostenerse de parte del Ministerio Público que los documentos referidos precedentemente sólo tienen por objeto cumplir las funciones u objetivos que cada norma legal les otorga, pero que no acreditan identidad. Pero dicho argumento es incorrecto. Si el COT acepta, para un extranjero que, ante un notario público, su identidad se pueda acreditar con su pasaporte o el documento de identificación con el que se le permitió al extranjero, su ingreso al país, y con esos documentos pueda, por ejemplo, comprar un inmueble o vender un automóvil, no se ve motivo alguno para que no pueda ser apto para acreditar la identidad del extranjero. Quien puede lo más, puede lo menos.

Algo similar puede decirse de los documentos a los que se refiere el artículo 24 de la Ley 21.325, ya que, si bien se catalogan y definen como “documentos de viaje”, conforme al inciso primero del mismo artículo, son los documentos que permiten la entrada y salida de personas extranjeras al territorio nacional por pasos habilitados. Dado que evidentemente solo puede permitirse el ingreso al territorio nacional de personas cuya identidad es conocida y se exigen para ello documentos de viaje, entonces estos documentos sirven para acreditar identidad. Así, estas personas ya acreditaron su identidad en el control de ingreso con el mismo documento.

Siguiendo con este análisis, debemos recordar que el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 21.325 también reconoce como documentos de viaje “*la documentación que determinen los acuerdos o convenios suscritos sobre la materia por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes, que puedan ser utilizados por el titular para viajes internacionales*”.

En este sentido, hay que señalar que el Decreto N.º 239 de fecha 16 de diciembre del 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el Acuerdo sobre documentos de viaje de los estados parte del MERCOSUR y Estados Asociados, que reconoce la validez de los documentos de identificación personal de cada Estado Parte y Asociado establecidos en el Anexo del presente como documentos de viaje hábiles para el tránsito de nacionales y/o

residentes regulares de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR por el territorio de los mismos.²²

Con todo el mencionado Decreto N° 239, hoy sólo tiene validez parcial ya que el 14 de mayo de 2024 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 50 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, fechado el 04 de marzo de 2024, mediante el cual se promulga el Acuerdo Sobre Documentos de Viaje y de Retorno de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados, acuerdo suscrito en la ciudad de Asunción, República del Paraguay el 21 de diciembre de 2015, instrumento al cual adhirió la República de Chile el 03 de mayo de 2018 (en adelante, Decreto 50). El acuerdo promulgado por el Decreto 50 actualiza el listado de “documentos de viaje hábiles para el tránsito de nacionales y/o residentes regulares de los Estados Partes y Asociados del Mercosur por el territorio de los mismos” que son reconocidos por el Estado de Chile para documentos de viaje, respecto de los países que suscriben el acuerdo, esto es, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela y Chile. Los documentos que reconocen como documentos de viaje válidos conforme a ambos instrumentos están detallados en el cuadro resumen.²³

Es necesario destacar que el Acuerdo reconoce estos documentos como documentos de viaje hábiles para transitar entre estos países, que, en principio, no es lo mismo que documentos que acrediten identidad. Los documentos de viaje son documentos de identidad oficiales de cada país que se reconocen como válidos para ingresar a otros países. Habilitan para transitar entre los Estados parte y asociados del Mercosur, en todos los casos en que la ley de cada país no exige visa consular. Así, por ejemplo, Chile exige visa consular a los nacionales de Venezuela: Por ende, para ciudadanos venezolanos, el documento de viaje válido es el pasaporte, pero no la cédula de identidad venezolana (artículo 2 del Decreto 50). La falta de pasaporte en el caso de los nacionales de Venezuela solo podría dar cuenta de la situación migratoria irregular, pero no le quita valor a la cédula como documento apto para acreditar la identidad. Todos los documentos de viaje válidos acreditan identidad, pero no todos los documentos que acreditan identidad son documentos de viaje válidos.

Insistimos, si el documento de viaje sirve para ingresar a Chile por paso habilitado y no podrían ingresar a Chile personas de identidad desconocida, es de suyo que el documento de viaje acredita la identidad del extranjero que ingresa a Chile por un paso habilitado

Reafirma esta interpretación el inciso final del artículo 1° del Acuerdo aprobado mediante Decreto N° 50, que señala que (los destacados son nuestros) “si existiesen dudas sobre la

²² Este Tratado fue suscrito entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, la República de Bolivia, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela y por nuestro país.

²³ Dado que el segundo acuerdo, promulgado por el Decreto 50, no contiene reglas especiales de aplicación, de acuerdo con las reglas generales del derecho internacional debería entenderse que:

- En las relaciones de Chile con los Estados que son parte en ambos acuerdos (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Bolivia y Chile), prevalece el Acuerdo promulgado por el Decreto 50, y el Acuerdo promulgado por el Decreto 239 se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del Acuerdo promulgado por el Decreto 50.
- En las relaciones de Chile con los Estados que son parte en solo uno de los acuerdos (Colombia, Ecuador y Perú), se aplica el Acuerdo promulgado por el Decreto 239, en que ellos son parte.

veracidad del documento en relación a la fotografía y datos personales, se podrá solicitar otra documentación que resulte efectiva **para verificar la identidad del portador del documento**".

En otras palabras, si existiesen dudas acerca de la veracidad del documento de viaje, no ya en cuanto a su origen o autenticidad, sino que, en cuanto a la fotografía y datos personales, se puede solicitar al extranjero otra documentación (un carnet para conducir vehículos motorizados, por ejemplo) para **verificar su identidad**.

A contrario sensu, si respecto del documento de viaje exhibido (por ejemplo, DNI), no existen dudas en cuanto a su autenticidad y la fotografía y datos personales coinciden con la persona que lo exhibe, debe tenerse por acreditada la identidad de esa persona que ingresa a Chile por un paso habilitado.

Al respecto, cabe preguntarse qué han dicho los tribunales respecto de si documentos emitidos por Estados extranjeros sirven para acreditar identidad

*Así, la Corte de San Miguel, para denegar una solicitud de prisión preventiva ha tomado en consideración "en especial que se trata de un extranjero con pasaporte, **licencia de conducir obtenida en su país de origen** y que ha señalado domicilio en la comuna de Melipilla²⁴".*

La misma Corte de San Miguel ha dicho que *"en la especie, del mérito de los elementos existentes que se han colacionado, aparece que los fines del procedimiento, en especial la ausencia de peligro de fuga, se ven suficientemente satisfechos con la medidas decretadas por el Tribunal a quo, con la modificación que se dirá, las que justifican la necesidad de cautela particular del caso, habida cuenta que el imputado presentó **licencia de conducir profesional extendida en Bolivia**, y si bien se encuentra irregularmente en el país, sin que pueda establecerse la omisión de datos en el Servicio Nacional de Migraciones, se constató que tiene un domicilio determinado, conocido y verificable en la ciudad de Melipilla y realiza un oficio en la misma localidad²⁵".*

Incluso, en particular, tratándose de ciudadanos venezolanos (que requieren visado consular para ingresar a Chile), se ha dicho que *"se debe tener presente que actualmente, **todos los países que conforman el Mercosur, lo que incluye a Venezuela, tienen el derecho de acreditar su identidad con las cédulas de identidad de su país de origen**, que en el caso de Venezuela se denomina "DNI", la que los amparados sí tenían, por lo que se podría haber tenido por acreditada su identidad por ese medio. Como consecuencia de ello, el adoptar una medida que involucró la privación de libertad de los amparados, en un caso no contemplado en la ley, además de ser ilegal, como ya se dijo, es arbitrario, en relación a los ciudadanos extranjeros²⁶".*

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción ha dicho que Noveno: *"que se debe tener presente, que actualmente, **todos los países que conforman el Mercosur, lo que incluye a Venezuela, tienen el derecho de acreditar su identidad con las cédulas de identidad de su país de origen** o el pasaporte de viaje, el que el amparado sí tenía, por lo que se podría haber tenido por acreditada su identidad por ese medio, sin necesidad otra exigencia adicional como la planteada por el ente persecutor. Como consecuencia de ello,*

²⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 429-2023

²⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 1172-2023

²⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso; Roles Amparo 619-2023 y 715-2023

el adoptar una medida que involucró la privación de libertad del amparado, en un caso, no contemplado en la ley, además de ser ilegal, como ya se dijo, es arbitrario, en relación a los ciudadanos extranjeros²⁷”.

Además, el acuerdo promulgado por el Decreto 50 incorpora el reconocimiento de los denominados “*Documentos de retorno*”, que son definidos como aquellos “*emitidos por las representaciones consulares de los Estados Parte o Asociados a sus nacionales por razones de hurto, pérdida o extravío de los Documentos de Viaje enumerados en el Anexo I del presente, a efectos de transitar por el territorio de otro/s Estado/s Parte/s o Asociado/s con el único propósito de que su titular pueda retornar al país de su nacionalidad, sin necesidad de visa consular previa*”.

Los documentos de retorno, tal como su nombre lo indica, son documentos que solo autorizan el tránsito del extranjero por territorio nacional para retornar a su país. Es el caso típico del turista que extravía sus documentos o que le son sustraídos por alguien, sin poder recuperarlos. Respecto de este tipo de documentos, hay que hacer la misma prevención que se hizo anteriormente con relación a los salvoconductos, otros documentos de identidad análogos, los certificados extendidos por el Servicio Nacional de Migraciones y la resolución expedida por la autoridad migratoria: su aptitud para acreditar identidad dependerá de la naturaleza y contexto de cada documento.

Si el documento de retorno cuenta con una fotografía o huella dactilar actualizada del titular del documento, entonces no existirá problema alguno para acreditar identidad. Pero si, como es habitual, este tipo de documentos sólo cuentan con escritura, sin otro agregado, será necesario que el extranjero cuente con algún otro tipo de documento que acredite que es él el titular de la identidad del respectivo documento. Por ejemplo, si tiene una licencia de conducir chilena o extranjera vigente y con fotografía, tal cédula más el documento de retorno, en conjunto, deberían poder acreditar identidad.

II.3 Ampliación del art. 149 inc. 2° a un nuevo tipo penal

La modificación se limita a agregar al listado del art. 149 inc. 2° del CPP – que lista los delitos respecto de los cuales procede la apelación verbal – el delito de extorsión del art. 438 CP.

II.4 Modificación al art. 458 del Código Procesal Penal

Artículo 458.- Imputado enajenado mental. Cuando en el curso del procedimiento aparecieren antecedentes que permitieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el ministerio público o juez de garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente, explicitando la	Artículo 458.- Imputado enajenado mental. Cuando en el curso del procedimiento aparecieren antecedentes <i>calificados</i> que permitieren presumir <i>fundadamente</i> la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, el ministerio público o juez de garantía, de oficio o a petición de parte, solicitará el informe psiquiátrico correspondiente, explicitando
---	---

²⁷

conducta punible que se investiga en relación a éste. El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere.	la conducta punible que se investiga en relación a éste. El juez ordenará la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere. <i>Mientras no se reciba el informe del inciso anterior, el juez podrá otorgar, mantener, sustituir o revocar las medidas cautelares señaladas en el Título V del Libro I, o bien disponer la internación provisional prevista en el artículo 464, según resulte más idóneo a los fines del proceso y la condición del imputado, conforme a los antecedentes del procedimiento.</i>
--	--

II.4.A Explicación de la modificación

- En primer lugar, se eleva el estándar de los antecedentes requeridos para aplicar las disposiciones del artículo en cuestión. Además, se expresa el deber de fundamentación del juez al momento de estudiar los antecedentes y presumir de la condición mental del imputado.
- En segundo lugar, se zanja en el texto legal la discusión – ya superada, hace mucho tiempo, por la jurisprudencia – relativa a los efectos de la suspensión del procedimiento sobre las medidas cautelares que se le hubiesen impuesto o podido imponer a la persona del imputado. Además, se expresa que, mientras dure la suspensión del procedimiento, el juez puede otorgar, mantener, sustituir o revocar las medidas cautelares del Título V del Libro I, o bien, imponer la internación provisional del art. 464 CPP, condicionándola a los fines del procedimiento y la condición del imputado.

II.4.B Aspectos a tener en cuenta sobre las modificaciones al art. 458 inc. 1º

Con relación con las modificaciones el inciso primero (“antecedentes *calificados* que permitieren presumir *fundadamente* la inimputabilidad por enajenación mental del imputado”), cabe tener presente lo siguiente:

i) **Evaluar la necesidad y conveniencia de solicitar la suspensión del procedimiento por el art. 458 CPP.** Por razones eminentemente prácticas, la aplicación del art. 458 CPP no siempre resulta ser una medida conveniente y oportuna para los fines de la defensa y los intereses de nuestros representados/as: procedimientos de extensísima duración, privación de libertad que en otros casos no habría sido impuesta, sujeción a cautelares por lapsos muy prolongados, entre otras circunstancias lamentables que no han hecho sino transformar un procedimiento que – en teoría – era especialmente garantista, en uno en el que se pueden evidenciar vulneraciones a las personas imputadas que cuesta imaginar puedan darse en otros

procedimientos. En ese sentido, la primera recomendación que puede realizarse en esta materia es a evaluar la necesidad y la conveniencia de solicitar la aplicación del art. 458 CPP, especialmente si, en caso de existir posibilidades de que la persona imputada, al ser tratada como “imputable”, pueda optar a salidas del procedimiento más favorables y expeditas.

Al respecto, cabe tener presente que toda decisión que se adopte debe necesariamente tener la confirmación y el consentimiento de la persona imputada²⁸.

ii) **Presentar antecedentes de mayor entidad:** Las solicitudes de aplicación del art. 458 CPP pueden estar sujetas a diferentes contextos y circunstancias, especialmente respecto de lo que dice relación con la condición del imputado. En determinados casos, es posible disponer de tiempo y recursos para producir antecedentes que revistan mejores condiciones de “calificación” y que satisfagan de mejor manera las exigencias del nuevo art. 458 CPP. Piénsese, por ejemplo, en casos en los que la persona imputada está en libertad con cautelares de baja intensidad, que mantiene contacto fluido y constante con la defensa, que cuenta con red social de apoyo, entre otros.

Si ante este tipo de contextos “ideales” se sospecha de la imputabilidad de la persona, se recomienda posponer la solicitud de aplicación de art. 458 CPP y solicitar a la persona imputada o a su familia la posibilidad de generar o hacer entrega de otros antecedentes sobre la condición mental de la persona imputada, o bien, que la defensa solicite pericias psicológicas, neurológicas y/o psiquiátricas que den cuenta sobre la condición mental de la persona imputada y que puedan servir de soporte para solicitar la aplicación del artículo en comento.

No obstante lo anterior, es dable reconocer que en la mayoría de los casos no se da el contexto “ideal” antes descrito y la defensa debe argumentar con antecedentes de distinta naturaleza (médicos, familiares, escolares, de seguridad social, etc.) que aportan a la justificación necesaria para solicitar la suspensión del procedimiento. En este escenario, instamos a la defensa a justificar y explicar la calificación de dichos antecedentes, conforme los criterios que se desarrollan a continuación.

iii) **Explicar y justificar la calificación de los antecedentes aportados:** La jurisprudencia ha dispuesto que la figura de “calificados” es otorgada e interpretada por el juez conforme a las características particulares del caso, dado que el legislador “no hizo ninguna precisión ni siquiera se ejemplificó con tal intención como suele hacer el legislador cuando quiere fijar los extremos de alguna institución-, según lo que en concepto del sentenciador deba, fundadamente, así estimarse”²⁹. De este modo, en el caso del nuevo art. 458 CPP, la calificación vendría siendo una característica adjudicada al antecedente que se presenta y que

²⁸ Puntos III.A y III.C.1 del Manual de Actuaciones Mínimas de Defensa de Personas Inimputables por Enajenación Mental.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago; Rol N°71-2005. Cabe advertir que el presente fallo no dice relación con la calificación de antecedentes que deban existir en medidas cautelares y tampoco respecto de los requerimientos que se exigen en el procedimiento especial de imposición de medidas de seguridad. El fallo en cuestión se pronuncia sobre la calificación y la ponderación de antecedentes al momento de fijar penas que son dispuestas como alternativas en la legislación nacional – a saber, penas privativas de libertad o penas pecuniarias – imponiendo el tribunal una pena pecuniaria en virtud de la existencia de antecedentes “calificados” que hacían más recomendable la imposición de una pena de este tipo. Si bien, la materia dista mucho de lo aquí tratado, lo cierto es que es uno de los pocos fallos en la que un Tribunal Superior desarrolla qué significa el vocablo “antecedentes calificados” en nuestra legislación.

está delimitada por la materia y la solicitud que se discute. En concreto: sospechar sobre la condición mental actual de la persona imputada.

Así las cosas, es recomendable que la defensa incorpore en sus alegaciones el por qué los antecedentes que se presentan son “calificados”. Al respecto, debieran tenerse en cuenta los siguientes antecedentes:

- Aquellos relativos salud mental;
- antecedentes actualizados y de data cercana a la audiencia en que se discute la aplicación del art. 458, o bien, cercanos a la comisión de la conducta que se imputa;
- antecedentes emanados de otros procesos penales;
- antecedentes que no sean de naturaleza médica, que den cuenta de una condición relacionada a la enfermedad, tales como certificado de alumno de alguna institución especial, certificados de pertinencia a alguna institución que trabaje con discapacidad (por ejemplo, la Teletón), entre otros. y que puedan ayudar a explicar el delito.

iv) Advertir consecuencias jurídicamente adversas que podrían emanar de un procedimiento que no se suspende. En fallos reiterados en esta materia, la Excma. Corte Suprema, ha definido el sentido y alcance de la suspensión del procedimiento, entendiendo que dicha institución “no importa una paralización absoluta del procedimiento, por cuanto dicha suspensión sólo tiene por objeto evitar que se produzcan en el ínterin actos de investigación o jurisdiccionales en los que, de ser efectiva la enajenación, el imputado no podría participar o, al menos, no podría hacerlo ejerciendo adecuadamente su derecho de defensa. Igualmente se busca prevenir la materialización de actos condicionados a la expresión válida de voluntad del imputado, sobre todo aquellos que suponen la renuncia a derechos”³⁰.

Por lo anterior, parece adecuado advertir al tribunal qué ocurriría si no se acoge la solicitud de aplicación del art. 458 CPP producto de una exigencia desproporcionada en cuanto a la calificación de los antecedentes. Por esto, se recomienda anunciar que debiesen anularse todas aquellas diligencias de investigación y del procedimiento que se realicen mientras no se tenga certeza sobre la condición mental del imputado y que requieran la voluntad del imputado, en circunstancias en las que no será dable subsanarlas.

A su vez, si se está en sede de Juzgado de Garantía, también pueden advertirse las complicaciones que tendría para el Ministerio Público el hecho de haber tenido noticias sobre la condición mental del imputado, que eventualmente se agote el plazo de investigación, que el ente persecutor decida acusar y que, posteriormente, se suspenda el procedimiento y se acoja una pericia psiquiátrica que concluya la inimputabilidad del encartado. Lo anterior, en el sentido de que el Ministerio Público no podría modificar su acusación y tampoco las solicitudes que haya realizado.³¹

³⁰ Solo a título de ejemplo: SCS ROL N°28.370-2015, SCS ROL 11.508-2017 y SCS ROL N°161.687-2022.

³¹ Al respecto, se recomienda UNIDAD DE DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA (2019) “Documento de trabajo N°3: requerimiento intempestivo de medidas de seguridad”. DPP. Documento disponible en <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14893.pdf>

II.4.C Aspectos a tener en cuenta sobre el nuevo art. 458 inc. 2°

Como se señaló anteriormente, la modificación en cuestión tiene el efecto de zanjar la discusión – ya superada jurisprudencialmente – en la que se cuestionaba la posibilidad de suspender medidas cautelares ante la suspensión del procedimiento (“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”) y, además, parece abrir la posibilidad de imponer cualquier medida cautelar en contra de una persona respecto de la que se suspendió el procedimiento. No obstante, el tribunal no debiera imponer nunca la prisión preventiva en caso de suspender el proceso. A continuación, las razones de ello:

i) Se trata de un procedimiento especial con medidas cautelares especiales. La modificación no deroga ni altera la condición de especialidad que tiene el procedimiento especial de imposición de medidas de seguridad. Conforme a lo anterior, la medida cautelar privativa de libertad especial sigue siendo la internación provisional, debido a que (a) es la única medida cautelar que considera la condición mental del imputado y (b) si se equiparan las medidas cautelares con las del procedimiento ordinario y, excepcionalmente, solo se “suma” la internación provisional, se estaría derogando la condición de especialidad del procedimiento de imposición de medidas de seguridad, transformándolo en un procedimiento ordinario y haciendo de la medida cautelar de internación provisional una medida cautelar ordinaria que operaría automáticamente con el cumplimiento de sus requisitos, sin que sea necesaria la suspensión del procedimiento. Como puede evidenciarse, existe una contradicción en afirmar que es posible imponer prisión preventiva, puesto que desconocería la especialidad del procedimiento de imposición de medidas de seguridad, contradicción que no supera las exigencias del art. 456 CPP³² relativas a la aplicación supletoria de normas del procedimiento ordinario.

ii) Vulneración a Tratados Internacionales especializados en materia de discapacidad. La imposición de prisión preventiva importa una vulneración a derechos consagrados en Tratados Internacionales que tratan de manera particular. A saber, las normas comprometidas más importantes son:

- (i) Regla N°109 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), que, expresamente, dispone el mandato de traslado a recintos especializados³³.
- (ii) Art N°13 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, especialmente en lo que dice relación con lo señalado en el punto anterior, relativo a “procedimiento especial con medidas cautelares especiales”. En este sentido, debe tenerse en consideración que la igualdad en el acceso a la justicia tendría como base que se realicen interpretaciones de la ley que se traduzcan

³² Artículo 456.- Supletoriedad de las normas del Libro Segundo para la aplicación de medidas de seguridad. El procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad se rige por las reglas contenidas en este Título y en lo que éste no prevea expresamente, por las disposiciones del Libro Segundo, **en cuanto no fueren contradictorias.**

³³ Regla 109. 1. No deberán permanecer en prisión las personas a quienes no se considere penalmente responsables o a quienes se diagnostique una discapacidad o enfermedad mental grave, cuyo estado pudiera agravarse en prisión, y se procurará trasladar a esas personas a centros de salud mental lo antes posible.

en ajustes razonables y en procedimientos especializados que consideren la condición de discapacidad mental o psíquica de la persona imputada³⁴.

- (iii) Art. N°14 de la Convención de Derechos de Personas con discapacidad. En su número 1, respecto de los riesgos y peligros que sufren quienes presentan enfermedades mentales y permanecen en recintos penitenciarios, y, en el número 2, respecto de la especialidad y los ajustes razonables que debe tener un procedimiento especial respecto de personas en situación de discapacidad, tal como se detalló en el punto anterior, relativo a “procedimiento especial con medidas cautelares especiales”³⁵.

iii) Contradicción intrínseca entre la suspensión del proceso por “antecedentes calificados” y la imposición de la prisión preventiva. Como ya se señaló, una de las modificaciones al art. 458 CPP dice relación con el aumento del estándar de los antecedentes que motiven la suspensión del procedimiento. Por su parte, a propósito de la modificación, las distintas medidas cautelares aplicables en un procedimiento suspendido por el art. 458 CPP deben imponerse “según resulte más idóneo a los fines del proceso y la condición del imputado, conforme a los antecedentes del procedimiento”. Luego, si existen “antecedentes calificados” respecto de la inimputabilidad de la persona en base a una condición mental penalmente relevante, resulta ilógico y contradictorio que se considere a la prisión preventiva como una medida “idónea a los fines del proceso (y, especialmente) respecto de la condición del imputado. Justamente para el caso de inimputables peligrosos en que se cumplen los requisitos del art. 140 CPP existe la internación provisional

iv) Proporcionalidad. Las modificaciones en cuestión no alteran las disposiciones del art. 457 CPP³⁶ y, por tanto, tampoco la prohibición expresa de cumplimiento de medidas de

³⁴ Artículo 13 Acceso a la justicia 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

³⁵ Artículo 14 Libertad y seguridad de la persona 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables. A

³⁶ Artículo 457.- Clases de medidas de seguridad. Podrán imponerse al enajenado mental, según la gravedad del caso, la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento. En ningún caso la medida de seguridad podrá llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Si la persona se encontrare recluida, será trasladada a una institución especializada para realizar la custodia, tratamiento o la internación. Si no lo hubiere en el lugar, se habilitará un recinto especial en el hospital público más cercano.

La internación se efectuará en la forma y condiciones que se establecieron en la sentencia que impone la medida. Cuando la sentencia dispusiere la medida de custodia y tratamiento, fijará las condiciones

seguridad en recintos penitenciarios. Luego, realizando “prognosis de medida de seguridad”, el peor escenario para la persona imputada es que se acoja el requerimiento de medidas de seguridad deducido en su contra, que se le imponga una medida de seguridad y que sea internado psiquiátricamente en un establecimiento hospitalario. De este modo, el resultado más perjudicial al que se puede enfrentar el imputado será ejecutado fuera de un establecimiento penitenciario. Por lo anterior, disponer que la medida cautelar sea más gravosa que la medida de seguridad y que el resultado de todo el proceso, evidencia la desproporción de la imposición de una medida cautelar en un recinto penitenciario, a saber, prisión preventiva.

iv) Fines del procedimiento y fines de las medidas de seguridad: la prisión preventiva como factor que puede incidir en la reiteración delictual. Dos de los fines del procedimiento que fundamentan la imposición de medidas cautelares dicen relación con que la medida impuesta reduzca o elimine peligros de reiteración delictiva y/o de protección a la víctima. Por su parte, los fines de las medidas de seguridad son de naturaleza de prevención especial, es decir, destinados a prevenir la reiteración de delitos por medio de la intervención particular y especializada sobre el sujeto, a fin de que no vuelva a delinquir.

En efecto, los recintos penitenciarios no tienen las condiciones materiales, humanas y de infraestructura para albergar a personas en situación de discapacidad mental o psíquica. Luego, la discontinuación de tratamientos, las dificultades para suministrar medicamentos, la exposición criminógena, el sometimiento a régimen penitenciario y a situaciones de stress, la exposición a otras personas privadas de libertad, la mala alimentación, el aislamiento, el consumo de estupefacientes, entre otras situaciones, traen aparejadas situaciones de vulnerabilidad desde la perspectiva de la vida; la integridad física y mental, la vida y la integridad sexual, lo que haría de la medida cautelar una medida que no “contendría” el peligro de reiteración delictiva, sino que, más bien, la potenciaría o reconduciría, por cuanto el imputado puede descompensarse y atacar a terceras personas, o bien, por hacer del imputado una nueva víctima de delitos igual o más graves que aquellos por los que se le privó de libertad. Además de lo anterior, en caso de que cese la medida cautelar, la persona recobraría la libertad habiendo discontinuado su tratamiento y con posibles alteraciones, suspensiones o cesaciones del consumo de medicamentos podría traducirse, eventualmente, en que una persona egrese del recinto penitenciario en condiciones de mayor riesgo-peligrosidad que cuando ingresó. Lo aquí dicho es sumamente relevante, ya que la evaluación psiquiátrica pendiente del art. 458 CPP también es una evaluación de riesgo-peligrosidad del imputado, de modo que, el sometimiento a las condiciones ya descritas, podrían traducirse en un aumento en la peligrosidad del imputado y un perjuicio respecto del resultado de la pericia psiquiátrica forense que se realizará.

II.4.D Consejos prácticos ante la imposición de prisión preventiva durante un procedimiento suspendido por el art. 458 CPP

- *Deducir acciones constitucionales de amparo y, en caso de rechazo, apelar.* Uno de los buenos resultados que ha logrado la DPP en materia de defensa de personas

de éstos y se entregará al enajenado mental a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad.

potencial o confirmadamente inimputables, es la sensibilización y concientización que se ha obtenido en algunos tribunales superiores de justicia. Por lo anterior, resulta recomendable deducir acciones constitucionales de amparo, especialmente en atención a que, conforme a los argumentos anteriormente dados, las garantías del art. 19 N°7 CPR, estarían siendo vulneradas o en peligro, ya que la persona (a) no estaría cumpliendo una privación de libertad conforme a lo dispuesto por la ley y (b) su seguridad personal estaría siendo afectada.

- *Solicitud de evaluación médica y la generación de nuevos antecedentes:* Como se señaló, la modificación comentada condiciona la imposición de medidas cautelares según resulte “más idóneo a los fines del proceso y la condición del imputado, conforme a los antecedentes del procedimiento”. Al respecto, se pueden hacer tres cosas que mantenga al tribunal informado sobre la condición del imputado por medio de la presentación de nuevos antecedentes: (a) solicitando al tribunal que requiera esporádicamente informes de salud al área de salud, enfermería u hospital del recinto en el que el imputado cumple la prisión preventiva, dando cuenta de su estado físico y psíquico; (b) solicitando al tribunal que la persona sea trasladada a alguna institución de salud que evalúe la condición mental del imputado; (c) genera nuevos antecedentes por parte de la defensa, ya sea, solicitándoselos a su familia, o bien, solicitando se realicen pericias de psicológicas, sociales o psiquiátricas la imputado.
- *Solicitud de medidas especiales de protección:* en caso de que se le imponga prisión preventiva a la persona imputada, se sugiere solicitar al tribunal que GENCHI adopte medidas especiales de protección para el imputado (por ejemplo, internación en el Hospital Penal o Penitenciario de la zona, traslado a recintos con mejores condiciones de salud, disponer vigilancia permanente del equipo médico del recinto o de funcionarios de GENCHI, dar prioridad en materia de traslados a recintos hospitalarios ante episodios de descompensación, etc.), a objeto de evitar poner en riesgo y/o afectar su integridad.

II.4.E. Internación provisional que se cumple en recintos penitenciarios por falta de cupos-camas en recintos hospitalarios

Como es sabido, la situación de imputados que cumplen internación provisional en recintos penitenciarios es una realidad lamentable a la que cotidianamente defensores/as deben enfrentarse. Al respecto, recomendamos mantener los lineamientos que hasta hoy se han levantado desde la Defensoría Nacional en materia de solicitudes especiales de protección y resguardo por parte de GENCHI, y, también, respecto de acciones constitucionales de amparo, acciones constitucionales de protección, cautela de garantías y acciones de amparo ante jueces de garantía.

Sin embargo, ante casos como los aquí tratados, es dable incluir dentro de la argumentación de defensores/as que, ante la modificación en cuestión, se evidencia aún más que la internación provisional en recintos penitenciarios no es una “internación provisional” propiamente tal y que, en las condiciones en las que se estaría cumpliendo, sería un fraude de etiquetas, por cuanto - a pesar de los antecedentes tenidos en consideración, de los fines del procedimiento y de la condición del imputado – la medida cautelar habría sido impuesta

de manera simplemente nominal y aparente en “internación provisional”, mientras que, en realidad, se encontraría material y sustancialmente en prisión preventiva.

Es recomendable incluir esta alegación en toda sede: ante juzgados de garantía, en acciones constitucionales, recursos de apelación, etc.

III. Modificaciones en materia de medidas intrusivas y técnicas especiales de investigación

III.1 Medidas de aplicación general

III.1.A Registro remoto de equipos informáticos

Artículo 225 bis. - Registro remoto de equipos informáticos y ámbito de aplicación. A petición fundada del Ministerio Público, el juez de garantía podrá autorizar la utilización de programas computacionales que permitan acceder de manera remota y aprehender el contenido de un dispositivo, computador o sistema informático, sin conocimiento de su usuario, cuando existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados, de que una persona ha cometido o participado en la preparación o comisión, o que el delito se esté cometiendo actualmente, o que se esté preparando la comisión o participación en una asociación delictiva o criminal. La medida será autorizada por un plazo máximo de 30 días. El juez de garantía podrá prorrogar este plazo por períodos de hasta igual duración, con un máximo de 60 días, para lo cual deberá examinar cada vez la concurrencia de los requisitos previstos en el inciso anterior.	Incorpórase en el inciso primero del artículo 225 bis, a continuación de la frase “A petición fundada del Ministerio Público, el juez de garantía podrá autorizar la utilización de programas computacionales”, lo siguiente: “, contraseñas, códigos de seguridad o de acceso u otros datos similares,”.
--	--

Tal como lo señala el artículo 225 bis, el objetivo de esta medida intrusiva es “*acceder de manera remota y aprehender el contenido de un dispositivo, computador o sistema informático, sin conocimiento de su usuario*”.

Los supuestos para que el juez pueda conceder esta medida no se alteran: “*existencia de fundadas sospechas basadas en hechos determinados, de que una persona ha cometido o participado en la preparación o comisión, o que el delito se esté cometiendo actualmente, o que se esté preparando la comisión o participación en una asociación delictiva o criminal*”.

Lo que se amplía con la modificación son los métodos o formas en que se permite el acceso remoto. Hasta antes de la vigencia de esta ley, el juez podía autorizar “*la utilización de*

programas computacionales”. A lo anterior, se agrega que, además de autorizar el uso de programas computacionales. El juez puede autorizar el uso de “*contraseñas, códigos de seguridad o de acceso u otros datos similares*”.

Esta norma fue incorporada al texto legal a sugerencia del Ministerio Público, argumentando que era necesario ampliar las hipótesis de intervención a fin de evitar eventuales ilegalidades.

III.2 Medidas especiales para el ámbito del “crimen organizado”

III.2.A Ampliación de hipótesis de procedencia de diligencias especiales de investigación

Párrafo 3° bis Diligencias especiales de investigación aplicables para casos de criminalidad organizada. I. Medidas intrusivas referidas a las comunicaciones, imágenes y sonidos, y al registro de equipos informáticos”. Artículo 226 A.- Ámbito de aplicación. Las técnicas especiales de investigación previstas en este Párrafo serán aplicables en la investigación de hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes. Las medidas de retención e incautación de correspondencia y de obtención de copias de comunicaciones o transmisiones serán aplicables a la investigación según lo dispuesto en el artículo 218. Las medidas de interceptación y grabación de comunicaciones, de conversaciones o imágenes obtenidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público serán aplicables, previa autorización judicial, cuando existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la intervención en una asociación delictiva o criminal y su uso sea imprescindible para el éxito de la investigación. El uso y autorización de las medidas intrusivas indicadas en los incisos anteriores se regirán por las reglas generales establecidas en el artículo 222.	Intercálase en el inciso primero del artículo 226 A, entre la palabra “criminal” y la coma que le sigue inmediatamente, lo siguiente: “o bien cuando se trate de hechos que hagan presumir fundadamente la existencia de alguna de ellas”.
--	---

a. Razón de ser de la modificación

En segundo trámite constitucional, el Ministerio Público intentó ampliar el estatuto especial para el crimen organizado de los art. 226 A ss., proponiendo modificar el art. 226 A – norma

que regula el supuesto básico para la procedencia de varias técnicas especiales de investigación sin control judicial – a todos los delitos con pena de crimen, lo cual fue desechado a instancias de la DPP. Finalmente, se llegó a la solución intermedia que se visualiza arriba. El supuesto o hipótesis que autorizaba estas técnicas era la existencia de una *“investigación de hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal”*. A esta hipótesis, que se mantiene, se agrega ahora *“cuando se trate de hechos que hagan presumir fundadamente la existencia de alguna de ellas”*. En estricto rigor, se pretende rebajar el estándar de certeza de que se está investigando una asociación ilícita para facilitar el uso de técnicas especiales de investigación sin control judicial previo.

b. ¿Cuáles son las técnicas especiales afectadas por la ampliación de la norma?

La ampliación solo afecta al inc. 1° del art. 226 A, es decir, al ámbito de aplicación de ciertas técnicas especiales de investigación que se eximen de control judicial cuando se está investigando crimen organizado, y **no afecta a las medidas de investigación de los inc. 2° y 3° del mismo artículo** (esto es, medidas de retención e incautación de correspondencia y de obtención de copias de comunicaciones o transmisiones; y medidas de interceptación y grabación de comunicaciones, de conversaciones o imágenes obtenidos en lugares cerrados o que no sean de libre acceso al público), cuyos presupuestos de procedencia se mantienen inalterados.

En concreto, **las técnicas a las que se refiere el inc. 1° y a las que se extiende esta modificación son: empleo de agentes encubiertos, agentes reveladores o informantes y las entregas vigiladas**. Por su parte, tampoco se alteran los presupuestos de procedencia y ámbito de aplicación de las fuertes medidas de protección para testigos y víctimas previstas en el mismo párrafo 3 bis, como se observa en la mantención del texto del art. 226 V CPP, que supone la existencia de una asociación delictiva y criminal.

c. Efectos de la modificación

Para analizar los efectos de la modificación es fundamental precisar qué son y qué constituyen presunciones fundadas en nuestro ordenamiento procesal penal. El estándar debiera ser el mismo que se utiliza en el art. 140 letra b CPP. Para Horvitz y López, *“las presunciones fundadas del art. 140 CPP no pueden ser consideradas, entonces, como referencias a un medio de prueba legal, sino como un estándar de convicción que no está llamado a ser definido, sino sólo a ser ubicado en un **lugar intermedio entre la duda y la convicción. Se trata, en otras palabras, de requerir del juez la formulación de un juicio de probabilidad** acerca de la participación del imputado³⁷”*.

Blanco sostiene, sobre el mismo punto que *“al solicitar la prisión preventiva, el fiscal debe acreditar ante el juez **“la plausibilidad del caso”**. Se trata de una exigencia menor en*

³⁷ Horvitz Lennon y López Masle; Derecho Procesal Penal Chileno; Editorial Jurídica; 2003; pág. 407.

términos probatorios que las que rigen para dictar sentencia en el juicio oral; y el tribunal debe limitarse a verificar si se cumplen o no los supuestos legales y si están demostrados los antecedentes concretos³⁸".

Recuérdese acá que cualquier control judicial solo será posterior, pues el MP decide sobre la aplicación de estas técnicas sin control judicial previo. No obstante, ello no impide que se controle ex post si al momento de aplicarse la técnica se cumplía el estándar exigido por la ley. En caso negativo, la evidencia obtenida en base a ella deberá considerarse inutilizable o ilícita, dependiendo la etapa procesal, en conformidad a las reglas generales.

III.2. B Nueva norma acerca de la comparecencia presencial del imputado

La ley introdujo un nuevo art. 226 Z en el estatuto de normas especiales para criminalidad organizada, la cual dispone que el juez de garantía o el tribunal oral en lo penal, en su caso, pueden disponer la comparecencia del imputado privado de libertad a las audiencias que deba asistir por medios tecnológicos. El texto de la norma es el siguiente:

"Artículo 226 Z.- Comparecencia a audiencias. En casos graves y calificados por motivos de seguridad, y por resolución fundada, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal podrá disponer la comparecencia del imputado privado de libertad a las audiencias a que deba asistir por medios tecnológicos, y permitirá, siempre y cada vez que así lo requiera, la comunicación directa y privada con su abogado".

Se trata de la comparecencia remota del imputado privado de libertad a sus audiencias y a su propio juicio oral, **en contra de su voluntad**.

Para que ello sea posible se requiere:

- e) Que se trate de investigaciones en casos de criminalidad organizada

Aunque no lo dice expresamente, no olvidemos que el artículo 226 Z se encuentra ubicado en el acápite VI. *"Regla común al presente Párrafo"*, del Párrafo 3° bis *"Diligencias especiales de investigación aplicables para casos de criminalidad organizada"*.

- f) Que se trate de un caso grave y calificado por motivos de seguridad.
- g) Que se la medida se adopte mediante resolución judicial fundada.
- h) Que se permita siempre, y cada vez que así se requiera, la comunicación directa y privada entre el imputado y su abogado.

Cierto es que la norma puede afectar decisivamente el derecho a defensa, ya que, compareciendo el imputado de manera remota, el defensor no podrá hablar directamente y a cada momento con su imputado. Normalmente el imputado se sienta al lado del defensor durante el juicio o, al menos, muy cercanamente. Esta interacción es **vital** para la defensa. Así, es común que, durante la declaración de testigos o peritos surjan aspectos que no han sido previstos en la preparación del juicio – aún cuando ésta haya sido muy diligente –

³⁸ Blanco, Rafael et al, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago: Lexis Nexis, 2005, pp. 68-69.

aspectos que pueden ser favorables o desfavorables a la tesis de la defensa – y un defensor, antes de abordar estos puntos en el interrogatorio o contrainterrogatorio, requiere consultar, privadamente y en voz baja al imputado. Esto no es posible en un juicio por video conferencia. El defensor se verá así eventualmente en la situación de solicitar permanentemente recesos para establecer una comunicación privada con el imputado, lo cual dificulta su labor.

Por demás, hay juicios orales en que, durante su desarrollo surgen aspectos relevantes, importantes, que pueden hacer aconsejable modificar la teoría del caso de la defensa, en medio del juicio, para lo cual se requiere conversar seriamente con el imputado y requerir su aquiescencia informada. También hay casos en que la modificación de la teoría del caso se debe a elementos importantes que perjudican seriamente la tesis del imputado. Este tipo de modificaciones y recesos serían imposibles o, en el mejor de los casos, extremadamente difíciles de realizar en un juicio oral por video conferencia. Asimismo, la falta de contacto directo con el imputado (por ejemplo, mediante contacto visual) impide evitar reacciones de estrés perjudiciales para el propio imputado.

Por otra parte, la señal de la videoconferencia, particularmente en la conexión con recintos de Gendarmería de Chile usualmente se interrumpe, se paraliza, se ralentiza la imagen y/ el sonido, es inestable o no se escucha perfectamente lo que se habla, aspecto que la defensa deberá hacer presente al tribunal cuando este tome la decisión sobre la aplicación del art. 226 Z.

No obstante lo señalado, la introducción de este artículo también tiene un aspecto positivo para la defensa. Como se desprende con claridad de la historia de la ley, esta norma se creó solo para crimen organizado, y, más en concreto, a instancias del Ministerio del Interior por lo sucedido en la causa de “Los Gallegos” en Arica.³⁹ Ahora bien, los estándares que fija el nuevo art. 226 Z CPP para excluir la presencia física del imputado en su propio juicio contra su voluntad son más elevados que los actualmente previstos en el art. 107 bis inc. 2° COT, que es de aplicación general y no solo para el crimen organizado. Una interpretación armónica de ambas normas implica, por tanto, que un tribunal solo podrá realizar el juicio sin el imputado en cuerpo presente si se cumple el estándar mínimo que fija el art. 226 Z y, adicionalmente, se cumplen los requisitos del art. 107 bis inc. 2° COT, en caso de estarse fuera del ámbito del crimen organizado. Una interpretación diferente implicaría que el derecho del imputado a estar presente en su propio juicio es más débil en casos comunes que en el ámbito del crimen organizado. En otras palabras, los tribunales no podrán aplicar más el art. 107 bis inc. 2° COT si es que no se cumplen adicional y estrictamente los requisitos del art. 226 Z CPP.

³⁹ Véase la exposición del Subsecretario del Ministerio de Justicia, que quedó recogida en el Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados en Segundo Trámite Constitucional, p. 305 s., quien señaló lo siguiente: “La disposición permite esta comparecencia especial, sólo en aquellos casos de crimen organizado, por la cual los imputados pueden comparecer por medios tecnológicos a esta audiencia, y evita, en la práctica, los traslados que, sobre todo en casos complejos y por la geografía del país, constituyen un riesgo en sí mismo. Explica que esto surge en razón de un caso concreto. Uno de los temas que se discutió con la Excma. Corte Suprema se relaciona con el caso del clan “Los Gallegos” en la ciudad de Arica, porque hay personas que están imputadas en distintos establecimientos penales a lo largo del país, y las normas vigentes no permitirían tener a estas personas, por ejemplo, compareciendo telemáticamente en distintos lugares; habría que trasladarlas a un mismo a un mismo lugar o al mismo tribunal.”

IV. Medidas de protección de sujetos procesales, testigos y peritos

IV.1 Medidas de protección de aplicación general

IV.1.A Comparecencia telemática de víctimas

Título II Preparación del juicio oral Párrafo 3º Desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral Artículo 266.- Oralidad e intermediación. La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciara en su integridad, se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos.	Agrégase, en el artículo 266, el siguiente inciso segundo, nuevo: “Sin embargo, el juez de garantía podrá autorizar la comparecencia por medios tecnológicos de las víctimas, por motivos calificados o de seguridad. La petición deberá formularse hasta siete días antes de la fecha fijada para la audiencia.”.
---	--

Título III Juicio oral Párrafo 2º Principios del juicio oral Artículo 291.- Oralidad. La audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio. El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral. Sin embargo, quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes.	Agrégase, en el artículo 291, el siguiente inciso final, nuevo: “Sin embargo, el tribunal podrá autorizar la comparecencia por medios tecnológicos de las víctimas, por motivos calificados o de seguridad. La petición deberá formularse hasta siete días antes de la fecha fijada para la audiencia o día
--	---

El acusado sordo o que no pudiese entender el idioma castellano será asistido de un intérprete que le comunicará el contenido de los actos del juicio.	eventual en que deban declarar éstos últimos.”.
--	---

Esta modificación se enmarca en el contexto de las múltiples medidas de protección a víctimas que se han adoptado en recientes modificaciones legales. Las normas referidas autorizan a las víctimas para comparecer de manera remota por medios tecnológicos, tanto a la audiencia de preparación del juicio oral, como al juicio oral propiamente tal.

Las exigencias para que la víctima pueda comparecer remotamente son:

- La existencia de motivos calificados o de seguridad.
- Que la petición se formule hasta siete días antes de la fecha fijada para la audiencia.

El que la víctima pueda comparecer (presenciar, si se quiere) la audiencia de preparación de juicio oral de manera remota no genera mayores problemas. Aquí solo cabe indicar que, más allá de que la víctima tiene derecho a asistir a todas las audiencias del proceso y, entre ellas, a la audiencia de preparación de juicio oral, no se vislumbra alguna razón especial para haber considerado esta audiencia en una norma especial.

Diferente es que pueda testificar en la audiencia de juicio oral de manera remota. El estándar que fija la nueva norma del art. 291 CPP no parece muy distinto (si es que cambia algo en absoluto), respecto del ya previsto en el art. 107 bis inc. 2° numeral 1° del COT, conforme al cual el tribunal podrá autorizar la comparecencia de la víctima por vía remota, “*cuando exista la necesidad de brindar protección a las víctimas y testigos que presten declaración, según lo dispuesto en el artículo 308 del Código Procesal Penal*”. En todo caso, al tratarse de una ley posterior (y especial para víctimas), el art. 291 CPP prima sobre la norma del art. 107 bis inc. 2° del COT, por lo que debe respetarse el plazo de siete días establecido en aquella norma.

IV.1.B Medidas de protección a fiscales

Texto previo	Texto modificado
Libro Primero Disposiciones generales Título IV Sujetos procesales Párrafo 2° El ministerio público	1) Incorpórase un artículo 78 ter, nuevo, del siguiente tenor: “Artículo 78 ter. Medidas especiales de protección de fiscales. Excepcionalmente, cuando en el transcurso de una investigación o en cualquier otra etapa del procedimiento, surge algún antecedente grave de amenaza, agresión u otra potencial afectación a la integridad personal de los fiscales o de sus familias, o en todo caso tratándose de la investigación de delitos cometidos por asociaciones delictivas o criminales, el fiscal regional respectivo podrá

	disponer, mediante una decisión fundada, una o más de las siguientes medidas de protección: a) La participación del fiscal o del abogado asistente de fiscal en las audiencias por vía remota mediante videoconferencia. b) Reserva de la identidad del fiscal o del abogado asistente de fiscal en las audiencias que se desarrollen ante los tribunales, ya sea que se realicen de forma presencial o remota. c) Reserva de la identidad del fiscal o del abogado asistente de fiscal en los registros y documentos que se deban poner a disposición de las partes o que deban ser presentados o evacuados ante los tribunales. En los casos en que se decrete la reserva de la identidad, ésta deberá ser reemplazada por una denominación genérica como “Fiscal del Ministerio Público”. El fiscal regional deberá comunicar al tribunal respectivo su decisión, a fin de que se disponga lo necesario para dar cumplimiento a las medidas de protección. En el caso de la comparecencia telemática, deberá comunicar la decisión a lo menos con cuarenta y ocho horas de anticipación a la audiencia, o de ocho horas, si se trata de la primera audiencia judicial del detenido. La medida de protección decretada se mantendrá vigente durante toda la sustanciación del proceso hasta el término de la causa por cualquier motivo. En caso de ponerse término en virtud de una sentencia condenatoria, la medida de protección podrá extenderse hasta que la pena se encuentre completamente cumplida. El abogado defensor del imputado podrá siempre conocer la identidad del fiscal, debiendo mantener reserva de la misma. La revelación de la información reservada será sancionada de conformidad a los artículos 246, 246 bis o 247 del Código Penal, según correspondiere.”.
--	--

Este artículo, que permite que excepcionalmente el imputado sea investigado y acusado por un fiscal cuya identidad desconoce, es una reacción a las amenazas que habrían sufrido algunos fiscales en casos de criminalidad organizada en el último tiempo. A continuación, se analizan los presupuestos de aplicación y contenido de la norma.

a. Presupuesto de aplicación de la norma:

Están previstos en el inciso primero del art. 78 ter. Hay dos presupuestos de aplicación disyuntivos en que pueden dar lugar *excepcionalmente* a la aplicación de estas medidas:

- Primer presupuesto de aplicación: *antecedente grave* de amenaza, agresión u otra potencial afectación a la integridad personal de los fiscales o de sus familias.
- Segundo presupuesto de aplicación: que se trate de una investigación de delitos cometidos por asociaciones delictivas o criminales. Si se trata de una investigación ya formalizada, la aplicación de las medidas de protección requiere, por ende, que entre los delitos formalizados se encuentre la asociación delictiva o criminal, sea del CP o de leyes especiales.

Si bien la medida es decretada por el fiscal regional respectivo mediante decisión fundada (que deberá dar cuenta de qué presupuesto se cumple y por qué), el defensor siempre podrá presentar una cautela de garantías conforme al art. 10 CPP, cuando no se cumplan los presupuestos de aplicación arriba indicados y las medidas referidas afecten sus derechos procesales.

b. Medidas posibles a decretar y conocimiento de identidad por parte del defensor

Se trata de tres medidas diferentes – arriba indicadas - que se pueden imponer separada o conjuntamente. Fundamental para asegurar el debido proceso es que, cualquiera sea la medida que se adopte, el defensor – tal como prevé el inciso penúltimo del art. en comento – siempre pueda conocer la identidad del fiscal que está actuando. Así, por ejemplo, si el fiscal participa en la audiencia mediante videoconferencia y su identidad no es conocida ni verificable para el defensor (porque no lo conoce o el rostro no es enfocado, está pixelado, etc.), este le puede solicitar al juez que confirme de cualquier modo la identidad del fiscal y se la comunique.

c. Prohibición de revelar identidad del fiscal al imputado

Por regla general, si el defensor le revela la identidad del fiscal al imputado o a terceros, incurrirá en alguno de los tipos penales referidos en el inciso final del art. 78 ter (probablemente en el del art. 246 bis inciso primero). No obstante, puede ser que el defensor tenga un motivo para temer que el fiscal está afecto a alguna de las causales de inhabilitación del art. 55 de la ley 19.640 (por ejemplo, amistad o enemistad con alguna de las partes), no

pudiendo verificar este hecho con su representado. En estos casos, sin perjuicio de la eventual causal de justificación que tenga el defensor en caso de desvelar la identidad del fiscal al imputado por este motivo (por cumplimiento de un deber, art. 10 N° 10 CP), antes de optar por dicho camino, sería prudente plantear el problema al tribunal competente vía cautela de garantías y, en caso de comprobarse alguna causal de inhabilitación, seguir el procedimiento contemplado en el Título IV de la ley 19.640 para que el caso se asigne a otro fiscal.

IV.2. Medidas de protección en el ámbito del crimen organizado

IV.2. A Efectos de la apelación a la resolución del juez que concede acceso a identidad de agentes e informantes

II. Agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes Artículo 226 B.- Ámbito de aplicación. El Fiscal Regional competente podrá autorizar a funcionarios policiales determinados para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores cuando sea necesario para lograr el esclarecimiento de hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, establecer la identidad e intervención de sus responsables, conocer los planes de la asociación, y prevenir la comisión de sus delitos o comprobar los que hubieren cometido. El Fiscal Regional deberá resolver la solicitud efectuada por el fiscal en un plazo máximo de 72 horas. En caso de negativa, el fiscal podrá solicitar nuevamente autorización para que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores, aportando nuevos antecedentes. No será necesaria la autorización establecida en el inciso primero, en aquellos casos en que sea el Fiscal Nacional o el Fiscal Regional quien dirija personalmente la investigación, conforme a lo establecido en los artículos 18 y 19 de la ley N° 19.640. Al autorizar la medida el Fiscal Regional deberá asegurarse que ella se limite a las acciones estrictamente necesarias para los objetivos de la investigación, que los agentes reveladores o infiltrados no induzcan a la perpetración de delitos, y que la seguridad de los agentes reveladores o infiltrados se encuentra debidamente resguardada. El acto que autorice la medida será mantenido en poder del Ministerio Público en dos registros distintos. Con todo, la información relativa a la verdadera identidad del agente se mantendrá únicamente en un registro. La autorización deberá consignar, además, la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, si la tuviere. Asimismo, el acto que autorice deberá:	Incorpórase en el artículo 226 B el siguiente inciso final, nuevo:
---	---

a) Circunscribir el ámbito de actuación de dichos agentes en conformidad con los antecedentes y el delito o los delitos invocados en la solicitud correspondiente. b) Expresar la duración de la autorización, la que no podrá exceder de sesenta días. Ella será prorrogable por períodos iguales, y deberá cumplir los mismos requisitos establecidos para su otorgamiento. c) Establecer las medidas que deben adoptar para asegurar los objetivos establecidos en el inciso anterior, incluyendo aquellas previstas en el inciso cuarto del artículo 226 C. Si se cumplen las mismas circunstancias indicadas en el inciso primero, el Fiscal Regional podrá autorizar a cualquier persona para que se desempeñe como informante. Las autorizaciones establecidas en este artículo serán confidenciales y sólo podrán ser conocidas por terceros en los casos señalados en la ley. Cuando la ley autorice el conocimiento por parte de terceros, el Ministerio Público pondrá a su disposición el registro que no consigna la información verdadera sobre la identidad de los agentes e informantes. El acceso al registro completo deberá ser autorizado por el juez de garantía competente con audiencia del Ministerio Público y se otorgará la autorización únicamente si es estrictamente necesario, si no pone en peligro la seguridad personal del agente o informante y si existen todas las medidas necesarias para que la información no llegue a terceros. Teniendo en consideración los antecedentes concretos, el juez podrá autorizar el acceso al registro total o parcialmente.	“La resolución que se pronuncie sobre la solicitud de autorización de acceso al registro será apelable por todos los intervinientes. La información del registro solo podrá ser puesta a disposición de los intervinientes una vez que la resolución se encuentre ejecutoriada.”.
---	--

Durante la tramitación del proyecto de ley en comento se produjo el episodio en que un juez de garantía de Arica autorizó la entrega a las defensas de la identidad de testigos protegidos, noticia que causó gran conmoción pública, presentándose varias indicaciones para impedir esta situación a futuro, adoptándose finalmente la norma arriba transcrita.⁴⁰

La hipótesis es que el juez de garantía acoja o deniegue la solicitud de que uno o más intervinientes distintos del Ministerio Público, puedan acceder al registro completo que consigna la identidad verdadera de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes, de conformidad al, ahora, inciso penúltimo del artículo 226 B del C.P.P.

En este caso, la modificación introducida hace apelable explícitamente esa resolución, concesiva o denegatoria, por parte de todos los intervinientes. Se dispone, además, el efecto suspensivo del recurso en caso de que la resolución conceda el acceso solicitado, de modo tal que el registro sólo puede ser puesto a disposición de los intervinientes una vez que dicha resolución se encuentre firma o ejecutoriada. Así, si el juez accede a otorgar acceso a los

⁴⁰ Juez pone en riesgo combate contra el crimen organizado al revelar la identidad de testigos protegidos; El Mostrador; 13 de septiembre de 2023; en <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2023/09/13/juez-ordena-a-fiscalia-entregar-lista-de-testigos-reservados-contr-el-tren-de-aragua-en-arica/>

intervinientes de los respectivos registros, debe esperar a que venzan los plazos legales para que los intervinientes puedan deducir el recurso de apelación, o bien, esperar a que se deniegue el recurso de apelación interpuesto.

IV.2. B Secreto respecto de identidad de testigos y afectación a la defensa

IV. Disposiciones comunes Artículo 226 J.- Secreto y acceso a la información de defensa. El Ministerio Público podrá disponer el secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos respecto de uno o más intervinientes, cuando estime que existe riesgo para el éxito de la investigación o para la seguridad de los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 182. Con todo, el Ministerio Público podrá disponer que se mantenga el secreto hasta el cierre de la investigación. Además deberá adoptar medidas para garantizar que el término del secreto no ponga en riesgo la seguridad de las personas mencionadas en el inciso anterior. Tras el cierre de la investigación, el juez de garantía deberá procurar el acceso de la defensa a todos los medios de prueba pertinentes, y sólo lo restringirá en aquellos casos establecidos en el artículo 226 B, inciso final.	Incorpóranse en el artículo 226 J los siguientes incisos cuarto y quinto, nuevos, pasando el actual inciso cuarto a ser inciso sexto: Defensoría Sin defensa no hay Justicia “En los casos en que se haya dispuesto la medida de protección prevista en la letra a) del artículo 226 N, la resolución que se pronuncie sobre su mantención o levantamiento será apelable en ambos efectos por cualquiera de los intervinientes. La información sólo podrá ser puesta a disposición de los intervinientes una vez que la resolución que levante la reserva se encuentre ejecutoriada.
--	--

El que de cualquier modo informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación amparada por el secreto, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.	Ejecutoriada la resolución que dispone o confirma el rechazo del levantamiento de la medida de protección establecida en el literal a) del artículo 226 N, no podrá renovarse la discusión sobre esta materia en ninguna audiencia o etapa del proceso, sin perjuicio que pueda solicitarse por escrito antes de la audiencia de preparación de juicio oral, y por una sola vez.”.
--	---

La disposición en comento se refiere al secreto de la identidad de agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, peritos y cooperadores eficaces durante la investigación, y que es dispuesta por el propio Ministerio Público, sin control judicial ex ante.

La modificación que se introduce va en la misma línea que aquella efectuada al artículo 226 B CPP, en orden a que, si el juez de garantía mantiene o levanta la medida de protección dispuestas en la letra a del inc. 1° del artículo 226 N⁴¹, tal resolución es apelable por parte de todos los intervinientes. Se dispone, además, el mismo efecto suspensivo para tal resolución, ya que, en el evento que esta conceda el acceso solicitado, el registro sólo puede ser puesto a disposición de los intervinientes, una vez que dicha resolución se encuentre firme o ejecutoriada. Así, si el juez accede a levantar las medidas de protección del artículo 226 N, debe esperar a que venzan los plazos legales para que los intervinientes puedan deducir el recurso de apelación, o bien, esperar a que se deniegue el recurso de apelación interpuesto.

Sin embargo, la modificación agrega un segundo aspecto, consistente que si la resolución que dispone o confirma el rechazo del levantamiento de la medida de protección establecida en el literal a) del artículo 226 N queda firme y ejecutoriada, “no podrá renovarse la discusión sobre esta materia en ninguna audiencia o etapa del proceso, sin perjuicio que pueda solicitarse por escrito antes de la audiencia de preparación de juicio oral, y por una sola vez”. Por ende, la ley contempla expresamente solo dos momentos en que el defensor puede solicitar el alzamiento de las medidas de protección del artículo 226 N. La primera

⁴¹ Artículo 226 N.- Medidas especiales de protección. Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en este Código, en cualquier etapa del procedimiento el Ministerio Público dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas cuando estime, por las circunstancias del caso, que existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de un informante, agente encubierto, agente revelador o de un testigo protegido, como asimismo de su cónyuge, conviviente civil, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallen ligados por relaciones de afecto. Para proteger la identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo de los sujetos indicados en el inciso anterior, el fiscal podrá aplicar medidas tales como:
a) Que en los registros de las diligencias que se practiquen no consten su nombre, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pueda servir para su identificación. Podrá utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos.

ocasión es, en cualquier momento durante la investigación. La segunda es, para la audiencia de preparación de juicio oral, ocasión en que debe efectuarse esta solicitud por escrito, antes de la misma.

No obstante, cabe aquí recordar que conforme al art. 226 P inc. 3° CPP, “*en ningún caso las declaraciones de los testigos protegidos, agentes encubiertos o reveladores o de los informantes podrán ser recibidas e introducidas en el juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente, con los resguardos contemplados en los incisos precedentes*”. Es decir, no puede mantenerse la reserva absoluta de identidad de un testigo o perito de cargo en el juicio oral (permitida por el art. 226 P inc. 4° CPP) si es que ello impide de facto (no solo de forma) el derecho a contrainterrogar, pues sin este derecho no hay debido proceso. Por ende, en caso de interpretar el tribunal que la frase final del nuevo inc. 5° del art. 226 N (*no podrá renovarse la discusión sobre esta materia...*) impide a la defensa pedir el alzamiento de la reserva en juicio, entonces dicha parte de la modificación legal es evidentemente inconstitucional (infracción al art. 19 N° 3 inc. 6° CPR, al no ser el procedimiento legalmente establecido ni racional ni justo).

IV.2.C Precisiones en la declaración de ciertos testigos

V. De las medidas de protección para agentes encubiertos, reveladores e informantes Artículo 226 P.- Declaración en juicio. Las declaraciones de los agentes encubiertos, agentes reveladores o de testigos y peritos a los que se les otorgue la calidad de informantes podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 cuando se estime necesario para su seguridad personal. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso. Sea que la declaración se preste de manera anticipada o en el desarrollo del juicio oral propiamente tal, el tribunal deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo protegido, agente encubierto o revelador o del informante, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado	Modifícase el artículo 226 P de la siguiente manera: 1. En el inciso primero: a) Intercálase entre la palabra “reveladores” y la conjunción “o”, la expresión “, informantes”. b) Sustitúyese la frase “a los que se les otorgue la calidad de informantes” por “protegidos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 226 N”. 2. Reemplázase en el inciso segundo el texto que señala “el tribunal deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo protegido, agente encubierto o revelador o del informante, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pueda poner en peligro su protección.”, por otro del
---	--

civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pueda poner en peligro su protección. En ningún caso las declaraciones de los testigos protegidos, agentes encubiertos o reveladores o de los informantes podrán ser recibidas e introducidas en el juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente, con los resguardos contemplados en los incisos precedentes. Si la declaración se presta de forma anticipada, el juez de garantía podrá disponer el alzamiento del secreto establecido en el artículo 226 J y procurará el acceso de la defensa a todos los medios de prueba pertinentes. Sólo lo restringirá en aquellos casos establecidos en el artículo 226 B, inciso final. Dispuesta por el fiscal la protección de la identidad de los testigos o peritos en la etapa de investigación, el tribunal deberá mantenerla, sin perjuicio de los otros derechos que se confieren a los demás intervinientes.	siguiente tenor: “los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, víctimas y peritos protegidos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 226 N, podrán declarar vía remota, si el fiscal así lo solicita, salvo que el tribunal lo deniegue por resolución fundada. En este caso, deberá coordinar con el Ministerio Público las medidas de protección que han de adoptarse en la declaración del compareciente.”. 3. Incorpórase el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero y cuarto a ser incisos cuarto y quinto, respectivamente: “El tribunal podrá exigir, cuando sea procedente, que la comparecencia vía remota de los intervinientes o partes respectivas sea ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren. El tribunal deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo protegido, agente encubierto o revelador o del informante, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pueda poner en peligro su protección. Un funcionario designado por el tribunal donde deba declarar el testigo o perito deberá estar presente durante dicha declaración, para garantizar el desarrollo de ésta en las condiciones que establece la ley.”.
--	--

Esta norma se refiere a la declaración en juicio de ciertos testigos. Hasta antes de la presente ley, se trataba de “agentes encubiertos, agentes reveladores o de testigos y peritos a los que se les otorgue la calidad de informantes”. La modificación agrega a los testigos y peritos “*protegidos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 226 N*”. En consecuencia, la regulación de este artículo es aplicable a agentes encubiertos, agentes reveladores,

informantes y testigos y peritos protegidos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 226 N.

Luego, se agrega la facultad del tribunal para que estos testigos declaren en forma remota, al señalar que *“los agentes encubiertos, agentes reveladores, informantes, testigos, víctimas y peritos protegidos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 226 N, podrán declarar vía remota, si el fiscal así lo solicita, salvo que el tribunal lo deniegue por resolución fundada. En este caso, deberá coordinar con el Ministerio Público las medidas de protección que han de adoptarse en la declaración del compareciente”*. Por tratarse de un incidente, debiera, al menos, conferirse traslado a la defensa e, idealmente, citarse a una audiencia para debatir y resolver la solicitud del fiscal. Si el tribunal lo autorizara, derechamente, por escrito, sin citación de la defensa, tal resolución podría ser objeto de reposición.

Claramente, la norma más interesante en esta modificación es la que contempla el nuevo inciso tercero, agregado a instancias de la DPP.

Esta norma contempla dos aspectos relevantes. El primero es que si la declaración es remota deber realizarse ante el tribunal con competencia penal más cercano al lugar donde se encuentre el testigo. Vale decir, la declaración debe ser efectuada en un tribunal, no en la Fiscalía, no en una Comisaría, no desde un domicilio. Ello permite que la identidad del testigo no tenga que ser verificada de manera remota con el acercamiento de la cédula de identidad a la cámara, sino que debe ser verificada en el recinto del tribunal por el mismo tribunal.

Es efectivo que esta disposición es facultativa para el tribunal (el tribunal podrá exigir), pero, por una parte, el defensor debe requerir que sea esta la manera como se concrete la declaración de un testigo o perito reservado, y, por otra parte, es previsible que los tribunales no deleguen con tanta facilidad el lugar donde debe desarrollarse una declaración judicial en juicio.

El segundo aspecto relevante es que el tribunal delegado debe nominar a un funcionario del tribunal para que esté presente durante la declaración del testigo, a fin de garantizar el desarrollo de su declaración conforme a la ley. Esto tiene por objeto evitar que el testigo esté leyendo su declaración anterior en el computador, que reciba mensajes de WhatsApp del fiscal o que se le “sople” algo durante su deposición.

A diferencia del primer aspecto, esta segunda regla no es facultativa para el tribunal. Establecido ya que el testigo declarara vía remota en el tribunal de Calama, por ejemplo, el tribunal de Calama debe, obligatoriamente, designar un funcionario que presencie la declaración.

Si el tribunal autoriza la declaración remota de un testigo en una locación distinta de un tribunal con competencia en lo penal, por ejemplo, en una sala de hospital, por estar el testigo convaleciente, igualmente un funcionario del tribunal más cercano, en este caso, al hospital, debiera constituirse en ese recinto a fin de verificar la identidad del testigo y presenciar su declaración.

Finalmente, aunque trasladada de ubicación, se mantuvo en el artículo 226 J la norma que dispone que, comprobada la identidad del testigo, *“el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pueda poner en peligro su protección”*.

IV.2.D Nuevas medidas de protección para jueces

Se incorpora un nuevo artículo 226 Y CPP que, en la práctica viene a establecer en nuestra legislación, bajo ciertas hipótesis, la existencia de los llamados “jueces sin rostro”. El texto de la norma es el siguiente:

“Artículo 226 Y.- Medidas de protección de jueces. En las investigaciones por hechos que involucren la participación en una asociación delictiva o criminal, y en todas las demás etapas del procedimiento, el juez de garantía o los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, por motivo de seguridad y en casos graves y calificados, podrán hacer reserva de su identidad en las audiencias en que deban participar, por resolución fundada. Además, se podrán suprimir sus nombres del acta respectiva.

Respecto del juez que haga reserva de su identidad en los términos señalados en el inciso precedente, las causas legales de recusación serán consideradas como causas de implicancia para su procedencia, declaración, tramitación y efectos, especialmente para lo dispuesto en los artículos 374 literal a) del presente Código y 224 del Código Penal.

El defensor y el fiscal de la causa siempre podrán conocer la identidad de quienes hayan hecho esta reserva.

La revelación de la información reservada será sancionada de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 226 O”.

Las exigencias para que esta particular norma de protección opere son:

- e) Que se trate de investigaciones por hechos que involucren participación en una asociación delictiva o criminal;
- f) Que sea por motivos de seguridad;
- g) Que se trate de un caso grave y calificado;
- h) Que exista una resolución fundada que adopte la medida de protección.

Dados estos supuestos, en cualquier etapa del procedimiento, tanto el juez de garantía, como los jueces del tribunal oral en lo penal pueden hacer reserva de su identidad en todas las audiencias en que deban participar, así como suprimir su nombre en las actas respectivas.

Nada dice la ley acerca de la reserva de identidad de los jueces en las resoluciones que dictan por escrito, en la tramitación normal de las causas (las resoluciones “por despacho”), por lo que debe entenderse que, en esas resoluciones, no es posible omitir la identidad del juez que las dicta.

La ley intenta adoptar una medida de cierto resguardo a la imparcialidad del juez al disponer que, respecto del juez que haga reserva de su identidad, *“las causas legales de recusación serán consideradas como causas de implicancia para su procedencia, declaración, tramitación y efectos, especialmente para lo dispuesto en los artículos 374 literal a) del presente Código y 224⁴² del Código Penal”*. En la práctica, las causales de recusación pasan

30 Art. 224 CP. Sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

a ser causales de impugnación para el juez que reserva su identidad, con todas las consecuencias que ello trae.

Las principales diferencias entre las impugnaciones y las recusaciones son:

- Renunciabilidad: Las impugnaciones no pueden ser renunciadas por las partes, ya que son de orden público. En cambio, las recusaciones sí pueden ser renunciadas.
- Declaración de oficio: Las impugnaciones deben ser declaradas de oficio por el tribunal, mientras que las recusaciones se hacen valer a petición de parte.
- Consecuencias penales: El juez que falla con manifiesta impugnación comete un delito, pero no existe sanción penal cuando falla existiendo causal de recusación.
- Gravedad de las causales: Las causales de impugnación revisten mayor gravedad que las de recusación.

En resumen, las impugnaciones son inhabilidades de orden público que el juez debe declarar de oficio, con consecuencias penales si falla con manifiesta impugnación, mientras que las recusaciones son de interés de las partes, renunciables y con menor gravedad.

La reserva de la identidad del juez no afecta al fiscal ni al defensor de la causa, que conocen siempre su identidad. La norma no menciona a otros intervinientes, como los querellantes, a quienes sí parece afectar esta reserva de identidad.

Finalmente, se dispone la revelación de la información reservada será sancionada penalmente, conforme con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 226 O, disposición que aplica una sanción de reclusión menor en su grado medio a máximo, al que proporcione la información, y de multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales al director del medio de comunicación social que difunda la información.

1° Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal.

2° Cuando a sabiendas contravinieren a las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte sustancial.

3° Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida.

4° Cuando maliciosamente omitan decretar la prisión de alguna persona, habiendo motivo legal para ello, o no lleven a efecto la decretada, pudiendo hacerlo.

5° Cuando maliciosamente retuvieren en calidad de preso a un individuo que debiera ser puesto en libertad con arreglo a la ley.

6° Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria.

7° Cuando con manifiesta impugnación, que les sea conocida y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa criminal o civil.

V. Nuevo estatuto general de cooperación eficaz

V.1. Ámbito de aplicación: ¿En qué delitos puede haber cooperación eficaz?

Se introdujo en el Libro Segundo del CPP un nuevo párrafo 4 bis, que comprende los artículos 288 bis a 288 septies, que regulan exhaustivamente la institución de la cooperación eficaz. Estas normas pretenden ser el único estatuto sobre cooperación eficaz vigente, pues se intentó derogar todas las disposiciones legales previamente existentes que contemplaban este mecanismo procesal para ciertos tipos específicos de delitos, a saber, los artículos 260 quáter y 411 sexies del Código Penal; el artículo 4 de la Ley 18.314; el artículo 22 de la Ley 20.000; el artículo 17 C de la Ley 17.798; el artículo 9 de la Ley 21.459; el artículo 64 de la Ley 21.595 y el art. 33 de la ley 19.913.

Cabe realizar tres comentarios generales sobre este nuevo estatuto de cooperación eficaz, antes de entrar a revisar cada norma en detalle:

- Se quiso unificar la regulación de la cooperación eficaz, poniendo fin momentáneamente a la dispersión legislativa que existía en la materia. No obstante, la derogación de los estatutos previos de cooperación eficaz dará lugar a nuevos problemas interpretativos. Piénsese por ejemplo en la referencia del art. 36 bis de la ley 20.084 al derogado art. 22 de la ley 20.000⁴³. También siguen vigentes algunas normas que prevén estatutos que eventualmente se pueden superponer con la cooperación eficaz, tales como el del art. 295 CP.⁴⁴
- La ampliación de esta institución a nuevos tipos penales es moderada. La extensión realmente relevante pasa por la posibilidad de aplicarla a asociaciones delictivas o criminales, debido a los exiguos requisitos de los tipos penales de los art. 292 ss. CP.
- Se crean dos estatutos diferenciados de cooperación eficaz, una “simple” y otra “calificada”, que tienen diferentes presupuestos de procedencia y efectos. Además, la cooperación eficaz calificada puede ser tanto de imputados como de condenados, con efectos y reglas – naturalmente – muy distintos en ambos casos.

A fin de evitar un alargamiento excesivo de esta minuta, no se transcribirán acá todas estas normas derogatorias, ni se explicarán las diferencias de los regímenes eliminados con el

⁴³ Artículo 36 bis. - Cooperación eficaz. Lo dispuesto en el artículo 22 y el Párrafo 2º del Título III de la ley N° 20.000 será aplicable a la sustanciación y fallo de cualquiera de los procesos incoados en virtud de la presente ley. En estos casos se dará también aplicación a lo previsto en el artículo 27 bis. Se tendrán especialmente en cuenta las circunstancias y necesidades de los adolescentes al adoptarse las medidas especiales de protección previstas en los artículos 30 y siguientes de la ley N° 20.000. Esta norma comienza a regir en forma gradual en plazos de 12, 24 y 36 meses desde la fecha de publicación, dependiendo de la Región de que se trate.

⁴⁴ Esta norma, que incluso permite al tribunal prescindir de las penas señaladas en los artículos 292 y 293, regla más bien hipótesis de desistimiento activo de miembros de organizaciones criminales, pero en la práctica se puede superponer en ocasiones con el estatuto de cooperación eficaz acá en comentario (por ejemplo, si quien coopera con la policía revela la identidad de miembros de la asociación conforme al art. 295 inc. 1º).

nuevo estatuto general de cooperación eficaz. Baste acá con esta tabla que muestra la expansión del ámbito de aplicación de esta institución procesal a nuevos tipos penales:

Ámbito de aplicación previo	Ámbito de aplicación ampliado
- Delitos de los párrafos 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal, esto es, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, cohecho y cohecho a funcionario público extranjero (art. 260 quáter CP). - Delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (arts. 411 bis al 411 octies CP). - Delitos de la ley 18.314 que sanciona conductas terroristas (art. 4). - Delitos de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (art. 22). - Delitos de la ley 17.798 sobre control de armas (art. 17 C). - Ilícitos de la ley 21.459 sobre delitos informáticos (art. 9). - Ilícitos de la ley 21.595 sobre delitos económicos (art. 64)	- Todos los delitos de la columna izquierda, en los que la cooperación eficaz era ya aplicable. - Delitos de asociación delictiva o criminal. - Homicidio. - Secuestro. - Sustracción de menores. -Lavado de activos

A continuación, se realiza una revisión detallada de los aspectos relevantes de cada uno de los artículos que reglan la cooperación eficaz.

V.2 Reglas generales de la cooperación eficaz simple

Las reglas generales que recaen sobre los presupuestos de procedencia y formas de reconocimiento de la cooperación eficaz simple (en adelante, “CES”), están previstas en el nuevo art. 228 bis CPP, cuyo texto se reproduce a continuación:

“Artículo 228 bis. - Cooperación eficaz. Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables que contribuyan al esclarecimiento de los hechos investigados o permitan la identificación de sus responsables, o sirvan para prevenir o impedir la perpetración, la continuidad o la reiteración de otros delitos, o faciliten la práctica de cualquier clase de comiso.

La cooperación eficaz sólo procederá cuando la información suministrada se refiera a investigaciones relativas a los delitos de asociación delictiva o criminal, de crímenes o simples delitos contenidos en la ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de los crímenes y simples delitos que sanciona la ley sobre control de armas, de crímenes o simples delitos contenidos en la ley que sanciona las conductas terroristas, de delitos calificados como económicos, de homicidios, de secuestro, de sustracción de menores, de los delitos de lavado y blanqueo de activos, de los delitos establecidos en los Párrafos 5, 6, 9 y 9° bis del Título V del Libro II del Código Penal, de los delitos contenidos en el Párrafo 5 bis del Título VIII del Libro II del mismo cuerpo legal o de los delitos contenidos en la ley N° 21.459.

La cooperación eficaz podrá ser establecida en virtud de un acuerdo de cooperación, en virtud de su reconocimiento por parte del juez, en las condiciones definidas en los artículos siguientes.

El tribunal estará obligado a reconocer el acuerdo de cooperación, salvo que éste no fuere procedente conforme al inciso segundo.

En todo caso, el fiscal podrá solicitar siempre, sin necesidad de un acuerdo, el reconocimiento de la cooperación eficaz del imputado en aquellos casos en que se cumplan los requisitos establecidos en este artículo.

Si el autor estuvo involucrado en los hechos que colabora a esclarecer, su cooperación eficaz debe extenderse más allá de su propia contribución al delito.

Lo previsto en este párrafo no se aplicará a los empleados públicos que desempeñen un cargo de elección popular o de exclusiva confianza de éstos, o de alta dirección pública del primer nivel jerárquico; a los que sean fiscales del Ministerio Público; ni a aquellos que, pertenezcan o no al orden judicial, ejerzan jurisdicción.”

Del citado texto se extraen las consecuencias que se expresan en lo sucesivo:

i) Requisitos de procedencia de la cooperación eficaz simple:

Estos se dividen en dos grupos, por un lado, los de los incisos primero, sexto y séptimo del art. 228 bis, y por otro, los del inciso segundo del mismo precepto. Esta distinción es relevante debido a que el juez, por regla general, solo puede denegar la CES debido a que faltan los requisitos del inciso 2°, pero no si es que estima que no se cumplen los requisitos de los incisos 1° o 6° (véase el inciso 4 del art. en comentario).⁴⁵

Los requisitos que establece el inciso primero es que el cooperador debe suministrar datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables (estándar a fijar por la jurisprudencia), que contribuyan a alguno de los siguientes fines alternativos (basta que se cumpla uno):

- esclarecimiento de los hechos investigados;
- identificación de sus responsables;
- prevenir o impedir la perpetración, la continuidad o la reiteración de otros delitos; o
- facilitar la práctica de cualquier clase de comiso.

⁴⁵ Conforme al art. 228 bis inc. 4°, “El tribunal estará obligado a reconocer el acuerdo de cooperación, salvo que éste no fuere procedente conforme al inciso segundo”.

El requisito que prevé el inciso sexto es que, de ser el aspirante a cooperador partícipe en los hechos que colabora a esclarecer, su cooperación eficaz debe extenderse más allá de su propia contribución al delito. A contrario sensu, por la redacción de la norma, se desprende claramente de ella que es posible la CES respecto de hechos investigados en otra causa.

Parece evidente que la CES no está contemplada únicamente para hipótesis de criminalidad organizada, sino que también para diversos crímenes de autoría individual, como por ejemplo el caso de un homicidio simple. Cabe preguntarse, entonces, si en los casos de delitos que pueden ser cometidos individualmente, y en que no existe otro partícipe, es exigible el requisito de que la cooperación eficaz deba extenderse más allá de su propia contribución al delito.

Por una parte, podría sostenerse que, dado que se trata de uno de los delitos que admite cooperación eficaz, y la autoría fue completamente individual, no le es exigible al imputado aportar antecedentes más allá de su propia contribución al delito para que se le reconozca la cooperación. Si esta tesis fuera acogida, cabría concluir que la exigencia en comento sólo operaría para aquellos delitos que, o bien por su naturaleza (por ejemplo, asociación criminal, cohecho) deben ser cometidos por más de un partícipe, o bien en los hechos, han intervenido varios sujetos (por ejemplo, un homicidio simple con varios coautores). Claramente esta es la interpretación más favorable a la defensa

Con todo, la Fiscalía podría sostener que, dado que la cooperación eficaz permite una rebaja sustancial de la pena a aplicar, entonces, si no se cumple con el requisito de aportar antecedentes más allá de su propia contribución al delito, sólo podrá optar a la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal y a que se la estime como muy calificada, pero no podría optar a la cooperación eficaz. Esa sería la razón por la cual se modificó el texto del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

Si bien en principio los requisitos mencionados no son examinados por el juez en caso de acuerdo – puesto que este no puede denegar la aplicación de la CES por considerar, por ejemplo, que la información proporcionada no es comprobable o el sujeto no coopera más allá de su propia participación –, la concurrencia de estos presupuestos si será controlada por el tribunal en caso de que la defensa reclame que el fiscal ha incumplido el acuerdo de cooperación eficaz (art. 228 sexies) o cuando, no habiendo acuerdo, la defensa acredite que el imputado ha cooperado eficazmente, debiendo en este caso el tribunal reconocer la CES y darle efecto en la determinación de la pena.⁴⁶

Por su parte, el requisito del inciso 7° del art. 228 bis es una copia de la regla prevista previamente en el inciso final del artículo 260 quáter, que limita la procedencia de la cooperación eficaz para las altas autoridades públicas, atendido que estas suelen actuar como cabecillas de la red que integran, por lo que, de no existir esta regla, podrían estos evadir su responsabilidad inculcando a otros funcionarios de menor rango. El que el cumplimiento de este requisito esté exento en principio de control judicial es un defecto legislativo difícil de explicar, por lo que parece previsible que la jurisprudencia busque argumentos para paliarlo.

El requisito del inciso 2° es que la CES solo procede en investigaciones por los delitos allí listados, que se pueden visualizar en la tabla del acápite anterior. Este requisito si está sujeto

⁴⁶

Esta situación se examina en detalle más abajo, al tratarse el art. 228 septies.

a control judicial directo, por lo que el TOP podrá rechazar un acuerdo de CES entre el fiscal y el defensor si este recae, por ejemplo, sobre un delito de robo en lugar habitado cometido por autor único.⁴⁷ No obstante, si se trata de un imputado al cual se imputa tanto un robo como la membresía en una asociación delictiva o criminal, entonces si es procedente la CES, siendo posible rebajar la pena a ambos delitos, y/o bien ofrecer salidas alternativas o anticipadas respecto de uno o más hechos investigados.⁴⁸

Con todo, no debe olvidarse que la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido que, por tratarse de una circunstancia que permite determinar la pena en concreto, la cooperación eficaz siempre queda a criterio del tribunal de fondo, ya sea para reconocer una cooperación eficaz no reconocida o negada por el Ministerio Público, o para denegar una cooperación eficaz alegada por la defensa y reconocida por el Ministerio Público en su acusación. A partir de lo expuesto, a pesar de la clara norma del artículo 228 bis inciso cuarto, y de que el artículo 228 septies habla de que el tribunal puede “**reconocer** la cooperación eficaz del condenado en la sentencia, aun cuando ella no sea invocada por el fiscal”, no es descartable que la jurisprudencia procure mantener la tesis de que todos los requisitos de cualquier cooperación eficaz quedan sujetos a la verificación del tribunal de fondo y deben acreditarse en un juicio oral.

No obstante, cabe insistir en que dicha situación (que el tribunal llamado a resolver desconozca el acuerdo de cooperación eficaz cumpliéndose los requisitos) no debiera ocurrir, ya que la ley impide al tribunal realizar una evaluación de mérito. De allí el sentido de la regla de excepción del 228 septies, en que, a falta de acuerdo, pero cumplidos los requisitos, sí se puede reconocer la cooperación. Si la regla fuese que el tribunal siempre puede valorar la cooperación, la regulación de la institución no tendría ningún sentido.

ii) Formas de reconocimiento de la CES

La CES puede ser establecida por tres vías:

- acuerdo de cooperación entre el fiscal y el cooperador y/o su defensor (sus efectos se reglan en los art. 228 ter y sexies);
- invocación por el fiscal en la acusación, sin existencia de acuerdo previo (posiblemente se dé cuando imputado coopere una vez cerrada la investigación o poco

⁴⁷ Ver art. 228 bis inc. 4° arriba transcrito.

⁴⁸ Así se desprende de la historia de la ley. Ante la solicitud de la DPP de ampliar la CES a los delitos contra la propiedad, el representante del MP argumentó que “No hay que olvidar que el inciso segundo del artículo 228 Bis da cuenta, además, de que se permite la cooperación eficaz en todos los casos en que se investiga asociación delictiva y asociación criminal... La preocupación de la Defensoría es legítima (incorporar los delitos contra la propiedad o la salud pública) pero en una primera fase tendería a considerar que los casos relevantes serán relativos a casos de asociación delictiva o de asociación criminal, por ejemplo, bandas que se dedican a delitos contra la propiedad, robos con intimidación, la denominada “encerrona”.” (Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados en Segundo Trámite Constitucional, p. 148).

antes del cierre, y no haya habido tiempo para materializar un acuerdo por escrito);⁴⁹
y

- reconocimiento por el juez, pese a no haber sido invocada por el fiscal, por cumplirse los requisitos de procedencia.⁵⁰

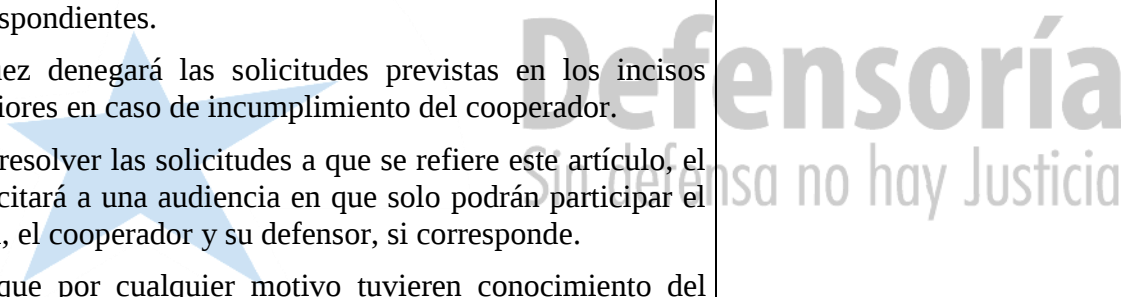
En el apartado siguiente se comparan las dos principales formas de reconocimiento de la CES, esto es, las diferencias entre el acuerdo y el reconocimiento judicial.

V.3 Comparación entre las formas de reconocimiento de la CES: Acuerdo y reconocimiento judicial

Normas que regulan acuerdo CES	Normas que regulan reconocimiento judicial de CES
Artículo 228 ter. Acuerdos de cooperación. El fiscal podrá acordar con el cooperador los términos en que se prestará la cooperación, y podrá disponer una o más de las siguientes medidas: a) El otorgamiento de una rebaja de la pena aplicable al hecho. Se podrá acordar la concesión de una rebaja de la pena aplicable en uno o dos grados. Si se trata de delitos que la ley califica como económicos, se podrá acordar la concesión de una atenuante muy calificada de la ley N° 21.595, de delitos económicos, y la rebaja adicional de un grado de la pena aplicable. b) La adopción de medidas de protección, incluyendo aquellas que se encuentran establecidas en el Párrafo 3° bis del Título I del Libro II. c) La prohibición del uso de la información entregada en virtud de la cooperación en todo procedimiento penal que pueda seguirse en su contra. En ningún caso podrá ser admisible como medio de prueba, cualquiera sea el soporte en que ella conste. d) El ejercicio de facultades procesales o formas de término anticipado que procedan de conformidad con la ley. El acuerdo de cooperación establecerá las condiciones o el contenido básico que ha de cumplir la información entregada y las obligaciones que contrae tanto el cooperador como el fiscal. Cuando una de las obligaciones que contrae el	Artículo 228 septies. Reconocimiento de la cooperación eficaz por el tribunal. El tribunal podrá reconocer la cooperación eficaz del condenado en la sentencia, aun cuando ella no sea invocada por el fiscal, si durante el juicio queda acreditado que el acusado cooperó con la investigación en los términos definidos en el artículo 228 bis. En este caso el tribunal sólo podrá reducir la pena en un grado. Si se trata de delitos calificados como económicos, el tribunal podrá otorgarle a la cooperación eficaz el efecto de una atenuante de conformidad con el artículo 13 de la ley N° 21.595.”.

⁴⁹ Véase el art. 228 bis inc. 5°: “En todo caso, el fiscal podrá solicitar siempre, sin necesidad de un acuerdo, el reconocimiento de la cooperación eficaz del imputado en aquellos casos en que se cumplan los requisitos establecidos en este artículo”.

⁵⁰ Los efectos de esta hipótesis se reglan en el art. 228 bis septies.

cooperador consista en declarar en juicio, no procederá a su respecto lo previsto en el artículo 305, salvo que se acredite incumplimiento del acuerdo. Artículo 228 sexies. Efectos del acuerdo de cooperación. El cooperador podrá exigir al juez de garantía o al tribunal de juicio oral en lo penal, según corresponda, el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acuerdo de cooperación que hubiesen sido incumplidas por el fiscal. En caso de que se verifique el incumplimiento de las medidas contempladas en las letras a), b) y c) del artículo 228 ter, o las previstas en los artículos 228 quáter y 228 quinquies, el tribunal las decretará por resolución fundada. En caso de que se verifique el incumplimiento de las medidas de la letra d) del artículo 228 ter, el tribunal otorgará el plazo de hasta diez días para que el fiscal cumpla con la obligación contraída. Transcurrido el plazo sin que el fiscal haya cumplido con la obligación, el tribunal decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, e informará de ello al Fiscal Regional para que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes. El juez denegará las solicitudes previstas en los incisos anteriores en caso de incumplimiento del cooperador. Para resolver las solicitudes a que se refiere este artículo, el juez citará a una audiencia en que solo podrán participar el fiscal, el cooperador y su defensor, si corresponde. Los que por cualquier motivo tuvieren conocimiento del acuerdo de cooperación, estarán obligados a guardar secreto respecto de él. La infracción a esta prohibición será sancionada con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.	
---	---

Una de las principales diferencias entre el nuevo estatuto de cooperación eficaz de los art. 228 bis y ss. CPP con los estatutos previamente vigentes, es que disminuye el control judicial sobre la procedencia y efectos de la cooperación eficaz. Ello por dos vías: i) los efectos de la cooperación son normalmente determinados por las partes (fiscal y cooperador) en el acuerdo, pudiendo el juez intervenir en principio solo para hacer efectivo lo acordado, en caso de incumplimiento del fiscal; y ii) el acuerdo es más conveniente (tiene efectos más beneficiosos) para el cooperador que el reconocimiento de la CES por resolución judicial en caso de ausencia de acuerdo, lo que transformará previsiblemente al acuerdo en la principal vía de CES.

La idea es que estas reglas funcionen aproximadamente de la siguiente manera. Cumpliéndose los requisitos del art. 228 bis, tratándose de un imputado que podría proporcionar información útil en los términos referidos en dicha norma, el fiscal le ofrecerá

un acuerdo escrito de cooperación eficaz al inicio de la investigación desformalizada. Este acuerdo es un contrato bilateral, que genera, por ende, obligaciones para ambas partes, que deben cumplirse eventualmente en distintas etapas del proceso. Así, por ejemplo, en caso de contemplar el acuerdo el otorgamiento de medidas de protección conforme a la letra b del art. 228 ter, probablemente estas deban adoptarse inmediatamente una vez firmado el acuerdo, para ser efectivas. Si se acuerda, en cambio, una rebaja de la pena aplicable a un hecho en uno o dos grados (art. 228 ter letra a) el fiscal deberá invocar la rebaja que procede por la CES, dependiendo del caso, sea en el escrito de acusación o requerimiento, o al formular o modificar verbalmente la acusación o requerimiento (si se optara por un procedimiento abreviado o el imputado admitiera responsabilidad por los hechos del requerimiento). Por su parte, si antes de firmarse el acuerdo el fiscal corrobora que la información proporcionada por el imputado cumple con los requisitos del art. 228 bis, debe dejarse constancia de ello en el acuerdo (sin perjuicio de que pueda faltar que el cooperador cumpla algunas obligaciones, como la declaración en juicio). Asimismo, en caso de que el imputado ya tenga designado un defensor, este debe instar para que el acuerdo precise el momento en que deben cumplirse ciertas obligaciones del fiscal. Por ejemplo, si el fiscal se compromete a ofrecer una suspensión condicional en conformidad al art. 228 ter letra d, debe precisarse el plazo o condición que obliga al fiscal a solicitar la audiencia respectiva, a fin de evitar que el proceso penal contra el cooperador se alargue innecesariamente.

El art. 228 sexies CPP regula cómo puede el cooperador recurrir al juez de garantía para ejecutar el acuerdo, en caso de incumplimiento del fiscal (inciso 1°), que decidirá al respecto en una audiencia a las que estarán citadas solo las partes del acuerdo de CES (inc. 5°). En dicha audiencia, el juez denegará la ejecución del acuerdo si considera que el cooperador también ha incumplido sus obligaciones (obviamente debe tratarse de obligaciones que ya debieran haber sido cumplidas en ese momento). Ahora bien, la forma de hacer exigible el acuerdo es diferente en el caso de las medidas de las letras a, b y c del art. 228 ter que en el caso de las medidas de la letra d de la misma norma. En el primer caso (por ejemplo, el fiscal no invoca en la acusación una pena inferior en dos grados conforme a lo acordado, o no ha adoptado medidas de protección eficaces conforme a lo previsto, o bien usó la información proporcionada por el cooperador para abrir una nueva causa en su contra), el juez puede directamente decretar las medidas que el fiscal debió tomar (por ejemplo, rebajando la pena en dos grados por la cooperación eficaz en el procedimiento abreviado). En el caso de las medidas de la letra d, en cambio (por ejemplo, el fiscal se comprometió a ejercer el principio de oportunidad o suspender condicionalmente y no lo hizo), el juez dará un plazo de 10 días al fiscal para cumplir lo acordado, sobreseyendo definitivamente la causa en caso de incumplimiento transcurrido dicho plazo.

Corresponde ahora examinar brevemente por qué es más favorable para el cooperador llegar a un acuerdo de CES con el fiscal en lugar de buscar el reconocimiento de la CES por resolución judicial. La CES vía resolución judicial solo operará en aquellos casos en que, pese a la inexistencia de acuerdo de cooperación eficaz, el tribunal tiene por acreditado que el imputado cooperó en los términos del art. 228 bis. Esta situación se dará, entre otras hipótesis, si el imputado coopera después de formulada la acusación (suministrando, por ejemplo, en su declaración en juicio, información que ayuda a prevenir otros delitos) o si cooperó en etapas previas, cuando, por la razón que sea, no se logró materializar un acuerdo con el fiscal y este tampoco quiso reconocer la CES en la acusación. En concreto, las ventajas del acuerdo de CES en comparación con su reconocimiento judicial son las siguientes:

- La primera, y más evidente, es que una CES vía acuerdo permite una mayor rebaja de la pena aplicable al hecho (hasta dos grados o, en caso de la ley de delitos económicos, reconocimiento de una atenuante muy calificada más rebaja adicional de un grado), en comparación con la CES vía resolución judicial (en este caso, conforme al art. 228 septies inc. 2°, el tribunal solo puede reducir la pena en un grado o, en el caso de la ley de delitos económicos, reconocer una atenuante regular del art. 13 de la ley 21.595). Todavía más, el acuerdo permite la aplicación de salidas alternativas o anticipadas que procedan conforme a la prognosis de pena con la rebaja que permite la CES.
- Otra ventaja importante es que el acuerdo puede conferir mayor protección al cooperador: no solo porque pueden decretarse expresamente medidas de protección en su favor (algunas están previstas expresamente en otras normas, como el art. 226 J inc. 1° CPP), sino que además porque el contenido del acuerdo de cooperación es secreto frente a quienes no sean parte del mismo, salvo en lo que sea necesario para asegurar su cumplimiento (art. 228 sexies inc. final). Así, si el cooperador opta por incumplir el acuerdo (por ejemplo, considera que fue forzado por el fiscal a tomarlo y prefiere no declarar en juicio porque el beneficio ofrecido a cambio es exiguo), el fiscal no puede revelar al tribunal del juicio la existencia o contenido de ese acuerdo, de modo análogo (e incluso con mayor razón) a lo que sucede con las salidas alternativas (art. 246 inc. 3° CPP). En cambio, en caso de reconocimiento vía resolución judicial, el defensor tendrá que acreditar en audiencia en qué consistió la cooperación y por qué fue eficaz, con los peligros evidentes que ello puede traer para el cooperador.
- Una ventaja adicional es que el acuerdo da más seguridad jurídica al cooperador. En efecto, este puede conocer de antemano el efecto de su cooperación, no pudiendo el tribunal rechazar la rebaja de pena ofrecida por el fiscal, y además el cooperador puede hacer ejecutar el acuerdo por el tribunal en caso de incumplimiento del fiscal. Por el contrario, el imputado no tiene garantías de que el tribunal reconocerá como CES una cooperación cuando no hay acuerdo de por medio.

V.4 Cooperación eficaz calificada de imputados.

La norma que regula la cooperación eficaz calificada de imputados (en adelante, “CECI”), es el art. 228 quáter CPP, cuyo texto se reproduce a continuación:

“Artículo 228 quáter. - Acuerdo de cooperación eficaz calificada. Si se trata de hechos relativos a los delitos señalados en el artículo 228 bis, se entenderá como cooperación eficaz calificada la entrega de información o datos precisos, comprobados y verídicos, que permitan satisfacer uno o más de los siguientes fines:

a) La identificación de líderes, jefes, financistas o fundadores de asociaciones delictivas o criminales. La información deberá permitir presumir fundadamente su intervención en el hecho punible.

b) *La identificación de bienes, flujos de dinero y fuentes de financiación de asociaciones delictivas o criminales, que faciliten su incautación o la práctica de cualquier clase de comiso.*

c) *La identificación del lugar donde se encuentra la víctima de un delito de secuestro, de sustracción de menores, de trata de personas, o el cuerpo de una víctima de homicidio.*

La cooperación eficaz calificada podrá ser establecida sólo en virtud de un acuerdo de cooperación. En estos casos el fiscal, previa autorización del Fiscal Regional, podrá acordar con el cooperador el sobreseimiento definitivo o la rebaja de hasta tres grados de la pena, según la entidad y relevancia de la información entregada, y si ésta cumple con los fines de uno o más de los literales del inciso anterior.

La cooperación eficaz calificada procederá respecto de imputados en la misma investigación o, incluso, de imputados que se encuentren investigados por otros delitos. En este último caso, el colaborador tendrá la calidad de testigo. Si el autor estuvo involucrado en los hechos que colabora a esclarecer, su cooperación eficaz debe extenderse más allá de su propia contribución al delito.

El acuerdo de cooperación eficaz podrá incluir, además, el otorgamiento de una medida de protección al cooperador, en los términos de la letra b) del artículo 228 ter.”

A fin de facilitar la comprensión para el lector, se tratará la CECI en función de sus coincidencias y diferencias con la CES:

i) La CECI tiene las siguientes coincidencias con la CES:

- es procedente en investigaciones por los mismos tipos penales (art. 228 quáter inc. 1°);
- si el autor estuvo involucrado en los hechos que colabora a esclarecer, también exige que su cooperación se extienda más allá de su propia contribución al delito (art. 228 quáter inc. 3°);
- es aplicable la limitación establecida en el inciso 7° del art. 228 bis, que restringe la procedencia de la cooperación eficaz para ciertas autoridades, ya que el inciso en cuestión se refiere a “*lo previsto en este párrafo*”;
- en principio, el estándar de los datos o informaciones a suministrar (deben ser precisas, verídicas y comprobables) es el mismo;
- en ambos estatutos el acuerdo puede contemplar el otorgamiento de medidas de protección al cooperador (art. 228 quáter inc. final).

ii) La CECI tiene las siguientes diferencias con la CES:

- los fines alternativos para los cuáles debe servir la información proporcionada por el cooperador serían más estrictos o precisos. Así, ya no basta proveer información que permita identificar a los responsables, sino que esta debe llevar a la “identificación de líderes, jefes, financistas o fundadores de asociaciones delictivas o criminales”, permitiendo presumir fundadamente su intervención en el hecho punible (art. 228 quáter letra a). De modo similar, no bastaría con suministrar información que facilite un comiso, sino que esta debe ser precisa que “deben identificarse bienes, flujos de dinero y fuentes de financiación de asociaciones delictivas o criminales, que faciliten

su incautación o la práctica de cualquier clase de comiso” (art. 228 quáter letra b: acá la frontera entre CES y CECI es difusa). La última hipótesis (letra c del art. 228 quáter) tiene contornos más claros.

- La única forma de reconocimiento de la CECI es vía acuerdo (art. 228 quáter inc. 2), excluyéndose su reconocimiento por resolución judicial en caso de ausencia de acuerdo. Ello no impide, obviamente, que en caso de que el fiscal incumpla el acuerdo de CECI, el juez, de conformidad al art. 228 sexies inc. 2º, decrete su cumplimiento por resolución fundada. También podría estimar el juez – en caso de ausencia de acuerdo de CECI – que la cooperación prestada por el imputado configura una CES.
- La CECI tiene efectos más amplios que la CES, pudiendo en este caso acordarse incluso el sobreseimiento definitivo o una rebaja de pena de hasta tres grados para el cooperador.
- La CECI requiere aprobación del Fiscal Regional.

V.5 Cooperación eficaz calificada de condenados.

La norma que regula la cooperación eficaz calificada de condenados (en adelante, “CECC”), es el art. 228 quinquies CPP, cuyo texto se reproduce a continuación:

“Artículo 228 quinquies. - Cooperación eficaz calificada de un condenado. Si se trata de investigaciones por los delitos señalados en el artículo 228 bis, el fiscal, previa aprobación del Fiscal Regional, podrá acordar con el cooperador solicitar la revisión de la condena por parte del juez de garantía competente, y dispondrá una rebaja de la pena hasta en un tercio, o en uno o dos grados en casos de presidio perpetuo.

El cooperador deberá entregar información o datos precisos, comprobados y verídicos, que permitan satisfacer alguno de los fines de los literales indicados en el artículo anterior.

En estos casos el fiscal deberá otorgar, además, una medida de protección al cooperador, en los términos de la letra b) del artículo 228 ter. Asimismo, el juez podrá adoptar las medidas de protección necesarias.

El juez podrá rechazar la reducción de la condena si la solicitud del fiscal no está suficientemente fundada o no concurren los requisitos establecidos en este artículo.”

En lo medular, el estatuto de la CECC es idéntico al de la CECI, salvo por las siguientes diferencias:

- La primera diferencia son los efectos: en la CECC el fiscal no puede acordar el sobreseimiento definitivo o revertir la condena, sino que solo podrá acordar la revisión de la condena por parte del juez de garantía competente, pudiendo disponerse una rebaja de la pena hasta en un tercio, o en uno o dos grados en casos de presidio perpetuo (inc. 1º). El régimen desmejorado respecto de la CECI se debe a una mayor desconfianza en la información que proviene del ya condenado (evitar cooperaciones falsas) y a evitar socavar la función retributiva de la pena.

- Claramente la norma deja abierto el tema de la aplicación de las penas sustitutivas o del cómputo del tiempo que debe transcurrir para que el condenado pueda optar a beneficios intra penitenciarios o a la libertad condicional. Una interpretación pro imputado debiera señalar que, si la rebaja de pena que el juez de garantía aplica, como consecuencia de esta cooperación eficaz, le permite al condenado arribar a una pena que permita penas sustitutivas, éstas debieran poder concederse. Y que el cómputo del tiempo para optar a beneficios intra penitenciarios o libertad condicional debe regirse por la condena rebajada.
- Como el incentivo arriba señalado parece muy magro para un potencial cooperador que está preso y está cooperando contra una asociación criminal que posiblemente tenga presencia en la cárcel, se intenta compensar esto estableciendo que el otorgamiento de medidas de protección para el cooperador en el acuerdo debe ser obligatorio para el fiscal, pudiendo además el juez decretar medidas adicionales (inc. 3°). La ley no deja en claro cuáles son estas medidas de protección ni tampoco cómo se ejecutarían estas medidas de protección si el condenado debe continuar cumpliendo una pena privativa de libertad.
- Una característica relevante de la CECC es que están sujetas a un control judicial mucho más intenso que la CECI o la CES, pues en la CECC el juez al que se pide la rebaja puede revisar el cumplimiento de cualquiera de los requisitos de procedencia de la cooperación, incluyendo la calidad de la información suministrada (inc. final).



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

V.6 Tabla comparativa de rebajas de pena en los diferentes estatutos de cooperación eficaz

Hipótesis	Marco penal base (antes reglas cooperación)	Reconocimiento CES por resolución judicial (no hay acuerdo)	Acuerdo de CES con rebaja de 2 grados	Acuerdo de CECI con rebaja de 3 grados	Acuerdo de CECC con rebaja de la pena concreta en un tercio
Tráfico de migrantes del artículo 411 quáter inciso primero CP, autor, consumado, con rebaja de un grado por 407 inc. 5°, sin otras modificatorias.	3 años y un día a 5 años	541 días a 3 años	61 días a 540 días	41 días a 60 días	Ejemplo: si fue condenado a 3 años y un día, se rebaja condena a 2 años.
Tráfico de migrantes del artículo 411 quáter inciso primero CP, autor, consumado, sin modificatoria alguna.	5 años y un día a 20 años	3 años y un día a 5 años	541 días a 3 años	61 días a 540 días	Ejemplo: si fue condenado a 6 años, se rebaja condena a 4 años.

VI. Modificaciones a la forma de rendir prueba en juicio

VI.1 Incorporación de regla sobre “testigo o perito hostil”

VI.1.A Texto de la norma y objetivo

La ley introduce un nuevo artículo 330 bis CPP, del siguiente tenor:

“Artículo 330 bis. Testigo hostil. Las partes que hubieren presentado a un testigo o perito podrán ser autorizadas por el tribunal a formular preguntas sugestivas o indicativas, cuando al declarar mantenga una actitud evidentemente hostil para responder las preguntas que se

le formulan. Con todo, deberá darse cumplimiento estricto a lo dispuesto en las letras b) y h) del inciso segundo del artículo 109, cualquiera sea el delito de que se trate.”

Previo a esta reforma legal – sin perjuicio de las prácticas locales en algunos tribunales – las partes, en conformidad a lo previsto en el art. 330 inc. 1° CPP, solo podían hacer preguntas sugestivas a testigos o peritos de otras partes (en el contrainterrogatorio) y nunca a testigos o peritos propios en el interrogatorio directo. La nueva norma no altera esta regla general, sino que se limita a reglar la hipótesis excepcional en que un testigo o perito se vuelve – atención al estándar – “evidentemente hostil” a la parte que lo ofreció. En este caso excepcional, dicha parte puede hacer preguntas sugestivas al testigo declarado hostil por el tribunal en el interrogatorio directo. El objetivo de la norma es dar una herramienta a las partes para poder extraer información de testigos que (por lo general, inesperadamente), manifiestan enemistad con su posición en el juicio. Un ejemplo claro, podría ser un individuo que ha firmado un acuerdo de cooperación eficaz con la fiscalía que incluye la obligación de declarar en juicio, y llegado el momento, es reacio a hacerlo en algunos puntos, sea por temor o lealtad con una asociación criminal.

VI.1.B Requisitos de procedencia

Los requisitos de procedencia de la norma son los siguientes:

- Estándar: Testigo o perito debe ser “evidentemente hostil”. Durante la tramitación legislativa, se reemplazó el vocablo “reticente” por “hostil” en el texto de la norma, a fin de recalcar que la aplicación de esta norma es excepcionalísima. En efecto, la RAE define hostil como “contrario, enemigo, adverso, desfavorable, rival, adversario”. No se trata aquí de alguien que solo olvida, es poco claro o se contradice (casos en que aplica el art. 332 CPP o eventualmente 329 inc. 4° CPP), sino de un individuo que claramente quiere perjudicar a la parte que lo ofreció. Un ejemplo claro en este sentido puede ser un policía que ha trabajado en la investigación de la causa, cuando es presentado como testigo por la defensa.
- Autorización judicial: por tratarse de una excepción a la regla general, a diferencia de lo que sucede en el contrainterrogatorio, en este caso la parte que ofreció el testigo hostil debe solicitar al tribunal que la autorice a realizar preguntas sugestivas. Para tomar su decisión, el tribunal considerará el estándar elevado que al respecto exige la ley.
- Oportunidad: el testigo o perito debe haber comenzado su declaración, mostrando su hostilidad “al declarar”. No podría una de las partes, por tanto, pedir al tribunal que declare hostil a un testigo antes de que este haya siquiera comenzado a declarar, basándose en hechos ocurridos antes del juicio.
- No puede considerarse hostil a la víctima que es reacia en su declaración porque esta no quiere ser estigmatizada o sufrir revictimización: la última parte de la norma expresamente establece la preeminencia de los derechos de las víctimas consagrados

en las letras b) y h) del inciso segundo del artículo 109,⁵¹ durante el interrogatorio directo, por sobre el uso de la norma de testigo hostil (“*Con todo, deberá darse cumplimiento estricto a ...*”). Esta norma, que además hace aplicable dichos derechos a las víctimas de cualquier clase de delitos, es un refuerzo a los derechos de la víctima en el juicio ya previstos en otras normas (por ejemplo, el art. 330 inc. 2° CPP⁵² así como algunas disposiciones de la ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género⁵³), y se debe a la preocupación por evitar la instrumentalización de víctimas renuentes para el logro de objetivos procesales.

- Por último, que el testigo o perito sea declarado hostil no autoriza a que sea tratado hostilmente por los intervinientes.

VI.1.C Otros consejos prácticos para la defensa:

- Hostilidad es fraccionable: Especialmente en juicios largos y complejos con varios coimputados y hechos, es imaginable que la hostilidad del testigo o perito se refiera solo a ciertos puntos o temas de la declaración. Por tratarse de una regla excepcional, el tribunal no debiera declarar hostil al testigo respecto de toda su declaración, sino que solo respecto de los puntos en que este vaya exhibiendo una hostilidad evidente.
- Precaución con el fraude de etiquetas: esta norma trae consigo el peligro de que un testigo o perito, previo acuerdo con la parte que lo presenta, simule de mala fe “hostilidad”. La contraparte debe estar atenta a cualquier señal de esto, para evitar un interrogatorio directo con preguntas sugestivas forzado artificialmente.

⁵¹ Las letras referidas del art. 109 inc. 2° establecen los siguientes derechos de la víctima:
“b) No ser enjuiciada, estigmatizada, discriminada ni cuestionada por su relato, conductas o estilo de vida;
h) Que se adopten medidas para prevenir la victimización secundaria, esto es, evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir con ocasión de su interacción en el proceso penal. Con dicha finalidad, la denuncia debe ser recibida en condiciones que garanticen el respeto por su seguridad, privacidad y dignidad. La negativa o renuencia a recibir la denuncia se considerará una infracción grave al principio de probidad administrativa”.

⁵² Conforme al art. 330 inc. 2° CPP, “En relación a la víctima, no se podrán realizar interrogaciones ni contrainterrogatorios que humillen, causen sufrimiento, intimiden o lesionen su dignidad”.

⁵³ Véase, a modo de ejemplo, el art. 51, regla N°3, de la citada ley: “Las mujeres víctimas de violencia sexual tienen derecho a que se reserve en todo momento su intimidad y privacidad, a que se mantenga respecto de terceros ajenos al procedimiento la confidencialidad sobre su nombre, residencia, domicilio, teléfono, lugar de trabajo o estudio, entre otros, incluyendo la de su familia y personas significativas. Esta protección es irrenunciable para las víctimas menores de 18 años de edad”.

VI.2 Incorporación de documentos al juicio oral

Artículo 333.- Lectura o exhibición de documentos, objetos y otros medios. Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Los objetos que constituyeren evidencia deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes. Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. El tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Todos estos medios podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconocieren o se refirieren a su conocimiento de ellos.	27) Incorpórase, en el artículo 333, el siguiente inciso segundo, nuevo: “Con todo, si no hubiere controversia sobre el origen y veracidad del documento que se quiere incorporar como evidencia, será suficiente para este propósito la singularización de dicho documento, debiéndose entregar copia del mismo al tribunal. La parte que acompañe el documento deberá señalar, al momento de acompañarlo, qué parte de él solicita que sea apreciada por el tribunal, sin perjuicio de la facultad de éste de valorar la prueba.”.
--	--

VI.2.A Observaciones generales

a. La modificación legal pretendía simplificar y agilizar la incorporación de la prueba documental en los casos complejos o de masiva incorporación de prueba documental.⁵⁴ Sin perjuicio de ello se estableció, finalmente, como una norma de carácter general.

⁵⁴

Como ocurre hoy en día en numerosas causas por delitos económicos.

b. La regla legal no modifica las normas y procedimiento sobre ofrecimiento y admisibilidad de la prueba documental en la audiencia de preparación de juicio oral.

c. La modificación legal es aplicable exclusivamente a la prueba documental propiamente tal, por lo que no debe ser extendida a otros medios de prueba, en particular a la prueba pericial, cuyo ofrecimiento, admisibilidad probatoria y producción en juicio se encuentra reglada de manera diferente en los artículos 314, 316 y 329 del CPP, que suponen por regla general la comparecencia del perito a deponer verbalmente en la audiencia de juicio oral.

d. La aplicación del nuevo inciso segundo del artículo 333 es de carácter excepcional, y solo será procedente en cuanto se cumplan los supuestos que establece la norma, esto es, que **no exista controversia entre las partes sobre el origen y veracidad del documento** que se quiere incorporar como evidencia documental al juicio oral.

e. La nueva norma debe compatibilizarse en su aplicación con las normas probatorias generales que rigen el juicio oral y con la disposición del inciso primero del artículo 333 del CPP.

Ello significa, en primer lugar, que deben tenerse a la vista las reglas generales de incorporación o producción de la prueba del juicio oral, que suponen el respeto y cumplimiento de los principios más relevantes que informan el juicio oral, como son el principio de oralidad, inmediación, publicidad y contradictoriedad de la prueba, que presuponen que el adjudicador conoce de manera directa la producción probatoria y la información (proposiciones fácticas) que la misma provee en la audiencia de juicio oral y no de manera privada fuera de la audiencia.

La oralidad, como principio central del juicio oral, consagrada en el artículo 291 del CPP, impone que los documentos, como expresa el inciso primero del artículo 333, deban ser incorporados al juicio mediante su exhibición y lectura, sea total, parcial o resumida. No corresponde “acompañar” los documentos al juicio, esto es, presentarlos al tribunal para su posterior lectura privada.

El respeto al principio de inmediación del juez (artículo 284 del CPP), respecto de la actividad probatoria de las partes en el juicio oral, se manifiesta en dos cuestiones: una de carácter formal, expresada en que los integrantes del tribunal de juicio deben observar de manera directa la producción o actuación probatoria durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral; y otra, de carácter material, que impone al adjudicador que las bases de su decisión se adquieran de la prueba efectivamente producida en la audiencia de juicio de conformidad a las reglas y principios del mismo (artículo 340 inc. 2° CPP).

Queda vedado al juez, por tanto, adquirir o formar convicción a través de manifestaciones que expresen un conocimiento adquirido de manera privada fuera del escenario del juicio oral, en el caso que nos ocupa, por la lectura directa y privada que el juez hiciera de un documento una vez concluido el juicio oral.

La publicidad de la audiencia (artículo 289 CPP), satisface entre otros intereses, el posibilitar efectivamente el ejercicio del derecho a defensa efectiva, y el permitir el control ciudadano respecto de la actuación de los actores públicos que intervienen en el proceso penal. Es de tal relevancia que su vulneración constituye un motivo absoluto de interposición de un recurso de nulidad. (art. 374 letra d CPP)

En segundo lugar, como se ha dicho por la doctrina, la “**centralidad del juicio oral**” depende del grado de rigurosidad con el que se plantee la exigencia de producción íntegra de la prueba durante el desarrollo del juicio oral y ante los integrantes del tribunal.⁵⁵

El artículo 295 CPP, exige que la prueba sea producida o incorporada al juicio oral de conformidad a la ley, esto es, cumpliendo las reglas y principios que informan el juicio oral, como escenario de la producción probatoria. Por su parte, el art. 296 CPP señala que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia de juicio oral. Finalmente, el artículo 340 del CPP, en su inciso segundo, señala perentoriamente que la convicción del tribunal se formará sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

En tercer lugar, debe tenerse en consideración que la regla general en este ámbito es la del art. 333 inc. 1°, esto es, que los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen; que el tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, su lectura parcial o resumida, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido y que estos documentos podrán ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconocieren o se refirieren a su conocimiento de ellos.

No cabe “acompañar” los documentos y ponerlos a disposición del tribunal. Tal actuación vulneraría los principios de oralidad, inmediación y contradicción del juicio oral. Lo que ingresa al debate es el contenido ideológico del documento, no su materialidad.⁵⁶

f. Aceptar por parte de la defensa la incorporación de un documento conforme al inciso segundo el artículo 333, supone eventualmente deteriorar el derecho a confrontar la prueba de cargo y con ello el principio de contradicción, pues el documento será conocido por el tribunal y no será necesario a su respecto el que se incorpore a través de un declarante, que deba autenticarlo y darle sentido probatorio a través de su testimonio. Los mayores riesgos de confusión o suplantación en materia probatoria se dan entre la prueba testimonial y pericial precisamente con la prueba documental.

VI.2.B Consejos prácticos para el defensor

a. En caso de que exista una posible controversia sobre el origen o veracidad del documento, el defensor debiera oponerse a su incorporación conforme a esta regla excepcional, debiendo solicitar que la introducción en juicio se haga conforme a la regla general del inciso primero del artículo 333.

A propósito de la aplicación del inc. 1°, se recomienda, visualizar y promover la posibilidad de hacer una lectura parcial o resumida de los documentos admitidos, indicando las partes de este que a juicio de la defensa deben ser leídas en la audiencia de juicio para permitir una mejor y más completa comprensión del contenido de este por el tribunal.

⁵⁵ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián; Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año 2004, P. 232

⁵⁶ Ibídem; p.306

La exigencia de una lectura íntegra del documento, más allá de lo señalado expresamente por la norma, que pareciera habilitar esa hipótesis por la sola oposición de la defensa, debiera racionalizarse explicitando ante el tribunal los motivos fundantes de tal petición.

b. Analizar el contenido de los documentos previo a comparecer a la audiencia de preparación de juicio oral, a fin de ponderar, en caso de no visualizar una controversia sobre la autenticidad y veracidad del documento, la posibilidad de celebrar convenciones probatorias sobre las proposiciones fácticas contenidas en el documento, que den cuenta de información pertinente y relevante para su teoría del caso.

Lo anterior es mejor a que el tribunal permita la incorporación de un documento bajo la nueva regla, pudiendo entender que esta lo habilita para informarse y conocer del contenido íntegro del documento, más allá de la porción de este especificada por la contraparte al incorporar el documento en juicio, cuestión que no solo vulneraría las reglas y principios del juicio oral, sino que podría perjudicar la teoría del caso.

c.- De existir controversia sobre la veracidad, autenticidad o integridad del documento, la defensa no sólo debe oponerse a su incorporación conforme a la regla modificada, sino que está habilitada para formular una legítima incidencia de prueba sobre prueba de conformidad al artículo 336 inciso segundo.

d.- En aquellos casos en que se dicte una sentencia condenatoria, en que un elemento central de la convicción del tribunal estuviere constituido por lo expresado en un documento producido probatoriamente en juicio oral conforme al inciso segundo del artículo 333, deberá visualizarse si ese contenido es consistente con la parte del documento que el litigante solicitó expresamente que fuera valorada por el tribunal. De no ocurrir aquello deberá explorarse la posibilidad de interponer un recurso de nulidad.

VII. Reformalización y reapertura de la investigación

Párrafo 5º Formalización de la investigación	Introdúcese, a continuación del artículo 229, el siguiente artículo 229 bis:
Artículo 229.- Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.	“Artículo 229 bis. - Reformalización. Después de formalizada la investigación y hasta antes del vencimiento del plazo para el cierre de ésta, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima para reformatizar la investigación, modificando, complementando o precisando los hechos y delitos que la integran.”.

Artículo 257. Reapertura de la investigación. Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren	22) Reemplázase el inciso segundo del artículo 257 por los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos:
---	---

formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado. Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo. El juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios. Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello si se hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248.	“El imputado o el querellante podrán solicitar la reapertura de la investigación con el único objeto de pedir la realización de diligencias precisas cuya necesidad de cumplimiento hubiere surgido a raíz de la reformatización de la investigación realizada por el Ministerio Público. Si el juez de garantía acogiere la solicitud a que se refieren los incisos anteriores, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. El fiscal, el imputado o el querellante, según corresponda, podrán solicitar ampliación del mismo plazo por una sola vez.”.
---	--

Esta reforma fue fruto de la gran insistencia del Ministerio Público, siendo uno de los puntos más debatidos en la tramitación, por lo que fue decidido en la Comisión Mixta. Esta rechazó, a instancias de la DPP, la redacción de la norma aprobada previamente por la Cámara en Segundo Trámite, la cual permitía al Ministerio Público “*sustituir*” los hechos y delitos que la integran “*las veces que resulte necesario*”, por estimarse que una sustitución de los hechos atentaba contra la garantía del imputado de conocer los hechos por los cuales es investigado y, por ende, el derecho a defensa.

Como consecuencia de lo anterior, la fórmula acordada fue la de que se pueden “*modificar, complementar o precisar los hechos y delitos que integran la formalización*”.

En este sentido, no existe mayor novedad en cuanto a la complementación o precisión de los hechos de la formalización, ya que esta cuestión ha sido materia de reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema. En un fallo reciente, la Corte ha reiterado que:

“Que, como lo ha sostenido previamente esta Corte Suprema, la actuación procesal del ente persecutor denominada como “reformalización”, corresponde a una institución que no se encuentra expresamente consagrada en el Código Procesal Penal, la que, por ende, resulta ajena al ordenamiento jurídico nacional —pese a ser efectivo que la misma es comúnmente utilizada y aceptada en la práctica judicial—, por lo que mal puede tener la aptitud de restringir o afectar las garantías fundamentales de los imputados respecto de quienes se pretenda llevar a cabo.

Que, en este entendido es dable consignar, que la referida actuación sólo será procedente en la medida que tal comunicación no altere el núcleo sustancial de los cargos que fueron objeto de la imputación, esto es, siempre y cuando el Ministerio Público no incorpore hechos nuevos a la misma, debiendo únicamente limitarse a precisar aquellos que fueron objeto de la primitiva formalización, en la especie se incorporó un nuevo hecho, consistente en la imputación de dos delitos de la Ley 18.290, de Tránsito. Lo anterior no puede entenderse como una precisión, sino que corresponde a nuevas imputaciones por hechos diversos.

Que, lo anterior no obsta a que el Ministerio Público, en función de sus atribuciones y facultades legales, decida iniciar una nueva causa por hechos diversos a la formalización primitiva y, posteriormente, opte por reagrupar o separar las investigaciones⁵⁷”.

En consecuencia, a partir de esta modificación deja de ser un argumento favorable a la defensa que *“la actuación procesal del ente persecutor denominada como “reformalización”, corresponde a una institución que no se encuentra expresamente consagrada en el Código Procesal Penal, la que, por ende, resulta ajena al ordenamiento jurídico nacional”*, ya que pasa a estar contemplada por nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, ello no debiera significar que la Fiscalía puede modificar completamente los hechos formalizados. En efecto, conforme a la Real Academia de la Lengua, el concepto de *“modificar”*, en su primera acepción es *“transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características”*, y esta primera acepción admite como sinónimos los vocablos *“cambiar, variar, transformar, mudar, mutar, alterar, rectificar, reformar, innovar, corregir y enmendar”*.

En su tercera acepción, *“modificar”* significa *“determinar, restringir o complementar un segmento lingüístico”*.

Y en su quinta acepción, *“modificar”* significa *“reducir algo a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia⁵⁸”*

Por el contrario, la misma R.A.E. define *“sustituir”*, opción rechazada por el Congreso, como *“poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”*, agregando como sinónimos del término los vocablos *“reemplazar, relevar, suceder, suplir, cambiar, permutar, renovar⁵⁹”*.

⁵⁷ Corte Suprema; Rol 16.684-2024. En el mismo sentido, roles 50.850-2023, 87.799-2023, 133.131-2023, 18.278-2024, entre otros

⁵⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; en <https://dle.rae.es/modificar?m=form>, visitada por última vez el 24 de junio de 2024

⁵⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; en <https://dle.rae.es/sustituir?m=form>, visitada por última vez el 24 de junio de 2024

Como se ve, la modificación de los hechos o los delitos reformatizados no puede permitir una sustitución total de los hechos originales. La modificación implica, de suyo, la conservación, del *“núcleo sustancial de los cargos”* – para utilizar los términos de la Corte Suprema – razón por la cual, un defensor penal público, enfrentado a una audiencia de reformatización debería velar porque se cumpla con esta limitación y, en caso de que ello no ocurra, deducir incidente de nulidad procesal.

En la misma línea, la eliminación de la frase que permitía al fiscal reformatizar *“las veces que resulte necesario”*, y su reemplazo por la redacción finalmente aprobada en la Comisión Mixta, recalca que se trata de un mecanismo excepcional, no pudiendo el fiscal abusar del mismo reformatizando en varias ocasiones para entorpecer la defensa.

La mayor discusión sobre el tema de la reformatización, aparte de la eliminación del vocablo *“sustituir”*, estuvo dada por las condiciones y los plazos para reformatizar.

Así, una primera precaución es que la reformatización sólo puede materializarse *“después de formalizada la investigación y antes del vencimiento del plazo para el cierre de ésta”*.

La primera consecuencia es que la norma no distingue entre el plazo judicial y el plazo legal de la investigación, de manera tal que, frente a un plazo judicial fijado, por ejemplo, en la audiencia de formalización, éste es el plazo que tiene la Fiscalía para solicitar la reformatización.

La segunda consecuencia es que la solicitud de reformatización que efectúa el Ministerio Público debe presentarse al tribunal antes del vencimiento del plazo establecido, al igual que en las ocasiones en que la Fiscalía solicita la ampliación del plazo de investigación.

Ahora bien, verificada en tiempo y forma la reformatización, tanto el imputado como el querellante pueden solicitar la reapertura de la investigación *“con el único objeto de pedir la realización de diligencias precisas cuya necesidad de cumplimiento hubiere surgido a raíz de la reformatización de la investigación realizada por el Ministerio Público”*. La creación de esta nueva causal de reapertura tiene por objeto evitar una ganancia procesal de mala fe por parte del fiscal que reformatiza justo antes del cierre de la investigación. Cabe aquí señalar que, si bien la reapertura solo puede solicitarse para pedir diligencias específicas que se hagan necesarias por la reformatización, la defensa siempre puede pedir también – conforme a las normas generales – un plazo vía cautela de garantías para examinar nuevamente los antecedentes investigativos a la luz de la reformatización, especialmente en investigaciones complejas en que la carpeta de investigación fiscal está constituida por innumerables tomos y fojas. En efecto, resulta evidente que una reformatización obliga a los intervinientes a reexaminar con detención los antecedentes de investigación acumulados, siendo ello un paso previo para determinar la necesidad o conveniencia de solicitar nuevas diligencias o llevar a cabo diligencias propias.

El plazo que tienen querellante y defensa para solicitar esta reapertura, dado que la modificación fue introducida en el art. 257 CPP, corre desde el cierre de la investigación y es de diez días.

Dos consideraciones adicionales. La primera es que, a diferencia de la reapertura regulada originalmente en nuestro C.P.P., esta nueva forma de reapertura de la investigación no requiere que las diligencias que se solicitan sean diligencias que debieron formularse al

Ministerio Público durante la investigación y que el fiscal hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.

La segunda consideración es que, dado que la reformatización debe solicitarse antes del vencimiento del plazo de investigación, nunca podrá concretarse una reformatización con el plazo cerrado. La única opción sería que el Fiscal solicite una audiencia de reformatización y, acto seguido (al día siguiente, por ejemplo) declarara cerrada la investigación por resolución propia y la comunicara al tribunal. Pero, en este evento, no podría concretarse la reformatización, ya que esta debe efectuarse “antes del vencimiento del plazo de cierre” de la investigación, y, en este caso, el fiscal cerró la investigación de motu proprio. En consecuencia, no puede materializarse una reformatización con el plazo cerrado.

Sí podría suceder que el fiscal reformatice la investigación y, en la misma audiencia declare cerrada la investigación. Pero para este tipo de casos se prevé precisamente la nueva norma de reapertura.

Importante, finalmente, es tener presente que la modificación al art. 257 inc. implica que ahora no solo el fiscal, sino que también el imputado o el querellante, según corresponda, podrán solicitar ampliación del plazo de reapertura por una vez, y ello en cualquier hipótesis de reapertura, no solo en aquella que se debe a una reformatización.

VIII. Modificaciones en materia de salidas alternativas y anticipadas

VIII.1 Modificación al archivo provisional

Texto previo	Texto modificado
Libro Segundo Procedimiento ordinario Título I Etapas de investigación Párrafo 1º Persecución penal pública Artículo 167.- Archivo provisional. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos. Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.	8) Incorpórase en el artículo 167 el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando el actual inciso tercero a ser nuevo inciso final: “Si el delito tuviere asignada pena de crimen, la forma y el medio en que se comunicará, a la

La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público.	víctima, el fundamento de la decisión y las diligencias de investigación efectivamente practicadas, se regulará en un instructivo general dictado por el Fiscal Nacional.”.
---	--

En segundo y tercer trámite constitucionales se modificó de manera relevante el cómo debía hacerse la comunicación del archivo provisional a las víctimas, indicándose que en caso de crímenes dicha comunicación debía señalar su fundamento y qué diligencias de investigación se habían efectivamente practicado en el caso concreto, lo cual hubiera sido una herramienta de trabajo importante para la futura Defensoría de las Víctimas para solicitar la reapertura del proceso, en su caso. La Comisión Mixta, a instancias del MP, optó por reemplazar esa propuesta por la versión inocua de la misma que se observa arriba, conforme a la cual dicha comunicación se regulará en instrucciones generales. Es de esperar, por ende, que se mantenga la situación actual, en la que se envía a la víctima una carta tipo de que es prácticamente igual en todas las regiones del país y para todo tipo de delitos, que se limita a reproducir textualmente la última parte del inciso primero del art. 167, es decir, “que no es posible desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos”.

VIII.2 Restricción al principio de oportunidad

Texto previo	Texto modificado
Artículo 170.- Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.	9) Intercálase, en el artículo 170, el siguiente inciso segundo, nuevo: “Tampoco procederá el ejercicio de esta facultad respecto del imputado que hubiere sido beneficiado con ella dentro de los dos años anteriores al hecho de que se trate, contados desde la

El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma. Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere. Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal. Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público. Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare. La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.	resolución que lo tuvo por comunicado.”
--	--

La restricción a esta salida anticipada – como tantas otras normas previstas en este proyecto – contradice el objetivo del mismo de “mejorar” la persecución penal, al rigidizarla y hacerla

más ineficaz. La explicación es que, a juicio de algunos parlamentarios, habría imputados que “se benefician” reiteradamente de la aplicación de este mecanismo procesal. La modificación no requiere mayores explicaciones, aparte de marcar el error conceptual que trae consigo (esta salida anticipada no es un “beneficio” para el imputado), y que el plazo de dos años que impide aplicar el principio se cuenta entre la comisión del hecho que se quiere “oportunizar” y la resolución judicial que dicta el correspondiente tribunal de garantía ante la comunicación, por parte del ministerio público, de la decisión de hacer aplicación del principio de oportunidad respecto del mismo imputado. Con un ejemplo: imputado presuntamente comete hurto el 01.02.2023; fiscal comunica aplicación del principio de oportunidad por el hurto el 06.04.2023; juez la notifica a los intervinientes al día siguiente; imputado comete presuntamente porte de arma blanca el 10.03.2025; fiscal no podría aplicar principio de oportunidad en causa por el porte de arma. Importante es que la restricción solo tiene lugar si el principio se aplicó previamente respecto del mismo imputado del segundo hecho a “oportunizar” y no respecto de un coimputado en un proceso previo.

VIII.3 Restricción a la suspensión condicional del procedimiento

Texto previo	Texto modificado
Párrafo 6° Suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios Artículo 237.- Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse: a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad; b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y c) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso. La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.	19) Sustitúyese la letra c) del inciso tercero del artículo 237, por la siguiente: “c) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, o haya transcurrido más de tres años desde la anterior resolución que hubiere decretado una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.”.

Si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal. Tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto; por los contemplados en los artículos 361 a 366 bis y 367 del Código Penal; por los delitos señalados en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; por los delitos o cuasidelitos contemplados en otros cuerpos legales que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley N°17.798, y por conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas, el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional. Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247. La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante. La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.	
---	---

Al igual que sucede con la restricción al principio de oportunidad, la limitación a la aplicación de esta salida alternativa no contribuye a mejorar la eficacia del sistema procesal penal. A la prohibición de decretar una suspensión condicional cuando al momento de la comisión del nuevo hecho el imputado tuviera una suspensión vigente, se agrega la prohibición de decretarla cuando no haya transcurrido más de tres años entre los nuevos hechos y la fecha en que con anterioridad se decretó una suspensión condicional. Sobre este punto es importante destacar que para el computo del plazo de tres años lo relevante es la fecha en que se decretó la suspensión condicional, no cuando se cumplió, por lo que el plazo de tres años

se cuenta desde que la resolución que establece la suspensión condicional en el primer hecho se encuentra ejecutoriada. Con un ejemplo: imputado presuntamente comete hurto el 01.02.2023; juez decreta la SCP el 05.06.2024; imputado comete presuntamente otro hurto el 10.03.2027; no puede decretarse la SCP en proceso por nuevo hurto. No obstante, nada impide que se decrete una nueva SCP en el siguiente caso (al respecto no cambia la ley vigente): imputado comete presuntamente un primer hurto el 01.02.2023 y se decreta a su respecto SCP el 02.05.2024; puede decretarse SCP respecto de un segundo hurto cometido el 01.04.2024 (pues al momento de este no había SCP vigente ni decretada en los tres años previos).

VIII.4 Modificación al Tribunal de Tratamiento de Drogas (TTD)

En el contexto de las reformas al procedimiento penal, se han introducido los artículos 238 bis, 238 ter y 238 quáter al CPP, que abordan la suspensión condicional del procedimiento en casos de consumo problemático de drogas y/o alcohol. Esta normativa viene a consagrar legalmente la práctica de los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD) que, en la actualidad se desarrollan al alero de esta salida alternativa y sólo en algunas regiones del país. Asimismo, se modifica en el art. 239 CPP, solo en lo que a este ámbito se refiere.

La introducción de estos artículos representa un avance significativo en la manera en que el sistema de justicia penal aborda los casos relacionados con el consumo problemático de sustancias, en tanto es una alternativa que prioriza la rehabilitación sobre la sanción punitiva, se reconoce la naturaleza compleja del consumo de drogas y alcohol, así como su impacto en la conducta delictiva y, en ese sentido, se observa de manera positiva la ampliación del marco legal para su aplicación. A continuación, el texto de las normas introducidas y modificadas.

“Artículo 238 bis. Suspensión condicional para el tratamiento problemático de drogas y/o alcohol. Se podrá decretar la suspensión condicional del procedimiento con acuerdo del fiscal y el imputado, respecto de toda persona que voluntariamente acepte la condición de someterse a un tratamiento por consumo problemático de drogas y/o alcohol.

La suspensión condicional del procedimiento, en estos casos, podrá decretarse:

- a) Si se acredita la dependencia o consumo problemático de drogas y/o alcohol como factor determinante para la comisión del delito;
- b) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de cinco años de privación de libertad, y
- c) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

Para acreditar la dependencia o consumo problemático de drogas y/o alcohol se confeccionará un informe de evaluación diagnóstica por una institución o por profesionales designados por el tribunal de forma previa, y deberá preferirse al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol en caso de existir oferta, el cual estará sujeto a la confirmación diagnóstica de la institución tratante.

La audiencia se realizará con la comparecencia de los intervinientes, juez, fiscal, defensor e imputado, favoreciendo la participación del imputado e impulsándolo a que sea parte activa de la decisión del tribunal, con el objeto de obtener información sobre los factores de riesgo

que podrían desencadenar una potencial recaída y definir las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento que favorezcan su rehabilitación.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se discutiere la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.

Si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se discuta la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado y la duración de la medida, cuyo plazo no podrá ser inferior a un año ni superior a cinco. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.

La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el Ministerio Público y por el querellante.

Artículo 238 ter. Audiencias de seguimiento de suspensión condicional para el tratamiento problemático de drogas y/o alcohol. Para el cumplimiento de los objetivos del proceso de rehabilitación se realizarán audiencias de seguimiento de la suspensión condicional con el fin de potenciar medidas terapéuticas que fomenten los factores protectores y disminuyan los factores de riesgo frente al consumo problemático de drogas y/o alcohol. El juez determinará la periodicidad de estas audiencias, las que, en todo caso, deberán realizarse al menos una vez al mes.

El tribunal a solicitud de alguno de los intervinientes podrá modificar las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento cuando aquellas tengan objetivos terapéuticos tomando en consideración la voluntad del imputado.

Artículo 238 quáter. Audiencias de egreso de suspensión condicional para el tratamiento problemático de drogas y/o alcohol. Después de cumplir el período decretado de la suspensión condicional para el tratamiento problemático de drogas y/o alcohol, o habiendo finalizado el tratamiento y la fase de seguimiento, se realizará la respectiva audiencia de egreso de la suspensión condicional del procedimiento donde se revisarán los avances obtenidos y el caso será sobreseído de manera definitiva.”.

Artículo 239.- Revocación de la suspensión condicional. Cuando el imputado incumpliére, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, el juez, a petición del fiscal o la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, y éste continuará de acuerdo a las reglas generales.	Reemplázase, el inciso segundo del artículo 239, por los siguientes: “Respecto de la suspensión condicional del procedimiento para el tratamiento de drogas y/o alcohol se entenderá como incumplimiento de las condiciones la no adherencia al tratamiento y el incumplimiento grave y reiterado a las actividades determinantes para su rehabilitación.
--	--

Será apelable la resolución que se dictare en conformidad al inciso precedente.	La resolución dictada de conformidad a este artículo será apelable.”.
--	---

VIII.4.A Requisitos para decretar la suspensión condicional para el Tratamiento Problemático de Drogas y/o Alcohol

El artículo 238 bis establece la posibilidad de suspender condicionalmente el procedimiento penal para aquellos imputados que voluntariamente acepten someterse a un tratamiento por consumo problemático de drogas y/o alcohol. Esta suspensión condicional es una medida que requiere el acuerdo tanto del fiscal como del imputado y puede ser decretada, cumpliéndose ciertos requisitos:

- **Acreditación del Problema de Consumo:** Es necesario demostrar que la dependencia o el consumo problemático de drogas y/o alcohol fue un factor determinante en la comisión del delito.

Según la norma, esta acreditación se realizará mediante un informe de evaluación diagnóstica elaborado por una institución o profesionales designados por el tribunal, dando preferencia al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA).

Respecto a este tema, es importante tener en cuenta que es probable que el número de casos que requieran este tipo de evaluaciones sea significativo, y que los servicios y/o profesionales del área pública no sean suficientes. Por tanto, se abrirá un espacio para que peritos de la DPP puedan llevar a cabo esta labor, siempre que el tribunal los designe a propuesta de la defensa.

- **Límite de Pena:** La pena potencial para el imputado no debe exceder los cinco años de privación de libertad en caso de dictarse una sentencia condenatoria.

Esta modificación responde a un anhelo institucional de que la justicia terapéutica no se limite a delitos menores o con penas bajas. Acá habrá que estarse al pronóstico de la pena en concreto, considerando los hechos conocidos al momento en que discute la posible SCP, lo que permitirá ofrecer una salida alternativa a una gran cantidad de casos que actualmente no tienen esa posibilidad. Recordemos que siempre el imputado gozará de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal. Se puede sostener razonablemente que, acreditado con el informe de evaluación pertinente que el consumo problemático de alcohol y/o drogas fue un factor determinante para la comisión del delito, la aquiescencia del imputado a someterse al TTD puede estimarse constitutiva de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y, por esta vía, arribarse a una pena de cinco años o menos (al menos en delito cuyo marco abstracto comienza en presidio mayor en su grado mínimo, y no hay agravantes), lo que permitiría dar lugar a esta salida alternativa.

- **Ausencia de Condenas Previas:** El imputado no debe haber sido condenado anteriormente por crímenes o simples delitos.

- **No son aplicables los requisitos del art. 237 CPP, pues el artículo 238 bis establece sus propios requisitos.** Ello significa, por ejemplo, que no obsta a una SCP por TTD el que el imputado tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento del art. 237, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso o que aún no hayan transcurrido más de tres años desde la anterior resolución que hubiere decretado una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

VIII.4.B Audiencias relativas al TTD

a. Audiencia de discusión

La audiencia para discutir esta suspensión condicional requiere la participación activa del imputado y su defensor, así como la posibilidad de intervención de la víctima o el querellante, quienes serán escuchados por el tribunal. El juez de garantía establecerá las condiciones y la duración de la medida, que no podrá ser inferior a un año ni superior a cinco años.

Las principales consecuencias de haberse decretado una suspensión condicional por TTD son:

- Durante el período de vigencia de la suspensión condicional no se reanudará la prescripción de la acción penal.
- Durante el período de vigencia de la suspensión condicional se suspenderá el plazo para declarar el cierre de la investigación contemplado en el artículo 247 del C.P.P.

b. Audiencias de seguimiento

El artículo 238 ter establece la realización de audiencias de seguimiento con el objetivo de potenciar medidas terapéuticas que fomenten los factores protectores y disminuyan los factores de riesgo frente al consumo problemático de drogas y/o alcohol. Estas audiencias se llevarán a cabo al menos una vez al mes, permitiendo al juez y a las partes involucradas modificar las condiciones de la suspensión condicional para garantizar su eficacia y adaptabilidad según la evolución del imputado, y siempre con objetivos terapéuticos y considerado la voluntad del imputado.

Finalmente, la ley no contempló la posibilidad de que el juez de garantía tuviera la facultad de ir extendiendo progresivamente la frecuencia de las audiencias de seguimiento, por lo que éstas deben efectuarse, al menos, una vez al mes. No es menor este dato, ya que, en suspensiones condicionales de cinco años se deberán realizar, al menos, 60 audiencias,

Esta circunstancia impone a los defensores penales públicos un deber de cuidado especial frente a los imputados que acepten someterse a este tipo de suspensión condicional, ya que el contacto frecuente y continuo con el imputado y con los profesionales y entidades responsables de la intervención, será vital para fomentar el éxito de la suspensión condicional.

c. Audiencia de egreso

El artículo 238 quáter dispone que, tras cumplir con el periodo de suspensión condicional y el tratamiento correspondiente, se realizará una audiencia de egreso. En esta audiencia, se revisarán los avances obtenidos durante el tratamiento y el seguimiento, y se decidirá el sobreseimiento definitivo del caso, siempre y cuando se hayan cumplido los objetivos de rehabilitación establecidos.

VIII.4.C Incumplimiento de las condiciones de la SCP.

La ley modificó el artículo 239 del C.P.P. con el objetivo de agregar una causal adicional para que se pueda decretar la revocación de la suspensión condicional. De este modo, además de las otras causales reguladas en el mismo artículo 239 del C.P.P., tratándose de una suspensión condicional TTD, se entenderá como incumplimiento de las condiciones la no adherencia al tratamiento y el incumplimiento grave y reiterado a las actividades determinantes para su rehabilitación.

La tarea de los defensores penales públicos será determinar, en cada caso concreto, cómo deben valorarse estos incumplimientos. Recordemos que las recaídas en el consumo de drogas o alcohol son una parte común y esperada en el proceso de tratamiento y rehabilitación. Algunos puntos clave son:

- La alta tasa de recaídas es uno de los problemas más importantes en el tratamiento de las adicciones. Estudios han encontrado que aproximadamente dos tercios de los individuos que reciben tratamiento para reducir el consumo de drogas o alcohol vuelven al consumo en los primeros tres meses después de finalizar el tratamiento.
- El carácter crónico de la adicción significa que para algunas personas la recaída – es decir, volver a consumir la droga luego de un período de abstinencia – es parte del proceso de recuperación. Esto no significa que el tratamiento haya fallado.
- Cuando se produce una recaída, la labor de la familia y el equipo terapéutico es esperar a poder socorrer a la persona adicta cuando decida finalizar el consumo de nuevo y ayudarlo a sobrellevar el impacto emocional y retomar las pautas de control.

En resumen, las recaídas son una realidad común en el tratamiento de las adicciones, y no deben verse como un fracaso sino como una oportunidad de aprendizaje y mejora en el camino hacia la recuperación. El apoyo de la familia y el equipo terapéutico es crucial en estos momentos.

IX. Modificaciones al procedimiento abreviado

Texto previo	Texto modificado
Artículo 406.- Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo ; no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas. <u>También se aplicará cuando el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos previstos en la ley N° 17.798, sobre control de armas.</u> Para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento. La existencia de varios acusados o la atribución de varios delitos a un mismo acusado no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurrieren los presupuestos señalados en este artículo.	30) Modifícase el artículo 406, en el siguiente sentido: a) Sustitúyese, en el inciso primero, la frase “cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo; no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal”, por la siguiente: “diez años de presidio mayor en su grado mínimo”. b) Suprímese el inciso segundo.
Artículo 407. Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado. Una vez formalizada la investigación, la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser acordada en cualquier etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral. Sin perjuicio de lo señalado en el inciso precedente, podrá solicitarse el procedimiento abreviado, aun cuando hubiere finalizado la audiencia de preparación del juicio oral y hasta antes del envío del auto de apertura al tribunal	31) Sustitúyese el inciso quinto del artículo 407, por el siguiente:

de juicio oral en lo penal. La solicitud se resolverá de conformidad a lo establecido en el artículo 280 bis. Si no se hubiere deducido aún acusación, el fiscal y el querellante, en su caso, las formularán verbalmente en la audiencia que el tribunal convocare para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todos los intervinientes. Deducidas verbalmente las acusaciones, se procederá en lo demás en conformidad a las reglas de este Título. Si se hubiere deducido acusación, el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N° 9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena. Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, si el imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, el fiscal o el querellante, según sea el caso, podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo. Si el procedimiento abreviado no fuere admitido por el juez de garantía, se tendrán por no formuladas las acusaciones verbales realizadas por el fiscal y el querellante, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, éstos hubieren realizado a sus respectivos libelos, y se continuará de acuerdo a las disposiciones del Libro Segundo de este Código.	“Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, si el imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, el fiscal o el querellante, según sea el caso, podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley.”
---	--

Las modificaciones introducidas a los art. 406 y 407 CPP tienen por finalidad ampliar el ámbito de la justicia negociada en el sistema procesal penal, mejorando su eficiencia, más aún si se considera el efecto potenciado que pueden tener estas normas al combinarlas con el nuevo estatuto de cooperación eficaz, por un lado, y los incrementos de pena para reincidentes del art. 68 ter CP, por otro. En otras palabras, muchos imputados reincidentes arriesgarán penas altísimas en un eventual juicio oral (piénsese, por ejemplo, en un imputado con segunda reincidencia del art. 12 N° 15, formalizado por robo con intimidación, que arriesgará de 10 años y 1 día a perpetuo simple), que solo pueden ser rebajadas

sustancialmente por medio de acuerdos con el fiscal. No corresponde pronunciarse en esta minuta sobre los eventuales impactos negativos que estas modificaciones pueden tener respecto del derecho a defensa y la (ya casi inexistente) “centralidad” del juicio oral, ni sobre los eventuales controles internos que podría implementar la DPP para evitar abreviados apresurados o condenas a inocentes. Aquí solo se examinarán los efectos concretos de los cambios legales en comento.

Las dos modificaciones al art. 406 CPP aumentan el techo de pena que admite la aplicación del procedimiento abreviado, siendo este procedente para todos los delitos en que el fiscal solicite imponer una pena de hasta diez años de presidio mayor en su grado mínimo. Por ende, se extiende el techo ya existente previamente en algunos delitos de marco rígido (delitos referidos en el art. 449 CP y en la ley de control de armas) a todos los ilícitos (en que antes el abreviado era posible solo hasta un requerimiento de pena de cinco años).

Por su parte, la modificación al art. 407 inc. 5° CPP permite al fiscal y querellante, para efectos de posibilitar un procedimiento abreviado, pedir una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, si es que imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare dicho procedimiento, ampliando así esta regla – antes solo aplicable a los delitos referidos en el art. 449 CP – a todos los delitos, lo cual es coherente con la modificación efectuada al art. 406, si bien es aún más favorable para la defensa, pues pasa a ser aplicable incluso a delitos de la ley de control de armas y cualesquiera otros que tengan marcos rígidos de determinación de pena.

Si se considera las modificaciones legales a los arts. 406 y 407 CPP en conjunto, se trata de una de las reformas introducidas por esta ley que podría tener mayores efectos prácticos, pues permite aplicar el procedimiento abreviado no solo a todos los delitos cuyo marco penal sea (o parta) en presidio mayor en su grado mínimo (por ejemplo, violación propia del art. 361 CP o tráfico de drogas del art. 3 en relación con el art. 1 de la ley 20.000), sino que incluso a todos aquellos cuyo marco penal sea (o parta) en presidio mayor en su grado medio (tales como violación impropia del art. 362 CP u homicidio simple del art. 391 N° 2 CP), debido a la rebaja de pena del art. 407 inc. 5° CPP.

Cabe remarcar que a diferencia de la redacción previa del art. 407 inc. 5°, que exigía expresamente, para aplicar la rebaja de pena, considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a del art. 449 CP (es decir, primero aplicar el efecto calificado de la reincidencia), la nueva redacción del inc. 5° no contiene ninguna referencia similar al art. 68 ter CP (norma que reemplaza al art. 449 N° 2 CP), por lo que puede entenderse que es posible hacer la rebaja del art. 407 inc. 5° desde el mínimo del marco legal, aplicando el 68 ter CP después de dicha rebaja. Así, al autor de un homicidio simple consumado, reincidente, sin otras modificatorias de responsabilidad, podría optar a un abreviado por 7 años y 184 días (rebaja a 5 y 1 a 10 años, y luego exclusión del mínimo por art. 68 ter inc. 1°), mientras que, de no aceptar un abreviado, la pena mínima aplicable sería 15 años y 1 día (se excluye el grado mínimo por el nuevo art. 68 ter inc. 1° CP).⁶⁰ Por consiguiente, el procedimiento abreviado pasaría a ser aplicable en la inmensa mayoría de los procesos penales, quedando fuera solo aquellos delitos

⁶⁰ Por supuesto, es posible que el juez de garantía estime que primero debe aplicarse la regla del 68 ter (marco pasa a ser 15 años y un día a 20 años) y luego la rebaja del art. 407 inciso 5° (marco baja a 10 años y un día a 15 años), en cuyo caso no sería posible aplicar un procedimiento abreviado, pero esta interpretación implicaría ignorar la eliminación de la regla legal que ordenaba aplicar primero el efecto de la reincidencia, por lo que es muy cuestionable.

cuyo marco penal comienza al menos en presidio mayor en su grado máximo (correspondiendo estos en general a delitos ciertos delitos graves militares, terroristas o de lesa humanidad, y a unos pocos delitos complejos gravísimos, tales como ciertos robos calificados o la violación con homicidio).

X. Modificaciones a medidas cautelares reales y comiso⁶¹

X.1 Modificación art. 157 bis del Código Procesal Penal (medidas cautelares reales sin audiencia del afectado)

Texto previo	Texto modificado
Título VI Medidas cautelares reales Artículo 157 bis. - Concesión de medidas sin audiencia del afectado. Las medidas solicitadas para asegurar bienes sobre los cuales hacer efectivo el comiso de ganancias o de valor equivalente de bienes o efectos podrán ser decretadas sin audiencia del afectado. Si se procede de este modo, el juez deberá fijar un plazo no inferior a treinta días ni superior a ciento veinte días para que el Ministerio Público formalice la investigación respectiva. Transcurrido este plazo sin que se produzca la formalización, o sin que el Ministerio Público solicite la mantención de la medida con ocasión de la formalización, la medida quedará sin efecto.	7) Sustitúyese el inciso segundo del artículo 157 bis, por los siguientes: “Si se procede de este modo, el juez deberá fijar un plazo no inferior a treinta <i>ni superior a doscientos cuarenta días para que el Ministerio Público formalice la investigación respectiva. Para definir el plazo, el juez deberá considerar la complejidad de la investigación, el número de imputados, el carácter del o de los delitos investigados y la posible sanción.</i> <i>Antes de vencido el plazo indicado en el inciso precedente, el Ministerio Público o la víctima podrán pedir una ampliación del mismo, en los términos del inciso anterior, cuando existieren motivos fundados que así lo justificaren.</i> <i>Transcurrido este plazo, o su ampliación, sin que el Ministerio Público hubiere solicitado la mantención de la medida con ocasión de la formalización, la medida quedará sin efecto.”</i>

La discusión parlamentaria se centró en el aumento del plazo para formalizar la investigación dado que el plazo anterior, excesivamente corto en su límite máximo a juicio del Ministerio Público, dificultaba afectar patrimonialmente a organizaciones criminales. Si bien en un

⁶¹ Para un análisis detallado de la nueva legislación de comiso revisar Cabrera, Jorge, *La nueva regulación del comiso: exposición sistemática de las normas incorporadas por las leyes 21.575, 21.577 y 21.595 al Código Penal*. Disponible en: <https://decisia.lexum.com/dppc/cid/es/item/523433/index.do>

principio se buscó que el plazo mayor aplicara únicamente para casos de asociación ilícita o criminal, al mantener la redacción original de la norma y la referencia al comiso de ganancias, termina teniendo aplicación general.

X.1.A Síntesis de las modificaciones

- Se duplica el plazo máximo para formalizar la investigación. De no menos de 30 y máximo 120 días pasa a no menos de 30 ni más de 240 días.
- Establecimiento de criterios legales obligatorios para el juez al fijar el plazo para formalizar (número de imputados, el carácter del o los delitos investigados y la posible sanción).
- Se faculta expresamente al Ministerio Público y a la víctima a solicitar, fundadamente, prórroga del plazo para formalizar. La ampliación debe solicitarse en los mismos términos que la solicitud original por lo que debe mantenerse el peligro que sustentó la medida, y además deben fundamentar la ampliación solicitada. Son aplicable en este caso nuevamente los límites del inciso primero (no menos de 30 ni más de 240 días). La norma excluye expresamente la posibilidad de prórrogas sucesivas (MP y víctima podrán pedir **una** ampliación del mismo). El juez, al pronunciarse sobre la solicitud de ampliación, debiera tener presente que, si esta se basa en la necesidad de recopilar más antecedentes que acrediten el hecho y la participación, ello implicaría que probablemente no se cumple con el estándar para decretar una cautelar real y debiese alzarse.

Finalmente, sólo la víctima - en los términos del art. 108 del CPP- puede solicitar la ampliación del plazo no así el querellante que no sea a su vez víctima.

- Si transcorre el plazo sin que el Ministerio Público solicite la mantención de la medida con ocasión de la formalización, quedará sin efecto. Los términos imperativos que utiliza la norma implican que de pleno derecho queda sin efecto la cautelar real, *tanto si el fiscal no formaliza dentro de dicho plazo, como si, formalizando, no solicita la mantención de la cautelar.* Además, sólo el Ministerio Público podría solicitar la mantención de la medida una vez formalizada la investigación, no así el querellante o la víctima.

X.1.B Consideraciones para la defensa

- Sólo puede solicitarse medidas cautelares reales sin audiencia y previo a la formalización para asegurar el comiso de ganancias o de valor equivalente de bienes o efectos. El comiso de ganancias tiene alcance general⁶², por lo que se podrían

⁶²

Art. 24 bis Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva consigo el comiso de las ganancias provenientes del delito. Por el comiso de ganancias se priva a una persona de activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito, o bien para o por perpetrarlo. Lo obtenido en virtud de lo señalado precedentemente será transferido al Fisco.

solicitar cautelares reales previa formalización y sin audiencia respecto de cualquier delito, mientras que el comiso por valor equivalente de bienes procede únicamente cuando se trata de asociaciones delictivas o criminales⁶³⁶⁴, por lo que no podría invocarse esta norma cuando se busca asegurar el comiso de instrumentos o efectos del delito.⁶⁵ Por otro lado, dado que el art. 157 bis se refiere únicamente al comiso por valor equivalente de *bienes o efectos* no podría invocarse esta norma para el comiso por valor equivalente de los instrumentos del delito.

- No puede invocarse el art. 157 bis para asegurar ninguna forma de comiso sin condena. Lo anterior porque (1) el art. 157 bis supedita la mantención de la cautelar real a la concreción de la formalización dentro de plazo, hito que no ocurre en el caso del comiso sin condena pues ya operó el sobreseimiento temporal, definitivo, o existió una absolución; y, (2) tanto el comiso de ganancias como el por valor equivalente se imponen en la sentencia condenatoria.
- El juez está obligado al conceder una cautelar real en base al art. 157 bis a fijar un plazo para la formalización.
- La solicitud de medidas cautelares reales debe cumplir con los requisitos contemplados en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil. El art.

Las ganancias obtenidas comprenden los frutos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica. Las ganancias comprenden también el equivalente a los costos evitados mediante el hecho ilícito.

En la determinación del valor de las ganancias no se descontarán los gastos que hubieren sido necesarios para perpetrar el delito y obtenerlas.

La acción para obtener el comiso de ganancias se sujetará a las reglas de la prescripción de la acción penal respectiva.

Si un mismo bien pudiere ser objeto de comiso conforme a este artículo y conforme a otras disposiciones de este Código, sólo se aplicará lo dispuesto en este artículo.

63 Art. 294 ter. Cuando la cosa usada como instrumento por una organización delictiva o criminal o que resulte de dichos delitos sea dinero o haya sido enajenada, perdida u ocultada, el juez deberá imponer comiso sustitutivo por un valor equivalente.

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

El Ministerio Público deberá solicitar la aplicación del comiso por valor equivalente en la oportunidad procesal prevista para solicitar el comiso de ganancias, y la discusión sobre el monto del valor equivalente tendrá lugar en la oportunidad procesal prevista para la determinación de la magnitud del comiso de ganancias.

64 El art. 294 ter se refiere al comiso por valor equivalente de instrumentos y efectos del delito, pero el art. 157 bis del CPP sólo se refiere al comiso por valor equivalente de *bienes o efectos del delito*, debiendo entenderse ambos conceptos como sinónimos ante la expresión “o” que da cuenta de alternativas, por lo que *no podría recurrirse a esta norma si lo que se busca es asegurar el comiso por valor equivalente de los instrumentos del delito* dado el tenor literal de la norma.

65 Art. 31 ter. Se impondrá el comiso de toda cosa obtenida o producida a través de la perpetración del hecho. El comiso de los efectos del delito será decretado por el juez aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído, siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito. En este caso, el comiso será impuesto de conformidad con el procedimiento establecido en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal.

El comiso de los efectos del hecho no procederá respecto del tercero de buena fe.

Tratándose de efectos de tenencia ilícita, el comiso procederá en todos los casos.

157 bis nada dice sobre las formalidades ni requisitos que debe tener la solicitud, por lo que hay que remitirse al art. 157 CPP, que a su vez reenvía a las normas del Código de Procedimiento Civil. Siguiendo a Horvitz y López⁶⁶, los requisitos son:

- El *fumus bonis iuris* que se traduce en que se acompañen "*comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama*". Como en materia penal "el derecho que se reclama, aun siendo de contenido patrimonial, supone el éxito de la pretensión penal en la cual la civil se fundamenta, el juez de garantía debe emitir un juicio de probabilidad acerca de la existencia del delito y de la participación del imputado, como juicio valorativo penal previo al juicio valorativo civil referido a la existencia de una presunción grave del derecho que se reclama."⁶⁷
 - El *periculum in mora* se configura con las exigencias que en ese sentido formula el Código de Procedimiento Civil en sus arts. 291, 293, 295 y 296⁶⁸ respecto de cada medida cautelar en particular.
- Sólo el Ministerio Público puede solicitar medidas cautelares reales en base al art. 157 bis del CPP, dado que:
- Se trata de una norma excepcional. La regla general es que tanto cautelares reales como personales solo puedan solicitarse y decretarse

⁶⁶ Horvitz, María Inés; López, Julián *Derecho Procesal Chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile (2003) pp.439-440.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Art. 291 (281). Habrá lugar al secuestro judicial en el caso del artículo 901 del Código Civil, o cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.

Art. 293 (283). Hay lugar al nombramiento de interventor:

1°. En el caso del inciso 2° del artículo 902 del Código Civil;

2°. En el del que reclama una herencia ocupada por otro, si hay el justo motivo de temor que el citado inciso expresa;

3°. En el del comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al comunero o socio que administra;

4°. Siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados; y

5°. En los demás casos expresamente señalados por las leyes.

Art. 295 (285). La retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley.

Podrá el tribunal ordenar que los valores retenidos se trasladen a un establecimiento de crédito o de la persona que el tribunal designe cuando lo estime conveniente para la seguridad de dichos valores.

Art. 296 (286). La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.

Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4° del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos

después de la formalización⁶⁹ y en presencia del imputado y su defensa para resguardar el derecho a defensa. En consecuencia, el art. 157 bis debe interpretarse de manera restrictiva en base al art. 5 del CPP.

- Lectura conjunta de los arts. 157 y 157 bis. El inciso final del art. 157 del CPP⁷⁰ obliga al Ministerio Público a solicitar cautelares reales para asegurar bienes para hacer efectivo el comiso de ganancias o por valor equivalente y para el cumplimiento de dicha obligación es que el art. 157 bis faculta para medidas cautelares reales sin notificación ni formalización del afectado.

69

Hay que tener presente que la jurisprudencia ha sido vacilante sobre si es posible o no decretar cautelares reales antes de la formalización. Por la negativa, está la sentencia de la ICA de Santiago de 7 de abril de 2016 rol 937-2016: “9.- Que finalmente y en otro orden de ideas, el artículo 157 del Código Procesal Penal, que se refiere a la procedencia de las medidas cautelares reales, como la solicitada en el presente caso, razonablemente habrá de ser interpretado como aquella gestión dirigida en a asegurar el ejercicio de las acciones civiles en el proceso- en la oportunidad correspondiente o para la conservación de los efectos del delito, cuyo no sería el caso pues se solicita respecto de un inmueble y vehículo motorizado ajeno a los hechos investigados.

De esta forma, cabe concluir que, si no ha existido formalización en el proceso, resulta improcedente conceder medidas cautelares reales por aplicación del artículo 61 del Código Procesal Penal ya mencionado que concluye que, si no es posible preparar ni mucho menos deducir demanda civil antes de la formalización, no cabe decretar las medidas cautelares en análisis, razón por la cual, la apelación deducida será rechazada”. En el mismo sentido, ICA de Puerto Montt de 24 de abril de 2020 rol 1104-2020 e ICA de Concepción de 22 de abril de 2022 rol 268-2022.

A favor de que pueda decretarse una cautelar real previa formalización, está la sentencia de la ICA de Santiago de 28 de marzo de 2024 rol 880-2024: “QUINTO: Que, en cuanto al segundo punto, esto es, los requisitos para conceder la medida, debemos atender a lo dispuesto en los artículos 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...) A partir de las normas transcritas, para que se conceda una de estas medidas, se requiere la reunión de los siguientes requisitos:

- a) Decretarse respecto de los bienes que son objeto del juicio o sobre bienes diferentes, siempre que las facultades del demandante no ofrezcan garantía suficiente en orden a asegurar el resultado del juicio.
- b) Deben limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio.
- c) El demandante debe acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.
- d) Se podrá exigir por el juez caución al actor o solicitante.

SEXTO: Que, de acuerdo a lo anterior, en un procedimiento penal, la medida precautoria puede concederse excepcionalmente antes de encontrarse formalizada la investigación, bajo los presupuestos, limitaciones y consecuencias antes analizadas y, de ser así, aquella debe cumplir, además, con los requerimientos que contempla el Código de Procedimiento Civil. En el caso de marras, la solicitud del querellante no cumple con los presupuestos y requerimientos establecidos por este último cuerpo legal, toda vez que se solicita esta medida respecto de diversas personas, por distintos bienes, sin tener claro cuál es el monto del litigio, ni el valor de los bienes señalados, de manera que no es posible cumplir con este requisito.” En la misma línea, sentencias de la ICA de Concepción de 19 de abril de 2024 rol 280-2024, de 31 de mayo de 2024 rol 890-2024 y de 184-2018 de 16 de marzo de 2018.

70

Artículo 157.- (...) El Ministerio Público deberá solicitar las medidas cautelares que correspondan para asegurar bienes suficientes con el fin de hacer efectivo el comiso de las ganancias provenientes del delito o, de proceder, el comiso por valor equivalente de instrumentos o efectos del delito. Para estos efectos, el juez podrá autorizar la retención de dineros o cosas muebles que se encuentren en poder del imputado o de terceros, o en cuentas de bancos o en fondos generales administrados por terceros.

- La formalización es una facultad exclusiva del Ministerio Público (art. 83 CPR y art. 1 LOC MP) y como el art. 157 bis obliga al juez de garantía a fijar un plazo para formalizar la investigación so pena de dejar sin efecto la cautelar, de entenderse que el querellante o víctima puede hacer uso de esta norma excepcional, llevaría, en la práctica, a un forzamiento de la formalización y una intromisión en las facultades propias del Ministerio Público.
 - La legislación procesal penal reconoce a la víctima o querellante el derecho a solicitar cautelares reales para asegurar el resultado de su acción civil (arts. 61, 109 letra c y 157, todos del CPP), objetivo distinto al del art. 157 bis, que busca asegurar bienes para hacer efectivos ciertos tipos específicos de comiso.
 - Si bien el mismo art. 157 bis permite a la víctima solicitar ampliación del plazo para formalizar, lo que podría llevar a considerar que tiene legitimación para requerir directamente una cautelar real, dada la excepcionalidad de la norma y que el legislador optó expresamente por habilitarla para instar por la ampliación del plazo, que es una atribución más limitada y específica que pedir la cautelar real, cabe concluir que únicamente se encuentra legitimada para solicitar la ampliación del plazo.
- Sólo pueden solicitarse cautelares reales sin audiencia y previo a la formalización respecto de bienes de la persona imputada: que el comiso de ganancias y el por valor equivalente sólo puedan imponerse como consecuencia de una sentencia condenatoria y que una solicitud en base al art. 157 bis esté limitada por una futura formalización que debe concretarse, implica que no puede solicitarse bajo el alero de la norma en análisis cautelares reales en contra de terceros, ni siquiera de aquellos contemplados en el art. 24 ter del CP.⁷¹ Refuerzan lo anterior los requisitos de cada cautelar real contemplado en el CPC.
- Mecanismos de impugnación: si se toma conocimiento de la existencia de una cautelar real por “accidente”, por ejemplo, el futuro imputado va al banco a retirar dinero y se entera que se decretó una retención, puede la defensa **(1)** hacer uso del art. 186 del CPP para que informen los hechos sobre los que se investigan y así impugnar la resolución que concedió la medida; **(2)** cautela de garantías con el mismo objetivo; **(3)** solicitar la nulidad de la resolución que concedió la medida si no se cumplieron los requisitos o se encuentra fuera de los casos permitidos; **(4)** si se cuenta

71

Art. 24 ter. El comiso de ganancias también será impuesto a quien no ha intervenido en la perpetración del hecho, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1ª. Si adquirió la ganancia como heredero o asignatario testamentario, a cualquier título gratuito o sin título válido, a menos que la haya adquirido del mismo modo de un tercero que no se encontrare en la misma circunstancia ni en las circunstancias que siguen.

2ª. Si obtuvo la ganancia mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés.

3ª. Si adquirió la ganancia sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición.

4ª. Si se trata de una persona jurídica, que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio.

con antecedentes suficientes, apelar de la resolución que concedió la cautelar (art. 158 CPP). En los últimos dos casos, es recomendable precisar, para efectos del plazo para interponer el recurso, cuándo se tomó conocimiento de la existencia de la cautelar.

Si se toma conocimiento de la existencia de cautelar real con motivo de la formalización, es necesario controlar que se hayan cumplido los requisitos para concederla y oponerse en caso; o bien apelar derechamente en base a las normas generales.

X.2 Modificación al art. 468 bis (ejecución del comiso de ganancias)

Texto previo	Texto modificado
Artículo 468 bis. - Ejecución del comiso de ganancias. Toda sentencia que imponga el comiso de las ganancias provenientes del delito será ejecutada como decisión civil dictada por un tribunal con competencia en lo penal. Si los bienes decomisados son dinero o derechos a sumas de dinero, se los transferirá al Fisco. Los fondos obtenidos mediante la realización de los bienes decomisados también serán transferidos al Fisco. El comiso de inmuebles o de bienes de propiedad registral conlleva la facultad de realizar aquellas inscripciones necesarias para ejecutar eficazmente el bien decomisado. El Conservador de Bienes Raíces respectivo, efectuadas las cancelaciones e inscripciones que procedan, deberá remitir copia de dichas inscripciones al tribunal que decretó el comiso, el que deberá oficiar a la Dirección General del Crédito Prendario y acompañar copia de las nuevas inscripciones de propiedad a nombre del Fisco de Chile y copia autorizada de la sentencia para que proceda a rematarlo en subasta pública. Los notarios, archiveros, conservadores de bienes raíces, el Servicio de Registro Civil e Identificación y demás organismos, autoridades y empleados públicos deberán realizar las actuaciones y diligencias y otorgar las copias de los instrumentos que les sean solicitados para efectuar la subasta o destrucción de las especies,	Sustitúyese el inciso segundo del artículo 468 bis, por el siguiente: <i>“Tratándose de comiso de ganancias, en caso de que los bienes decomisados sean dinero o derechos a sumas de dinero, se los transferirá al Fisco. Los fondos obtenidos mediante la realización de los bienes decomisados también serán transferidos al Fisco.”.</i>

según corresponda, en forma gratuita y exentas de toda clase de derechos, tasas e impuestos. Toda actuación o diligencia previa a la subasta pública que deba efectuar la Dirección General del Crédito Prendario con el objeto de que los bienes queden en condiciones de ser subastados, se efectuará con auxilio de la fuerza pública a solicitud de la referida institución. Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable también a la ejecución de todo comiso impuesto sin condena previa.	
--	--

La modificación es inocua, parece ser una mera reafirmación de que la norma del inc. 2° solo es aplicable al comiso de ganancias. Cabe precisar aquí que, tal como se desprende del art. 468 bis y señala expresamente el art. 175 bis del Código Orgánico de Tribunales, el tribunal competente para conocer de la ejecución de la sentencia que imponga el comiso de ganancias o por valor equivalente, es el civil.

X.3 Modificaciones comiso en la Ley N° 20.000

Texto previo	Texto modificado
Artículo 46.- Los bienes decomisados en conformidad a esta ley serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, por carecer de valor, lo que será determinado por el Departamento de Tasaciones de dicha institución. Una vez decretado el comiso de un inmueble que haya sido destinado provisionalmente al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol o a otro organismo público, éste, previa autorización de la Dirección de Presupuestos, podrá solicitar al juez de garantía que le sea transferido su dominio, con fines de prevención y rehabilitación del consumo de drogas o alcohol, sin que proceda en este caso la enajenación en pública subasta establecida en el artículo 469 del Código Procesal Penal. El producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación, el producto de la enajenación temprana a que se refiere el artículo 40 bis, así como los dineros incautados no decomisados y no reclamados por sus dueños, ingresarán a un fondo especial del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, con el objetivo de ser utilizados en	

programas de prevención del consumo de drogas y alcohol, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción y alcoholismo. Asimismo, podrá ser utilizado en proyectos, estudios e investigaciones, infraestructura y capacitaciones, que permitan apoyar directamente el efectivo cumplimiento de la labor del Servicio. Un reglamento establecerá la forma de distribución de los fondos, así como los mecanismos que garanticen la transparencia de los actos tendientes a su traspaso.

No obstante lo anterior, parte de dichos recursos podrán ser destinados a las unidades del Ministerio Público que cumplan funciones de análisis, investigación o persecución del crimen organizado dedicado a la comisión de los delitos sancionados en la presente ley, así como también a las unidades de **Carabineros de Chile** y de la Policía de Investigaciones de Chile que tengan como objeto la desarticulación de organizaciones criminales dedicadas a la perpetración de dichos delitos, en la forma que establezca el reglamento señalado en el inciso anterior.

Igual aplicación se dará al monto de las multas impuestas en esta ley y al precio de la subasta de las especies de que hace mención el artículo 470 del Código Procesal Penal. Se exceptúan de esta disposición las armas de fuego y demás elementos a que se refiere la ley N° 17.798, sobre Control de Armas.

El tribunal deberá informar al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol sobre los bienes que hubieran sido declarados en comiso, así como de las multas impuestas en conformidad con esta ley, dentro de los quince días hábiles a la fecha en que la sentencia que así lo decreta haya quedado ejecutoriada.

En lo no contemplado en esta ley, regirán las reglas generales contenidas en el Párrafo 2° del Título VIII del Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

El Fondo a que se refiere este artículo será el continuador del Fondo establecido en el artículo 28 de la ley N° 19.366.

1) Intercálase en el inciso cuarto del artículo 46, entre la expresión “Carabineros de Chile” y la conjunción “y”, que le sigue inmediatamente, la siguiente frase: “, *Gendarmería de Chile, Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante,*”.

La modificación se limita a incorporar entre las instituciones que pueden recibir el producto de la enajenación de bienes y valores decomisados a las unidades de Gendarmería de Chile y la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante que tengan como objeto la desarticulación de organizaciones criminales dedicadas a la perpetración de dichos delitos, en la forma que establezca el reglamento que debe dictarse.

XI. Otras modificaciones

XI.1 Modificación requisitos de la querella

Texto previo	Texto modificado
Artículo 113.- Requisitos de la querella. Toda querella criminal deberá presentarse por escrito ante el juez de garantía y deberá contener: b) El nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del querellante__;	2) Intercálase, en la letra b) del artículo 113, a continuación de la palabra “querellante”, la siguiente frase: “, además de un medio de notificación electrónico del abogado patrocinante y del mandatario judicial, si no lo hubieren designado”.

La modificación convierte en un requisito legal de la querella una práctica asentada, esto es, que esta contenga un medio de notificación electrónico del abogado patrocinante y del mandatario judicial. Importante desde el punto de vista de la defensa es que, en caso de que dicho medio de notificación no conste en la querella ni haya sido proporcionado previamente, es aplicable el art. 114 letra b CPP. Ello implica que el juez de garantía debe dar un plazo de tres días al querellante para subsanar el defecto, declarando la querella inadmisibile en caso de que el querellante no realizare las modificaciones pertinentes dentro de dicho plazo.

XI.2 Convenciones probatorias

Artículo 275.- Convenciones probatorias. Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren	Introdúcense, en el artículo 275, los siguientes incisos tercero y cuarto, nuevos:
--	---

por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.	“El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, podrá proponer a los intervinientes convenciones probatorias sobre los hechos que, de acuerdo con lo alegado en la audiencia, no fueran objeto de controversia, pudiendo éstos aceptarlas o desestimarlas. En caso de ser aceptadas, deberá dejarse constancia de ellas en el auto de apertura. El tribunal de juicio oral en lo penal podrá considerar por concurrente la atenuante prevista en el artículo 11, numeral 9°, del Código Penal, si los hechos que fueron objeto de alguna convención probatoria hubiesen sido considerados al momento de formar la convicción del tribunal al dictar una sentencia condenatoria.”.
---	--

Dos son las modificaciones que se efectúan en materia de convenciones probatorias, ambas a propuesta de la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados de Chile, tratándose prácticamente del único aspecto del proyecto en que el Poder judicial tuvo directa o indirectamente alguna incidencia, junto al aumento de plazo para dictar sentencia que se examina en el próximo acápite.

La primera, es que ahora el juez de garantía también puede proponer una convención probatoria. Aunque, en la práctica, esto era de común ocurrencia en el escenario dinámico de una audiencia de preparación de juicio oral, esto implica que el juez de garantía tiene menor riesgo de caer en inhabilidad por proponer una convención probatoria.

La segunda es el incentivo que puede implicar para la defensa del imputado acordar una convención probatoria en la audiencia de preparación de juicio oral, ya que, en estos casos el tribunal oral en lo penal podrá considerar concurrente la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, sobre colaboración sustancial, siempre y cuando los hechos que fueron objeto de la convención probatoria, hayan sido considerados al momento de formar convicción del tribunal al dictar sentencia condenatoria (algo que, en todo caso, ya sucedía antes).

La redacción de la norma es parecida a la redacción que se dio al inciso cuarto del artículo 407 del C.P.P. en la ocasión en que se introdujo la opción de que el Fiscal reconociera la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, por el mero hecho de que el imputado aceptara el procedimiento abreviado.

Es posible que, inteligentemente gestionada esta norma por los defensores penales públicos, pueda ser una norma favorable a los imputados. Dependerá de cada caso y de la naturaleza de la acusación.

XI.3 Aumento de plazos para dictación de sentencia y para recurrir de nulidad

Párrafo 10° Sentencia definitiva Artículo 344. Plazo para redacción de la sentencia. Al pronunciarse sobre la absolución o condena, el tribunal podrá diferir la redacción del fallo y, en su caso, la determinación de la pena hasta por un plazo de cinco días, fijando la fecha de la audiencia en que tendrá lugar su lectura. No obstante, si el juicio hubiere durado más de cinco días, el tribunal dispondrá, para la fijación de la fecha de la audiencia para su comunicación, de un día adicional por cada dos de exceso de duración del juicio. En ambos casos, si el vencimiento del plazo para la redacción del fallo coincidiera con un día domingo o festivo, el plazo se diferirá hasta el día siguiente que no sea domingo o festivo. El transcurso de estos plazos sin que hubiere tenido lugar la audiencia citada, constituirá falta grave que deberá ser sancionada disciplinariamente. Sin perjuicio de ello, se deberá citar a una nueva audiencia de lectura de la sentencia, la que en caso alguno podrá tener lugar después del segundo día contado desde la fecha fijada para la primera. Transcurrido este plazo adicional sin que se comunicare la sentencia se producirá la nulidad del juicio, a menos que la decisión hubiere sido la de absolución del acusado. Si, siendo varios los acusados, se hubiere absuelto a alguno de ellos, la repetición del juicio sólo comprenderá a quienes hubieren sido condenados. El vencimiento del plazo adicional mencionado en el inciso precedente sin que se diere a conocer el fallo, sea que se produjere o no la nulidad del juicio, constituirá respecto de los jueces que integren el tribunal una nueva infracción que deberá ser sancionada disciplinariamente. Libro Tercero Recursos Título IV Recurso de Nulidad Artículo 372.- Del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta	Sustitúyese en el inciso primero del artículo 344 la palabra “cinco”, la primera vez que aparece, por el vocablo “diez”. Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 372: a) Sustituyese en el inciso segundo la palabra “diez” por “quince”. b) Agréganse los siguientes incisos tercero y final: “No obstante, si el juicio hubiere durado más de cinco días, el recurrente dispondrá
--	--

última, según corresponda, por las causales expresamente señaladas en la ley. Deberá interponerse, por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral.	para la interposición del recurso de un día adicional por cada dos de exceso de duración del juicio. En ningún caso este plazo podrá ser superior a treinta días. Si el vencimiento del plazo para la interposición del recurso coincide con un domingo o festivo, el plazo se diferirá hasta el día siguiente que no sea domingo o festivo.”.
--	--

La primera modificación en comento dispone la ampliación del plazo que tiene el tribunal oral para dictar sentencia definitiva, desde un plazo máximo de cinco días a un plazo máximo de diez días. No hay modificación alguna a los plazos adicionales para los casos en que el juicio oral hubiere durado más de cinco días, ni en las consecuencias del incumplimiento de los plazos por parte del tribunal oral en lo penal.

La segunda modificación incide en el plazo que tienen los intervinientes para deducir recurso de nulidad. En una norma espejo de la que contempla el plazo de dictación de la sentencia definitiva por el tribunal de juicio oral en lo penal, el plazo para interponer recurso de nulidad se aumenta a quince días. Pero, si el juicio oral hubiere durado más de cinco días, este plazo se amplía en un día por cada dos de exceso de los cinco días de juicio. Así, si el juicio oral duró once días, el plazo para deducir recurso de nulidad será de dieciocho días (los quince días originales más tres días, uno por cada dos días de exceso, que en el ejemplo son seis días). Con todo, el plazo máximo para interponer el recurso de nulidad es de treinta días.

Adicionalmente, se incorpora expresamente que, si el vencimiento del plazo coincide con un día domingo o festivo, el plazo se difiere para el día siguiente que no sea domingo ni festivo.

XI.4 Modificaciones a la ley 18.216

LEY N° 18.216, QUE ESTABLECE PENAS QUE INDICA COMO SUSTITUTIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD TITULO PRELIMINAR Artículo 1°. - La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas: a) Remisión condicional.	Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 1° de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad:
---	--

b) Reclusión parcial. c) Libertad vigilada. d) Libertad vigilada intensiva. e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34. f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad. No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 150 A, 150 B, 361, 362, 363, 365 bis, 366 incisos primero y segundo, 366 bis, 372 bis, 390, 390 bis, 390 ter, 391 y 411 quáter del Código Penal; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código. Tampoco procederá respecto de aquellos delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile____. <u>Asimismo, tampoco procederá respecto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, en cumplimiento del deber, exclusivamente, en el marco de funciones de resguardo del orden público, tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, en protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras y funciones de policía, cuando correspondan o cuando se desempeñan en el marco de sus funciones fiscalizadoras.</u> En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas	1) En el inciso segundo: a) Agrégase entre la expresión “150 B,” y el guarismo “361” la expresión “293,”. b) Agrégase, a continuación de la expresión “Gendarmería de Chile”, lo siguiente: “, o de funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia. En estos últimos dos supuestos, cuando los delitos se cometan mientras el funcionario ejerce funciones de resguardo del orden público, de protección de la infraestructura crítica, de resguardo de fronteras y/o funciones de fiscalización”. c) Suprímese el siguiente texto: “Asimismo, tampoco procederá respecto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, en cumplimiento del deber, exclusivamente, en el marco de funciones de resguardo del orden público, tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, en protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras y funciones de policía, cuando correspondan o cuando se desempeñan en el marco de sus funciones fiscalizadoras.”. 2) Suprímese en el inciso tercero la frase “, a menos que les hubiere sido reconocida
---	--

sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, <u>a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000.</u> <u>De la misma forma, no procederán las penas señaladas en el inciso primero o en el artículo 33 tratándose de los autores del delito consumado previsto en el artículo 293 del Código Penal, salvo respecto a quienes hayan cooperado eficazmente con la investigación.</u> Tampoco podrán imponerse las penas establecidas en el inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos contemplados en la ley N° 17.798, <u>salvo que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista en el artículo 17 C de dicho cuerpo legal.</u> Tratándose de simples delitos previstos en dicha ley <u>y no encontrándose en el caso del inciso anterior</u>, sólo procederán las penas sustitutivas de reclusión parcial y libertad vigilada intensiva. Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código.	la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000”. 3) Suprímese el inciso cuarto, pasando los actuales incisos quinto, sexto y séptimo, a ser incisos cuarto, quinto y sexto, respectivamente. 4) Elimínase en el actual inciso quinto, que ha pasado a ser inciso cuarto, la frase “; salvo que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista en el artículo 17 C de dicho cuerpo legal”. 5) Suprímese en el actual inciso sexto, que ha pasado a ser inciso quinto, la frase “y no encontrándose en el caso del inciso anterior”. 6) Incorpórase el siguiente inciso séptimo, nuevo: “No regirán las prohibiciones dispuestas en los incisos anteriores respecto de quienes se les hubiere reconocido la circunstancia atenuante de cooperación eficaz, cuando ésta fuere procedente de conformidad con la ley.”.
--	---

Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito. Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33.	
---	--

La primera modificación que se introduce a la ley 18.216, es que se incorpora en el listado de delitos que no admite la concesión de penas sustitutivas ni pena mixta a los autores del delito consumado de asociación criminal del artículo 293 del Código Penal. Esta exclusión ya estaba contemplada en inciso cuarto del artículo 1° de la Ley 18.216, pero, a fin de establecer una norma única con relación a la cooperación eficaz, se eliminó este inciso y se incorporó el numeral 293 al listado del inciso segundo.

La segunda modificación es que, se incorpora como exclusión en la concesión de penas sustitutivas y de la pena mixta a los autores de delitos consumados contra la vida y la integridad física de funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, *“cuando los delitos se cometan mientras el funcionario ejerce funciones de resguardo del orden público, de protección de la infraestructura crítica, de resguardo de fronteras y/o funciones de fiscalización”*. La modificación tiene por objeto corregir la norma vigente, cuyo texto literal daba a entender que se excluía la posibilidad de imponer penas sustitutivas a los funcionarios de la Fuerzas Armadas, en vez de a los que cometían delitos en su contra.

Cabe aquí hacer presente que, tratándose de delitos contra la vida o integridad física de Carabineros y PDI, la exclusión parece producirse, conforme al texto de la norma, por el mero hecho de ser la víctima policía – asumiendo que el condenado tiene conocimiento de esta calidad – sin importar si el funcionario está ejerciendo sus funciones, de servicio, o no lo está. En cambio, tratándose de funcionarios de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia, se explicita que estos funcionarios deben estar ejerciendo funciones de resguardo del orden público, de protección de infraestructura crítica, de resguardo de fronteras y/o funciones de fiscalización. Este último requisito debe exigirse, no obstante, también respecto de delitos contra las policías, pues de otro modo la norma carece de sentido: no se entiende por qué el marido o mujer que maltrata a su esposo(a) carabinero en la casa deba estar completamente excluido de toda pena sustitutiva, cuando el rol aquí nada tiene que ver con el ilícito en cuestión.

Importante es consignar que, durante la discusión parlamentaria, al momento de discutirse el alcance de la expresión “servicios de la dependencia de las Fuerzas Armadas y de Orden”, se pensó, fundamentalmente, en el personal de Policía Marítima y de la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil (DGAC), particularmente, en este último caso, a raíz de un robo con homicidio de un funcionario de la DGAC, ocurrido en el Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

La tercera modificación dice relación con que, tratándose de aquellos delitos excluidos de la posibilidad de otorgamiento de penas sustitutivas y penas mixtas en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley, se establece una contra excepción general. A pesar de tratarse de delitos excluidos y de que se trate del autor del delito consumado, las penas sustitutivas y la pena mixta procederán *“respecto de quienes se les hubiere reconocido la circunstancia atenuante de cooperación eficaz, cuando ésta fuere procedente de conformidad con la ley”*.

Esta norma se debe a que, como se ha señalado anteriormente, se incorporó un capítulo completo en el C.P.P. destinado a regular, de manera general, la cooperación eficaz, y que ha sido examinado previamente en este documento. La contra excepción opera respecto de todas las exclusiones del artículo 1° de la Ley 18.216, tratándose de delitos que admiten cooperación eficaz.

XI.5 Modificación al secreto bancario

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 3, DE 1997, DEL MINISTERIO DE HACIENDA, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, SISTEMATIZADO Y CONCORDADO DE LA LEY GENERAL DE BANCOS Y DE OTROS CUERPOS LEGALES QUE SE INDICAN TITULO XVI Secreto Bancario y otras Normas Artículo 154.- Las operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos en virtud de la presente ley estarán sujetas a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Las demás operaciones quedarán sujetas a reserva y los bancos en virtud de la presente ley solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente. Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los casos en que la Comisión, en virtud de lo establecido en el numeral 35 del artículo 5 de la ley N° 21.000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, deba remitir antecedentes a la Unidad de Análisis Financiero, pudiendo en dichos casos enviarle la información bancaria sujeta a reserva que le fuere necesaria a dicha Unidad para evaluar el inicio de uno o más procedimientos	
---	---

administrativos en los términos señalados en el Título II de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero.

Asimismo, con el objeto de evaluar la situación del banco y sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del presente artículo, éste podrá dar acceso a firmas especializadas del detalle de las operaciones que allí se señalan y sus antecedentes. Dichas entidades quedarán sometidas a la reserva establecida en el precitado inciso y deberán estar aprobadas por la Comisión e inscritas en el registro de carácter público que la Comisión abrirá para estos efectos.

La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario.

Los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, podrán asimismo examinar o pedir que se les remitan los antecedentes indicados en el inciso anterior, que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo_____.

Con todo, en las investigaciones seguidas por los delitos establecidos en los artículos 27 y 28 de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero, los fiscales del Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, otorgada por resolución fundada dictada en conformidad con el artículo 236 del Código Procesal Penal, podrán requerir la entrega de todos los antecedentes o copias de documentos sobre depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza, de personas, comunidades, entidades o asociaciones de hecho que sean objeto de la investigación y que se relacionen con aquélla.

En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Comisión.

Salvo lo dispuesto en otras leyes que contemplen procedimientos especiales, los antecedentes sujetos a secreto o reserva que se requieran a un banco fiscalizado en virtud de lo dispuesto en este artículo deberán ser entregados por éste dentro del plazo de diez días hábiles bancarios, contado desde la recepción de la solicitud del titular o a quien éste autorice, en el caso del secreto; o bien, desde que se encuentren acreditados los requisitos establecidos en el inciso segundo de este artículo para efectos de la información

Intercálase en el inciso sexto del artículo 154 del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, entre el vocablo “cargo” y el punto y aparte, la siguiente frase:

“, los que deberán ser entregados en el plazo máximo de cinco días corridos en el formato en que éstos sean solicitados, sin perjuicio de establecer contactos de emergencia que operen en forma continua para casos urgentes”.

sujeta a reserva. Con todo, si así lo solicitare el banco requerido, la Comisión podrá prorrogar dicho plazo por diez días hábiles bancarios adicionales cuando la naturaleza, antigüedad y/o volumen de la información solicitada así lo justificare. La omisión total o parcial en la entrega de dichos antecedentes podrá ser sancionada por la Comisión de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36 y siguientes de la ley N° 21.000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero.	
--	--

La modificación que se introduce persigue un solo objetivo. Se trata que, en aquellos casos en que, autorizado por el juez de garantía, el fiscal requiera que se le remitan antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de imputado en la causa, los antecedentes requeridos *“deberán ser entregados en el plazo máximo de cinco días corridos en el formato en que éstos sean solicitados, sin perjuicio de establecer contactos de emergencia que operen en forma continua para casos urgentes”*.

Como es obvio, la norma fue introducida en la ley a petición del Ministerio Público, y su fundamento fue que, en más de algún caso los antecedentes requeridos se demoraban en exceso en ser remitidos, entregados o puestos a disposición de la Fiscalía y, en algunos casos, venían en formatos o programas computacionales que sólo mantenía o manejaba la respectiva institución financiera.

XI.6 Modificaciones a la Ley N° 19.770, sobre Registros de ADN

LEY NUM. 19.970 CREA EL SISTEMA NACIONAL DE REGISTROS DE ADN	
Artículo 6°.- Registro de Imputados. El Registro de Imputados contendrá las huellas genéticas de quienes hubieren sido imputados de un delito, determinadas sobre la base de muestras biológicas obtenidas en conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Penal y en el artículo 17 de esta ley.	Agrégase, en el artículo 6°, el siguiente inciso segundo: “En todo caso, si se tratare de un imputado que se encuentra en situación migratoria irregular, a cuyo respecto se haya formalizado investigación por un crimen o simple delito, el tribunal podrá disponer, previa solicitud del Ministerio Público, la incorporación de su huella genética en el registro de imputados del Sistema.”.

Artículo 17.- Incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados. Cuando, por sentencia ejecutoriada, se condenare por alguno de los delitos previstos en el inciso siguiente a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el procedimiento criminal, se procederá a incluir la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados. Si no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, en la sentencia condenatoria el tribunal ordenará que se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados. Lo anterior sólo tendrá lugar cuando se condenare al imputado por alguno de los siguientes delitos: a) los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N°s. 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N° 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 443, 443 bis, 448 bis, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal; b) los previstos en los Párrafos 1º, 5º, 6º, 6º Art. 8 bis y 7º del Título VII y 1º y 2º del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, y c) elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista. En todo caso, el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, y en consideración a los antecedentes personales del condenado, así como a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, podrá ordenar en la sentencia la práctica de las mismas diligencias de toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas respecto de un condenado a pena de crimen que no se encontrare en las situaciones previstas en el inciso precedente.	a) En el literal a): i. Intercálase, entre la expresión “150 B,” y el guarismo “296”, lo siguiente: “292, 293,”. ii. Intercálase, entre la expresión “403 bis,” y el guarismo “433”, lo siguiente: “411 bis, 411 ter y 411 quáter,”. iii. Intercálase, entre la expresión “436 inciso primero,” y el guarismo “440”, lo siguiente: “438,”. b) Incorpórase, en el literal c), entre la expresión “o delito terrorista” y el punto y aparte, la siguiente frase: “, o los delitos contemplados en la Ley sobre Control de Armas”.”.
--	--

Se incorporan como delitos en los cuales es procedente la toma de muestras de ADN los siguientes:

- Asociación criminal del artículo 292 del Código Penal
- Asociación delictiva del artículo 293 del Código Penal
- Tráfico de migrantes del artículo 411 bis del Código Penal
- Promoción o facilitación de entrada o salida del país para el ejercicio de la prostitución del artículo 411 ter del Código Penal

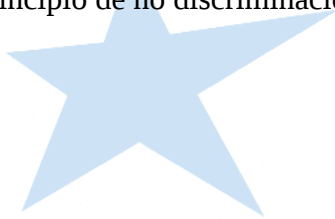
- Aprovechamiento de vulnerabilidad de la víctima para su explotación sexual o trabajos forzados del artículo 411 quáter del Código Penal
- Extorsión del artículo 438 del Código Penal
- Todos los delitos contemplados en la Ley 17.798, sobre control de armas.

Además, se faculta al fiscal a solicitar al juez la incorporación de la huella genética al Registro de imputados del sistema de quienes sean formalizados por crimen o simple delito, cuando se encuentren en situación migratoria irregular.

Respecto de quiénes se encuentran en situación migratoria irregular, este documento se remite a lo expuesto en el capítulo II “Modificación a Medidas Cautelares”

No hay limitación a los simples delitos y crímenes por los cuales haya sido formalizado del migrante en situación irregular. Pero el requisito base es que sea “*formalizado*” Por ende, quienes sean requeridos en procedimiento simplificado, sin haber sido formalizados previamente, no pueden ser objeto de este registro de huella genética.

Es dudosa la constitucionalidad de esta norma, tanto desde el punto de vista formal, como de fondo. Desde el punto de vista formal, porque al parecer en la tramitación de la ley no se consideró que esta norma fuera norma de ley orgánica constitucional, lo que parece debió considerarse, desde el momento en que modifica las facultades de los tribunales de justicia, al otorgarles la nueva facultad de ordenar el registro de huella genética para imputados migrantes en situación irregular. Desde el punto de vista de fondo, porque su inclusión representa una vulneración clara a las normas constitucionales sobre igualdad ante la ley y al principio de no discriminación.



Defensoría
..... Sin defensa no hay Justicia