

**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPTO. DE CIENCIAS PENALES

# **“EL ARREPENTIDO COLABORADOR CON LA JUSTICIA”.**

Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autores

**RENÉ ARMIJO LOBOS.**  
**ANDRÉS NEIRA HURTADO.**

Profesor Guía: EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR

**Santiago, diciembre de 2004**



..	1
<b>INTRODUCCIÓN .</b>	<b>3</b>
<b><u>Capítulo I. EL ARREPENTIDO COLABORADOR CON LA JUSTICIA. .</u></b>	<b>7</b>
<b>A.- Concepto, fundamento, y elementos de la figura. . .</b>	<b>7</b>
1.- Concepto. . .	7
2) Fundamento. . .	8
3) Elementos. . .	9
<b>B. Naturaleza Jurídica. . .</b>	<b>13</b>
<b>C.- Reseña histórica de la colaboración eficaz. . .</b>	<b>15</b>
<b><u>CAPITULO II. LA COLABORACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. .</u></b>	<b>19</b>
<b>A. Derecho europeo continental . . .</b>	<b>20</b>
1.- España . . .	20
2.- Italia . . .	23
3.- Francia . . .	30
4.- Alemania . . .	31
<b>B. Derecho Anglosajón. . .</b>	<b>33</b>
a.- La declaración de culpabilidad o “plea bargaining”. . .	34
b.- La concesión de inmunidad o “ <i>State’s evidence</i> ”. . .	34
<b>C. Derecho latinoamericano . . .</b>	<b>36</b>
<b><u>Capítulo III. LA COLABORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA. .</u></b>	<b>49</b>
<b>A.- Normas que reconocen y regulan la delación compensada en Chile. . .</b>	<b>49</b>
1.- Código Penal . . .	49
2.- Ley sobre Seguridad del Estado N° 12.927. . .	61
3.- Ley de Conductas Terroristas N° 18.314 . . .	62
4.- Ley sobre Arrepentimiento Eficaz N° 19.172. . .	64
5.- Ley 19.366 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes. . .	67
6.- Código Tributario y Circular N° 1/2004 SII sobre Arrepentimiento Eficaz <sup>91</sup> . . .	83

7.- Proyecto de ley que establece beneficios por la entrega de información en procesos por violaciones a los derechos humanos. . .	85
8.- Colaboración y el Procedimiento Abreviado del Nuevo Código Procesal Penal. .	88
<b>Capítulo IV. Análisis Constitucional de la figura del Colaborador. . .</b>	<b>93</b>
1) Principio de no autoincriminación: . .	94
2) Principio de inocencia: . .	96
3) Principio de Igualdad ante la Ley. . .	99
<b>Conclusiones. . .</b>	<b>105</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .</b>	<b>109</b>
Bibliografía general y especializada .	109
TEXTOS LEGALES Y PROYECTOS DE LEY. . .	111
OTROS: .	112
<b>ANEXOS: . .</b>	<b>115</b>
I Jurisprudencia. .	115
II Entrevistas. .	123
III Declaración de cooperación eficaz. <sup>114</sup> . .	143

<sup>91</sup> Deroga Circular SII N°36 del año 2000.

<sup>114</sup> En atención a la naturaleza de la siguiente declaración y del fin únicamente didáctico de su transcripción se han cambiado nombres, apodos, fechas y lugares por otros ficticios o derechamente se han omitido.

---

*A nuestros padres*



# INTRODUCCIÓN

El derecho penal moderno no se limita a la dogmática, se interesa también por las consecuencias del hecho delictivo. La política criminal <sup>1</sup> guía las decisiones que toma el poder político y proporciona a su vez los argumentos para criticar esas decisiones, mediante el análisis de la realidad social, proponiendo soluciones y también vías alternativas al derecho penal vigente.

En el cumplimiento de su objetivo, la política criminal estatal debe tener presente factores como las deficiencias del sistema judicial, el descontento social y en especial, las nuevas formas de criminalidad, tanto convencionales como no convencionales. La primera es la delincuencia tradicional u ordinaria, que puede actuar en forma individual o concertada, y que se puede percibir en las calles, como son a modo de ejemplo los hurtos, robos, homicidios, lesiones, etc.

La criminalidad no convencional es una actividad realizada por asociaciones de individuos o grupos estructurados, disciplinados y que se autoperpetúan en el tiempo, unidos por el propósito de obtener ganancias o ventajas monetarias o comerciales, usando para el logro de sus fines métodos como la intimidación, corrupción, terrorismo, sobornos, donaciones, extorsiones, amenazas, ataques a otros miembros del crimen

---

<sup>1</sup> Para FRANZ VON LISZT la Política Criminal es “el arte de enjuiciar críticamente al Derecho Penal en vigor y de realizar su reforma o modificación, de acuerdo a los datos proporcionados por la ciencia sobre la forma y recursos más adecuados para combatir el delito”. VON LISZT, FRANZ, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, pág. 7, citado por CURY, ENRIQUE, “Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, segunda edición, 1994, pág. 96.

organizado, vinculación con el poder político, inversión en negocios inmobiliarios, infiltración en negocios legítimos, usura, etc. Este tipo de criminalidad va aparejada con el desarrollo económico, social y político de los Estados, lo cual ha motivado una discusión en foros internacionales, así, el “Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada” de marzo de 1999, considera grupo criminal organizado “a un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo”<sup>2</sup>, es decir vemos una organización con un elemento de permanencia que a través del delito persigue fines de lucro o simplemente poder.

Otro ejemplo de la efectiva discusión que se plantea al respecto se materializa en el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest en septiembre de 1999, que al ocuparse de “Los sistemas de justicia penal ante el desafío del crimen organizado” llegó a definir las características de este fenómeno<sup>3</sup>:

La división del trabajo y la disolución de la responsabilidad individual en el seno de la organización (planificación-ejecución).

La fungibilidad de los individuos.

El secreto<sup>4</sup>.

La mezcla de actividades legítimas e ilegítimas.

La capacidad de neutralizar los esfuerzos de aplicación de la ley (a través de medidas como la intimidación o corrupción).

La capacidad de transferencia de las ganancias.

La criminalidad organizada comprende los delitos de cuello blanco, el abuso de poder público, los delitos electrónicos, los delitos tributarios, el lavado de dinero, el narcotráfico, la prostitución, la pornografía, pudiendo abarcar sólo una clase de delitos o ser de carácter multidisciplinario e interactuar coordinadamente con otras organizaciones criminales especializadas en esos otros tipos de delitos. Ejemplo clásico de ello son las alianzas entre grupos terroristas y carteles de traficantes de droga, fenómeno muy frecuente en aquellos países de Latinoamérica que viven en un permanente estado de “guerra de guerrillas” como las F.A.R.C.<sup>5</sup> en Colombia.

El crimen organizado se estructura verticalmente en forma piramidal, lo que muchas

---

<sup>2</sup> **BLANCO CORDERO y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ**, “Principales instrumentos internacionales relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y de los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio”, en AA. VV., Criminalidad Organizada, Univ. de Castilla La Mancha, 1999, págs. 17 y ss.

<sup>3</sup> **ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL**, Carta Informativa, N° 2, 1999, pág. 91. <sup>4</sup> Sin perjuicio de que el terrorismo se reviste de una gran publicidad, para provocar efectos en la sociedad.

<sup>4</sup>

<sup>5</sup> Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.



veces imposibilita que sus integrantes se conozcan, a la vez que todo se maneja en un estricto secreto que los italianos denominan “*omertà*” o ley del silencio, lo cual dificulta enormemente su desarticulación.

A la par del crecimiento del comercio internacional ha surgido la llamada delincuencia transnacional organizada <sup>6</sup>, que es el producto de las infracciones cuyo inicio, consumación o efectos directos, abarca a más de una jurisdicción nacional. Generalmente, parte de las operaciones se realizan a nivel local, (por ejemplo, cultivo y procesamiento de la droga) y parte a nivel internacional (distribución de drogas, lavado del dinero). A su vez la delincuencia transnacional organizada también puede ser de carácter convencional o no convencional.

Gran parte del problema que genera la criminalidad no convencional deriva de que la Teoría del Delito, como instrumento de análisis básico del Derecho penal, responde a una estructura individual, en el que la idea central es la del individuo que ataca a otro individuo, obviando el estudio del fenómeno delictual asociativo.

Este error de enfoque ha llevado a la creación de nuevas técnicas de investigación para combatir la delincuencia asociativa, que muchas veces corresponden a la adopción de modelos de derecho comparado, que fueron a su vez fruto de legislaciones de emergencia. Así surgieron la figura del colaborador o arrepentido, el agente encubierto o infiltrado y el provocador, además de la entrega vigilada de droga.

Es precisamente la figura del arrepentido, informador o colaborador con la justicia, el objeto de nuestro estudio para lo cual hemos dividido nuestro trabajo en cuatro capítulos, conclusiones y anexos consistentes en jurisprudencia y entrevistas.

En el primero abordaremos el concepto, fundamento y elementos de la figura, su naturaleza jurídica, y origen histórico.

En el capítulo II haremos un detallado análisis de la figura del colaborador en el Derecho Comparado europeo continental, anglosajón, y latinoamericano.

En el capítulo III expondremos la legislación chilena que recoge la figura en estudio, desde las atenuantes genéricas que establece el Código Penal, las leyes especiales que la contemplan, y el proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso sobre rebaja de pena por entrega de información en procesos por violación de DD.HH.

El capítulo IV contempla un análisis crítico a nivel constitucional de la colaboración en relación con los principios de no autoincriminación, presunción de inocencia, igualdad ante la Ley, defensa en juicio, y debido proceso.

Finalmente presentaremos nuestras conclusiones, y en un anexo, acompañaremos, en primer lugar, extractos de una serie de fallos de nuestros tribunales de justicia que han aplicado o rechazado los beneficios que otorgan las distintas figuras de cooperación, en segundo lugar, cuatro entrevistas efectuadas a destacados actores del ámbito académico, estatal, policial y judicial: doña María Inés Horvitz Lennon, doña María Teresa Muñoz Ortúzar, don Iván Villanueva Berindoague y don Juan Guzmán Tapia, quienes nos comentarán su experiencia y opinión sobre la figura del colaborador, agradeciéndoles por

<sup>6</sup> Las O.N.U. adoptó el 15 de noviembre del 2000 la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

habernos dado un espacio en su apretada agenda y en tercer lugar transcribimos, con los debidos resguardos, una declaración de cooperación eficaz.

# Capítulo I. EL ARREPENTIDO COLABORADOR CON LA JUSTICIA.

## A.- Concepto, fundamento, y elementos de la figura.

### 1.- Concepto.

El Diccionario de la Real Academia Española (R.A.E.) define el término *colaborador*<sup>7</sup> como sinónimo de contribuir, es decir, “*ayudar con otros al logro de algún fin*”. La palabra *arrepentido* no figura en ese texto, sólo aparece *arrepentida*<sup>8</sup>, aludiendo a la mujer que, “*arrepintiéndose de su vida anterior se encierra en un monasterio a vivir religiosamente*”. Sin embargo, aparece *arrepentimiento*, que la R.A.E. define como: “*el que manifiesta el reo en actos encaminados a disminuir o reparar el daño de un delito, o a facilitar su castigo. Es circunstancia atenuante*”.

<sup>7</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001. Pág. 584.

<sup>8</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op.Cit. Pag.214.

A priori, y a fin de proceder al análisis de sus elementos, podemos definir a la colaboración o arrepentimiento eficaz como *“aquella conducta del sujeto incurso en un delito que, obrando conjuntamente con la autoridad, entrega antecedentes precisos, verídicos y comprobables que permiten disminuir o reparar el daño causado, determinar el cuerpo del delito o sus autores, cómplices o encubridores, facilitar su castigo, impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad, el secuestro o la incautación de los bienes producto del delito, y por lo cual se le beneficia, por razones de política criminal con la reducción o exención de la pena”*.

### ¿Arrepentido?

Al crear esta figura el legislador llama solapadamente *“arrepentido”* a quien es en verdad un delator.

Delación viene del latín *“delatio”* y significa acusación o denuncia. El Diccionario de la R.A.E. define *delatar*<sup>9</sup> como el *“revelar a la autoridad un delito, designando al autor para que sea castigado, y sin ser parte obligada del juicio el denunciador, sino por su voluntad”*.

El legislador sabe que el término *delatar* o *delator* resulta poco atrayente y hasta despectivo para quien desea acogerse a los beneficios propuestos, de ahí que prefiere muchas veces llamarle *“arrepentido”*.

El sujeto colabora con la justicia más allá de estar efectivamente arrepentido o no de lo que ha hecho. Por ello creemos que la denominación *“colaborador”* refleja mejor la naturaleza de esta figura y resulta neutra en cuanto a la mayor o menor atracción que presenta para quienes se encuentran en posición de aprovechar sus beneficios.

## 2) Fundamento.

---

Esta figura corresponde a una creación del derecho penal *“premieral”*, que para Eligio Resta es una situación nueva a la cual se enfrenta el Derecho Penal, y por la cual la consecuencia jurídica del hecho criminal, la pena, se atenúa o desaparece a modo de premio por el cambio de conducta del sujeto criminal.<sup>10</sup>

La razón principal para su adopción es que el sistema penal ha perdido su eficacia ante el flagelo de la criminalidad no convencional, que ha tornado insuficientes los métodos tradicionales de investigación, lo que ha hecho necesario actualizar la legislación penal a fin de poder contrarrestarla. Para ello se reelabora la política criminal aceptando figuras jurídicas, que hasta hace un tiempo, eran extrañas a nuestra legislación.

La inclusión de la figura del colaborador, junto a la del agente encubierto y de reserva de identidad, fueron en su momento la respuesta a hechos ocasionales y urgentes

<sup>9</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op.Cit. Pag.741.

<sup>10</sup> RESTA, ELIGIO, “Il diritto penale premierale. Nuove strategie di controllo sociale”, Dei Delitti e delle Pene, Revista di Studi Sociali Storici e Giuridisci sulla Questione Criminale, año I, núm.1, enero-abril de 1983, pp.41 y ss.

mediante la denominada “*legislación de emergencia*”, pero poco a poco han ido encontrando un lugar permanente en la legislación penal actual, la que se “endurece” pues entra en contradicción con ciertas garantías penales de carácter constitucional<sup>11</sup>, produciendo la a veces falsa sensación de que el Estado responde en forma efectiva al fenómeno delictivo no convencional.

La figura del colaborador es empleada por las autoridades para obtener información sobre los integrantes y el funcionamiento de la organización delictiva desde el corazón mismo de éstas, pues el colaborador es uno de sus integrantes.

Su fundamento se encuentra en razones de Política Criminal, y su uso descansa sobre valores como el interés de la justicia, la seguridad pública y la imposibilidad de obtener información de forma diversa, teniendo como fin principal, como ya se ha adelantado, contener los nocivos efectos que la delincuencia organizada produce en la sociedad contemporánea.

Obviamente, y como contrapartida, el colaborador será favorecido de alguna forma, para lo cual la ley contempla incentivos para que coopere con la justicia, con beneficios que según la legislación aplicable van desde la reducción hasta la exención de la pena, teniendo para ello en cuenta también el grado de participación en el hecho delictivo, y la eficacia de la colaboración prestada.

### 3) Elementos.

---

Los elementos de esta figura son los siguientes:

- a.- El colaborador es partícipe en un delito que es generalmente de carácter asociativo;
- b.- Debe brindar información;
- c.- La información que proporcione debe ser significativa;
- d.- Esa información tiene una finalidad de identificación personal o de secuestro de cosas relacionadas con dicho delito, y;
- e.- El colaborador se verá beneficiado en el momento de la sentencia.

**a.- El colaborador es partícipe en un delito que es generalmente de carácter asociativo.**

#### **¿Quién reviste la calidad de partícipe en el delito?**

En los casos en que el sujeto “incurso” en el delito se presenta en forma espontánea ante la justicia, no puede hablarse técnicamente que se trata de un imputado pues el tribunal no le ha dado tal carácter aún, sea porque no se ha iniciado un proceso en su contra, o porque no estaba siquiera sindicado como posible partícipe en éste.

Surge entonces la interrogante de cuáles son los derechos que le asisten al colaborador.

---

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 2ª edición revisada y ampliada, Ediciones Civitas, Madrid, España, 2001, pág. 41.

A nuestro juicio serán los señalados para el inculpado en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal y para el imputado en el artículo 93 del Código Procesal Penal, es decir, podrá hacer valer todos los derechos que estos códigos conceden al inculpado o imputado, de acuerdo al estado procesal de la causa.

**b.- Debe brindar información.**

La que varía en cantidad y calidad según cual sea la colaboración de que se trata.

**c.- La información que proporcione debe ser significativa.**

En los términos que la norma en particular lo requiera, exigencia que muchas veces no es suficientemente explicitada.

Respecto de estos dos últimos elementos surgen la siguientes interrogantes:

**¿En que calidad declara el colaborador?, y por lo tanto ¿Cuál es el valor que se le debe dar a estas declaraciones dentro del proceso penal?**

Como se trata de un inculpado o imputado debería prestar declaración indagatoria, sin embargo ello no sería posible a la luz de la normativa contenida en el Código de Procedimiento Penal, que no permite inducciones de ningún tipo tendientes a impulsar al declarante a confesar, sin perjuicio de ello, perfectamente el inculpado puede prestar colaboración, voluntariamente, en sede policial, colaboración que, al contenerse en el parte policial no debería tener mayor valor que un mero antecedente, conforme al artículo 110 del Código de Procedimiento Penal y para ser considerada en el sistema del Código Procesal Penal, conforme al artículo 340 de dicho cuerpo legal, debe ser verbalizada mediante el testimonio en la audiencia correspondiente:

**Código de Procedimiento Penal:**

**Artículo 323** “ *Es absolutamente prohibido no sólo el empleo de promesas , coacción o amenazas para obtener que el inculpado declare la verdad, sino también toda pregunta capciosa o sugestiva, como sería la que tienda a suponer reconocido un hecho que el inculpado no hubiere verdaderamente reconocido*”.

En el **Código Procesal Penal**, y en forma acorde con su espíritu garantista, se contempla una norma que busca resguardar la voluntariedad de la declaración, y a la vez permite la promesa de ventajas expresamente contempladas en la ley penal o procesal penal:

**Artículo 195 . Métodos prohibidos.** “*Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis. Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados*”.

Tampoco podría declarar como testigo pues depone sobre hechos propios, teniendo

un interés notorio en el resultado del proceso, por lo cual podría ser objeto de una tacha.

Además el **Artículo 213** del Código de Procedimiento Penal prescribe:

**“No se harán al testigo preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará coacción, promesa, engaño ni artificio alguno para obligarlo o inducirlo a declarar en determinado sentido”.**

Tampoco es correcto darle a la declaración del colaborador el tratamiento jurídico de una confesión o un mero testimonio. En realidad nos encontraríamos frente a una declaración *sui generis*, asimilable a la prueba testimonial, por la validez que puede asignarse a la declaración, pero no se trata de un mero testigo, ya que se encuentra exento de la obligación de decir la verdad que sí pesa sobre aquél, por lo cual y al momento de adquirir el juez la convicción requerida deberá actuar con especial prudencia y mesura en la valoración de sus dichos.

En este punto, se podría pensar que esta figura vulnera tanto el principio de no autoincriminación como el principio de inocencia<sup>12</sup>, ya que el imputado coaccionado o inducido al menos a prestar colaboración, aportará pruebas a través de una declaración viciada que no podría servir de prueba de cargo tanto en contra de él mismo, como respecto de un tercero delatado, pues se trataría de prueba ilícita, obtenida mediante una coacción sobre el colaborador, y, aplicando la regla de exclusión probatoria, que no podría ser utilizada para incriminar a otro.

Sin embargo, no puede negarse el valor probatorio de una declaración prestada en estas condiciones, pero el tribunal que lleva adelante la investigación deberá corroborar los dichos del colaborador, pues estos no bastan por sí solos para fundar una acusación, sino que deben ser valorados a la luz de otras probanzas con que cuente el tribunal.

Al efecto cabe citar el artículo 276 del Código Procesal Penal que contiene una norma de exclusión de prueba para el juicio oral, disponiendo en su inciso tercero que *“el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”*, por ejemplo, cabría preguntarse la licitud de una colaboración sin que se haya advertido de sus derechos al imputado colaborador conforme al artículo 93 a) del mismo cuerpo legal. Este examen de admisibilidad se lleva a cabo durante la audiencia de preparación del juicio oral, donde participa el Ministerio Público, el Defensor y demás intervinientes, correspondiendo la decisión respectiva al Juez de Garantías.

Recapitulando, se ha de reconocer valor probatorio a la declaración de colaboración y podrá, siempre que no se infiera de su contenido incriminatorio o de las circunstancias concurrentes, la animosidad de venganza, odio, obediencia a un tercero, ventaja propia, ánimo exculpatorio, u otro similar que reste credibilidad a lo afirmado, dándole el carácter de prueba testimonial, puesto que sirve para aportar datos de hechos de los que se tiene conocimiento personal adquirido fuera del procedimiento, los cuales servirán como medio de prueba en el mismo.

Cabe destacar en este punto una sentencia del Tribunal Supremo Español<sup>13</sup>, que

---

<sup>12</sup> En el Capítulo IV de este trabajo efectuaremos un análisis más detallado de los principios constitucionales involucrados.

nos señala factores que un tribunal debe considerar al momento de valorar las declaraciones del colaborador:

a.- La personalidad del delator y las relaciones que mantuviere con el delatado;

b.- Un riguroso examen acerca de móviles ocultos, como el odio personal, la venganza, el resentimiento, el soborno, promesa de trato procesal más favorable, etc., que permitan tildar de falso el testimonio o despojarle de su credibilidad.

c.- No puede concederse valor a la declaración inculpatoria que se haya prestado con ánimo de exculpación.

Cabe señalar que algunos autores<sup>14</sup> entienden que el valor de la colaboración debe ser el de una *notitia criminis* (denuncia), frente a la cual el tribunal debe proceder a comprobar con la mayor exactitud posible, la veracidad de ésta y una vez probada derivará la real participación del sujeto delatado.

Esta doctrina razona sobre el hecho de que con la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia y de seguridad jurídica que inspira todo sistema democrático, se corre el riesgo de que cualquier delincuente al ser interrogado manifieste que en la preparación o ejecución del delito le ayudó una persona, que en realidad no participó en los hechos, si sólo por eso puede ser sometido a las molestias que acarrea todo proceso penal, todos estamos expuestos a ese grave peligro.

A nuestro juicio, si se le otorga el mero valor de *noticia criminis* a la declaración del colaborador, se desvirtúa el fin perseguido por la institución, desintegrando al grupo criminal a través de la información proporcionada por éste, en razón de que el tribunal será más benigno al momento de fijar la pena, beneficio que no se ofrece para el caso de una simple denuncia, y debido a ello el delincuente no tendrá incentivo para prestar declaración.

#### **Momento procesal de la Colaboración.**

La colaboración podrá prestarse durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación, es decir, aún cuando no se ha formado causa penal, pudiendo incluso dar inicio a ella.

Aún más, si el sujeto ya prestó indagatoria, puede declarar nuevamente a objeto de colaborar con la autoridad. Poder declarar cuantas veces quiera es precisamente uno de los derechos que le confiere el principio de defensa en juicio, y así se lo reconoce tanto el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal como el artículo 93 del Código Procesal Penal:

**Artículo 336** *“El inculpado podrá declarar cuantas veces quisiere y el juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa”.*

<sup>13</sup> ESPAÑA, Tribunal Supremo Español, Sentencia 1371 de 24 de febrero de 1992.

<sup>14</sup> En España: VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS, “Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal: estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español”, Barcelona, Editorial Bosch, 1984, p.135; QUINTANAR DIEZ, MANUEL, “La Justicia Penal y los denominados arrepentidos”, Editorial Edersa 1996, p.345. En Italia: MANZINI, VICENZO, “Tratatto di Diritto Processuale Italiano”, Turín, Ediciones UTET, 1981.



**Artículo 93 Derechos y garantías del imputado.** *“Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.*

*En especial, tendrá derecho a:*

d) Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;”

Ello sin perjuicio de que durante la etapa de investigación, el imputado está obligado a comparecer ante el Fiscal:

**Artículo 193 inciso 1º:** Comparecencia del imputado ante el ministerio público. *“Durante la etapa de investigación el imputado estará obligado a comparecer ante el fiscal, cuando éste así lo dispusiere”.*

**d.- Esa información tiene una finalidad de identificación personal o de secuestro de cosas relacionadas con dicho delito.**

**e.- El colaborador se verá beneficiado en el momento de la sentencia.**

Analizaremos con detención estos dos últimos elementos al ver cada una de las figuras legales de colaboración.

## B. Naturaleza Jurídica.

Existen casos en que un hecho que reviste caracteres de delito, puede, respecto de uno o más de sus partícipes, llegar a quedar impune, exento de castigo, sin que estemos frente a un hecho que sea atípico, nique esté amparado por causal de justificación o exculpación.

A este tipo de exenciones en general se les suele encasillar bajo la denominación de *“excusas absolutorias”*, que es una especie de cajón de sastre donde caen todas las exenciones que no encajan dentro de las categorías más propias de causas de inculpabilidad o causas de justificación, si bien con el correr de los años las que un día aparecieron con aquella denominación pasaron al campo de las causales de exclusión de la antijuridicidad y culpabilidad.

El profesor Enrique Cury define dichas excusas como *“situaciones en las cuales el derecho renuncia a la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable, por razones de utilidad social (o político-criminales)”*<sup>15</sup>.

La doctrina clásica respecto de figuras como el desistimiento (tentativa, conspiración y proposición, artículo 8 del Código Penal) o el arrepentimiento (artículo 129, sometimiento de los sublevados; artículo 192, delación de falsificadores y **artículo 295**, delación de los miembros de asociaciones ilícitas), le atribuye el carácter de una excusa legal absoluta.

---

<sup>15</sup> CURY, ENRIQUE, Derecho Penal, Parte General, 2ª edición reimpressa 1997. tomo II, pág. 97.

Si analizamos la colaboración desde el marco de la Teoría del Delito podríamos concluir que la figura del arrepentido o colaborador si se inscribe dentro de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad negativas, más conocidas como excusas absolutorias, desde que permiten la exención de pena aún mediando un delito consumado, y se le excusa por razones que el legislador ha creído loables desde un punto de vista político criminal.

Las excusas absolutorias tienen caracteres comunes que las alejan de las causas de justificación y de las de inculpabilidad, pero presentan variadas fisonomías y se debe evitar una teorización general, porque ello puede conducir a identificar los efectos de todas ellas cuando en realidad responden a muy distintas razones y fundamentos. No obstante ello, Zaffaroni, que plantea que las excusas absolutorias no existen como tales, diferencia las causas que excluyen la penalidad de las que la cancelan. Así, la colaboración podría inscribirse dentro de las causas que cancelan la penalidad, dado que opera impidiendo la aplicación de una pena con motivo de circunstancias posteriores a la comisión del hecho delictivo, a diferencia de las causas que excluyen la penalidad ya que en estos casos las circunstancias preexisten y deben encontrarse presentes al momento del hecho. La naturaleza de la excusa absoluta es impedir la aplicación de una pena en atención a intereses considerados preponderantes para el Estado que la actuación de la ley penal pondría en jaque. Ninguna pena debería aplicarse, sea privativa de libertad, multa o inhabilitación, pues si así se hiciera la finalidad perseguida por la excusa absoluta quedaría burlada. Al colaborador no se le plantea ese panorama pues las penas accesorias como la inhabilitación no pueden ser evitadas y la pena privativa de libertad será reducida o eximida a criterio del juez, sin que dependa sólo de él su concreción.<sup>16</sup>

Para el profesor Etcheberry las excusas absolutorias tienen un carácter eminentemente personal, pues ante una pluralidad de partícipes, y si sólo uno se beneficia de ella, la responsabilidad penal se mantiene íntegra para los demás que intervinieron en el delito, sin que deban confundirse con las “*causas personales o de exclusión de la pena*”<sup>17</sup>, diferentes de las excusas absolutorias y que producen la exclusión de la acción del ámbito de la antijuricidad y de la culpabilidad, además sin dar lugar a responsabilidad civil; un ejemplo sería el caso de las inmunidades diplomáticas<sup>18</sup>; por otro lado, no exime de la responsabilidad civil emanada del delito, lo que demuestra que el acto es antijurídico y que el autor es culpable. “En suma, el delito existe; lo que ocurre es que su consecuencia natural, que es la responsabilidad penal, no se produce”<sup>19</sup>; luego discrepa de la doctrina clásica, el arrepentimiento no constituiría excusa legal absoluta en razón de que, como ya se indicó, no impide que nazca la responsabilidad

<sup>16</sup> ZAFFARONI, EUGENIO. Manual de Derecho Penal, Parte General, sexta edición, Editorial Buenos Aires, Argentina, 1988.

<sup>17</sup> MAURACH, 35, V, B, 3, a), págs. 9 y 91, quien distingue entre excusas absolutorias y causas de exclusión de pena, citado por CURY, ENRIQUE, Op. Cit. Pag.97.

<sup>18</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, Derecho Penal, Parte General, tomo II, 3ª edición reimpresa, Editorial Jurídica de Chile, pág. 11.

<sup>19</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, Op. Cit., pág. 10.

penal, poniéndole término en forma sobreviniente, siendo una causal de extinción de la responsabilidad<sup>20</sup>.

Los profesores Cury y Etcheberry si concuerdan en un caso típico e indiscutido de excusa absolutoria, el contenido en el artículo 489 del Código Penal que establece una exención de responsabilidad criminal respecto de delitos de hurto, defraudaciones y daños que recíprocamente se causen personas con vinculación parental o matrimonial, de allí deriva el carácter personal de la excepción.

## C.- Reseña histórica de la colaboración eficaz.

La historia reciente del derecho penal europeo y latinoamericano no debe llevarnos a pensar que la figura de la colaboración corresponde a una creación inédita. Podría pensarse que corresponde a una idea absoluta de los legisladores de los últimos treinta años, pero podemos encontrar varios ejemplos de normas de colaboración, ya en la República Romana, pasando por la época medieval, en la cual los tribunales de la Inquisición, con el objeto de combatir la herejía, consideraban lícito prestar atención al testimonio de excomulgados o de cómplices.

En el derecho histórico anterior a la codificación tenemos ejemplos de su uso en “Las Partidas”, y en las Pragmáticas de Felipe IV o Carlos III.

Se comienza a hablar posteriormente, en Italia, de un “*derecho penal premial*”<sup>21</sup>, en virtud del cual la norma jurídica tiene que tratar de lograr su objeto de protección no solo por la vía de imposición de castigos, sino además, mediante premios, mejoramientos o favorecimientos.

Ésta, repetimos, es una práctica muy difundida. Casi no hay antecedente, no hay legislación comparada donde de una u otra manera no se filtre esta tendencia a establecer mecanismos para favorecer a lo que los ingleses llaman “testigo de la corona”<sup>22</sup>.

Dicha práctica colisiona, en épocas de formación del derecho penal moderno, con el espíritu liberal, en plena época de auge del Iluminismo, en que empieza a consolidarse lo que después va a ser el movimiento que conduce a la revolución francesa y al establecimiento de toda la ideología liberal que impregna, después del absolutismo monárquico, al mundo Occidental.

Un punto histórico importante y característico de esta tendencia se produce cuando

---

<sup>20</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, Op. Cit., pág. 12.

<sup>21</sup> RESTA, ELIGIO, Op. Cit. pp.41 y ss., sostiene que el derecho penal premial surge debido a una situación nueva a la cual se enfrenta el derecho penal, por la cual la consecuencia jurídica del hecho criminal, la pena, se atenúa o desaparece a modo de premio por el cambio de conducta del sujeto criminal.

<sup>22</sup> Traducción del Alemán “*kronzeuge*”.

se empieza a forjar el pensamiento científico penal, plasmado en el pensamiento del autor clásico Cesare Beccaria, quien en 1764 comentó la figura del arrepentido o colaborador en los siguientes términos:

*“Ciertos tribunales ofrecen la impunidad al cómplice de grave delito que denuncie a sus compañeros. Tal recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son que la nación autoriza la traición detestable aun entre criminales; porque son menos fatales para una nación los delitos de valor que los de vileza; porque el valor no es frecuente; porque no espera más que una fuerza benéfica y directora que lo haga contribuir al bien público; y la vileza, en cambio, es más común y contagiosa, y cada vez se concentra más en sí misma. Además, el tribunal delata su propia incertidumbre y la debilidad de la ley, que implora la ayuda de quien le ofende. Las ventajas son, el prevenir delitos importantes y que, siendo patentes los efectos y ocultos los autores, atemorizan al público; además, se contribuye a mostrar que quien no guarda fidelidad a la ley, es decir, al público, no es probable que la guarde tampoco al particular. Pareceríame que una ley general que prometiese la impunidad al cómplice delator de algún delito, sería preferible a una simple declaración en un caso particular, pues de ese modo se prevendrían las uniones con el recíproco temor que cada uno de los cómplices tendría a no exponerse más que él mismo; el tribunal no haría audaces a los criminales a quienes en un caso particular se les pide socorro. Una ley tal, sin embargo, debería acompañar la impunidad con el destierro del delator... (sic) Pero en vano me atormento por ahogar en mí el remordimiento que siento al decir que las sacrosantas leyes, el monumento de la confianza pública, la base de la moral humana, autoricen la traición y el disimulo. ¿Qué ejemplo no sería luego para la nación si se faltase a la impunidad prometida y que por doctas cavilaciones se arrastrase al suplicio, para deshonor de la fe pública, a quien hubiera respondido a la invitación de las leyes? No son raros en las naciones tales ejemplos, y por lo mismo no son raros tampoco los que no tienen de una nación otra idea que la de una máquina complicada cuyos engranajes mueve a su talante el más diestro o el más poderoso; fríos e insensibles a todo lo que constituye la delicia de las almas delicadas y sublimes, suscitan con imperturbable sagacidad los sentimientos más caros y las pasiones más violentas tan pronto como les resultan útiles para su fin, tecleando las almas como los músicos sus instrumentos”.*<sup>23</sup>

Como vemos, Beccaria reconoce la existencia de estas prácticas, pero tiene una posición quizás ambigua, pues reconoce como imposible el prescindir de esta herramienta de lucha contra los malhechores, en especial tratándose de delitos que el denomina “importantes”, pero a su vez expresa un enorme remordimiento moral, porque está consciente de la concesión ética que significa que la ley contemple una suerte de transacción con el delincuente, favoreciéndolo con un fin utilitarista.<sup>24</sup>

Carrara señala que hay gobernantes que olvidan todos los principios de moral y de

---

<sup>23</sup> **BECCARIA, CESARE:** “De los delitos y las penas”, capítulo XXXVII, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1974, pág. 279.

<sup>24</sup> **HENDLER, EDMUNDO,** “La justicia penal hoy su crisis a la búsqueda de soluciones”, Editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 114

justicia, pues mientras todos los juristas modernos lanzan maldiciones contra la impunidad prometida a los cómplices de un delito en premio de haber delatado a sus compañeros, tan desesperada medida se mantiene.<sup>25</sup>

Entre los fundadores del derecho premial, el inglés Jeremías Bentham, era partidario de las recompensas ofrecidas por la denuncia de los delitos y de los premios por la delación de los coimputados dado que *“era preferible la impunidad de uno de los cómplices que la de todos”*<sup>26</sup>. Sin embargo, el propio Bentham desnudó uno de los riesgos de las premiaciones al decir que existía el peligro que fuesen una *“invitación al crimen”* y que *“entre muchos criminales, el más malo no solo quedará sin castigo, sino podrá ser también recompensado”*.<sup>27</sup>

Toda esta discusión finalmente se plasma al sancionar los códigos finales posteriores a la revolución francesa, siendo el modelo de éstos el Código de Napoleón, quedando restringida la figura del colaborador a ciertos delitos que afectan la seguridad del Estado, frente a los cuales los legisladores emplearon este recurso por tratarse de delitos de difícil persecución.

A continuación ahondaremos en la evolución histórica de la figura en el análisis de la legislación comparada.

---

<sup>25</sup> **CARRARA, FRANCESCO**, “Programa de Derecho Penal Español”, Parte General, editorial Temis, Bogota, Colombia, 1988, pág. 170.

<sup>26</sup> **SALAS, R.** “Comentarios al Tratado de Legislación Civil y Penal de Bentham”, citado por **JIMENEZ DE ASUA, LUIS** “La recompensa como prevención general. El derecho Premial”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Buenos Aires, Argentina, 1914, n° 125, p. 5 y ss.

<sup>27</sup> **BENTHAM, JEREMÍAS**, “Teoría de las recompensas”, citado por **JIMENEZ DE ASÚA, LUIS**, Op.Cit., pág. 5 y ss.



## CAPITULO II. LA COLABORACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

La figura del colaborador ha tenido un gran desarrollo en la historia reciente del derecho comparado, en particular, del europeo continental, de la mano de sucesivos hechos de carácter terrorista ocurridos a partir de la década de 1970.

El terrorismo<sup>28</sup>, es definido por el diccionario de la R.A.E. en su primera acepción como “*la dominación por el terror*” y en segundo lugar lo califica como: “*sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror*”.

Las palabras terrorismo, terrorista y aterrorizar tienen su origen en la Francia del siglo XVIII, poco después de la Revolución Francesa, durante el Régimen del Terror, cuando el gobierno de Jacobino de Robespierre encarcelaba y ejecutaba a todas las personas que consideraba contrarrevolucionarias, de ahí proviene la palabra francesa terrorisme, que significa “bajo el terror”.<sup>29</sup>

Sin embargo, no existe una única definición, aceptada universalmente, de terrorismo. Un estudio de 2003 realizado por el ejército estadounidense<sup>30</sup> afirmó que se han contado más de 100 definiciones.

<sup>28</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op Cit. Pág. 2165.

<sup>29</sup> UNIVERSIDAD DE SEVILLA, Enciclopedia Libre Universal en Español, España, página web: <http://enciclopedia.us.es/index.php/Terrorismo>.

Una definición del delito terrorista lo caracteriza como *“una acción sistemática, planificada, de carácter violento, que atenta contra la vida, la integridad corporal y la libertad de las personas, los bienes públicos y privados, con fines políticos-sociales y que busca provocar el terror o el pánico y la intimidación de la comunidad”*.<sup>31</sup>

Sucesos tan trágicos como el atentado a las Torres Gemelas, el ataque al sistema ferroviario madrileño, y los asesinatos de rehenes en Irak, nos demuestran que dicho fenómeno se ha diseminado por todo el mundo, con altos niveles de organización jerárquica y acceso a gran cantidad de recursos tanto humanos como materiales, ocasionando destrucción en forma selectiva o masiva, con el fin de provocar gran impacto psicológico en la población, desestabilizar gobiernos, y en definitiva afectar los cimientos de una sociedad democrática, siendo éste un terreno fértil para la creación de nuevas figuras de colaboración.

En nuestro estudio de derecho comparado veremos normativa de derecho europeo continental, luego el anglosajón (EE.UU.), para finalizar con el derecho comparado latinoamericano.

## A. Derecho europeo continental

### 1.- España

---

#### a.- Código Penal Español del año 1973<sup>32</sup> :

##### 1) Terrorista “Arrepentido”.

**Artículo 57 bis. a).** *“Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terrorista o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviere prevista como elemento constitutivo del tipo penal”.*

**Artículo 57 bis. b).** *“1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis. a), serán circunstancias cualificantes para la graduación individual de las penas :*

*a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado .*

<sup>30</sup> Strategic Studies Institute of the U.S. Army War College.

<sup>31</sup> CANALES NETTLE, PATRICIA, “La Legislación antiterrorista en España e Italia”, Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, Año VII, N° 149, abril de 1997, pág. 3.

<sup>32</sup> El Código Penal actualmente en vigencia en España es el de 23 de noviembre de 1995, aprobado por la Ley Orgánica N° 10 de dicho año.



b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal **hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyudado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para identificación o captura de otros responsables.**

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la **pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito**, sin tener en cuenta para ello la elevación de la pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la **remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1 y 2, del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a**".

## **2) Delación.**

**Artículo 98 bis.** "Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis. a), podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1.b) o 2 del artículo 57 bis. b) y hubiesen cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta".

Este artículo del Código Penal acentuaba el premio a la delación, ya que la disociación simple del artículo 57 bis. 1. a) sólo tenía eficacia atenuante, sin poder llegar a conceder la impunidad del artículo 57 bis b) N°2, ni a la obtención, en los términos del artículo 98 bis de la libertad condicional, la que sí podía lograrse mediante la delación. Así el abandonar las actividades delictivas y confesar la propia responsabilidad, evitar o disminuir sustancialmente la situación de peligro o impedir la producción del resultado dañoso eran conductas que podían válidamente desplegar eficacia atenuante.

### **b.- Normativa del nuevo Código Penal Español de 1995 <sup>33</sup> :**

Este código establece circunstancias atenuantes calificadas de la pena de desistimiento y delación.

#### **1) En el caso del delito de cooperación con una organización terrorista se atenúa la pena de la siguiente forma :**

En el artículo 576 constituye un delito de colaboración, aquél que tienda a llevar a cabo, recabar o facilitar cualquier acto de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. No basta la mera acción de llevar a cabo, recabar o facilitar, para estar ante un delito de cooperación, sino que además estas

---

<sup>33</sup> MORA DONATTO, CECILIA, "El valor probatorio de las declaraciones del Arrepentido en el Proceso Penal Español", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, Mexico, 1998, pág. 1285.

acciones o actos han de ser idóneos o adecuados para el favorecimiento delictivo, es decir, para la comisión de determinados delitos o la realización de los fines de la organización terrorista.

Para ello el Código Penal Español de 1995 en el artículo 579, ubicado en

la sección segunda (de los delitos de terrorismo) del capítulo V del título XXII (delitos contra el orden público) del libro II prevé una hipótesis de rebaja o atenuación de la pena en el caso de **disociación del terrorista** que confiesa y además colabora con la investigación en su artículo 579 número 3:

**Artículo 579 N° 3.** *“En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la **pena inferior en uno o dos grados** a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya **abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado**”.*

## **2) En lo relativo a delitos de tráfico de drogas se establece idéntica atenuante:**

**Artículo 376** *“En los delitos previstos en los artículos 368 al 372 los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la **pena inferior en uno o dos grados** a la señalada en la Ley para el delito de que se trate, siempre que el **sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en los que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con los que haya colaborado**”.*

Los delitos previstos en dichos preceptos son los relativos a la producción, tráfico, elaboración y consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Esta disposición encuentra sus precedentes inmediatos en los proyectos de Código Penal de 1992 (artículo 363) y de 1994 (artículo 353).

Con el artículo 376, el legislador español introduce, por primera vez, un tratamiento indulgente y de favor para el colaborador con la justicia en el ámbito de los delitos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Es pertinente destacar el carácter acumulativo de las conductas que exige el precepto antes transcrito, es decir, para la atenuación en uno o dos grados de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate deberán observarse los siguientes comportamientos:

**a) Haber abandonado voluntariamente su actividad delictiva (siempre relativa al tráfico de drogas);**

**b) Haberse presentado a la Autoridad confesando plenamente los hechos delictivos en los que hubiera participado; y,**

**c) Colaborar con la Autoridad activamente de tres formas alternativas:**

i) Bien para impedir la producción del delito, o

ii) Bien para obtener pruebas decisivas para la identificación y captura de otros responsables, o

iii) Bien para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Una diferencia significativa se presenta en el nuevo Código Penal Español en relación con el anterior texto de 1973, en el cual, y como vimos, el artículo 57 bis a) en su parte final, permitía la remisión total de la pena cuando la colaboración del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputara al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte o alguna de las lesiones previstas en dicho Código. Esta remisión total de la pena quedaba condicionada a que el reo no volviera a cometer ningún delito de los previstos en el artículo 57 bis a). Bajo el texto actualmente vigente, únicamente puede imponerse la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate.

## 2.- Italia

---

Italia, en el ámbito del derecho continental europeo, es uno de los países que más ha recurrido a la figura del colaborador. Sucesivas reformas efectuadas desde la década de 1970 han ido conformando una *legislación de emergencia*, cuyo objetivo inicial fue la lucha antiterrorista, en particular contra las Brigadas Rojas, para luego extenderse a delitos relacionados con la mafia, el narcotráfico, y corrupción de funcionarios públicos.

Ferrajoli diferencia tres etapas en la legislación italiana <sup>34</sup> :

La primera, entre los años 1974 y 1978, se centró en la ampliación de las facultades investigativas de la policía, principalmente en lo relativo al interrogatorio del imputado.

En una segunda etapa, entre los años 1979 y 1989, se sancionaron leyes que dispusieron la ampliación del plazo de la prisión preventiva de los imputados por delitos asociativos, permitiendo utilización de la misma como medida casi automática e ineludible; la inclusión de la *finalidad de terrorismo* como circunstancia agravante, del interrogatorio sin la presencia del defensor, y la introducción de normas de acumulación que significaron prácticamente la derogación del principio de autonomía de los procesos y del secreto entre los jueces. <sup>35</sup> Se mejora la situación de aquellos enjuiciados que

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, LUIGI, "Emergenza Penale e Crisi della giurisdizione" en Dei delitti e delle pene, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, Italia, 1984, pág. 271

colaboren con la

investigación, por medio de reducciones de pena o concesión de excarcelaciones, tratamiento que degeneró en el pago de confesiones y colaboraciones, negociando extraprocesalmente la atenuación de pena. El *onus probandi* se invirtió, imponiéndose la presión policial sobre los imputados, y por otro lado, la instigación a la delación con la recompensa al colaborador.

En la tercera etapa, que se inicia en el año 1988 y continúa hasta nuestro días, se extienden las promociones a materias como el narcotráfico con la Ley N° 162 de 26 de junio de 1990, la lucha contra la mafia, camorra y 'ndrangheta con el Decreto Ley N° 157 de 13 de mayo de 1991, siendo la más reciente la normativa premial que trata el segmento de los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos

El tratamiento penal del terrorismo en Italia giró en un principio en torno al concepto de “*finalidad terrorista o de eversión del orden democrático*” acuñado por primera vez en el Decreto Ley de Marzo de 1978 sobre *secuestro de personas*, pero que adquiere toda su relevancia con el Decreto-Ley de diciembre de 1979, donde dicha finalidad se configura como una agravante genérica y, al mismo tiempo, como un elemento constitutivo de determinadas figuras penales, con una idea del terrorismo como actividad de forma libre y unidad finalista, es decir, se castiga como terrorista todo delito con cuya comisión se persiga una determinada finalidad, y, por otra parte, se presta una atención especial a las formas típicas de manifestación de esa finalidad.

De esta forma, se nos hace necesario interpretar el elemento central de la llamada “*legislazione dell'emergenza*”, esto es, la “finalidad terrorista o de eversión del orden democrático”.

La doctrina italiana dista mucho de ser conteste en este crucial tema, centrándose la discusión entre quienes sostienen el carácter disyuntivo de la conjunción “o” y quienes ven una noción unitaria de la referida finalidad.

Para los primeros, la eversión implica un propósito de cambiar o destruir el orden establecido, mientras que el terrorismo alude a la violencia gratuita e indiscriminada, tanto física o psicológica.

Sin embargo, la doctrina dominante se inclina por la *reductio ad unitatem* del doble elemento finalístico, que debe entenderse como *eversión del orden democrático efectuada en forma violenta*. La apreciación de dicha finalidad exige siempre la existencia de un objetivo teleológico, que va más allá de las consecuencias de sus expresiones concretas.<sup>36</sup>

Como circunstancia agravante genérica, la finalidad de terrorismo eleva la pena en su mitad a todos los delitos que no estén castigados con cadena perpetua y que no incluyan esa finalidad como elemento constitutivo del tipo, exceptuándose los casos en que se atenúa por la concurrencia de algún tipo de colaboración.

---

<sup>35</sup> Decreto Ley de 15/Dic/79; LEY de 29/May/82, n° 304, y ley de 18/Feb/87, n° 34 “Medidas en favor de quien se disocia del terrorismo”.

<sup>36</sup> CANALES NETTLE, PATRICIA, Op. Cit., pág 10.

Existen delitos que por su finalidad excluyen la consideración de la agravante, como la asociación, el atentado y el secuestro, que aparecen en la legislación de emergencia, y también otros delitos políticos y en particular el atentado a la Constitución a que se refiere el Código Penal.

Esta agravante de terrorismo no se ajusta a las reglas ordinarias sobre concurso de circunstancias modificatorias de responsabilidad. Se aplica primeramente a cualquier otra y no puede ser desvirtuada por atenuante equivalente.

## **a.- Tipos penales que contempla el ordenamiento jurídico italiano**

### **1) Asociación Terrorista.**

Además de la agravante genérica ya señalada, la Ley de 6 de Febrero de 1980 creó una figura especial de *“asociación con finalidad de terrorismo o de eversión del orden democrático”*, que plantea importantes dificultades, por cuanto el Código Penal italiano cuenta con una serie de delitos de asociación que *prima facie* podrían acoger a dichas asociaciones de carácter terrorista. Así, el artículo 270 bis del Código Penal, introducido por esta Ley, castiga con la pena de reclusión de siete a quince años a *“quien promueva, constituya, organice o dirija asociaciones que se propongan la realización de actos de violencia con fines de eversión del orden democrático. La simple participación en tales grupos se castiga con reclusión de cuatro a ocho años.”*

### **2) Delitos de Colaboración.**

En este tema tampoco se ha prestado gran atención a las figuras del favorecimiento, con excepción de la normativa de los *pentiti*, que luego analizaremos. Ello se debió sin duda a la multiplicidad de tipos penales que contemplan formas de colaboración con actividades delictivas y con las propias bandas terroristas. Así, junto al favorecimiento personal y real, se prevé la ayuda a los partícipes en conspiraciones o bandas armadas y una conducta de encubrimiento y asistencia a los asociados, tanto de grupos comunes como terroristas.

### **3) Disociación Terrorista. El “Arrepentido o pentiti”**

La Ley 304 de mayo de 1982 denominada *“Medidas para la defensa del orden constitucional”*, consagró una normativa sobre *pentiti* de amplias y polémicas consecuencias, pero su éxito fue evidente y permitió al país salir del túnel terrorista que hubo de cruzar, con su punto más alto en 1978 con el secuestro y posterior asesinato del ex Primer Ministro Aldo Moro a manos de las Brigadas Rojas.

Las críticas a esta ley se deben a que también produjo una serie de efectos negativos, pues encomendó a la magistratura el ejercicio de funciones de policía judicial y de orden público, que iban más allá de su rol investigador imparcial. Todo el procedimiento se dirigía a la obtención del arrepentimiento e incluso de la disociación, como victoria política ideológica del Estado, que presentaba ante la opinión pública a sujetos que reconocían su propio error, y expresaban su deseo de ser reinsertados en una sociedad cuyos valores compartían.

A pesar que esta Ley de 1982 fue derogada y reemplazada por la Ley 34 de febrero de 1987, en este trabajo y, por el interés que pueda presentar, se analizarán sus principales puntos.

**a) Casos no Penados.**

**Artículo 1.** *“No son condenables aquellos, que, después de haber cometido con fines terroristas o de eversión del orden constitucional uno o más entre los delitos previstos en los artículos 270, 270 bis, 304, 305, 396 del Código Penal y salvo en lo previsto por el inciso tercero del presente artículo y del segundo inciso del artículo 5, no habiendo incurrido en la comisión de ningún delito conectado con conspiración, acuerdo, asociación o banda, antes de la sentencia definitiva de condena concerniente a los mismos delitos:*

*a) Disuelvan o de cualquier forma determinen retirarse de la asociación o de la banda.*

*b) Desistan de la conspiración, se retiren de la asociación o de la banda, o bien se entreguen sin oponer resistencia o abandonen las armas o proporcionen en todos los casos todas las informaciones sobre la estructura y sobre la organización de la asociación o banda.*

*No son condenables igualmente aquellos que impidan la ejecución de delitos en cualquier forma en que los lleven a cabo la asociación o banda formada con esos fines.*

*No son del mismo modo condenables:*

*a) Subsistiendo las condiciones a las que hace referencia el inciso primero, aquellos que han cometido los delitos conexos concernientes a armas, municiones o explosivos, excepto por la hipótesis de importación, exportación, rapiña y hurto; los delitos a que se refieren los capítulos II, III y IV del Título VII del Libro Segundo del Código Penal; los delitos a que se refieren los artículos 303 y 314 del Código Penal, así como el delito a que se refiere el artículo 643 del Código Penal que tiene por objeto armas, municiones, explosivos, documentos;*

*b) Aquellos que han cometido uno de los delitos previstos en los artículos 307, 378 o 379 del Código Penal en los careos de personas acusadas de uno de los delitos indicados en el inciso primero, si proporciona información completa sobre la ayuda (Apoyo, protección, facilidad) proporcionada. La no condena se declara con sentencia del juez del debate, previo discernimiento del no equívoco y actualidad de la conducta a que se refieren los incisos primero y segundo.*

*En los careos de quien, habiendo cometido uno de los delitos establecidos en los incisos primero y tercero, antes que a su cargo se haya emitido orden o mandato de captura o que se haya iniciado de cualquier forma procedimiento penal, se presente espontáneamente a las autoridades policiales o judiciales o tenga uno de los comportamientos previstos en los incisos primero y segundo, no debe emitirse la orden o mandato de captura, pero se puede imponer obligaciones o prohibiciones por la ley y consideradas necesarias para asegurar el control de la conducta, la disponibilidad de todas las solicitudes de la autoridad judicial y la presencia en el debate. Si se ha violado*

*aunque sea una sola de las obligaciones o prohibiciones, el ministerio público o el juez emitirán la orden o mandato de captura.*

*No se aplican los artículos 308 y 309 del Código Penal".*

De esta manera, el artículo 1 de la Ley de 1982, garantizaba la exención de pena para quien conseguía o determinaba la disolución de la organización terrorista, así como quien se apartaba voluntariamente de la misma y abandonaba las armas, proporcionando información sobre la estructura y organización del grupo; todo ello siempre que el sujeto no hubiese cometido o hubiese impedido la realización de los delitos propios de la banda armada. No obstante, la causa de no punibilidad se extendía también al integrante que hubiere cometido algún delito no grave y, en concreto, los relativos a municiones y explosivos, con algunas excepciones, y al favorecedor o encubridor de terrorista, siempre que proporcionara completa información.

Este criterio de garantizar la libertad personal de los colaboradores con la justicia, explica el último párrafo del artículo 1, que excluía la detención o prisión del arrepentido, sin perjuicio de la imposición de ciertas medidas cautelares, cuando el interesado se presentaba voluntariamente a la autoridad y se comportaba del modo descrito, antes que se dictara contra él orden de detención o se iniciara procedimiento penal.

#### **b) Atenuante de Disociación.**

**Artículo 2.** *“Salvo lo dispuesto en el artículo 289 bis del Código Penal, la pena de cárcel con trabajos forzados es sustituida por la de reclusión de 15 a 21 años y las otras penas se disminuyen en un tercio, pero no puede superar, en ningún caso, los 15 años para los acusados de uno o más delitos cometidos con fines terroristas o de eversión del orden constitucional los cuales, teniendo antes de la sentencia definitiva de condena, uno de los comportamientos establecidos por el artículo 1, inciso primero y segundo, entreguen, en cualquier etapa o grado del proceso, confesión total de todos los delitos cometidos y de pasos eficaces durante el proceso para atenuar o disminuir las consecuencias dañinas o peligrosas del delito o para impedir la comisión de delitos relacionados con la norma del número 2 del artículo 61 del Código Penal.*

*Cuando ocurran las circunstancias a que se refiere el inciso anterior no se aplicara la agravante a que se refiere el artículo 1, del Decreto Ley de 15 de Diciembre de 1979, N°625, convertido en ley, con modificaciones, en la ley del 16 de febrero de 1980, N° 15".*

#### **c) Atenuante de Colaboración. Delación.**

**Artículo 3.** *“Salvo lo dispuesto en el artículo 289 bis del Código Penal, para los delitos cometidos con fines terroristas o de eversión del orden constitucional la pena de cárcel con trabajos forzados se sustituye por la de reclusión de 10 a 12 años y las otras penas se disminuyen a la mitad, pero no pueden superar, en ningún caso, los 10 años, en los careos del acusado que, antes de la sentencia definitiva de condena, tenga uno de los comportamientos establecidos en el artículo 1, inciso primero y segundo, que entregue confesión total de todos los delitos cometidos y ayude a las autoridades policiales o judiciales en la recolección de pruebas decisivas para la individualización o la captura de uno o más autores de delitos cometidos con la misma finalidad o bien proporcionen*

*cualquier elemento de prueba relevante para la reconstrucción exacta del hecho y el descubrimiento de los autores.*

*Cuando los comportamientos establecidos por el inciso anterior sean de relevancia excepcional, las penas arriba indicadas se reducen hasta un tercio.*

*Cuando ocurran las circunstancias a que se refieren los incisos anteriores no se aplican los artículos 1 y 4 del decreto ley de 15 de Diciembre de 1979, N° 625, convertido en ley, con modificaciones, en la ley de 6 de febrero de 1980, N° 15”.*

Diferente era la solución que ofrecía la ley italiana para quienes, siempre con la finalidad de terrorismo o eversión del orden democrático, hubiesen cometido delitos más graves que los de simple asociación, tenencia de armas o favorecimiento. En estos casos el legislador distinguía entre dos comportamientos distintos, la disociación y la colaboración, denominados “*picoli*” y “*grandi pentiti*”.

Tanto la disociación como la colaboración requerían el abandono de la organización terrorista antes de que se dictara sentencia definitiva.

El elemento diferenciador era el grado de arrepentimiento, lo que acarrearía diferente trato atenuatorio.

La **disociación o *picoli pentiti***, implicaba la plena confesión de los propios delitos y la disposición durante el proceso para eliminar o atenuar los daños o peligros del crimen o impedir la comisión de conductas conexas al artículo 61,2° del Código Penal.

La **colaboración o *grandi pentiti*** requería además ayudar a la autoridad en la recolección de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros partícipes, proporción de elementos de prueba relevantes para la exacta reconstitución de los hechos y el descubrimiento de sus autores.

En el primer caso, la cadena perpetua se sustituía por una reclusión de 15 a 20 años y las demás penas se disminuían en un tercio, con un límite máximo de 15 años. La colaboración se premiaba con una rebaja más sustancial: diez a doce años de privación de libertad en lugar de cadena perpetua y disminución a la mitad de las demás penas, con el límite de diez años; es más, si el comportamiento era de “excepcional relevancia” la pena se reducía a un tercio. En ambos supuestos no era de aplicación la variante de terrorismo.

Finalmente, la ley preveía supuestos especiales de no punibilidad y de atenuación para los casos de desistimiento y delitos de atentado que en lo sustancial reproducían el esquema descrito, adaptándolo a esas dos formas de ejecución.

Los beneficios de la Ley excedían a la determinación de la pena, que, por cierto, se ajustaba a las reglas privilegiadas en materia de acumulación de sanciones por delitos diversos, sino que se extienden a la fase posterior de cumplimiento: libertad provisional para el simple integrante de la banda armada e incluso para el colaborador que prestase una ayuda relevante; suspensión condicional de las condenas comprendidas entre 3 años y 6 meses y 4 años y seis meses, según la edad (18 años, 21 años, 70 años de edad), libertad condicional para los casos de disociación o colaboración en fase de ejecución penitenciaria, siempre que se hubiera cumplido la mitad de la pena.



#### **4.- Ley N° 34 de febrero de 1987**

Esta ley trató de remediar los problemas originados en la aplicación de la Ley de 1982. En su artículo primero define la *disociación terrorista* en los siguientes términos:

*“A los efectos de la presente ley, se considera conducta de disociación del terrorismo el comportamiento de quien, acusado o condenado por delitos de finalidad terrorista o eversión del ordenamiento constitucional, ha abandonado definitivamente la organización o el movimiento terrorista o subversivo al que pertenecía, realizando conjuntamente las siguientes conductas: admisión de las actividades efectivamente desarrolladas, comportamientos objetiva e inequívocamente incompatibles con la subsistencia del vínculo asociativo y repudio de la violencia como medio de lucha política”.*

En la última frase del párrafo anterior queda de manifiesto que esta normativa parte de la base que la criminalidad terrorista está estrechamente ligada a la internalización de una ideología consistente en la violencia y lucha armada; ergo al ser esta apología rechazada y erradicada, el sujeto deja de ser peligroso. Luego, la dinámica subyacente en la Ley de 1987, a través de su fórmula de atenuación-extinción de la pena, más se parece a un indulto condicionado que a una circunstancia atenuante.

Queda de manifiesto que el aspecto más criticable de esta ley es la exigencia o requisito de que el partícipe repudie la violencia como método de lucha política, ya que, por mucho que se relativice o varíe el nivel de la exigencia, se está vinculando una consecuencia jurídica de signo atenuatorio a una opción político-ideológica. Ferrajoli es duramente crítico al respecto, cuando expresa que *“se trata, mucho más que en la ley sobre arrepentidos, de una regresión a la inquisición premoderna, ya que, al menos, la ley sobre arrepentidos...subordina el beneficio de un hecho más o menos objetivo, como es la colaboración con la acusación... Esta ley, sin embargo, al dotar de relevancia penal a las opiniones políticas del acusado y al exigir un diagnóstico sobre su conciencia, contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos”*.<sup>37</sup>

Cabe acotar que la Ley de 1987 incluye, excepto para los delitos de sangre de los artículos 285 y 422 del Código Penal, una forma de arrepentimiento puramente disociativa, en el sentido que no se requiere colaboración delatoria ninguna con la justicia con lo cual se busca abrir una vía de reinserción que, por un lado, no implique delación y que por otro, sea aplicable a quienes no están en condiciones objetivas, por falta de conocimientos, de delatar. Se pretende, en suma, dar una respuesta, reivindicada por los propios interesados, a la situación de quienes no son ni *irriducibili*, ni *pentiti* y frente al riesgo evidente de subjetivizar el contenido del arrepentimiento, se acude a elementos objetivos como *“actividades efectivamente desarrolladas”*, *“comportamiento objetiva y unívocamente incompatibles”*.

Esta ley amplió el número de delitos comprendidos en la legislación antiterrorista,

<sup>37</sup> FERRAJOLI, LUIGI, citado por TERRADILLOS BASOCO, JUAN, en “Terrorismo y Derecho: comentarios a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988, pág. 77.

hasta el punto de que ahora todo delito cometido en determinadas

circunstancias daba lugar a la aplicación de dicha normativa, dejando de ser la conducta criminal en particular un elemento relevante para este tipo de normativa.

Se nos presenta una clara diferencia con el sistema español, en el cual es el concepto de grupo terrorista o rebelde el elemento central del tipo legal de terrorismo, el cual puede transformar en terrorista cualquier conducta ilícita. En Italia en cambio, y como vemos, se gira en torno al concepto teleológico de *“finalidad terrorista o de eversión del orden democrático”*.

La figura de las pentiti no solo fue recogida por la legislación italiana en la lucha antiterrorista, sino también en el ámbito del tratamiento jurídico penal del narcotráfico a través de la Ley N° 162 de 26 de junio de 1990. De igual manera se han establecido figuras semejantes para combatir la delincuencia de carácter mafioso en el Decreto ley N° 152 de 1991.

### 3.- Francia

---

Francia se ha dotado en forma progresiva de una legislación antiterrorista específica, de la cual la ley 86-1020 de 9 de Septiembre de 1986 constituye la piedra angular.<sup>38</sup> Los delitos terroristas han sido convertidos en infracciones autónomas con penas agravadas, así la actividad terrorista se entiende combinando la existencia de un crimen o delito de derecho común contenido en una enumeración legal, con una *“empresa individual o colectiva que tiene por objeto alterar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror”*. Sin embargo, en la actualidad, algunas infracciones como el acto de terrorismo ecológico, la asociación ilícita terrorista y el financiamiento del terrorismo son objeto de una incriminación específica.

En noviembre de 2001 y septiembre de 2002 se introdujeron nuevas disposiciones que facilitan la lucha contra el terrorismo, sin embargo, y para efectos de nuestra memoria, sigue siendo la ley relevante la 86-1020.

Dicha ley, asocia el terrorismo con atentados contra la Seguridad del Estado. En su Artículo 1 caracteriza la materia de la ley como *“actividad individual o colectiva que tiene el fin de perturbar seriamente el orden público a través de la intimidación o el terror”*, haciendo referencia a otras leyes que definen infracciones específicas.

En su artículo 6, esta ley introdujo al Código Penal Francés dos artículos:

En primer lugar, el artículo 463.1 que señala que *“toda persona que*

*intente cometer en calidad de autor o cómplice alguna de las infracciones enumeradas en el artículo 44, relacionada con una empresa individual o colectiva, con el fin de perturbar seriamente el orden público a través de la intimidación o el temor, quedará exenta de pena si habiendo informado a las autoridades administrativas o judiciales, ha permitido con ello evitar que la infracción se realice e identificar, en su caso,*

---

<sup>38</sup> FRANCIA Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL, en página web: [www.diplomatie.gouv.fr/actu/article.es.asp?ART=29157](http://www.diplomatie.gouv.fr/actu/article.es.asp?ART=29157).

a los demás culpables”.

En un siguiente inciso el artículo establece los mismos supuestos y exención de la pena “*si habiendo informado a la autoridad administrativa o judicial, ha permitido con ello evitar que la infracción tenga por consecuencia la muerte o lesiones permanentes de una persona e identificar, en su caso, a los otros culpables*”.

En segundo lugar, el artículo 463.2 señala que “*Fuera de los casos previstos en el artículo 463.1 la pena máxima que puede imponerse a toda persona, autor o cómplice de alguna de las infracciones enumeradas en el artículo 44, que esté relacionada con una empresa individual o colectiva que tiene el fin de perturbar seriamente el orden público por la intimidación o el temor, que haya, antes de iniciarse el procedimiento judicial en su contra, permitido o facilitado el arresto de aquellos será reducida a la mitad; cuando la pena prevista por la ley sea la reclusión criminal a perpetuidad, será fijada en 20 años*”.

Estas exenciones y reducciones de penas son imperativas para el tribunal, si se cumplen los requerimientos que la propia ley establece. Por otra parte, el legislador no estableció límite de tiempo para el uso de estos beneficios, por lo que estimamos que esta institución rige en forma permanente.

#### 4.- Alemania

---

La Ley Antiterrorismo o *Antiterrorismus Gesetz* de 20 de septiembre de 1976 introdujo en el Código Penal alemán (*StrafGesetz Buch* o *StGB*), específicamente en su artículo 129 a, apartado V, la *Kronzeugenregelung*, que permitía sancionar la fundación, participación y colaboración con una asociación terrorista, así como la propaganda que de ella se hiciera, aún en grado de tentativa.

La atenuación de las penas impuestas debía ser valorada por los jueces quienes podían discrecionalmente atenuar o abstenerse de imponer la pena si el delincuente actuaba voluntaria y seriamente para impedir la supervivencia de la asociación o la realización de uno de los hechos que constitúan sus objetivos. También se le beneficiaba si en forma voluntaria manifiesta a la autoridad planes o datos útiles para impedir a tiempo los hechos delictivos.

Esta ley modificó a su vez la Ley de Enjuiciamiento sobre el delito de Constitución de Asociaciones Terroristas, que en su Artículo 153 e) permitía decidir la no persecución cuando el imputado hubiera colaborado con el Fiscal, “*después de la comisión del delito o antes de saber que éste se había descubierto...*”:

**Artículo 153 e** . No persecución por colaboración del imputado arrepentido

*1“En caso de que el procedimiento tuviere como objeto delitos de los tipos especificados en los artículos 74 a, párrafo 1, apartados 2 a 4 y 120, párrafo 1, apartados 2 a 7 de la Ley Orgánica Judicial, podrá el Ministerio Fiscal Federal, con el asentimiento del Tribunal Superior de Estado regional que sea competente según el artículo 120 de la propia Ley Orgánica Judicial, decidir la no persecución de esos delitos, y antes de saber que éste se había descubierto, hubiera contribuido a evitar un peligro para la existencia o la seguridad de la República Alemana o para el orden constitucional....”*

Tras la inserción del artículo 129 a en el Código Penal Alemán, se consideró oportuno introducir una figura similar en la normativa sobre el comercio ilícito de sustancias estupefacientes, aprobada el 1 de enero de 1981, y cuyo artículo 31 dispone: *“El juez podrá discrecionalmente atenuar la pena o renunciar a la pena prevista...cuando el agente:*

*1.- Por medio de la voluntaria revelación de su saber haya contribuido de manera determinante de modo que el hecho pueda ser descubierto gracias a su propia aportación, o;*

*2- Revele voluntariamente a la autoridad aquello que sepa en tiempo útil de modo que los delitos previstos en los artículos 29 iii, 29 a)I, 30 I y 30 a I, de cuyo proyecto tenga conocimiento, puedan todavía ser impedidos.”*

El 27 de mayo de 1988, el gobierno federal presentó al Parlamento el proyecto de la llamada “Ley de Artículos” (*Artikelgesetz*), la que en su Artículo 4 señala:

*1) “Si el autor o cómplice de un delito según el Artículo 129a o un delito relacionado revela... información sobre hechos, cuyos conocimientos sean aptos:*

*1. para evitar la comisión de tal delito;*

*2. para promover el esclarecimiento de un delito por su propia contribución...;*

*3. para llegar a la captura de un autor o cómplice de tal delito, el Fiscal Federal puede omitir la persecución de acuerdo con el Juez Instructor, si la significancia de lo que el autor o cómplice haya revelado, lo justifique tomando en cuenta la gravedad de su delito.*

*2) En los casos del apartado 1, el Tribunal puede omitir la pena en el juicio o atenuar la pena a su discreción pudiendo rebajar la pena hasta el mínimo legal o conmutarla en vez de prisión por multa....*

*3)...*

*4) Los apartados 1 a 3 son aplicables solamente cuando la información sobre los hechos ha sido revelada hasta el 31/12/1991”.*

El proyecto fue acompañado por la siguiente exposición de motivos:

*“La reglamentación del testigo de la corona tiene como objetivo, “sacar” miembros de asociaciones terroristas no totalmente fijados en la ideología terrorista de la asociación para la concesión de una reducción extensiva de la pena a cambio de informaciones adecuadas para el esclarecimiento (sic), facilitándoles simultáneamente el retorno a la sociedad. Además la reglamentación es adecuada para confundir a los miembros de una asociación terrorista... reduciendo la confianza mutua de los particulares y así ir debilitando la unidad organizativa.”<sup>39</sup>*

La ley de 1988 introduce la figura de “testigo de la corona” (*Kronzeuge*) en la legislación referida a delitos terroristas, luego de ser rechazada su admisión en las dos anteriores leyes antiterroristas de 1976 y 1986. En 1988, el legislador conserva sus

---

<sup>39</sup> CONNELLY THOMAS, JOHN, en Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, año 1 N° 6, marzo de 1991, pág. 10.

dudas, pues limitó la validez de la regla por tres años, hasta el 31 de diciembre de 1991”.

Los catedráticos penalistas alemanes dieron voz a estas dudas:<sup>40</sup>

*“Como penalistas alemanes consideramos nuestra obligación advertir de este paso:*

*1.- por razones constitucionales: la absolución o reducción de la pena del “testigo de la corona” infringe el principio del Estado de Derecho y el principio de igualdad;*

*2.- por razones procesales: el principio de legalidad y de publicidad son violados;*

*3.- por razones teórico-penales: el privilegio del “testigo de la corona” llevará necesariamente a la desestabilización del orden jurídico y a la conmoción de la conciencia jurídica;*

*4.- por razones ético-jurídicas: la colaboración del Estado con graves criminales es inmoral”.*

Esta ley alemana no requiere en forma explícita la necesidad de arrepentimiento o de repudio de la lucha armada.

La rebaja o exención de las penas es optativa y discrecional, concediéndose después que el inculpado colabore con el Tribunal.

## B. Derecho Anglosajón.

En el derecho anglosajón la figura del colaborador es de antigua data, ya en los siglos XII y XIII los textos recogen la existencia de la figura del “*approver*”, que vendría a ser el testigo que cambia de bando, y que presta testimonio a favor del rey, de la corona; también se lo llamaba la prueba del rey: “*King's Evidence*”.

Consistía en que el delator prestaba testimonio a favor de la Corona, permitiendo con ello la condena de otros culpables del mismo hecho.

No se otorgaba un perdón que llevara a la eximición de su castigo, pero aspiraba seguramente a obtener del monarca el otorgamiento de la gracia de por vida. Esta era una práctica que estaba vigente en época en que el juzgamiento de los delitos tenía lugar por vía de ordalías, o por vía de duelos judiciales. El “*approver*”, para aspirar a la gracia de por vida otorgada por el monarca, tenía a veces que combatir en duelo Judicial no menos de cinco veces y aún así quedaba a discreción del rey siconcedía la gracia o lo ahorcaba igual.

### **Estados Unidos**

El derecho penal y procesal penal estadounidense recoge la institución del “*approver*” en la forma de la inmunidad del testigo o inmunidad del testimonio.

El sistema de Estados Unidos establece, como singulares fórmulas de negociación

---

<sup>40</sup> **AMBOS, KAI**, Terrorismo y Ley. Análisis Comparativo: República Federal Alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, pág. 33.

para la obtención de pruebas en delitos cometidos por el crimen organizado, la declaración de culpabilidad o “*plea bargaining*” y la concesión de inmunidad.

### **a.- La declaración de culpabilidad o “plea bargaining”.**

---

Constituye una negociación entre el fiscal y el acusado, representado por su abogado, como un camino alternativo para concluir un proceso sin necesidad de llegar al juicio ante jurado, pudiendo obtener el declarante una disminución de la condena o su sustitución por medidas alternativas a la privación de libertad, por medio de una alegación preacordada con el fiscal, considerando factores como la naturaleza del delito o la importancia de la información que pueda aportar para individualizar e incluso capturar a otros partícipes.

Conforme a la Sexta Enmienda de la Constitución de EE.UU. todo inculpado tiene derecho a un juicio ante jurado o “*jury trial*”, pero en la práctica se hace muy difícil debido a la gran cantidad de casos presentados. Debido a ello aparece la práctica de entrar en el juicio con una declaración negociada, resolviéndose de esa forma un gran porcentaje de ellos.

El fiscal dispone de herramientas de negociación tales como archivar algunos expedientes abiertos contra el declarante; desistirse de algún cargo; formular una recomendación al Juez o allanarse a la sugerencia hecha por la defensa respecto de la sentencia a imponer. En este punto es importante destacar que la sugerencia que el fiscal puede hacer al juez no le es vinculante de ninguna manera a este último.

En la práctica la negociación y posterior sugerencia del fiscal son respetadas por el juzgador, sin perjuicio de ello el juez se reserva el derecho de interrogar al acusado declarante antes de tomar su decisión final, pudiendo incluso rechazar el acuerdo presentado para su aprobación.

### **b.- La concesión de inmunidad o “State’s evidence”.**

---

Esta es la figura relevante para nuestro trabajo.

Los fiscales federales pueden ofrecer inmunidad a aquellos partícipes en delitos que accedan a entregar información referente a miembros superiores de las organizaciones criminales.

Esta forma de colaboración con la justicia se ve limitada por los métodos intimidatorios de que disponen las asociaciones criminales de alto nivel, que limitan la aparición de eventuales delatores.

Desde una perspectiva ética, la doctrina y jurisprudencia estadounidense no cuestionan la corrección de este tipo de métodos, primero por un tema de idiosincrasia, pues prima un criterio de mayor eficiencia, utilitarista, considerado como una cuestión que atañe no al derecho penal sustancial, sino a normas adjetivas, específicamente en el ámbito de la admisibilidad de medios probatorios.

En el derecho procesal penal estadounidense, la cuestión transita entre la concesión

de inmunidad y la derogación del privilegio de no autoincriminación, consagrado en la Sexta Enmienda, cediendo este último frente a la garantía de no persecución por los hechos declarados.

Se discute qué grado o qué alcance debe tener la inmunidad para que permita prescindir del resguardo constitucional contra la autoincriminación, existiendo al respecto dos teorías principales, la de *inmunidad de uso* y la de *inmunidad de transacción*.<sup>41</sup>

La primera indica que es suficiente que se le garantice al colaborador que lo que diga no será usado en su contra para que la autoridad pueda obligarlo a declarar, porque ya está inmunizado, lo que diga no va a poder ser utilizado. Es lo que se llama "*inmunidad de uso*" de la declaración.

La *inmunidad de transacción* tuvo su origen en el siglo XIX, pues ante la negativa de un acusado de declarar sobre hechos que lo incriminaban, pero cuyo testimonio era necesario para acusar a otros responsables, un jurado lo sancionó por el delito de desacato; el caso llegó a la Corte Suprema y allí se establece que no basta con una inmunidad de uso de su declaración, hay que avanzar más allá en el campo de las garantías para el declarante, apareciendo el concepto de "*inmunidad de transacción*". El sujeto, por el hecho al cual se refiere su testimonio, no va a poder ser perseguido, no sólo en cuanto no se usará en su contra lo por él declarado, sino que ninguna otra prueba pueda incriminarlo, que el proceso deje de dirigirse en su contra en forma absoluta y definitiva.

En la práctica, para conceder la inmunidad se exigen los siguientes requisitos:<sup>42</sup>

1) Debe haber un pedido específico y justificado del fiscal para obligar a declarar a uno de los partícipes del delito.

2) Invocación del privilegio contra la autoincriminación por parte de esa persona que se quiere traer a declarar.

3) Entonces, y previa aprobación del tribunal, se confiere la inmunidad que permitirá la utilización válida de su testimonio para incriminar a otro.

Los distintos Estados, en su gran mayoría, han legislado con más amplitud que el gobierno federal en esta materia, estableciendo en su mayoría una

inmunidad de transacción. Se le puede obligar a declarar al acusado siempre que se le brinde inmunidad total, inmunidad en el sentido no va a poder ser perseguido por sus dichos, pese a que la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. ha señalado que basta con la inmunidad de uso.

Este es el modo de encarar este tema en EE.UU. y en la generalidad de los países anglosajones, en los cuales rige un sistema de enjuiciamiento criminal rigurosamente acusatorio, mientras que los países de Europa continental y de Latinoamérica todavía mantienen sistemas de enjuiciamiento, que a la luz del norteamericano, se pueden considerar inquisitoriales o inquisitivos morigerados o reformados.

---

<sup>41</sup> HENDLER EDMUNDO, Op. Cit. Pág. 122.

<sup>42</sup> HENDLER, EDMUNDO, Op. Cit. Pág. 123.

La idea que existe en el entorno anglosajón es que el juicio criminal es al igual que el juicio civil, una contienda entre partes, que deben estar en un pie de igualdad y donde el tribunal no tiene otra misión que la de asegurar el “*fair play*” en un sustituto de guerra privada que es el proceso criminal, asegurando igualdad de armas, que el combate se desarrolle de una manera esperada.

En ese contexto la idea de la declaración de un testigo que logra la inmunidad tiene una cierta coherencia ética, porque la autoridad es nada más que un árbitro, cuidando que no haya desequilibrios. Entonces si a uno de los contendientes en la batalla se le priva de un escudo muy importante como es el derecho a no autoincriminarse, es necesario compensarlo dándole alguna ventaja, inmunizándolo o impidiendo que se le pueda condenar.

Si bien se presentan inconvenientes con el funcionamiento de los testigos inmunizados, no deja de tener cierta coherencia con la filosofía que inspira ese modelo de enjuiciamiento criminal. En países en que rige el sistema inquisitivo esto se hace difícil de comprender, pues se rigen por la filosofía de la averiguación de la verdad real.

## C. Derecho latinoamericano

---

### 1.- Argentina.

El llamado *Proyecto Tejedor*<sup>43</sup>, que fue en realidad el primer Código Penal argentino, pues rigió en la práctica en casi todo el país, contemplaba una atenuante genérica, una circunstancia particular de atenuación para el delincuente que colaboraba con la autoridad, que delataba, permitiendo el descubrimiento de copartícipes en el delito.

El Código Penal actualmente vigente en Argentina no posee ninguna norma de atenuación genérica para el arrepentido, ni para el colaborador, ni nada por el estilo. Solamente quedan algunos vestigios para casos particulares, como el delito de traición, que en el artículo 217 del Código Penal prevé una especial exención para aquél que desiste de la conspiración antes de su consumación, disposición que es aplicable en casos realmente excepcionales en el delito de conspiración para la traición a la patria.

Por lo tanto el Código Penal argentino está bastante al margen de estas innovaciones que aparecen en leyes especiales, como es la de tráfico de estupefacientes, y más recientemente en la legislación antiterrorista.

#### **a.- Ley 24.424 de 1995**

El nombre que recibe la figura es “*arrepentido*” o “*colaborador*”, incorporada al sistema jurídico antidroga por medio de la ley 24.424 de 1995 que

modificó la ley 23.737 en sus artículos 29 ter y 33 bis. El primero de dichos preceptos introduce al arrepentido o colaborador y el segundo arbitra medidas de protección para el mismo en el caso de que su vida o integridad física corran peligro.

<sup>43</sup> HENDLER, EDMUNDO, Op. Cit. Págs. 115, 116.



**Artículo 29 ter** : *“A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el artículo 866 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirlo de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación:*

a) *Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación.*

b) *Aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley. A los fines de la exención de pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes. La reducción o eximición de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación”.*

**Artículo 33 bis** *“Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Éstas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo o imputado, y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias. La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación”.*

La figura del arrepentido se encuentra delineada en esta ley de drogas de la siguiente forma: aquella persona incurso en delito, que antes o durante un proceso penal aporte información que permita llevar a procesamiento a otra sindicada o a un significativo progreso de la investigación o al secuestro de las sustancias u otros activos provenientes de los delitos previstos en la ley, podrá recibir una atenuación en la sanción privativa de libertad que puede llegar a la eximición total.

Se aplica para el caso de consumación de delitos previstos en la ley de tráfico de estupefacientes y artículo 866 del Código Aduanero argentino <sup>44</sup> .

Puede tratarse de un sujeto incurso que se presenta espontáneamente, haya o no un proceso iniciado y haya o no sido individualizado por el sistema penal, por lo tanto puede o no tratarse de un imputado pues el texto legal dice: *“...durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación...”*. El concepto de *“incurso”* se relaciona con el concepto de incurrir, es decir, tener culpa, ser el autor de un hecho que merece un castigo. Tiene entonces relación con el iter criminis, siendo un concepto que comprende y excede el concepto de imputado en la investigación en curso, e incluso, bien podría aplicarse a aquél que viene a autoinculparse dentro de la misma investigación tramitada o que ni siquiera existe, por lo que todavía no lo sindicaba a él como autor.

Este sujeto debe colaborar dando pistas, datos o elementos que permitan individualizar personas u objetos.

---

<sup>44</sup> Dicha norma tipifica el delito de contrabando de estupefacientes en cualquiera de sus estados de elaboración.

1) Sujetos

a) Revelar la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o conexos. (En caso de delitos conexos se requiere que el mismo tribunal sea materialmente competente y remite a los casos del artículo 41 que regula la competencia por conexión).

b) Proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de personas sindicadas o un significativo progreso de la investigación. En este punto el legislador quiere que se interprete la norma así: deben ser los datos que el colaborador aporte los que lleven al procesamiento, no procediendo la aplicación si a tal resultado se llega por otra vía.

2) Objetos:

Aportar información que permita secuestrar sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos cometidos.

En el caso también se agrega la necesidad del éxito en la pesquisa como condición para el beneficio.

La exención total de la pena privativa de libertad por parte del tribunal o reducción hasta la mitad del mínimo y del máximo no procede respecto de la pena de inhabilitación.

**b.- Ley 25.241 de 2000**

El día 17 de marzo de 2000 se publicó la ley 25.241 que por primera vez establece la figura del colaborador en la legislación antiterrorista. Se concede a éste la disminución de la pena, ya sea aplicándole la prevista para la tentativa, o limitándola a la mitad, al imputado que antes de dictarse la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación de hechos de carácter terrorista, los que define en su artículo 1 como:

*“Las acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor, y que se realicen empleando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas”.*

En su artículo 2 establece la reducción de penas señalada:

**Artículo 2-** *“En los supuestos establecidos en el artículo anterior, podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad, al imputado que, antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro, o que ayude a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministre datos de manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquél respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración”.*

A su vez, el artículo 3 permite un mayor beneficio al que preste colaboración

respecto de una asociación ilícita terrorista:

**Artículo 3:** “En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces”.

El artículo 4 de la ley 25.241, prescribe que la colaboración se tomará en cuenta al momento de conceder según las reglas procesales generales la libertad provisional; y finalmente el artículo 7 establece medidas de protección al colaborador llegando estas incluso al cambio de identidad.

## 2.- Brasil.

Como parte de la constante lucha para combatir la delincuencia se ha ampliado la figura del cooperador a otros delitos que, generalmente, no se ven vinculados con esta práctica en el derecho comparado. Esta característica se da debido a los altos niveles de delincuencia que existen en este país, y que se refleja en los diversos cuerpos normativos que a continuación analizaremos.

La Ley N° 88.072 de 26 de julio de 1990 “*Sobre los crímenes terribles, en los términos del Art. 5<sup>o</sup>, XLIII, de la Constitución Federal, y determina otras providencias*”, establece la institución de la colaboración como causa obligatoria de disminución de la pena, a favor del autor, coautor o partícipe en los crímenes de extorsión mediante secuestro y cuadrilla o banda, esta última cuando la *societas sceleris* haya sido formada con el objetivo de practicar crímenes considerados terribles y otros semejantes a ellos.

En mayo de 1995 fue sancionada la Ley N° 9.034/95 que dispone “*Sobre la utilización de medios operacionales para la prevención y represión de actos practicados por organizaciones criminales.*” Tal como la anterior, esta ley, creada para definir y regular “*medios de prueba y procedimientos investigativos que ponderasen sobre crimen resultante de actos de banda*”, también considera causal de disminución de la pena la delación de uno de los participantes en la organización criminal.

En la ley de los *crímenes terribles*, el legislador fue más explícito y utilizó el verbo *denunciar* como sinónimo de delación, mientras que en esta segunda norma prefirió la expresión *colaboración espontánea*, para retirar la vergonzosa presencia, en un texto legal, de la traición premiada.

El 19 de julio de 1995 fue sancionada la Ley N° 9.080/95, previendo, igualmente, la delación como premio al coautor o partícipe de crimen cometido contra el sistema financiero nacional o contra el orden tributario o económico y las relaciones de consumo, cometidos por banda o en coautoría, usando ahora el concepto de *confesión espontánea*, que en el fondo es lo mismo.

En 1998 surgió la Ley No. 9.613/98, la llamada ley de “lavado de dinero”, disciplinando, igualmente, la disminución de pena para el “colaborador espontáneo”.

La Ley N° 9.807/99, de protección a víctimas y testigos amenazados, que también prevé la delación premiada.

Finalmente, la Ley de Tóxicos No. 10.409/02, en el Artículo 32, 2º y 3º, dispone en términos semejantes.

En el propio Código Penal brasileño existe también una atenuante genérica, la del Art. 65, III, b, según la cual, la pena será atenuada siempre que el autor haya *“tratado, por iniciativa propia y con eficiencia, inmediatamente después del delito, de atenuar las consecuencias, o, antes del juicio, haya reparado el daño”*.

Además de la atenuante mencionada, existe la institución del *arrepentimiento eficaz* que, al igual, beneficia al agente cuando éste impide voluntariamente que se produzca el resultado de la ejecución del delito, haciéndole responder solamente por los actos ya practicados (Artículo 15 del Código Penal).

El Artículo 16 del mismo código establece el *arrepentimiento posterior*, si bien éste es limitado a aquellos crímenes cometidos sin violencia o amenaza grave a la persona, pero, de igual manera, reconoce la actitud positiva del delincuente, reduciéndole la pena.

Se puede observar, por tanto, que el ordenamiento jurídico brasileño, incluido el Código Penal permite beneficiar al reo en determinadas circunstancias, cuando demostrase *“menor endurecimiento en el querer criminoso, cierta sensibilidad moral, un sentimiento de humanidad y justicia que lo llevan, una vez pasado el ímpetu del crimen, a procurar detenerlo en su proceso de agresión al bien jurídico, impidiendo sus consecuencias”*.<sup>45</sup>

### **3.- Perú**

La reiterada comisión de atentados a partir de 1981 en contra de la seguridad y tranquilidad públicas por grupos terroristas como *“Sendero luminoso”* y *“Tupac Amaru”*, así como los perpetrados en agravio de la vida, la salud y el patrimonio de las personas, motivó la adopción de cambios legales destinados a procurar una mejor protección de los bienes jurídicos. Es así como en el marco de la revisión de los decretos leyes promulgados por el gobierno militar, apareció el Decreto Legislativo 046.

#### **a.- Decreto Legislativo 046**

Éste, conocido como *“Ley Antiterrorista”*, tipificaba los siguientes delitos:

- 1) Terrorismo (artículo 1)
- 2) Favorecimiento de actos de terrorismo (artículo 3)
- 3) Colaboración con actos de terrorismo (artículo 4)
- 4) Asociación terrorista (artículo 5)
- 5) Instigación al terrorismo (artículo 6)
- 6) Apología del terrorismo (artículo 7)

Este decreto otorgó facultades especiales a la policía para intervenir en la prevención e investigación de los actos terroristas. Tanto la tipificación como las normas de

---

<sup>45</sup> BRUNO, ANÍBAL, *Direito Penal*, 4<sup>a</sup> edición, Tomo III, Editorial Jurídica San Pablo, Brasil, 1984, pág. 140.

procedimiento se ajustaban a una finalidad preventivo-general y sobrecriminalizadora, es decir, con un modelo de política criminal dirigido a controlar al terrorismo aún a costa de los derechos y garantías constitucionales.

Con la instauración del gobierno de Alan García en 1985, se producen importantes transformaciones en la política criminal, como fueron la despenalización de algunos delitos y la reorganización de las fuerzas policiales. No obstante, el Decreto Legislativo 046 recién fue derogado el 20 de marzo de 1987 por la Ley 24.651, que incluyó el delito de terrorismo en el Código Penal por intermedio de la denominada “Sección octava A”.

Casi paralelamente, este régimen promulgó una ley procesal solo aplicable a los actos de terrorismo, la Ley 24.700 del 24 de junio de 1987, siendo su principal novedad la facultad otorgada al Ministerio Público para dirigir la investigación policial.

Ahora bien, a pesar que la ley 24.651 no mereció un rechazo social tan categórico como el que se aplicó al decreto legislativo 046, su vigencia fue bastante corta, el ejecutivo decidió reformarla en julio de 1988. El argumento central de esta decisión política fue la ausencia de tipicidad para reprimir la asociación terrorista y los excesos de la prensa pro sendero luminoso.

Debido a su relevancia analizaremos la Sección Octava A introducida al Código Penal peruano.

### **b.- Sección Octava A Código Penal peruano.**

El artículo 85 A se inspiró en el numeral 6 de la ley española sobre bandas armadas y relacionadas con actividades terroristas o rebeldes.

Ahora bien, el legislador peruano al recepcionar la disposición extranjera cometió un grave error. Incluyó los supuestos del artículo 85 A como circunstancias eximentes o atenuantes, es decir, entendió equivocadamente que cuando el texto hispano aludía a “remisión de la pena” se estaba refiriendo a una exención, interpretación que no era correcta, pues en el derecho español “remisión de la pena” es equivalente a una suspensión condicionada de la pena y no a impunidad. Sólo así es explicable que el inciso c), disponga que la “remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos previstos en la ley”; no se trata de una excusa absoluta.

Los presupuestos que estableció esta ley para el caso de los arrepentidos eran las siguientes:

#### **a) El abandono voluntario de la actividad terrorista.**

El artículo 85 A exigía en su apartado primero, que el agente se alejara de la actividad delictiva o de su vinculación criminal.

Previó la llamada “disociación” o “disociación silenciosa” del integrante de la organización terrorista.

El abandono debía ser “voluntario”, es decir, que obedeciera a una iniciativa personal, a una decisión autónoma, no proveniente de coacción. Este abandono voluntario debía ser pues real, sincero y definitivo, lo que supone que el agente tenía

plena conciencia de su desvinculación delictiva.

**b) Presencia ante la autoridad y confesión.**

Para efecto de las medidas de premiación, además de abandono voluntario, el individuo debía presentarse a la autoridad “confesando los hechos en que hubiere participado”. La presencia voluntaria del arrepentido debía realizarse ante una autoridad judicial, fiscal o policial, y con confesión libre y espontánea de los hechos delictivos y confesión en momentos previos a su detención o cuando esta fuera inminente.

**c) Evitación o disminución de peligro, impedimento del daño o colaboración para la captura de terroristas.**

A diferencia del primer apartado, para que opere el inciso b), la ley exigía, además de la disociación y confesión a la autoridad, que el individuo realizaría alguna contribución positiva que hubiere:

- 1) Evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro;
- 2) Impedido la producción del resultado dañoso o;
- 3) Coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

Estas contribuciones eran alternativas, aunque pueden presentarse en forma copulativa, lo que permitiría en éste último caso, una premiación mayor.

En los dos primeros supuestos existía una relación entre la actividad del sujeto y la realización del ilícito en concreto. La conducta asumida por el arrepentido podía ser con anterioridad o posterioridad a la consumación del delito. En el primero, podían tomarse en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 95 y 96 del Código Penal para el desistimiento espontáneo o arrepentimiento activo. En el segundo la actividad del sujeto no lograba evitar la consumación del ilícito o la ayuda se proporcionaba después de su realización, pero aún no se había agotado en sus efectos, lográndose la disminución, sustancial de los mismos o evitándose resultados mayores.

El tercer supuesto, planteaba la figura de la delación. El delator podía obtener la atenuación o condicionalidad de la pena (inmunidad siguiendo literalmente el texto legal), si la información o contribución era importante o aportaba pruebas decisivas para identificar los nombres, el lugar donde habitan, las actividades ilícitas que desempeñan, el lugar de reunión, las acciones delictivas realizadas, la documentación aprobatoria de la imputación, etc. Era posible que la delación se realizara mediante vía distinta a la presentación ante la autoridad, para ser valorados posteriormente (Ej. a través de escritos, teléfono, terceras personas).

**d) Trascendencia de la colaboración.**

En el inciso c) del artículo 85 A se planteaba la posibilidad de la “*remisión*” total de la pena (condicional), cuando la colaboración activa fuera de “*particular trascendencia*” para la identificación de los delincuentes, para evitar el delito o para impedir la actuación o el desarrollo de los grupos terroristas; beneficio penal relacionado con los supuestos de inciso b) con el que no existía mayor diferencia, excepto por el grado de importancia de la colaboración. En ese sentido se distinguía en el número de los terroristas identificados o

capturados, en la calidad de los mismos jefes, miembros importantes o en la particular trascendencia del delito que se evitaba.

Se admitía cualquier otra forma de colaboración a fin de evitar la actuación y desarrollo de dichos grupos.

Posteriormente, y ya en la siguiente década, la ley 26.950 del 19 de mayo de 1998, otorgó al Ejecutivo facultades para legislar en materia de “Seguridad Nacional” cuando en realidad vino a resolver problemas de seguridad ciudadana, debido al incremento de la criminalidad común principalmente en Lima.

**A raíz de dicha ley se dictaron los Decretos Legislativos 901 y 902 de 31 de mayo de 1998 y 1 de junio de 1998, respectivamente, y que establecen la figura del arrepentido.**

### **c.- Decretos Legislativos 901 y 902**

El Decreto Legislativo 901 otorga beneficios de reducción, exención y remisión de la pena a aquellas personas que cometan los delitos de terrorismo agravado, asesinato, secuestro, violación de menores, robo, robo agravado y extorsión que brinden información oportuna y veraz que permita la desarticulación y captura de una banda o asociación criminal. Estos beneficios se otorgarán estén o no comprendidos en una investigación policial, proceso penal o sentenciados.

El decreto Legislativo 902 determina el secreto de la identidad del arrepentido y las normas de procedimiento para la declaración del arrepentido, la verificación y la obtención del beneficio. En el caso de la declaración este decreto exige al arrepentido un “*compromiso de abandono voluntario y definitivo de toda actividad ilícita*”, la “*confesión veraz de los hechos delictivos en que hubiera participado*”, además de “*información veraz y oportuna sobre las bandas, sus jefes, cabecillas y otros*”.

### **d.- Ley N° 27.378 de 2000**

El 21 de diciembre del año 2000 fue publicada la Ley N° 27.378, que estableció beneficios por colaborar de manera eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.

El **artículo primero** indicaba que el objeto de la ley era regular los beneficios por colaboración eficaz ofrecida por las personas relacionadas con la comisión de los siguientes delitos:

1) Perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos;

2) De Peligro Común, previstos en los artículos 279, 279-A y 279-B del Código Penal; contra la Administración Pública, previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal; delitos agravados previstos en el Decreto Legislativo N° 896, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal;

3) Contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XV-A del Libro Segundo del Código Penal; y contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal, contra el Estado y la Defensa.

El capítulo II de dicha Ley se denomina precisamente “*Derecho Penal Premial*” y en sus artículos segundo y tercero indicaba que los beneficios por colaboración con la justicia alcanzaban a las personas que se encontraban o no sometidas a investigaciones preliminares o a un proceso penal, así como a los sentenciados por los delitos detallados anteriormente. El ámbito de la colaboración eficaz era evitar la consumación de un delito, o disminuir sus consecuencias; conocer las circunstancias en que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en que se viene planificando el delito; identificar a los autores y partícipes del delito o a los integrantes de una organización criminal; averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito; e indicar las fuentes de financiamiento y entregar a las autoridades los instrumentos, efectos, gananciales o bienes delictivos.

El artículo cuarto de la ley, señalaba los beneficios por colaborar de manera eficaz:

Exención de la pena;

Disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal;

La suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio;

Conversión de la pena privativa de libertad de hasta cuatro años, o libertad condicional; y Remisión de la pena para quien está cumpliendo la pena impuesta.

En el artículo séptimo se indicaba que no podían acogerse a ninguno de los beneficios establecidos en esta ley los jefes, cabecillas o dirigentes principales de las organizaciones criminales, así como los altos funcionarios con prerrogativa de la acusación constitucional, sin importar el delito cometido. Tampoco tenían estos beneficios los autores y partícipes de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. Los autores de los delitos de homicidio y lesiones graves, así como los funcionarios de la alta dirección de organismos públicos, sólo podían acogerse a los beneficios de disminución de la pena y suspensión de ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, conversión de la pena privativa de libertad de hasta cuatro años.

Cabe destacar que en virtud de su disposición transitoria cuarta esta ley tenía una duración de dos años computables a partir de su entrada en vigencia el día 20 de diciembre de 2000, pero el Congreso Pleno de Perú con fecha 11 de diciembre de 2002 dispuso ampliar por tiempo indefinido su vigencia.

En lo relativo a los delitos de narcotráfico, abundan en la legislación peruana una serie de normas, entre las cuales están: el propio Código Penal entre los artículos 296 a 303; la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas (D.L. 22.095); la Ley de Procesos por delitos de Tráfico Ilícito de Drogas (Nº 26.320); la Ley de Penalización de comercialización y cultivo de plantaciones de adormidera -amapola- (Ley Nº 26.332); y la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas (D. Leg. Nº824).

Ninguna de dichas leyes establece la figura del arrepentido o colaborador, sin embargo, la Ley Nº 26.320, denominada de “*Procesos por delitos de tráfico ilícito de*



*drogas y establecen beneficio*”, podría dar lugar a ésta, pues en su artículo 2 y respecto de los delitos de tráfico tipificados en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal Peruano, permite, en una suerte de *“plea bargaining”*, la conclusión anticipada de los procesos referidos a estos delitos mediante una negociación entre el Ministerio Público y el procesado acompañado por su defensa, llevada a cabo en una audiencia especial y privada, recogida en cuaderno secreto, y en la cual el Fiscal presenta los cargos, pudiendo el procesado aceptarlos en todo, en parte, o rechazarlos. El Juez explicará al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones para controvertir su responsabilidad. Si Fiscal y procesado llegan a acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena a imponer, se lo comunicarán al juez y se consignará expresamente en el acta respectiva. El procesado puede condicionar el acuerdo a que no se le imponga pena privativa de libertad. El juez tendrá cuarenta y ocho horas para sentenciar.

En seguida, el artículo 3º de la Ley prescribe que el inculpado que se acoja a este proceso especial recibirá un beneficio de rebaja de la pena de una sexta parte, en forma adicional al que se reciba por su confesión.

Creemos ver aquí una manifestación de la figura del colaborador, toda vez que en dicha audiencia especial y privada, y consignada en cuaderno aparte, podrá el inculpado, no solo reconocer su propia participación, sino que también delatar a otros partícipes, a fin de obtener la rebaja de pena señalada.

#### **4.- COLOMBIA**

La legislación de este país trata el tema de la colaboración en los artículos 413 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, introducido por la ley 600 de 24 de julio de 2000.

##### **Ley 600 de 2000**

**En el artículo 413 se establecen beneficios por colaboración, señalando que:**

*“El Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto, podrá acordar uno o varios de los beneficios consagrados en este artículo con las personas que sean investigadas, juzgadas o condenadas, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades de cualquier orden para la eficacia de la administración de justicia, sujetándose el acuerdo a la aprobación del juez competente, previo concepto del Ministerio Público”.*

La concesión de beneficios por parte del Fiscal se basa en la evaluación de las pruebas que proporciona el colaborador y que contribuyen de manera eficaz a:

1.- La identificación de dirigentes o cabecillas de organizaciones delictivas y la demostración de su responsabilidad.

2.-La identificación de bienes y fuentes de financiación de organizaciones delictivas que conlleven a su incautación.

3.-La localización del lugar en donde se encuentra el secuestrado o el desaparecido o suministre prueba que permita deducir responsabilidad penal del determinador o

director, cabecilla, financista o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada para los mismos.

*“Se tendrá como eficaz la colaboración cuando al menos haya sido soporte de resolución de acusación, incautación de bienes y establecimiento de las fuentes de financiación o localización del secuestrado, salvo que por negligencia del funcionario no hubiese sido posible establecerlo”.*

Los beneficios pueden ser acumulativos y otorgarse en razón del grado de colaboración:

- a) Disminución de una sexta hasta una cuarta parte de la pena que corresponda al colaborador en la sentencia definitiva;
- b) Sustitución de prisión por prisión domiciliaria;
- c) Suspensión condicional de la ejecución de la pena;
- d) Libertad condicional;
- e) Incorporación al programa de protección a víctimas y testigos.

Los beneficios otorgados no pueden implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena, ni tampoco se condicionan a la confesión del colaborador.

En el ámbito subjetivo de aplicación de estos beneficios, no se incluye a los reincidentes en delitos con posterioridad al otorgamiento de los mismos, por lo cual se establece una causal de caducidad del beneficio por reincidencia. Tampoco pueden gozar de estos beneficios el determinador de la conducta punible, el director, cabecilla, financista o promotor del concierto para adelantar delitos de secuestro o de la asociación organizada para ello.

Seguidamente, el artículo 414 establece normas de carácter adjetivo, donde queda de manifiesto un verdadero diálogo entre el fiscal y el procesado, por una parte y con el Juez por la otra, ya que los primeros suscriben un acta en la cual consta el acuerdo de colaboración que se ha realizado durante la etapa de instrucción. En un plazo de cinco días hábiles el juez puede realizar observaciones sobre la legalidad del acta y el otorgamiento de beneficios, dicha resolución admite recurso y se remite de vuelta al fiscal y al procesado, quienes dentro de diez días se pronuncian en acta complementaria, de la cual, el juez, en un lapso que no pase de diez días indica si aprueba o desaprueba el contenido del acta, resolución que si es recurrible.

Cabe destacar que la ley otorga fuerza vinculante al acuerdo aprobado, ya que el juez debe reconocer los beneficios en la sentencia. En este punto cabe destacar que la legislación colombiana prevé un mecanismo similar al “*plea bargaining*” norteamericano, pero con caracteres muy propios ya que el acuerdo no solo tiene como partes al fiscal y al acusado, sino que hay una tercera arista, el juez, que actúa como ente homologador de dicha manifestación de voluntades. Otra característica particular que se advierte es que el carácter vinculante del acta aprobada sobre la sentencia no se observa en la justicia estadounidense.

Se prevé el caso de la persona que ha prestado declaración indagatoria y que antes que quede ejecutoriada la resolución que cierra la investigación solicita se dicte a su

respecto sentencia anticipada, manifestando su deseo de colaborar eficazmente con la justicia, lo que se materializa en un acta que luego hace las veces de acusación, en tal caso se aplicará el trámite establecido para aquella institución, remitiéndonos al artículo 40 del Código de Procedimiento Penal colombiano; en este caso el juez disminuirá la pena que corresponda en una tercera parte en razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

Una vez dictada acusación y antes de la fijación de fecha para audiencia pública, el inculpado aún podrá tomar el camino de la sentencia anticipada, aceptando íntegramente los cargos contenidos en dicho auto acusatorio, pero en este caso la rebaja será solamente de una octava parte de la pena.

En suma, concurriendo la confesión y sentencia anticipada en la etapa de instrucción, la rebaja será de las dos quintas partes y cuando aparecen en la etapa de juzgamiento, la disminución será de una quinta parte.

La colaboración también se prevé respecto de personas condenadas, y el juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, decidirá sobre la concesión del beneficio dentro de los diez días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud realizada por el Fiscal General de la Nación o su delegado. Si se ajusta a la ley, el juez concederá el beneficio mediante auto que no es recurrible; en cambio, si no lo concede, se pronunciará mediante resolución fundada, la que es susceptible de recursos ordinarios.

Las obligaciones emanadas de los acuerdos y solicitudes de colaboración se garantizarán mediante una caución, y el funcionario judicial que otorgó el beneficio lo revocará cuando constate el incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas, se ha incurrido en el delito de fuga de presos o en falta grave contra el régimen penitenciario durante el período de prueba.

El Artículo 416 establece la prohibición de acumular beneficios establecidos para las mismas conductas en otras disposiciones; asimismo, no puede concederse otros beneficios por la misma colaboración.

Quien sea condenado por el delito de concierto para delinquir agravado por acciones tales como organizar, fomentar, promover, dirigir, encabezar, constituir o financiar el concierto o la asociación, en concurso con otros delitos, podrá acogerse a la sentencia anticipada y tendrá derecho a las rebajas por confesión y por colaboración eficaz con la justicia, pero en ningún caso la pena que se le imponga podrá ser inferior a la que corresponda en concreto sin disminuciones para el delito más grave.

Las reuniones entre el Fiscal General de la Nación o su delegado y el colaborador se podrán realizar en cualquier etapa procesal, cuando no exista orden de captura en su contra, o bien con sus apoderados legalmente constituidos, para determinar la procedencia de los beneficios.



## Capítulo III. LA COLABORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

### A.- Normas que reconocen y regulan la delación compensada en Chile.

#### 1.- Código Penal

---

**a.- Artículo 8:** *“La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.*

*La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito.*

*La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas.*

***Exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal***

***que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias”.***

A nuestro juicio esta solución es congruente con un sistema de derecho penal mínimo o de última ratio, ya que estamos frente a una acción que excepcionalmente es punible, por otro lado no se alcanzó a producir el resultado dañoso y mediando el correspondiente desistimiento, el que sumado a la comunicación del plan, crea una instancia de control por parte de la autoridad a fin de evitar toda consecuencia que emane de la conspiración o proposición por lo cual bien se justifica la exención de pena a su respecto.

**b.- Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal** fundadas en la conducta del agente posterior al delito. Artículo 11 números 7, 8, y 9 del Código Penal.

Artículo 11 N° 7: Procurar con celo reparar el mal causado.

La comisión redactora del Código Penal <sup>46</sup> a proposición del comisionado señor Reyes, se basó en el artículo 39 del Código Penal Austriaco para consignar ciertas atenuantes cuya inclusión se consideró conveniente, adicionándolas a aquellas tomadas de la legislación española.

A este respecto dicho artículo disponía que “Las circunstancias relativas a la persona son: 7º.- Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Según la doctrina y jurisprudencia nacionales sus aspectos esenciales son:

a) El delito debe encontrarse completo en su fase ejecutiva, habiéndose causado un mal reparable, o de consecuencias perniciosas evitables. Se distingue de esta forma del desistimiento, que opera como causal de exclusión de la pena en la conspiración, la tentativa, y la frustración, siempre que sea voluntario, y que con él se ponga término al riesgo creado (tentativa), se evite la producción del resultado (frustración) o se realicen actos necesarios para que al menos la autoridad pueda evitarlo (conspiración). En el caso de la frustración, si el resultado no logra evitarse del todo, procede la aplicación de esta atenuante <sup>47</sup>

b) Como la ley exige la presencia de un mal producido, se han presentado discusiones acerca de la clase de delitos en que puede operar, aunque la jurisprudencia mayoritaria parece inclinarse a entender que esta atenuante no es restrictiva, y tiene un ámbito de aplicación general, en cuanto no hace distinción alguna acerca de la naturaleza del delito en que puede procurarse la reparación, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

c) Del tenor literal se desprende que *“no es necesaria una reparación total y completa del mal causado por el delito, basta con que el hechor procure, trate, haga lo posible por reparar, mitigar o disminuir las consecuencias lesivas producidas por el hecho ilícito”* <sup>48</sup>. Una interpretación distinta haría inoperante esta atenuante en todos aquellos

---

<sup>46</sup> DE RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL; “Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora”; Edeval, 1974, pág. 256; Sesión 8ª de 17 de mayo de 1870.

<sup>47</sup> Sentencia I.C.A. Pedro Aguirre Cerda 26-10-1988 GJ 1001:64.

casos en que el daño provocado es irreparable dada la magnitud de este, o exista la imposibilidad material de reestablecer el bien jurídico afectado, como sucede en los delitos contra la vida, en los cuales, como principio general, procede esta atenuante, una vez cumplidos sus requisitos.

A mayor abundamiento: “*Que si bien para que se configure la atenuante del N° 7 del artículo 11 del Código Penal no es necesario que se repare efectivamente el mal causado, cosa imposible en el delito de homicidio, debe por lo menos acreditarse que se ha obrado con celo, procurando mitigar el daño*”<sup>49</sup>

Conforme a esta posición, resultarían poco coherentes con este principio las normas que prohíben la aplicación de esta circunstancia atenuante en ciertos delitos considerados de peligro, como el tráfico ilícito de estupefacientes.

Al respecto la Corte Suprema en un fallo de 1977 al pronunciarse sobre

un caso en que el procesado había consignado fondos para ser entregados a alguna institución de rehabilitación de adictos, señaló:

“La norma del artículo 11 N°7 del Código Penal no es restrictiva, no hace distinción sobre la naturaleza del delito en que pueda procurarse la reparación, ni de su contexto tampoco se infiere que su aplicación deba reducirse a casos en que obre una lesión a personas particularmente individualizadas, el tráfico de drogas como delito de peligro, atenta contra la salubridad pública, entraña un peligro colectivo o común, que el legislador castiga en razón de que afecta la salud de los habitantes en general, sin atender a si algún bien jurídico individual ha sido concretamente quebrantado por la acción delictiva”... “tal peligro es evidente que puede ser susceptible de ser remediado, reparado, o al menos aminorado, mediante actos que tiendan a impedir la extensión que el tráfico de estupefacientes engendra”<sup>50</sup>

Luego, en sentencia que acogió un recurso de casación en el fondo con fecha 3 de noviembre de 1998, y aplicando la ley 18.403, se declaró la procedencia de la atenuante que nos ocupa, fundamentada en el caso concreto, en donaciones de importancia efectuadas por el procesado en beneficio del Hogar de Cristo, argumentando que “*La Ley 18.403 no contiene ninguna restricción a la admisibilidad de la circunstancia atenuante en cuestión...*”, rechazando, de paso, el argumento de tener estas infracciones penales el carácter de delitos de “*peligro abstracto*”, lo que haría inadmisibles el factor de atenuación de la pena.<sup>51</sup>

Actualmente la discusión se encuentra zanjada en forma negativa por el artículo 32 de la Ley 19.366 que señala: “*En los delitos contemplados en esta ley no procederá la*

---

<sup>48</sup> **KUNSEMULLER, CARLOS** en “Algo más sobre la circunstancia atenuante del artículo 11 n° 7”, Revista de Derecho y Humanidades N° 7, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Chile, 1999, p. 91 y ss.

<sup>49</sup> Gaceta Jurídica N°49, p.128.

<sup>50</sup> Revista de Ciencias Penales tomo XXXIV, N° 2, 1975, p. 218 y ss.

<sup>51</sup> Repertorio del Código Penal, pág. 37.

*atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11 N° 7, del Código Penal”.*

A su vez, y respecto de los delitos de robo con violencia o intimidación, la Ley N° 19.449 de 8 de marzo de 1996, incorporó el artículo 450 bis al Código Penal, que prohibió también la aplicación de esta atenuante en los siguientes términos: *“En el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11, N° 7”.*

A nuestro juicio los principios fundamentales de limitación del *ius puniendi* pueden resultar vulnerados con estas normativas excepcionales, que en forma selectiva privan a determinados responsables de ciertos delitos prefijados, de una circunstancia que puede mitigar la cuantía de su pena, y que se halla consagrada de manera general y sin excepciones en el Código Penal.

d) La utilización del verbo **“procurar”** niega la exigencia de equivalencias o proporcionalidades numéricas entre la cuantía del esfuerzo reparatorio, cuando este es evaluable económicamente, y la magnitud del daño ocasionado para acoger esta atenuante. Se requiere una acción esforzada y diligente, sin la utilización de un criterio matemático.<sup>52</sup>

e) Un aspecto de gran interés para nuestro estudio dice relación con que la norma no exige que concurra en el sujeto que efectúa la reparación *“un esfuerzo íntimo que promueve las buenas obras”* o un *“arrepentimiento completo y sincero”*, como en algunos fallos se ha señalado, añadiendo a la atenuante un elemento subjetivo que el legislador no contempló.

Para el profesor Carlos Kunsemuller el Código Penal no requiere ningún móvil o actitud espiritual particular en el agente que trata de aminorar el daño: se persigue en este caso un claro propósito de política criminal: obtener reparación para la víctima y evitar males mayores. Lo relevante es que el sujeto trate, haga lo posible, despliegue sus mayores esfuerzos por mitigar, atenuar, o disminuir el daño provocado por su delito, cualquiera sea la finalidad última perseguida o el propósito íntimo del agente, siempre que actúe con celo, es decir, un interés extremado y activo que alguien siente por una causa o por una persona, debiendo ser esta una característica objetiva de la diligencia, trámite, gestión, o esfuerzo efectuado por el hechor para reparar el mal ocasionado, aunque sea en forma parcial.<sup>53</sup>

Al respecto, Garrido Montt señala que *“tampoco tienen importancia los motivos que lo han inducido a la reparación, los que pueden ser mezquinos o altruistas, corresponder o no a un real arrepentimiento”*<sup>54</sup>.

Una actitud de arrepentimiento personal frustra la finalidad de esta atenuante, pues disuadirá a muchos infractores de efectuar gestiones reparatorias ante la perspectiva de

---

<sup>52</sup> KUNSEMULLER, CARLOS, Op. Cit. pág. 96.

<sup>53</sup> KUNSEMULLER, CARLOS, en Revista de Ciencias Penales, t. XXXIV, N°2, 1975, pág. 218 y ss.

<sup>54</sup> GARRIDO MONTT, MARIO; Derecho Penal, Parte General, tomo I, reimpresión de primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, pág. 193.



que de todos modos sea rechazada la atenuante por “falta de pureza ética”<sup>55</sup>

Lo anterior se ha visto reflejado en España, en el nuevo Código Penal del año 1995, pues anteriormente para la aplicación de esta atenuante se exigía que el delincuente hubiere actuado por “*impulsos de arrepentimiento espontáneo*”, condición hoy suprimida en el texto de dicha atenuante: “*La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado o a disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral*” (Artículo 21/5).

Aunque la ley no explicita la forma de reparar, es costumbre que esta se realice por medio de consignaciones ante el tribunal de la causa, pudiendo hacerla el propio inculpado o un tercero a su favor, a excepción del tercero civilmente responsable<sup>56</sup>. Sin embargo, y teniendo presente la naturaleza del mal causado, son posibles otras formas de reparación, como el que ha declarado falsamente y se retracta antes de dictarse sentencia definitiva<sup>57</sup>; o quien luego de herir a su víctima la traslada a un hospital con el fin de procurarle auxilios, aun cuando estos resulten ineficaces.

Antes de la entrada en vigencia del Nuevo Proceso Penal, la Corte Suprema rechazó esta atenuante en caso de avenimientos entre las partes o declaraciones juradas de las víctimas. Ahora, ante ciertos delitos que protegen bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos, la institución del *acuerdo reparatorio* del artículo 241 del Código Procesal Penal, permite la extinción de la responsabilidad penal con el solo acuerdo de las partes y la aprobación del juez de garantía, sin que medie necesariamente una reparación de carácter pecuniaria a la víctima, y por aplicación de la analogía *in bonam partem*, debiera extenderse a la apreciación de esta circunstancia.

En el Código Penal, en los delitos de **hurto y robo con fuerza o con violencia**, si la reparación consiste en la **entrega voluntaria de las especies hurtadas o robadas antes de que se persiga al autor o se le ponga en prisión**, el artículo 456 le otorga a esta forma de reparación un **efecto atenuatorio especial consistente en la rebaja en un grado a la pena inferior señalada por la ley**.

**Artículo 456.** “*Si antes de perseguir al procesado o antes de decretar su prisión devolviere voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito*”.

A continuación analizaremos las circunstancias 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal que establecen dos formas distintas de colaboración con la justicia:

- La autodenuncia y confesión de quien puede “eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose”;

---

<sup>55</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO: “El Derecho Penal en la jurisprudencia”, t. IV, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1987.pág. 132.

<sup>56</sup> Corte Suprema 15-10-1930, G 1930, 2º sem., Nº 82:311.

<sup>57</sup> Corte de Apelaciones de Chillán 20-8-1942, G 1942, 2º sem., Nº 67:291.

- “Colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”.

Estas atenuantes, a diferencia de la N° 7 ya no miran al favorecimiento de la víctima, sino a la acción de la justicia, evitando que esta se vea frustrada o retardada.

## **2) Artículo 11 N° 8: Autodenuncia y confesión.**

Norma inspirada en el artículo 39 del Código Penal Austriaco, de donde fue tomada por nuestro legislador, con leves modificaciones.

Artículo 11: *“Son circunstancias atenuantes:*

*8.ª Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito”.*

Consiste en que el hechor, pudiendo haber eludido la acción de la justicia mediante la fuga o la ocultación, se haya denunciado y confesado su delito. Se premia, con una posible disminución de la pena, una actitud de cooperación a la acción de la justicia penal.

La voz “denuncia” es sinónimo de comparecer ante la justicia, de presentarse voluntariamente ante la autoridad, después de haberse cometido el delito, y no se relaciona necesariamente con el concepto de denuncia, actividad, o impulso procesal del artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, sino que dicha expresión se usa en su sentido corriente, de comparecer ante la justicia o sus agentes, aún cuando ya se ha iniciado el proceso por otro medio, según se desprende del tenor mismo de la ley y la finalidad misma de la atenuante.

Al respecto señala Novoa Monreal que si denunciarse significara aquí dar la noticia al tribunal del delito que se ha cometido, sería necesario que se diera por el delincuente señalándose él mismo responsable de él, puesto que la ley le pide que se denuncie; con ello estaría de más la exigencia copulativa de confesión del delito, implicada ya en esa autodelación. Además no se explica que la ley requiriera que pudiera eludir la acción de la justicia un sujeto que era completamente ignorado por ésta, que aún no se había puesto en movimiento. El comportamiento del delincuente que se denuncia y confiesa su delito “facilita y acelera la aplicación de la ley y ahorra a la judicatura investigaciones difíciles”<sup>58</sup>

## **3) Artículo 11 N° 9: “Colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”.**

La circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal fue objeto de modificación por la Ley adecuadora de la Reforma Procesal Penal N° 19.806 de 31 de mayo de 2002.

Su texto original era: *“Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión”*, y cabe acotar que su origen también se remonta al Código penal Austriaco, que en sus disposiciones contenía una norma similar.

Su redacción actual es: *“Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de*

---

<sup>58</sup> **NOVOA MONREAL, EDUARDO**, Curso de Derecho Penal Chileno, libro I, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pág. 43.

*los hechos”*

El proyecto de ley enviado al Congreso sólo reemplazaba la expresión “procesado” por “acusado”, pero en la comisión del Senado se estimó que dicha modificación carecía de justificación, pues la propia atenuante resultaba incompatible con el nuevo sistema procesal penal, que excluye a la confesión como medio de prueba, no admitiendo que se acuse a alguien con el sólo mérito de ésta.

La Comisión Redactora del Código Penal de 1875 en la sesión N° 168 (al redactar el texto original de esta atenuante) cambio la expresión “prueba” inserta en el proyecto por “antecedente”, para reducir la circunstancia “al único caso en que la confesión sea tan espontánea que sin ella no habría habido medio de hacer cargo alguno al reo”<sup>59</sup>.

No existe discusión en cuanto a que esta atenuante decía relación sólo con la participación del imputado, no respecto de la comprobación del cuerpo del delito, que podía o no ser justificado por cualquier otro medio de prueba.

No obstaba a la atenuante el hecho de que debido a la confesión espontánea surgieran nuevos antecedentes que acrediten fehacientemente su participación, y a su vez ha de rechazarse la atenuante si aparecen nuevos antecedentes, no aportados por su confesión, que acrediten su participación.

El criterio de los redactores del Código de 1875 fue continuar con la idea de la atenuante que le antecede, es decir, la idea de ayuda a la acción de la justicia, siendo el criterio decisivo si, prescindiendo de la confesión, se habría llegado o no a probar la participación del encausado<sup>60</sup>

La jurisprudencia, refiriéndonos al texto antiguo, determinó que para rechazar la atenuante era suficiente que en el proceso resultara contra el reo otro antecedente, pero no es necesario que constituya prueba legalmente valedera, ya que para que concurriera esta atenuante era menester que sin su confesión espontánea, el delincuente habría sido completamente ignorado<sup>61</sup>

El factor de atenuación basado en el comportamiento posterior a la comisión del delito, al igual que las dos atenuantes precedentes, no representa un caso de disminución de la culpabilidad del agente, sino que por motivos de política criminal se pretende favorecer la conducta del infractor que después de perpetrado el delito, confiesa su participación en él. No hay exigencia de arrepentimiento espontáneo, pues la atenuante es de carácter objetivo, bastando la concurrencia de los requisitos objetivos de ésta, sin limitaciones de carácter subjetiva, anímica o moral, basta la confesión espontánea, voluntaria, sin la cual, su participación no se habría comprobado.

La Comisión revisora de la Cámara Alta de la Ley Adecuatoria N° 19.806 acordó, con un criterio político criminal razonable para la determinación de la pena que fuera

<sup>59</sup> DE RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL; Op. Cit., pág. 551. Sesión 168 de 1° de octubre de 1873.

<sup>60</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, Derecho Penal, Parte General, tomo II, tercera edición reimpressa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, pág. 27.

<sup>61</sup> Texto y comentario del Código Penal, tomo I, pág. 184 y 185.

favorable para el acusado, y siguió en este punto al Código Penal austriaco, en el cual es circunstancia atenuante que el autor mediante su declaración haya contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad.

La Comisión estimó que la atenuante se configura si el imputado efectúa un aporte al esclarecimiento de los hechos que tenga carácter significativo, justificando la menor necesidad de pena.

La expresión “*los hechos*” esta tomada en su más amplio sentido, pues su esclarecimiento corresponde al imputado, y su aporte a la investigación debe admitir un amplio espectro de modalidades de actuación, todo lo que interesa saber a través de los medios de prueba legales son “hechos”, no se reduce como en la redacción anterior a la participación del individuo mediante su confesión espontánea.

“*Colaborar*” al logro de un objetivo, el cual puede ser alcanzado por la ayuda prestada por el acusado en distinta forma y grado de intensidad, importándole al legislador que tal colaboración sea “*sustancial*” para los fines propios del proceso criminal.

Al requerir el nuevo texto haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, se está exigiendo un resultado objetivo, no bastando el esfuerzo, la diligencia por contribuir a la investigación de manera significativa.

En el Foro para la Reforma Penal se pretendió restarle dicho carácter objetivo a la norma con la siguiente redacción “Si se ha procurado colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, con lo cual se habría conservado la coherencia con la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal que sólo exige el “procurar” una reparación del daño.<sup>62</sup>

Pensamos que la redacción de esta nueva atenuante amplía enormemente las formas de colaboración con la justicia en el nuevo proceso penal, en especial cuando nos encontramos frente a salidas alternativas al juicio oral, como son la suspensión del procedimiento y el procedimiento abreviado, y deberá ser acogida siempre que se haya colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos, procediendo la exigencia de mayores requisitos en los casos en que la colaboración con la justicia constituya una *circunstancia atenuante especial*, como en el caso de la *cooperación eficaz* consagrada en el artículo 33 de la Ley 19.366 y en *arrepentimiento eficaz* de la Ley 19.172.

### **c.- Artículo 160 del Código Penal**

Este artículo se refiere a los delitos que tienen relación con agravios inferidos por funcionarios públicos a derechos garantizados por las Constitución.

**Artículo 160.** “*Si un empleado público acusado de haber ordenado, autorizado o facilitado alguno de los actos de que se trata en el presente párrafo, pretende que la orden le ha sido arrancada por sorpresa, será obligado, revocando desde luego tal orden para hacer cesar el acto, a denunciar al culpable; en caso de no denunciarlo, responderá personalmente*”.

---

<sup>62</sup> ACOSTA, JUAN DOMINGO y FELLER, CLAUDIO, Proyecto sobre Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

La expresión “que la orden le ha sido arrancada por sorpresa” se refiere a que ha sido víctima de un engaño para dar la orden. Teniendo eso en cuenta, parece exagerado que se le exima de culpa, pues, por la naturaleza de sus funciones, está obligado a denunciar al culpable (artículos 84 N° 3 del Código de Procedimiento Penal y 175 b) Código Procesal Penal), además de responder por la negligencia de dejarse engañar.

**d.- Causal de exención contemplada en el artículo 192 del Código Penal.**

Esta norma fue establecida por iniciativa del Secretario de la Comisión Redactora del Código Penal, don Alejandro Renjifo, y señala:

**Artículo 192.** *“Quedan exentos de pena los culpables de los delitos castigados por los artículos 162, 163, 165, 167, 172, 173, 174, 175, 180, 181 y 182 siempre que, antes de haberse hecho uso de los objetos falsificados, sin ser descubiertos y no habiéndose iniciado procedimiento alguno en su contra, se delataren a la autoridad, revelándole las circunstancias del delito”.*

Este beneficio se extiende a casi todos los delitos descritos en el párrafo primero del título IV del Código Penal, con la excepción del cercenamiento de moneda de oro o plata de curso legal (artículo 164), de moneda sin curso legal en la República (artículo 166), de la puesta en circulación de monedas a que se refieren los artículos 168 y 170, como también de las conductas descritas en los artículos 171, 176, 177, 178, y 179 del párrafo I. El artículo 192 incorporó a este beneficio, además, los tres primeros delitos del párrafo III, descritos en los artículos 180, 181 y 182, de modo que quedan excluidos de la exención los restantes, o sea los reglados en los artículos 184 a 190.

Para obtener la exención de pena se requiere:

- 1) No haber usado los objetos falsificados.
- 2) No haber sido descubierto.
- 3) No haberse iniciado proceso en su contra.

Las numerosas exigencias que establece el artículo 192 hacen que la norma resulte prácticamente inaplicable, ello se debió a que fue un tema de duro debate en el seno de la Comisión Redactora, que terminó con el texto actualmente vigente.<sup>63</sup>

**e.- Asociación Ilícita.**

Según el diccionario de la R.A.E., por asociar<sup>64</sup> debemos entender *“Unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo”*, y la asociación es definida como *“C onjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada”*.

La Constitución Política de la República en su capítulo III, artículo 19 N° 15 asegura *“El derecho de asociarse sin permiso previo”*. A continuación agrega que *“Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.*

<sup>63</sup> DE RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL; Op. Cit., págs. 329 a 332; Sesiones N° 41 y 42 de 2 y 5 de junio de 1871, respectivamente

<sup>64</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op. Cit. Pag. 230.

*Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”.*

Por otro lado, en el derecho privado, se ha intentado precisar el concepto

de asociación. El artículo 2053 del Código Civil señala que: “*La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan*”. La norma del artículo 2057 del mismo texto legal reconoce las sociedades de hecho y declara expresamente que las sociedades nulas por la ilicitud de su objeto o causa, se registrarán por el Código Penal.

En nuestro Código Penal, específicamente en su artículo 292 se indica:

**Artículo 292** “*Toda asociación formada con el objeto de atentarse contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse*”.

En este caso, se aplican las penas previstas en el artículo 293 y siguientes, distinguiendo este primer artículo entre la comisión de crímenes y simples delitos, excluyendo las faltas, para graduar la pena.

El origen de la norma del artículo 292 se encuentra en el artículo 322 del Código Penal de Bélgica, donde se indica que “*Toda asociación formada con el objeto de atentarse contra las personas o propiedades es un crimen o un delito, que existe por el solo hecho de la organización de la partida*”.

En la sesión 157 de la Comisión Redactora del Código Penal, Gandarillas indicó que no basta que se forme una partida de criminales como una conspiración para cometer uno o más delitos determinados, sino un grupo con una organización jerárquica que tenga como objetivo la comisión de un crimen o simple delito, por lo cual dicha expresión finalmente no fue incluida en nuestro Código<sup>65</sup>.

La ley 19.047 de 14 de febrero de 1991, derogó el inciso final del artículo 292, disposición que establecía la presunción de que una asociación tenía carácter ilícito cuando uno o más de sus miembros ha ejecutado un acto contra el orden social, buenas costumbres, personas y propiedades. Esta presunción había sido introducida por el Decreto Ley N° 2621 de 28 de abril de 1979, el que además extendía la presunción de fin ilícito cuando uno o más de sus miembros había dado principio de ejecución a ciertos delitos contemplados en la Ley de Seguridad del Estado, Ley de Control de Armas y artículos 323 a 326 (delitos contra ferrocarriles, correos y telégrafos), 474 a 476 (incendio) y 480 (estragos varios), todos ellos del Código Penal.

Finalmente, el Código Penal al hablar de orden social quiere referirse a un concepto amplio que repite la Constitución en el artículo 19 N° 15, cual es el de orden público. La asociación debe haber tenido como fin la comisión de varios delitos, no sólo de uno, diferenciándose en este punto del *concierto o conspiración* para cometer un delito del artículo 8 del Código Penal, derivando de ello un factor de permanencia en el tiempo y organización jerárquica con ascendencia por sobre elementos subalternos de la asociación.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL; Op. Cit., pág. 528; Sesión N° 157 de 18 de junio de 1873.

Debido a la existencia de dicha organización jerárquica dentro de la asociación ilícita, la ley asigna distinto grado de penalidad a los miembros que la conforman en los artículos 293 y 294 del Código Penal, identificando a los jefes y sus provocadores; los “demás miembros”, y otras personas que, sin pertenecer a la asociación, colaboran con ella.

**Artículo 293:** *“Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.*

*Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior”.*

**Artículo 294.** *“Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados, en el primer caso previsto por el artículo precedente, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo”.*

Las disposiciones de los artículos 293 y 294 tienen su antecedente en los artículos 323 y 324, respectivamente, del Código Penal Belga.

El comisionado Gandarillas notó que las disposiciones sancionan a sujetos pertenecientes (o colaboradores) a asociaciones destinadas a cometer delitos, pero el artículo 292 califica como ilícitas las asociaciones formadas con el fin de atentar en contra del orden social, las buenas costumbres, conceptos tan amplios que pueden abarcar conductas que no están tipificadas como delito.

El artículo **294 bis** indica que “Las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades”<sup>67</sup>.

En consecuencia, tenemos que los elementos configuradores del delito de asociación ilícita son los siguientes:

- 1) Existencia de una colectividad de individuos, sin que sea relevante la concurrencia de un número mínimo, sino que bastan dos.
- 2) Existencia de una finalidad común entre ellos, que en materia penal estará constituida por una unidad de propósito determinada por su programa criminal.
- 3) Existencia de una cierta organización al interior de la asociación, en la que a lo menos, sea posible distinguir entre jefes y subordinados.
- 4) Existencia de un criterio temporal, esto es, que exista cierta durabilidad de la asociación, y alguna permanencia de los asociados, porque de otra forma, en materia

---

<sup>66</sup> FERNANDEZ, PEDRO, Código Penal explicado y concordado, Imprenta Barcelona, Santiago, 1899, segunda edición, tomo II, pág. 43.

<sup>67</sup> Artículo agregado por el Decreto Ley 2621, de 28 de abril de 1979.

penal, la reunión de individuos para la ejecución de un hecho aislado, se califica como mera co-participación criminal.

De lo anterior se desprende que en el Código Penal el concepto de asociación no exige que esta sea de Derecho, pero cuando se trata de una asociación de hecho, a lo menos debe existir un principio de organización, un grupo de personas que se organiza, dotándose de cierta estructura jerárquica, nexo funcional y permanencia en la consecución de los fines que se han propuesto mediante un acuerdo de voluntades, expreso o implícito, para obrar concertadamente en la comisión de delitos, cualquiera sea su naturaleza jurídica.

En ese sentido, la expresión “*formada*” que usa el Código en el artículo 292, se refiere al grupo de personas que se organizan con la finalidad prevista en la ley, y determina el momento en que debe entenderse consumado el delito de asociación ilícita, que es el mismo en que las personas involucradas se organizan, con conocimiento del fin ilícito perseguido, cualquiera sea la relación previa, jurídica o no, que haya existido con anterioridad entre sus miembros, como el caso de una asociación ya constituida conforme a Derecho, en la que todas las personas naturales que la conforman o una parte de ellas, acuerdan explícita o implícitamente apartarse del objeto social, convirtiéndose en ilícita (excluyendo de sanción penal a aquellos miembros que desconocen el fin criminal acordado).

#### **Delación compensada del artículo 295 del Código Penal.**

En relación con el tema de nuestro estudio, el **artículo 295** establece lo que sería para algunos una **causal de extinción de responsabilidad penal**<sup>68</sup> y para otros una **excusa legal absolutoria**<sup>69</sup>

Esta norma tiene su origen en el **artículo 326 del Código Penal Belga**, pudiendo nosotros identificar aquí una cooperación o colaboración, al señalar que los partícipes (jefes, otros miembros o ajenos a la asociación con carácter de encubridores):

**Artículo 295** *“Quedarán exentos de las penas señaladas en los artículos anteriores aquellos de los culpables que, antes de ejecutarse alguno de los crímenes o simples delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, hubieren revelado a la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y propósitos.*

*Podrán sin embargo ser puestos bajo la vigilancia de la autoridad”.*

Para Etcheberry es una causal de extinción de responsabilidad, pues el efecto propio de las excusas absolutorias es impedir que nazca la responsabilidad penal, y no ponerle término, y en este caso, por el contrario la colaboración se produce cuando ya ha nacido la responsabilidad penal, y si el partícipe es aprehendido antes de efectuar la delación, tendrá plena responsabilidad criminal<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, Op. Cit., pág. 11.

<sup>69</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, Tomo I, pág. 608.



En la sesión 62, y a indicación del comisionado Fabres, se resolvió expresar en el artículo 287 (actual 295), que la exención de pena sólo tiene lugar cuando el denunciante se hace antes de ejecutar los delitos que constituyen el objeto de la asociación y antes de ser perseguidos, recordando lo dicho respecto del artículo 8 del Código Penal referidos a la conspiración y proposición.

A continuación el Código establece una **figura omisiva**, aplicable a personas que no forman parte de la asociación:

**Artículo 295 bis** *“Se aplicarán las penas de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo al que, habiendo tenido noticias verosímiles de los planes o de las actividades desarrolladas por uno o más miembros de una asociación ilícita, omita ponerlas oportunamente en conocimiento de la autoridad.*

*Quedará exento de las penas a que se refiere este artículo el cónyuge, los parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, y el padre, hijo natural o ilegítimo de*

*alguno de los miembros de la asociación. Esta exención no se aplicará si se hubiere incurrido en la omisión, para facilitar a los integrantes de la asociación el aprovechamiento de los efectos del crimen o simple delito”;* inciso que viene a ser una reiteración del artículo 17 del Código, referido al encubrimiento.

Más adelante, y al analizar la Ley sobre conductas terroristas N° 18.314, trataremos el tema de las asociaciones ilícitas para la comisión de delitos calificados como terroristas

## 2.- Ley sobre Seguridad del Estado N° 12.927.

---

Los delitos contra la Seguridad del Estado corresponden a actos de violencia organizada que vulneran el orden público, y en especial aquellos realizados con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o intimidar a la población.

La disposición relevante es su artículo 23 a):

**Artículo 23 a)** *“ A la persona que aparezca responsable en un proceso por delitos contra la Seguridad del Estado, se le rebajará en uno o dos grados la pena que pudiere corresponderle, por la circunstancia de revelar al Ministerio Público<sup>71</sup> antecedentes no conocidos que sean útiles a la comprobación del delito o a la determinación de los delincuentes. La misma regla se aplicará si denunciare a la autoridad el plan y circunstancias de toda nueva conspiración o maquinación para cometer alguno de los delitos prescritos en los artículos 5° a), 5° b), y en las letras c), e), y g) del artículo 6°, y siempre que la denuncia lleve a la comprobación del hecho, a la individualización de los culpables y a la frustración de sus propósitos”.*

En su texto original, el cual fue modificado por la Ley N° 19.047 de 14 de febrero de

<sup>70</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, Op. Cit., pág. 12.

<sup>71</sup> Modificado por el artículo 48 de la Ley Adecuatoria N° 19.806 de 31 de mayo de 2002, que reemplazó la expresión “...al tribunal” por “...al Ministerio Público”.

1991, establecía la exención de la pena para quien siendo responsable de alguno de los delitos en ella contemplados, revelare antecedentes importantes para la comprobación del delito o de otros delincuentes.

La norma actual contempla solo dos hipótesis de atenuación de la pena:

La primera establece una rebaja de uno o dos grados al partícipe de delito contra la Seguridad del Estado que otorgue información útil al Ministerio Público respecto del cuerpo del delito o la identidad de los otros partícipes.

La segunda hipótesis aplica la misma rebaja de penas, pero en el caso de denunciar a la autoridad el plan y las circunstancias de toda nueva conspiración o maquinación para cometer alguno de los delitos prescritos en los artículos de esta ley que se señalan.

En ambos casos, la norma es imperativa para el juez, pues cumplidos los requisitos, deberá rebajar la pena.

### 3.- Ley de Conductas Terroristas N° 18.314

---

La Constitución Política de la República establece el marco para la regulación de este tópico en su artículo 9, el que señala:

**Artículo 9** *“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.*

*Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.*

*Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo”.*

Dicha ley de quórum calificado es la N° 18.314, que tipifica las conductas terroristas, que consisten en:

**Artículo 1°**

**1a** Delitos que se cometan con la finalidad de producir en la población o en parte de ella: *“El temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atacar contra una categoría o grupo determinado de personas. Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o*

*incendarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos”.*

**2a** *“Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”*

Se señala en el artículo 2° una enumeración de delitos que, cumpliendo con los atributos que se señalan en el artículo primero, constituyen delitos terroristas: homicidio, lesiones, secuestro, sustracción de menores, envío de explosivos, incendio y estragos, infracciones contra la salud pública y descarrilamiento; apoderamiento o atentado en contra de medios de transporte y sus pasajeros; atentado en contra de autoridades; manipulación de explosivos o artefactos incendiarios.

Especial alusión debe hacerse al numeral 5° que indica que tiene carácter de delito terrorista *“La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y al artículo 1°”*, indicando a continuación que los delitos de secuestro y de sustracción de menores cuando han sido cometidos por una asociación ilícita terrorista se considerarán siempre como delitos terroristas, sin que sea necesaria la concurrencia de los objetivos indicados en los dos numerandos del artículo 1° de la ley.

Debemos destacar la dureza de la ley sobre conductas terroristas a la hora de establecer penas ya que aumenta en uno, dos o tres grados las establecidas en el Código Penal y también en la Ley de Seguridad del Estado para los delitos contemplados en los números 1 y 3 de su artículo 2, y para los delitos contemplados en el número 2 de dicho artículo y en el artículo 4, la pena establecida es de presidio mayor en cualquiera de sus grados; esta gravosidad también se refleja en el *iter criminis* al asignar a la tentativa, en el artículo 7 de la ley, la pena mínima que correspondiere al delito en grado de consumado, a diferencia de lo indicado en el **artículo 52, 53 y 54 del Código Penal**; por otro lado la conspiración (penada sólo en el caso que la ley lo indique expresamente) es sancionada con pena de delito consumado, rebajada en uno o dos grados.

Finalmente, y tratándose de la asociación ilícita para la comisión de actos terroristas se aumentará en las penas señaladas en los artículos 293 y 294 en dos y un grado, respectivamente.

**Artículo 3°.-** *“Los delitos señalados en los números 1.- y 3.- del artículo 2° serán sancionados con las penas previstas para ellos en el Código Penal, o en la Ley N° 12.927, en sus respectivos casos, aumentadas en uno, dos o tres grados.*

*Los delitos contemplados en el número 2.- del artículo 2° serán sancionados con presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si a consecuencia de tales delitos resultare la muerte o lesiones graves de alguno de los tripulantes o pasajeros de cualquiera de los medios de transporte mencionados en dicho número, el delito será considerado como de estragos y se penará conforme a los artículos 474 y 475 del Código Penal, en sus respectivos casos, y al inciso primero de este artículo.*

*Los delitos señalados en el número 4.- del artículo 2° serán penados con presidio mayor en cualquiera de sus grados.*

*El delito de asociación ilícita para la comisión de actos terroristas será penado conforme a los artículos 293 y 294 del Código Penal, y las penas allí previstas se aumentarán en dos grados, en los casos del artículo 293 y en un grado en los del artículo 294. Será también aplicable lo dispuesto en el artículo 294 bis del mismo Código”.*

#### **Atenuación por colaboración.**

El artículo 4 de la ley 18.314 establece:

**Artículo 4º** *“Podrá disminuirse la pena hasta en dos grados respecto de quienes llevaren a cabo acciones tendientes directamente a evitar o aminorar las consecuencias del hecho incriminado, o dieran informaciones o proporcionaren antecedentes que sirvieran efectivamente para impedir o prevenir la perpetración de otros delitos terroristas, o bien, para detener o individualizar a responsables de esta clase de delitos”.*

Entendemos que la primera frase de esta norma *“Podrá disminuirse...”*, nos indica que la rebaja de pena sería optativa y discrecional por parte del Tribunal, y consideramos que se trata de una disminución en la pena y no su exención, por lo que estaríamos frente a una mera circunstancia atenuante especial.

Se contemplan dos hipótesis, la primera establece la reducción de la pena para quien realiza acciones directas para evitar o aminorar el resultado típico. Debemos distinguir si efectivamente se evita o aminora el resultado o solo se intenta y fracasa. En el primer caso, es decir, si el resultado se evita, no cabe la reducción de la pena, lo que corresponde es la no-sanción puesto que estamos ante el desistimiento del delito frustrado, que es un caso de atipicidad por insuficiencia del elemento subjetivo, es decir, del dolo. En el caso que efectivamente se aminoren las consecuencias del hecho delictivo o se intente evitar o aminorarlas, de acuerdo a las reglas generales, corresponde la disminución de la pena. En efecto, el artículo 11 del Código Penal, como ya vimos, establece como circunstancia atenuante el procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

La segunda hipótesis establece claramente la figura del arrepentimiento eficaz o delación compensada. Es como el tribunal podrá disminuir la pena si se cumple con los siguientes requisitos:

- 1) Entrega de información o antecedentes.
- 2) Que dichos antecedentes sirvan efectivamente, es decir, que se impida o prevenga la perpetración de otros delitos terroristas o bien para individualizar o detener a los responsables de esta clase de delitos.

#### **4.- Ley sobre Arrepentimiento Eficaz N° 19.172.**

---

La Ley de Arrepentimiento Eficaz en virtud de su **artículo 6º**, tuvo una vigencia temporal limitada de sólo cuatro años desde su publicación en el Diario Oficial el día cuatro de noviembre de 1992, es decir, hasta la misma fecha del año 1996, plazo durante el cual se suspendió la aplicación de la hipótesis de colaboración prevista en el artículo 4 de la ley 18.314, ya tratada, pero debido a su gran relevancia para nuestro trabajo, pasaremos a analizarla.

**a.- Exención de Pena**

Esta ley contemplaba en su artículo 1° una exención de pena respecto de la *asociación ilícita terrorista*:

**Artículo 1°.-** *“Quedará exento de las penas establecidas en el artículo 3° de la ley N° 18.314, para el delito del número 5 del artículo 2°, y de las del artículo 7° de la misma ley, el que sin haber cometido otro de los delitos sancionados en ella, en cualquier tiempo antes de la dictación de la sentencia de término en el proceso que le afecte o pueda afectarle, abandone la asociación ilícita terrorista y:*

*a) Entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables, o;*

*b) Ayude eficazmente a desarticular a la asociación ilícita a la cual pertenecía, o a parte importante de ella, revelando antecedentes no conocidos, tales como sus planes, la individualización de sus miembros o el paradero de sus dirigentes e integrantes”.*

Tenemos entonces que para acceder a esta exención, el colaborador no debía haber cometido otros delitos terroristas y además tenía que abandonar la asociación ilícita terrorista antes de la dictación de la sentencia de término, realizando una de las siguientes conductas.

1) Entregar a la autoridad información eficaz para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas o detener a los responsables; o

2) Ayudar a desarticular la asociación ilícita revelando antecedentes no conocidos.

**b.- Rebaja de la pena.**

Si el arrepentido o colaborador hubiese participado en otros delitos sancionados en la ley 18.314, distintos de la asociación ilícita terrorista, se contemplaba la rebaja de su pena hasta en dos grados.

**Artículo 2.** *“Al que haya tenido participación en otros delitos previstos en la Ley Número 18.314 se le podrá rebajar hasta en dos grados la pena que la mencionada ley establece, si abandona la organización terrorista y realiza las conductas mencionadas en las letras a) o b) del artículo anterior”.*

Los delitos a los que se refiere este artículo son los siguientes:

Homicidio, artículos 390 y 391 del Código Penal; lesiones artículos 395, 396, 397, 399, del Código Penal; secuestro, 141 y 142 del Código Penal; envío de efectos explosivos art 403 del Código Penal; incendio y estragos 474, 475, 476 y 480 del Código Penal; infracciones contra la salud pública, artículos 313 d) 315 y 316 del Código Penal; descarrilamiento 324, 325 y 326 del Código Penal; apoderarse o atacar contra un medio de transporte público en servicio; realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de los pasajeros o tripulantes de un medio de transporte público en servicio; atentado en contra de la vida o la integridad corporal de autoridades y de personas especialmente protegidas en razón de sus cargos; colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.

Para poder acceder a la rebaja de la pena correspondiente a los delitos recién enunciados, los participantes de estos, deben cumplir con los requisitos siguientes:

1.- Abandonar la asociación terrorista.

2.- Entregar información a la autoridad, que sirva para evitar la consumación o perpetración de delitos terroristas, o ayudar a desarticular la asociación ilícita a la cual pertenecía, revelando antecedentes no conocidos.

Si habiendo cumplido los requisitos anteriores y debido a causas ajenas a la voluntad del que intenta acogerse a esta causal de extinción de responsabilidad penal no se cumple con la finalidad de echar por tierra los objetivos de la asociación ilícita terrorista u otros delitos contemplados en la Ley 18.314, de todas maneras se verá favorecido.

**Artículo 3°.-** *“Si los objetivos señalados en las letras a) o b) del artículo 1° no se alcanzaren, por causas independientes de la voluntad del arrepentido que ha entregado o revelado antecedentes, también se aplicará lo dispuesto en los artículos anteriores de esta ley”.*

Para hacer valer las exenciones o rebajas que establecía esta ley se preveían normas adjetivas muy similares a las que encontramos hoy en la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes.

El procedimiento fue reglado en el artículo 4 de la ley sobre arrepentimiento eficaz.

El colaborador debía manifestar expresamente al tribunal, que conocía del proceso respectivo, su deseo de acogerse a ella. Para el caso de no existir juicio previo, el tribunal llamado a recibir dicho testimonio era cualquier juez del crimen de asiento de Corte de Apelaciones. En caso de que el juez que los recibía no sea competente deberá remitirlos por la vía más rápida al órgano jurisdiccional que posea aquella cualidad.

A la declaración, y cualquier otro antecedente entregado se les asignaba el carácter de secreto, debiendo el tribunal formar un cuaderno separado especial al efecto.

El tribunal que conozca de la declaración y reciba los antecedentes del colaborador deberá adoptar, de inmediato, todas las medidas necesarias para proteger la integridad física del arrepentido y de sus parientes más inmediatos, de ser ello necesario.

Si de estos antecedentes aparecía una *“noticia criminis”*, un hecho que presentaba caracteres de delito, el tribunal dictaba un auto cabeza de proceso para comenzar la investigación de éste, por el mismo tribunal, si se había iniciado proceso con anterioridad, o del tribunal competente si este no se había iniciado o bien se había dictado sentencia definitiva de primera instancia.

Se estableció el deber del juez de pronunciarse lo más rápidamente posible acerca de la concesión o denegación de la respectiva exención o rebaja, para lo cual debía considerar las siguientes circunstancias descritas en el artículo 4° inciso cuarto de esta ley:

1.- La eficacia o ineficacia del “arrepentimiento”, expresión que deja vigente la interrogante ya planteada, en cuanto a si se requiere un componente subjetivo en la colaboración, (conforme a nuestras conclusiones la forma correcta de visualizar este tema es desde un punto de vista meramente objetivo);

2.- Si se alcanzaron los objetivos indicados en el artículo 1, letras a) y b) de la ley.

En caso de haberse dictado sentencia en contra del “arrepentido”, la concesión de los beneficios primaba por sobre dicho fallo, pudiendo rebajar o eximir del cumplimiento de la pena restante impuesta.

Cabe acotar que la exención o atenuación de la pena obtenida no afectaba la obligación de pagar las indemnizaciones civiles debidas, ni tampoco las penas accesorias.

La sentencia definitiva de primera instancia dentro de la cual se acogía o rechazaba la exención o rebaja de pena era siempre consultable.

Similar regla se preveía en el caso de la colaboración producida después de que se había dictado sentencia de término, debiendo calificar la eficacia de la colaboración el juez que conocía el proceso iniciado por los antecedentes entregados. La sentencia de término, entonces, podía ser modificada, debiendo, ser consultada ante el tribunal de alzada.

Si aplicados los beneficios previstos por la ley, el “arrepentido” debía igual cumplir una pena privativa de libertad, se facultaba al juez para otorgarle el beneficio de libertad vigilada previsto en la ley 18.216, con un periodo de observación que iba de 3 a 6 años.

Junto con las medidas de protección conferidas al momento de iniciar la colaboración, el tribunal se encontraba facultado por el artículo 5 para autorizar el uso de otro nombre y otorgar nuevos documentos de identidad al arrepentido, su cónyuge y otros parientes determinados, debiendo guardar la Administración, en especial el Servicio de Registro Civil e Identificación, el más estricto secreto en dichos trámites, sancionándose al funcionario público que violaba dicha exigencia de sigilo con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez sueldos vitales establecida en el artículo 244 del Código Penal, aumentada en un grado. El juez debía dejar constancia de las resoluciones que se tomen sobre este punto en un libro especial, que se guardaba en custodia.

Por otro lado se establecía la obligación para el arrepentido de usar en el futuro solamente su nuevo nombre y apellido, sancionando el uso malicioso de los antiguos o el fraudulento de los nuevos con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

## **5.- Ley 19.366 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes.**

---

Con fecha 20 de agosto de 1990 fue publicada en Chile con valor de Ley la “*Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*” efectuada en la ciudad de Viena en 1988, con la cual y al momento de ser suscrita, Chile se comprometió a adecuar la legislación antidrogas a los principios en ella consagrados.

En ese contexto, la Cooperación Eficaz aparece por primera vez en la Ley N° 19.366 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 29 de enero de 1995, en su artículo 33, con posterioridad a la ley sobre arrepentimiento eficaz, la cual le sirvió de modelo.

En el mensaje presidencial que acompañaba el proyecto de Ley que fue presentado al Congreso en abril de 1992 se señala:<sup>72</sup> “... **debiendo reconocer la valiosa colaboración que pueden entregar a la investigación los que de alguna forma hayan participado en el delito, el proyecto considera motivo de atenuación la cooperación eficaz, facultando al juez para rebajar la pena en este caso hasta en dos grados, y decretar mediadas para su protección.**”<sup>73</sup>

#### **a.- Concepto:**

La palabra *cooperación*<sup>74</sup> está definida en el diccionario de la R.A.E. como “*acción y efecto de cooperar*”, entendiéndose como tal “*obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin*”. A su vez el término *eficaz* está definido como “*aquello que logra hacer efectivo un intento o propósito*”

De los dos primeros incisos del citado artículo 33<sup>75</sup> se deriva el concepto de *cooperación eficaz* en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas como *el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente al esclarecimiento de los hechos investigados o a la identificación de los responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley.*

Es la misma Ley, la que le atribuye la naturaleza jurídica de una “*circunstancia atenuante de la responsabilidad penal*” y por tanto sujeta al sistema común de determinación de la pena de los artículos 62 y siguientes del Código Penal, y de cómputo de circunstancias atenuantes y agravantes.

Cabe hacer presente que el artículo 23 de la ley, como contrapartida, configura una serie de circunstancias a considerar por el tribunal como posibles agravantes a fin de elevar la pena en un grado.

Se hace necesario distinguir la cooperación de la simple confesión, en la cual se presta colaboración denunciando sólo el hecho y la participación, a diferencia de la cooperación eficaz, que es motivada por la posibilidad de obtener en su favor la atenuante, delatando circunstancias desconocidas hasta ese momento por la autoridad.

<sup>72</sup> **VERDUGO MARINKOVIC, MARIO Y OTROS**, “Leyes anotadas y concordadas N°11, Ley N° 19.366”, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 1995, abril de 1996, pág. 10.

<sup>73</sup> Para un detallado análisis de la tramitación en el Congreso de la Ley 19.366, y en particular de las modificaciones introducidas al proyecto original en relación a la Cooperación Eficaz ver: **RAVIOLY CATALDO, SYLVANA ANDREA**, “Problemas ético – jurídicos acerca de la conveniencia de la cooperación eficaz como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal en la legislación que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile”, profesor guía Daniel Martorell Correa, Santiago, Septiembre de 2002, pág. 12 y ss.

<sup>74</sup> **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Op. Cit. Pag. 649.

<sup>75</sup> Modificado por el artículo 4 de la Ley 19.806, publicada en el Diario Oficial de 31 de Mayo de 2002.



Además vemos que a su vez la cooperación eficaz tiene una gran similitud con las atenuantes genéricas ya analizadas del artículo 11 del Código Penal, referentes al comportamiento posterior del sujeto que colabora con el tribunal (confesión espontánea y colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos).

Los fines perseguidos a través de la cooperación eficaz son dos:

La determinación del cuerpo del delito o de sus partícipes.

Prevenir o impedir la perpetración o consumación de otro u otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta misma ley.

### **b.- Autoridad ante quien se presta.**

Bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal, la cooperación eficaz puede ser prestada ante la autoridad administrativa, policial, y judicial

#### **Ante autoridad administrativa<sup>76</sup> :**

Los Intendentes y Gobernadores tienen la facultad legal para dictar ordenes de detención en los casos previstos en el artículo 258 N° 3 del Código de Procedimiento Penal, cuando ante dichas autoridades el detenido haya revelado circunstancias que permitan establecer el cuerpo del delito en que este se encuentra participando o participó, o señala al resto de los coautores, cómplices o encubridores vinculados a dicho delito, o denuncia o delata un delito diferente del propio.

**Artículo 258** *“Los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales podrán dictar orden de detención, siempre que estimen fundadamente que hay verdadero peligro en dejar burlada la acción de la justicia por la demora en recabarla de la autoridad judicial, para aprehender y poner de inmediato a disposición de dicha autoridad a los presuntos culpables de los siguientes delitos:*

*3.º Crímenes o simples delitos de tráfico de estupefacientes;”*

#### **2) Ante autoridad policial:**

Cuando un sujeto es sorprendido por la policía ejecutando un hecho que importe autoría, complicidad o encubrimiento de un delito de la ley 19.366, la policía puede hacer uso de la facultad que le otorga el inciso 4º del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, recibirle la declaración al sujeto, y consignar la cooperación eficaz que preste.

**Artículo 83.** *“Todo el que tenga conocimiento de un hecho punible puede denunciarlo.*

**Inciso 4º** *Tratándose de delitos contra las personas, aborto, robo, hurto y de los contemplados en la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones, en su caso, deberán practicar de inmediato y sin previa orden judicial, las diligencias que se establecen en el artículo 120 bis, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 260. Las diligencias que debieren practicarse en recinto cerrado, sólo se podrán realizar con autorización previa y expresa del propietario, y arrendatario o persona a cuyo cargo esté*

---

<sup>76</sup> Hipótesis suprimida bajo la vigencia del nuevo Código Procesal Penal.

*el local en que deban efectuarse. El parte al tribunal en que se consigne la denuncia, deberá detallar las diligencias efectuadas y, en caso contrario, las razones por las cuales no se hicieron”.*

A su vez el artículo 120 bis del mismo texto legal se refiere a las facultades que otorga el tribunal a la policía en las órdenes de investigar:

**Artículo 120 bis.** *“Las órdenes de investigar que el juez curse a la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile o Gendarmería en su caso, facultan a estos organismos para practicar las diligencias que el juez determine y las siguientes, salvo expresa exclusión o limitación:*

*5.º Consignar sumariamente las declaraciones que se allanaren a prestar el inculpado o los testigos;*

Cabe hacer presente que las confesiones extrajudiciales, rendidas ante la autoridad administrativa y policial, acerca de las circunstancias propias del delito, no deben considerarse como plena prueba del hecho, en los términos previstos por el artículo 481 N°4 del Código de Procedimiento Penal, menos aún en el nuevo sistema procesal penal.

**Artículo 481** *“La confesión del procesado podrá comprobar su participación en el delito, cuando reúna las condiciones siguientes:*

*1.ª Que sea prestada ante el juez de la causa, considerándose tal no sólo a aquél cuya competencia no se hubiere puesto en duda, sino también al que instruya el sumario en los casos de los artículos 6.º y 47.*

*2.ª Que sea prestada libre y conscientemente;*

*3.ª Que el hecho confesado sea posible y aun verosímil, atendidas las circunstancias y condiciones personales del procesado; y*

*4ª Que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél”.*

### **3) Ante autoridad judicial:**

La cooperación eficaz prestada ante la autoridad judicial plantea la interrogante de determinar la etapa procesal en la cual puede producirse, es decir, en sumario, plenario, con sentencia de primera instancia, en consulta, apelación o casación, y eventualmente en el caso de encontrarnos frente a un proceso ejecutoriado con el sujeto cooperador eficaz rematado. Esta interrogante será resuelta más adelante.

### **c.- Procedimiento.**

Recibida la declaración por el juez de la causa, éste deberá formar cuaderno especial y separado con la declaración del cooperador y todas las circunstancias, nombres, lugares, tiempos, y antecedentes escritos en poder de terceros.

A juicio del miembro del Consejo de Defensa del Estado Señor Guillermo Ruiz Pulido el cuaderno separado concluye con la delación, y las diligencias a decretar como consecuencia de su formación deberán ser decretadas en el cuaderno principal, pues en él se pesquisa el cuerpo del delito y la participación, no procediendo en este cuaderno el

interrogar a terceros inculpados. Pero la resolución que declare la cooperación eficaz debe agregarse en el cuaderno separado como conclusión de este, citando las actuaciones del cuaderno principal logradas gracias a esta cooperación, y las pruebas obtenidas en virtud de ella, resolución que deberá consignar en que consistió su eficacia, *verbi gratia*: ampliación de procesamientos, más droga incautada, prevención de la comisión de otro delito previsto en la ley de igual o mayor pena.<sup>77</sup>

Para determinar la oportunidad en que debe prestarse la cooperación eficaz en el procedimiento ordinario por acción penal pública, Ruiz Pulido distingue dos modalidades de eficacia de la cooperación:

Cuando se relaciona con el delito en el cual es participe el cooperador, y en el cual quiere atenuar su responsabilidad penal.

la cooperación versa sobre otros delitos de igual o mayor gravedad distinto del proceso dirigido contra el cooperador, pero constitutivo también de delitos contemplados en la ley 19.366. Sin perjuicio de que en estos hechos delate o no a otros sujetos, o él mismo sea participe en éste en cualquier calidad, con lo cual podríamos encontrarnos con una “doble cooperación eficaz” respecto de ambos delitos, lo cual es discutible.<sup>78</sup>

La delación del punto b) puede ser prestada en cualquier etapa procesal de la causa, bastando que efectúe la declaración al mismo juez que conoce de ésta, quien deberá practicar las primeras diligencias del sumario, si es competente, seguirá conociendo del asunto, y en caso de no serlo, comunicará la denuncia al tribunal competente. El juez de este otro proceso iniciado a consecuencia de la

delación se pronunciará lo antes posible, y en cualquier estado del juicio, si la cooperación prestada fue eficaz (artículo 33 ley 19.366), bastando a juicio de Ruiz Pulido que los antecedentes aportados sirvan para terminar de acreditar el cuerpo del delito (artículo 274 n° 1 del Código de Procedimiento Penal y aún no el n° 2).<sup>79</sup>

eclarada la cooperación eficaz por el juez del proceso (2) deberá comunicar su resolución al juez del proceso (1), pues será para este último un factor importante al momento de, por ejemplo concederle al cooperador el derecho a la libertad provisional, y la rebaja de la pena a que da lugar esta cooperación. Así tendremos que una resolución tomada por un juez distinto, en un proceso distinto, habrá de influir sustancialmente en el proceso (1).

Para que tenga valor como atenuante, la declaración de cooperación eficaz debe ser comunicada a la brevedad posible al juez del proceso (1), antes de la dictación de la sentencia definitiva de primera instancia, momento en el cual su reconocimiento juega un papel fundamental para la determinación de la pena.

En caso de que la declaración de cooperación eficaz se comunique al juez del proceso (1) una vez producido el desasimiento del tribunal, a juicio de Ruiz Pulido el

---

<sup>77</sup> RUIZ PULIDO, GUILLERMO, “Breve ensayo sobre cooperación eficaz”, Gaceta Jurídica, año 1999, N° 227, pág.18.

<sup>78</sup> RUIZ PULIDO, GUILLERMO, Op. Cit. pág. 19

<sup>79</sup> RUIZ PULIDO, GUILLERMO, Op. Cit. pág. 19.

tribunal de alzada se encuentra facultado para reconocer la atenuante, en virtud de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 527 del Código de Procedimiento Penal:<sup>80</sup>

**Artículo 527** “El tribunal de alzada tomará en consideración y resolverá las cuestiones de hecho y las de derecho que sean pertinentes y se hallen **comprendidas** en la causa, aunque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda la sentencia de primera instancia”.

Claramente al señalar “... se hallen comprendidas...” debemos entender como cuestión pertinente la consideración de una atenuante de responsabilidad, toda vez que aún cuando la declaración de cooperación eficaz se realice en otro proceso, se debió dejar constancia de la delación en autos.

Si la comunicación de la eficacia de la delación llega una vez pronunciada la sentencia del tribunal ad quem, y encontrándose pendiente el plazo para recurrir de casación, Ruiz Pulido considera dicha situación como no susceptible de recurso de casación ni en la forma ni en el fondo. En la forma porque el tribunal no tuvo acceso a la declaración de eficacia de la cooperación por no serle comunicada. En el fondo, por cuanto el artículo 33 de la ley 19.366 es facultativo para el sentenciador, que “... *podrá reducir la pena hasta en dos grados...*”, y pudiendo o no acogerla el sentenciador, no puede sostenerse que haya influencia substancial en lo dispositivo del fallo al no acogerla, aún menos cabría dicho recurso si no tuvo conocimiento al momento de fallar, con lo cual la causal 1º del artículo 546 Código de Procedimiento Penal es inaplicable pues no se pudo incurrir en error de Derecho al no calificar una circunstancia atenuante desconocida<sup>81</sup>.

Si la declaración de cooperación eficaz se produce cuando ya hay sentencia definitiva ejecutoriada, no produce efecto alguno, salvo al momento de decidir la concesión de un indulto total o parcial de la pena.<sup>82</sup>

Cuando la cooperación eficaz se presta en el mismo proceso en que se indaga la participación del cooperador, podrá efectuar dicha declaración en la etapa de sumario, de plenario e idealmente antes de la dictación de la sentencia definitiva de primera instancia, extendiendo su testimonio sobre el cuerpo del delito o participación de él u otros sujetos en este, adquiriendo de inmediato dichas informaciones el carácter de secretas. Pero sin duda, y debido al carácter claramente investigativo de la fase sumarial, es en esta etapa donde la cooperación obtendrá su máxima eficacia, permitiendo ampliar tanto el cuerpo del delito como los autos de procesamiento a terceros, para luego proseguir con el procedimiento ordinario.

Si la cooperación se produce en el plenario, el juez ya carece de los medios investigativos con que cuenta en la etapa sumarial para comprobar la precisión y

---

<sup>80</sup> RUIZ PULIDO, GUILLERMO, Op. Cit. pág.20.

<sup>81</sup> RUIZ PULIDO, GUILLERMO, Op. Cit. pág. 21.

<sup>82</sup> A diferencia de la Ley de Arrepentimiento Eficaz, que en su artículo 4 inciso 5º prescribía que la delación declarada eficaz podía rebajar e incluso eximir de penas establecidas en sentencias de término.

veracidad de los datos e informaciones que proporcionadas por el colaborador.

Para Ruiz Pulido, y por aplicación de los principios procesales penales básicos de continencia o de unidad del proceso penal consagrado en el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal, y el de finalidad exclusiva y excluyente del sumario criminal establecido en el artículo 76 del mismo cuerpo legal, el juez debería retrotraer la causa a la etapa sumarial, con la consiguiente pérdida de lo avanzado.

**Artículo 76** *“Todo juicio criminal a que dé origen la perpetración de un crimen o simple delito comenzará por la investigación de los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella, y las circunstancias que puedan influir en su calificación y penalidad; sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en el Libro III.*

*Las diligencias dirigidas a preparar el juicio por medio de tales esclarecimientos y asegurar la persona de los presuntos culpables y su responsabilidad pecuniaria, constituyen el sumario”.*

A su vez, el artículo 77 prescribe:

**Artículo 77.** *“Cada crimen o simple delito de que conozca un tribunal será materia de un sumario.*

*Sin embargo, se comprenderán en un solo sumario:*

*1.º Los delitos conexos; y*

*.º Los diversos crímenes, simples delitos y faltas que se imputaren a un solo procesado, ya sea al iniciarse la causa o durante el progreso de ésta.”*

Esta solución resulta menos engorrosa que el esperar la ejecutoriedad del fallo para iniciar un nuevo proceso que permita establecer nuevas responsabilidades, como pareciera indicar el tenor literal del artículo 507 Código Procedimiento Penal, que sin embargo se refiere a crímenes o simples delitos diversos de los que son materia de la acusación y defensa:

**Artículo 507** *“Si, de los antecedentes de la causa, aparecieren hechos que den motivo suficiente para hacer cargos al procesado por un **crimen o simple delito diverso** del que ha sido materia de la acusación y defensa, el juez dispondrá que, una vez fallado por sentencia firme el actual procesado, se substancie por quien corresponda otro juicio acerca de la responsabilidad del procesado con respecto al delito del cual no había sido acusado”.*

Puede suceder que el sujeto, sólo ante una sentencia condenatoria de primera instancia se allane a prestar cooperación, pero en dicho momento ya se ha producido el desasimiento del tribunal.

En dicho caso, y aún cuando el expediente haya sido remitido al tribunal de alzada, el juez deberá proceder a formar cuaderno especial separado para recibir la declaración, y si esta aporta antecedentes precisos, verídicos y comprobables, que contribuyen necesariamente al esclarecimiento de los hechos, iniciará con un auto cabeza de proceso un nuevo sumario criminal para investigar la responsabilidad penal de los terceros denunciados, compulsando las piezas necesarias del expediente principal ya fallado, que

contendrá a su vez valiosas diligencias ya practicadas, sin que se produzca en este caso litis pendencia, toda vez que se trata de investigar nuevas responsabilidades personalísimas, coincidiendo solamente el núcleo del cuerpo del delito.<sup>83</sup>

Si en definitiva es reconocida la cooperación eficaz, el juez deberá informar al tribunal de alzada respectivo, el cual al tenor ya expuesto del artículo 527 del Código de Procedimiento Penal, podrá o no acoger esta atenuante. Al igual que en el caso anterior, si la delación se presta en un proceso ya ejecutoriado, de nada servirá al cooperador para atenuar su pena, pero si podrá dar inicio a la formación de proceso criminal en contra de terceros, sin perjuicio de constituir un antecedente válido al momento de solicitar beneficios como la libertad

condicional o el indulto.

#### **d.- Naturaleza de la resolución que declara la Cooperación Eficaz.**

La resolución que declara la cooperación eficaz antes de la sentencia definitiva, al igual que la generalidad de las resoluciones en materia penal, es de carácter provisorio. Sería un simple auto que podría dejarse sin efecto en cualquier momento, adquiriendo su mérito atenuatorio solamente en la sentencia definitiva. Causa ejecutoria en el sentido que otra resolución puede a su vez sustentarse en esta, por ejemplo la libertad provisional, pero no produce cosa juzgada sino hasta el momento de ser acogida como atenuante en la sentencia definitiva.

En este sentido, si es denegada la declaración de cooperación eficaz, dicha resolución sería inapelable, pues carece de fuerza vinculante para el juez, y al no estar afirme no produce el efecto mitigante, con lo cual no causa agravio su denegación. Pero si en la sentencia definitiva se rechaza o desconoce la declaración de cooperación eficaz acogida provisoriamente, si causa agravio, siendo la sentencia en dicho punto apelable, y susceptible de recurso de casación en la forma y el fondo.

Si el encausado en un proceso (1) delata un delito absolutamente ajeno al propio, y el juez del proceso (2) deniega esta cooperación eficaz, se plantea la interrogante si esta resolución es vinculante para el juez del proceso (1), o podría éste contradecirlo y declarar lugar a la cooperación eficaz.

Para resolver este problema debemos tener presente que la responsabilidad penal, sus circunstancias modificatorias, y la pena aplicable, corresponde determinarlas al juez del proceso (1), por lo cual en opinión de Ruiz Pulido, la denegatoria del juez del proceso (2) no obliga al juez del proceso (1), quien puede revertir dicha resolución provisoria dictada por un juez ajeno al juicio.<sup>84</sup>

Aún más, el N° 4 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, señala como uno de los requisitos de la sentencia definitiva de primera y segunda instancia “...las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en sus descargos, ya para eximirse

---

<sup>83</sup> RUIZ PULIDO, GUILLERMO, Op. Cit. Pág. 23.

<sup>84</sup> RUIZ PULIDO, GUILLERMO Op. Cit. pág.24.

*de responsabilidad, ya para atenuar ésta*". Por tanto es el juez del proceso (1) quien esta llamado a dictar la sentencia definitiva y por lo tanto la determinación de la responsabilidad penal del delator.

#### **e.- El cuaderno secreto.**

El carácter secreto del cuaderno separado especial constituye la regla general, y tiene por objeto proteger la integridad del delator, su cónyuge, ascendientes, descendientes, y demás personas que atendidas las circunstancias del caso, lo requieran.

Pueden tener acceso a él los tribunales superiores jerárquicos que conocen de algún recurso deducido en la causa principal, como por ejemplo la apelación del auto de procesamiento. También puede acceder a él otro juez que investigue "otro hecho delictuoso", no necesariamente contemplado en la ley 19.366, pues en este punto la ley no hace distinción, procediendo el juez de la causa a remitirlo por un breve plazo al juez requirente si lo estima conveniente. En caso de negativa será el tribunal superior jerárquico quien decidirá la conveniencia.

Si existe procesado con conocimiento del sumario, acusado o condenado, que fue delatado en el cuaderno de cooperación eficaz, podrá tener acceso a éste, conciliando de esta forma la protección del cooperador con el derecho constitucional a defensa del delatado.

#### **f.-Efectos intra y extraprocesales de la cooperación.**

##### **1) Efectos intraprocesales:**

Pueden ser tácitos o expresos, en un auto provisorio o en la sentencia definitiva de la causa.

a) Tácitos: deja al cooperador en una situación ventajosa para optar al derecho a la libertad provisional en caso de no concurrir alguno de los impedimentos del artículo 363 Código de Procedimiento Penal, y para la concesión de beneficios de la ley 18.216 como lo permite el artículo 40 de la ley 19.366.

b) Expresos: El artículo 33 de la ley 19.366 permite atenuar la pena del cooperador eficaz hasta en dos grados. De esta forma, si tenemos la pena base de presidio mayor en su grado mínimo, reducirlo hasta en dos, pasando a presidio menor en su grado medio o máximo (quinientos cuarenta y un días a cinco años), pudiendo eventualmente optar a los beneficios de la ley 18.216.

##### **2) Efectos extra procesales:**

Dicen relación con las medidas de protección del delator, su cónyuge, ascendientes, o descendientes, y demás personas que atendidas las circunstancias, lo requieran. Ejemplos de estas medidas son el aislamiento y vigilancia de la persona del delator, la vigilancia permanente de su morada, nueva identidad, debiendo el Servicio de Registro Civil brindar los resguardos necesarios para asegurar el secreto de estas medidas.

El uso malicioso de los nombres antiguos y nuevos es sancionado con presidio menor en su grado mínimo.

Todas estas medidas “...se estamparán en un libro especial que el secretario del tribunal guardará bajo su custodia.” “y las actuaciones y medidas a que den lugar las medidas indicadas “serán secretas”.

### **g.- Cooperación eficaz bajo la vigencia del nuevo Sistema Procesal Penal.**

Con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, se produce una coexistencia entre esta normativa y la del Código de Procedimiento Penal.

La Ley adecuadora N° 19.806 de 31 de mayo de 2002, en su artículo 4°, introdujo una serie de modificaciones a la ley 19.366, y que rigen en las regiones donde ya se aplica el nuevo procedimiento penal. En lo que respecta a la Cooperación Eficaz, se le introdujo una serie de modificaciones al artículo 33, y se incorporó a continuación de éste los artículos 33 A a 33 F, que contemplan normas de protección a testigos aplicables al cooperador eficaz. Modifica el artículo 34 en relación con el secreto de las actuaciones, y derogó el artículo 36 que establecía la apreciación de la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica.

La cooperación eficaz tendrá cabida ahora en el contexto de un juicio oral, en el cual rigen los principios de concentración, inmediación, bilateralidad de la audiencia, y publicidad. Y lo más importante: al imputado se le presume inocente, con lo cual, y en particular en el nuevo tratamiento que se le da en la cooperación eficaz, se le reconocen una serie de garantías. Además se incorpora al Ministerio Público en la investigación, se aumentan las medidas de protección al cooperador, y el secreto en las actuaciones del proceso.

Ahora puede recibir la cooperación eficaz el Ministerio Público, el Juez de Garantía, y también la Policía (no se señala ahora a la autoridad administrativa).

La oportunidad para prestarla se encontraría restringida pues el Ministerio Público debe señalar en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación si la cooperación ha sido eficaz.

El procedimiento es menos detallado que el que establecía el primitivo artículo 33, siendo el Código Procesal Penal la ley supletoria a aplicar.

La resolución que declara la cooperación eficaz sigue siendo esencialmente provisoria.

La oralidad del juicio hace necesario que en vez de recogerse la declaración en un cuaderno separado secreto, se abra un registro de las actuaciones del procedimiento, el cual, en lo relativo a la cooperación, conserva su carácter secreto.

Se hacen extensivos los beneficios de la ley 18.216 a todos los delitos contemplados por esta ley, sin la necesidad de ser cooperador eficaz.

Los delitos cometidos durante la vigencia de la primitiva ley 19.366 seguirán rigiéndose por ella en su tramitación, en lo relativo a la pena, deberá estarse a lo que dispone el artículo 18 del Código Penal (Principios de irretroactividad e *indubio pro reo*).

Veamos las modificaciones que introdujo el artículo 4 de la Ley Adecuatoria N° 19.806 a la cooperación eficaz de la ley 19.366:



En el artículo 33 reemplaza el inciso primero por el siguiente:

**“ Artículo 33 “Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o a la identificación de los responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados”.**

Reemplaza el inciso 3º por el que sigue:

**“El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz en relación con los fines señalados en el inciso primero.”**

La recepción de la cooperación se concentra ahora en el Ministerio Público, pero se produce el gran inconveniente para el imputado que quien debe calificar la eficacia de la declaración del cooperador es un interviniente con interés contrapuesto al de él.

Además, ahora se limita la oportunidad para prestar cooperación en la etapa de investigación.<sup>85</sup>

Se elimina el inciso 4º, que señalaba el carácter secreto de las declaraciones y antecedentes, la formación de cuaderno separado, y el momento en que el imputado podía acceder a éste.

Reemplaza el inciso 5º que ha pasado a ser el inciso 4º por el que sigue:

**“Si, con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes entregados por el cooperador eficaz, deberá pedirlos fundadamente al fiscal que recibió la cooperación, quien calificará la conveniencia de acceder a tal solicitud. En caso de aceptarla, la diligencia correspondiente se realizará en su presencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento.”**

Se eliminan los incisos sexto a décimo, que establecían medidas de protección para el cooperador y sus personas cercanas, y secreto en las actuaciones judiciales y administrativas respectivas.

Se agregan a continuación los nuevos artículos 33 A, B, C, D, E, y F, que tratan medidas de protección a testigos, peritos, informantes, agentes encubiertos, cooperadores eficaces, sus cónyuges, ascendientes,<sup>86</sup> descendientes, hermanos u otras personas ligadas a estos por relaciones de afecto.

Con esta normativa se trata de subsanar las falencias del ordenamiento procesal general relativas a las medidas de protección para esta clase de delitos.

Al respecto cabe agregar que por mandato constitucional, en particular el **artículo 80**

---

<sup>85</sup> Sin perjuicio de ello el artículo 98 inciso 1º del Código Procesal Penal, como ya vimos, permite al imputado prestar declaración en cualquier momento.

<sup>86</sup> En el oficio n° 356 sobre Medidas de Protección a Testigos introducidas a la ley 19366 por el artículo 4º de la ley 19806, de 22 de julio de 2002, el Fiscal Nacional remite instrucciones a los fiscales sobre su implementación.

**A inciso 1° de la Constitución**, corresponde al Ministerio Público adoptar las medidas de protección de víctimas y testigos.

En atención a ello el **Código Procesal Penal** contiene las siguientes disposiciones:

El **artículo 307, Sobre la individualización de los testigos**, prescribe que la declaración de estos se inicia con su individualización, sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales. Además, cuando la indicación pública de su domicilio pueda implicar peligro para él u otra persona, podrá ser autorizado para no contestar dicha pregunta en la audiencia, con lo cual se prohíbe la divulgación de éste, lo cual se sanciona según lo establecido en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

**Artículo 308: Sobre la protección de testigos.** En casos graves y calificados el Tribunal podrá adoptar medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que así lo solicite, las cuales se prolongarán el tiempo razonable que el Tribunal determine, pudiendo renovarse cuantas veces sea necesario. Igualmente se faculta al Ministerio Público para conferir al testigo las medidas de protección que fueren procedentes, antes o después de prestadas sus declaraciones.

El **artículo 322** Hace extensivas las medidas a peritos y terceros que deban intervenir en el procedimiento para efectos probatorios.

Las medidas de protección que contempla ahora la ley 19.366 pueden ser decretadas por el Ministerio Público y por el Tribunal:

**a) Medidas de protección decretadas por el Ministerio Público:**

Se decretan durante la etapa de investigación, de oficio o a petición de parte, y sin necesidad de autorización judicial.

**i) Medidas especiales de protección (artículo 33 A inciso 1°).**

**ii) Reserva de identidad (artículo 33 A inciso 2°).**

**i) Medidas especiales de protección**

**Artículo 33 A inciso 1°:** *“Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un **riesgo cierto** para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de un informante o de un agente encubierto y, en general, de quienes hayan colaborado eficazmente en el procedimiento, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas”.*

De la sola lectura de la disposición podemos darnos cuenta que el número de personas protegidas aumenta con relación a la norma contenida en el Código Procesal Penal, y las medidas a tomar no son taxativas.

La Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en su Instructivo General N° 32, sobre “Testigos en la Etapa de Investigación y su Protección”, de 12 de diciembre de 2000, enumeró a modo de ejemplo las siguientes medidas:

Ubicación del testigo en una casa de acogida u otra que él señale, por un período determinado. Cuando fuere necesario, podrá disponer que la policía traslade al testigo a una de esas casas.

Relocalización en un lugar o domicilio diverso del propio.

Citación y declaración del testigo en un lugar distinto de la Fiscalía Local, convenido previamente con el testigo.

Tramitar en la compañía de teléfonos respectiva el cambio del número telefónico del domicilio del testigo.

Tramitar en la compañía de teléfonos respectiva un número telefónico privado para el testigo.

Rondas periódicas de Carabineros de Chile al domicilio del testigo.

Consultas telefónicas periódicas de la policía al testigo.

Contacto telefónico prioritario del testigo con la policía.

Protección policial del testigo en sus traslados a la fiscalía y a las audiencias ante los tribunales.

Excepcionalmente, previa instrucción particular del Fiscal Regional, punto fijo policial en la casa del testigo o en la casa de acogida en que hubiere sido ubicado.

A su vez, la Resolución N° 150 de 4 de junio de 2002 regula la administración y uso de fondos del Ministerio Público para la protección de víctimas y testigos.

Para el otorgamiento de las medidas el Fiscal puede asesorarse y coordinarse con la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos correspondiente.

#### **ii) Reserva de identidad <sup>87</sup>.**

**Artículo 33 A inciso 2º:** “ *Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas:*

*a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos;*

*b) que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario, y*

*c) que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo”.*

---

<sup>87</sup> A esta medida se refieren los Instructivos generales Nros. 26-50 de noviembre de 2000 a febrero de 2001 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

En términos generales esta medida conlleva la reserva de la identidad del protegido y de los datos que permitan su individualización, pero no de la divulgación del contenido de sus declaraciones y diligencias en que actúe luego de formalizada la investigación, Sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo artículo 34 de la Ley 19.366, que luego analizaremos.

Estas medidas de reserva de identidad son taxativas, y no tienen plazo de duración, por lo cual podrían mantenerse hasta el cierre de la etapa de investigación.

Finalmente, el **inciso 3º del artículo 33 A**, dispone que *“Cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía la revisión de las medidas resueltas por el Ministerio Público”*, con lo cual se deja abierta la vía para que la defensa del imputado pueda tener acceso a las declaraciones efectuadas por el cooperador eficaz.

**b) Medidas de protección que puede decretar el Tribunal.**

Las puede decretar de oficio o a petición de parte y son:

Reserva de identidad (artículo 33 B)

Declaración anticipada (artículo 33 D)

Cambio de identidad (artículo 33 F)

**Reserva de identidad:**

Constituye una excepción al **artículo 307 del Código Procesal Penal**, que ya analizamos, y puede decretarla en la etapa de investigación y en el juicio, tanto el Juez de Garantía como el Tribunal Oral en lo Penal, cuando éste último haya ya intervenido, y consiste en la prohibición de revelar en cualquier forma la identidad de las personas o los antecedentes que conduzcan a su identificación.

**Artículo 33 B:** *“El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de las personas a que se refiere el artículo anterior o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.*

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

**Declaración anticipada:**

**Artículo 33 D:** *“Las declaraciones de los cooperadores eficaces, informantes, agentes encubiertos y, en general, de testigos y peritos, cuando se estime necesario para su seguridad personal, podrán ser recibidas anticipadamente en conformidad con el artículo 191 del Código Procesal Penal. 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.*

*Si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los*

*antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta.*

*En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a conainterrogarlo personalmente”.*

Las declaraciones de los cooperadores eficaces y demás sujetos señalados por este artículo, podrán ser recibidas en forma anticipada de acuerdo al **artículo 191 del Código Procesal Penal**. Para ello, el Juez de Garantía llevará a cabo una audiencia de prueba anticipada, pudiendo prestarse dicha declaración por cualquier medio que impida la identificación del declarante.

Se debe hacer hincapié en que la reserva de identidad no impide que en virtud del Principio de Contradicción o Bilateralidad de la Audiencia, el testigo o perito pueda ser contra interrogado en el juicio oral por la defensa del imputado.

#### **Cambio de identidad.**

**Artículo 33 F:** *“El tribunal, en caso de ser estrictamente indispensable para la seguridad de estas personas podrá, con posterioridad al juicio, autorizarlas para cambiar de identidad.*

*La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación adoptará todos los resguardos necesarios para asegurar el carácter secreto de esta medida, conforme al reglamento que se dicte al efecto.*

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

*Quienes hayan sido autorizados para cambiar de identidad sólo podrán usar sus nuevos nombres y apellidos en el futuro. El uso malicioso de su anterior identidad y la utilización fraudulenta de la nueva, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo”.*

Esta medida puede ser decretada por el Tribunal cuando sea estrictamente indispensable, de oficio o a petición de parte, una vez concluido el juicio, y el Ministerio Público podrá pedirlo con acuerdo de la persona cuya identidad se cambiará.

#### **c) Medidas de Protección Policial decretadas por el Ministerio Público o el Tribunal.**

**Artículo 33 C:** *“De oficio o a petición del interesado, durante el desarrollo del juicio, o incluso una vez que éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el Ministerio Público o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesite, de conformidad a lo prevenido en el artículo 308 del Código Procesal Penal”.*

Entonces tenemos que estas medidas de protección policial podrán ser decretadas por el Ministerio Público o por el Tribunal, de oficio o a petición del interesado, durante o con posterioridad al juicio, siempre que se mantengan las circunstancias de peligro, en

casos graves y calificados, según lo dispone el **artículo 308 del Código Procesal Penal**, por el tiempo y cuantas veces se estime necesario.<sup>88</sup>

**d) Medidas de Protección complementarias.**

**Artículo 33 E** *“Las medidas de protección antes descritas podrán ir acompañadas, en caso de ser estrictamente necesario, de otras medidas complementarias, tal como la provisión de los recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso”*<sup>89</sup>.

Las medidas de protección señaladas en los artículos 33 A, B, C, y D, podrán ser complementadas por otras que sean estrictamente necesarias, como la provisión de fondos para el cambio de domicilio u otra idónea.

La Ley Adecuatoria N° 19.806 también modificó el **artículo 34 de la Ley 19.366**, en lo referente al secreto de la investigación, estableciendo un plazo máximo de seis meses respecto de actuaciones, registros o documentos.<sup>90</sup>

**Artículo 34 inciso 1°:** *“Cuando se trate de la investigación de los delitos a que se refiere esta ley, si el Ministerio Público estimare que existe riesgo para la seguridad de agentes encubiertos, informantes, testigos, peritos y, en general, de quienes hayan cooperado eficazmente en el procedimiento, podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes, en los términos que dispone el artículo 182 del Código Procesal Penal. El plazo establecido en el inciso tercero de esta última disposición podrá ampliarse hasta por un total de seis meses”*.

**Inciso 4°:** *“ El que revelare actuaciones, registros o documentos ordenados mantener en secreto, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo”*.

Finalmente, la Ley Adecuatoria derogó el **artículo 36** de la **Ley 19.366**, que establecía un sistema de apreciación de la prueba conforme a las reglas de la Sana Crítica (Lógica y Máximas de la Experiencia). La derogación se debe a que el sistema de libre apreciación de la prueba o sana crítica se impone en el **artículo 297** del Código Procesal Penal como una norma general, con ciertos matices, no siendo necesario que una norma especial la establezca en materia de tráfico de drogas, esta norma nos indica:

**Artículo 297 Valoración de la prueba.** *“Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos*

<sup>88</sup> En este caso se aplica también el Instructivo General N° 32 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

<sup>89</sup> Esta norma nos permite concluir también la no taxatividad de las medidas de protección.

<sup>90</sup> El secreto de las actuaciones de la investigación se contempla en el artículo 182 del Código Procesal Penal por un plazo máximo de cuarenta días.

*y circunstancias que se dieran por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.*

## **6.- Código Tributario y Circular N° 1/2004 SII sobre Arrepentimiento Eficaz<sup>91</sup>.**

---

La Circular N°1 del SII de 2 de enero de 2004, establece normas sobre política de aplicación de sanciones por infracciones tributarias y de concesión de condonaciones en la comisión de conductas indicadas en los números 6, 7, 10, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 del artículo 97 del Código Tributario y en el artículo 109 del mismo cuerpo legal, los que, a continuación, se enunciarán someramente:

### **Artículo 97**

**N°6°.-** La no exhibición de libros de contabilidad, a la inspección de establecimientos o el acto de entorpecer en cualquiera forma la fiscalización, con multa de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual.

**N°7°.-** No llevar contabilidad, mantenerla atrasada o en forma distinta a la autorizada, con multa de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual.

**N°10°.-** El no otorgamiento de guías de despacho, de facturas, notas de débito, notas de crédito boletas en los casos y en la forma exigidos por las leyes, no autorizadas, sin el timbre u otras operaciones para eludir el otorgamiento de boletas, con multa del cincuenta por ciento al quinientos por ciento del monto de la operación, con un mínimo de 2 unidades tributarias mensuales y un máximo de 40 unidades tributarias anuales, además con clausura de hasta 20 días.

**N°15°.-** El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 34° y 60° inciso penúltimo, con multa del veinte por ciento al cien por ciento de una unidad tributaria anual.

**N°16°.-** La pérdida o inutilización de los libros de contabilidad, con multa de hasta el 20% del capital efectivo con un tope de 30 unidades tributarias anuales, a menos que la pérdida o inutilización sea calificada de fortuita por el Director Regional.

**N°17°.-** Traslado de bienes corporales muebles realizado en vehículos destinados al transporte de carga sin la correspondiente guía de despacho o factura, otorgadas en la forma exigida por las leyes, será sancionado con una multa del 10% al 200 por ciento de una unidad tributaria anual.

**N°19°.-** El incumplimiento de la obligación de exigir el otorgamiento de la factura o boleta y retirarla del local, será sancionado con multa de hasta una unidad tributaria mensual en el caso de las boletas, y de hasta veinte unidades tributarias mensuales en el caso de facturas.

**N°20°.-** La deducción como gasto o uso del crédito fiscal que efectúen, en forma

---

<sup>91</sup>

Deroga Circular SII N°36 del año 2000.

reiterada, los contribuyentes del impuesto de Primera Categoría de la Ley de la Renta, que no sean sociedades anónimas abiertas, de desembolsos que sean rechazados o que no den derecho a dicho crédito, con multa de hasta el 200% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar la deducción indebida.

**N°21°.-** La no comparecencia injustificada ante el Servicio, a un segundo requerimiento, con una multa de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual.

El Artículo 109 ahora prescribe que toda infracción a las normas tributarias que no tenga señalada una sanción específica, será sancionada con multa no inferior a un uno por ciento ni superior a un cien por ciento de una unidad tributaria anual, o hasta del triple del impuesto eludido si la contravención tiene como consecuencia la evasión del impuesto.

En estos casos la condonación procede respecto de los contribuyentes que reconozcan la infracción que han cometido, manifestando un **arrepentimiento eficaz** en cuanto cumplir con las exigencias planteadas por el Servicio de Impuestos Internos, solucionando las irregularidades impositivas pendientes.

La condonación, generalmente, será de dos tercios del monto de la sanción aplicada, salvo en los casos en que, específicamente, se determina un porcentaje diferente. Si se habla de la sanción de clausura, aplicable en el caso del N° 10 del Artículo 97 del Código Tributario, se establece su condonación total o parcial, en consideración de la gravedad de la infracción cometida y el número de denuncias anteriores dentro de los últimos 24 meses.

Para la aplicación de condonaciones, se requiere que se cumplan las siguientes condiciones:

**1) Presupuestos iniciales de aplicación:**

i.- Que el infractor se autodenuncie o acredite haber obrado con antecedentes que aminoran su responsabilidad, o;

ii.- Que denunciado por los funcionarios del Servicio no deduzca “reclamo” y se allane a pagar la multa;

**2) Que se trate de las infracciones (ya citadas) contempladas en el artículo 97 números 6, 7, 10, 15, 16, 17, 19, 20 y 21, o en el artículo 109, del Código Tributario;**

Por excepción, no procederá acoger a este procedimiento las infracciones contempladas en el inciso primero del N° 16, cuando hubieren sido calificadas como “complejas” por el Director Regional, las del N° 20, en los casos en que el contribuyente hubiere deducido reclamo en contra de la liquidación de impuestos originados en los hechos infraccionales a que se refiere la denuncia, y las sancionadas por el artículo 109 con un porcentaje del impuesto eludido.

**3) Que no se encuentre denunciado, querellado o condenado por delito tributario;**

**4) Que no se encuentre observado en el sistema computacional del Servicio; y**



**5) Que no esté en mora en la declaración y/o pago de impuestos que fiscaliza el Servicio, ni en el pago de multas que éste le haya aplicado.**

Lo dispuesto en los números 4) y 5) es susceptible de ser subsanado en los plazos y condiciones que fije el Servicio.

En la hipótesis de denuncia por un funcionario y posterior allanamiento se requiere, además:

**6) Que no haya maltratado de obra o palabra al funcionario que efectúa la denuncia;**

**7) Que concurra a la Unidad del Servicio correspondiente el día que le haya señalado el funcionario denunciante;**

El otorgamiento de condonaciones se sujeta a la condición de la no interposición de recursos; al pago oportuno de la multa objeto de rebaja, acreditada ante el Servicio a través de comprobante de pago. El incumplimiento de alguna de estas condiciones acarrea la nulidad de la condonación concedida, sin que sea susceptible de ser subsanada por una nueva resolución de beneficio.

La circular establece entre sus normas generales que para la primera infracción, de igual naturaleza, denunciada dentro de los últimos 24 meses, se establece una multa básica, monto que se aumenta en un 50% en cada una de las sucesivas denuncias dentro de los mencionados 24 meses, por infracciones de la misma especie. Así, la sanción básica es de 3 UTM para la primera infracción que cometa un contribuyente, la que aumentará en las sucesivas infracciones de idéntica naturaleza (1,5 UTM por cada infracción), hasta alcanzar un máximo de 12 UTM, aplicando la condonación de dos tercios, la multa mínima se rebajaría a 1 UTM y la máxima a 4 UTM.

La institución del *arrepentimiento eficaz* se observa en estas normas, demostrando el contribuyente la intención de enmendar la conducta infraccional que puede derivar en responsabilidad penal, cumpliendo las exigencias que al efecto se le plantea por la administración tributaria, solucionando las irregularidades impositivas que tuviere con el Fisco.

El Fisco de Chile, representado por el Servicio de Impuestos Internos, se ve beneficiado al disminuir el volumen de litigios con los contribuyentes, y a su vez a estos últimos se les facilita la información y se les ofrece garantías de equidad y transparencia en la aplicación de sanciones lo que genera desincentivo para el incumplimiento de las normas tributarias.

## **7.- Proyecto de ley que establece beneficios por la entrega de información en procesos por violaciones a los derechos humanos.**

---

Con fecha 28 de octubre de 2003 ingresó a la Cámara de Diputados el mensaje N° 14-350 del Vicepresidente de la República que establece incentivos para la entrega de información en delitos vinculados a detenidos desaparecidos y ejecutados políticos.

El proyecto fue aprobado en primer trámite constitucional, incluso en su artículo 8

(que dispone el traslado de todos los procesos desde la justicia militar a los tribunales ordinarios) que fuera rechazado en la sala durante el primer informe. Ingresa a la cuenta del Senado con fecha 12 de mayo de 2004, pasando a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

Con este proyecto se busca dar incentivo a individuos que hayan participado en papeles secundarios (conscriptos que cumplían su servicio militar obligatorio y que no siguieron carrera militar, y civiles que cumplían tareas sanitarias) en las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen militar, otorgando la facultad al juez para determinar en el caso concreto la magnitud del beneficio en atención a la calidad o verosimilitud de los datos.

*El proyecto, también llamado de “rebaja de penas” o “Proyecto Insulza” consta de ocho artículos y sin perjuicio de la limitación temporal de la propia ley además contiene normativa de carácter transitorio, las principales normas que contiene se transcriben a continuación:*

**Artículo 1** *“Sin perjuicio de la aplicación de las normas generales, y por lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, la investigación y juzgamiento de los hechos que constituyeren homicidios, detenciones ilegales, secuestros, sustracción de menores, así como las inhumaciones o exhumaciones ilegales u otros conexos con los anteriores, cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, cuyas víctimas hayan sido calificadas como tales por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación o por la Corporación de Reparación y Reconciliación se ajustará especialmente a las reglas establecidas en la presente ley”.*

**a) Rebaja de Pena.**

La norma que establece la rebaja en sí es el Artículo 3, indicando **“El que proporcione ante el tribunal todos los antecedentes que necesariamente debía conocer atendida su participación en los hechos que se investigan, y que siendo fidedignos y comprobables conduzcan eficazmente , a juicio del Tribunal, al esclarecimiento de hechos delictivos señalados en el artículo 1 y la participación punible en los mismos, podrán beneficiarse con una circunstancia atenuante calificada de rebaja de pena , la que el tribunal podrá establecer en uno o dos grados ”.**

**b) Exención de Pena.**

Se establece una hipótesis de **exención de responsabilidad** penal, en la entrega de información por parte de **“ civiles que, al momento de la ocurrencia de los hechos que informan al tribunal, cumplían con su servicio militar , y a los que desempeñaban labores sanitarias de enfermería , siempre que el juez, en ambos casos, llegue a la convicción que lo hicieron cumpliendo órdenes superiores que no pudieron dejar de ejecutar sin poner en riesgo inmediato su propia vida o integridad física”,** salvo cuando **“con posterioridad pasaron a integrar los cuadros permanentes de alguna de las ramas de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública”**

La ley prevé una limitación al ámbito subjetivo de aplicación de la norma en su artículo 2, respecto de **“personas que hubieren intervenido forzando, induciendo,**

*instigando u ordenando la ejecución de los delitos señalados en el artículo 1, o que hubieren participado en su organización o planificación*”, es decir, excluye al autor del artículo 15 N° 2 del Código Penal: 2° *“Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”*, es decir, al autor inductor.

El inciso final del artículo 3 establece que para gozar de los beneficios que prevé esta normativa la información debe ser entregada dentro de los 180 días siguientes corridos desde la publicación de la ley.

Como es usual en la institución de la colaboración se establecen normas de secreto respecto de la identidad del colaborador en el artículo 4 de la ley, el cual puede extenderse *“durante el desarrollo del proceso hasta la dictación del auto de procesamiento en su contra, o en caso de que tal declaración se presente con posterioridad al mismo, hasta el cierre del sumario”* y en dicha circunstancia sólo las partes pueden acceder a este conocimiento, los terceros ajenos sólo lo harán una vez que haya sentencia ejecutoriada.

El inciso 2° del artículo 6 se establece una exención respecto de los delitos de falso testimonio, perjurio u obstrucción a la justicia por los testimonios previos del colaborador en tribunales, que quedan al descubierto con las declaraciones sobre los mismos hechos prestadas en conformidad al artículo 3 de la ley en comentario.

Sobre la apreciación de la prueba, conforme al artículo 8, la prueba de la participación está regida por las normas de la sanacritica, lo relacionado con la acreditación del hecho punible, se regirá por tanto, de acuerdo a las reglas generales.

Se destaca entre las normas transitorias el artículo 1 transitorio que establece que *“Los jueces militares, fiscales militares y las cortes marciales, deberán remitir los procesos que se hayan instruido para la investigación y juzgamiento de alguno de los hechos a que se refiere el artículo 1 de la presente ley, a la Corte de Apelaciones en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que los origina, dentro del término de treinta días”*, correspondiendo su conocimiento en primera instancia a un Ministro de Corte de Apelaciones en visita extraordinaria o a un juez con dedicación exclusiva, designado por la Corte Suprema y en segunda instancia serán conocidos por una sala de la respectiva Corte de Apelaciones.

El proyecto ha sido objeto de fuertes críticas por parte de familiares de desaparecidos y sus abogados<sup>92</sup>, quienes lo consideran inconstitucional en atención a que:

- a) Interfiere en más de 300 procesos abiertos, donde se involucra a 1.300 víctimas;
- b) Deja en la indefensión a las víctimas y concede toda clase de privilegios a los victimarios, al no introducir expresamente las normas del Derecho Internacional de los DD.HH. y Derecho Humanitario, que declaran que los crímenes contra la humanidad son inamnistiables, imprescriptibles e indultables.

En este sentido se cita como ejemplo el artículo I de la Convención sobre la

---

<sup>92</sup> En artículo aparecido en el diario “La Nación” del día miércoles 28 de abril de 2004, suscrito por los abogados **Fabiola Letelier del Solar, Julia Urquieta Olivares, Juan Subercaseaux Amenábar, y Sergio Concha Rodríguez.**

imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, el que señala la imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido de “Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz...”;

c) Viola también las garantías de igualdad ante la ley, del debido proceso y el derecho a la vida (artículo 19, N° 1, 2 y 3 de la Constitución).

En opinión de estos abogados, el proyecto “desvirtúa la filosofía de la cooperación y el arrepentimiento eficaz, instituciones jurídicas (creadas) para desarticular a las organizaciones criminales terroristas y de narcotraficantes mediante el logro de información a cambio de una moderada rebaja de penas”, mecanismo que tiene por objeto el castigo ejemplar de los responsables. Por un lado se considera excesiva la magnitud de la rebaja prevista (hasta dos grados) y por otra se pone en tela de juicio la motivación del proyecto, la cual no sería descubrir y castigar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos, sino conocer las circunstancias espacio-temporales de la desaparición de las víctimas, para fijar la fecha de muerte de los desaparecidos y así hacer posible la aplicación del Decreto Ley de amnistía (11/09/1973 a 10/03/1978) o la prescripción o media prescripción (11/09/1973 a 10/03/1990), superando la figura del secuestro permanente, llegando finalmente a la impunidad de los culpables; caso en el cual también se beneficiaría a aquellos que figuran como autores inductores.

En este sentido se recuerda el caso de Orlando Letelier, donde la justicia estadounidense no aceptó la delación compensada de Michael Townley, sin antes exigir que el caso quedara fuera de la aplicación del Decreto Ley de Amnistía, para que efectivamente se pudiera juzgar a los responsables; en cambio, el Proyecto Insulza no garantizaría la no aplicación de la amnistía, la prescripción y el indulto a este tipo de crímenes<sup>93</sup>.

## **8.- Colaboración y el Procedimiento Abreviado del Nuevo Código Procesal Penal.**

---

La aplicación del nuevo proceso penal y la introducción de figuras de negociación en el antes indisponible ámbito de lo penal implican un cambio en las formas de materialización de la cooperación. Es por ello que es necesario tratar la institución adjetiva del procedimiento abreviado, en cuyas negociaciones puede surgir un “acuerdo” de colaboración.

Este procedimiento, regulado en los artículos 406 a 414 del Código Procesal Penal constituye una alternativa al juicio oral, proveyendo una decisión rápida acerca de la condena o absolución del sujeto, esta vez no a través de un tribunal colegiado, sino a través del fallo del juez de garantía.

<sup>93</sup> Ver anexo entrevista al Ministro Juan Guzmán Tapia, en donde manifiesta su opinión sobre el proyecto y las críticas que ha generado.

La ausencia del juicio oral, atendido su carácter de derecho del imputado conforme al artículo 1 del Código Procesal Penal, no implica la ausencia de juicio, sino que hay una sustitución de procedimiento en atención a la renuncia que hace el imputado al juicio oral, concurriendo los requisitos que dispone la ley para su aplicación.

Su aplicación se solicita por el fiscal al juez de garantía al momento del cierre de la investigación o en la misma audiencia de preparación del juicio oral.

La procedencia de este mecanismo se ve condicionada por la existencia de supuestos que se indican a continuación:

1.- La acusación realizada por el Fiscal solicita se imponga al acusado una pena no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo o bien una pena no privativa de libertad sin importar su entidad, exceptuando la pena de muerte.

2.- Que el imputado exprese en forma libre, voluntaria su consentimiento en la aplicación de este procedimiento, previo conocimiento y aceptación de los hechos (no de la culpabilidad como ocurre en el “*plea bargaining*” estadounidense) contenidos en la acusación y antecedentes de investigación en los cuales se fundan.

Estas circunstancias se relacionan íntimamente con la labor del juez de garantía, desde el momento que la solicitud de pena máxima que formula el Fiscal produce un efecto vinculante en el órgano jurisdiccional (otra diferencia con el sistema norteamericano), provocando además, para el acusado, certeza del peor escenario al cual se puede ver expuesto.

Por otro lado el juez de garantía debe velar por que la decisión del imputado haya sido tomada en forma libre, voluntaria, sin presiones provenientes del fiscal ni de terceros y con conocimiento de su derecho a que su situación se decida en el marco de un juicio oral, del cabal entendimiento de los términos del acuerdo y de las consecuencias que conlleva optar por la aplicación del procedimiento abreviado.

Verificado por el juez de garantía el consentimiento del acusado y constatado el margen de pena permitido para su aplicación, además de la suficiencia de antecedentes de investigación, autoriza la aplicación de este procedimiento. Cabe acotar que en caso de existir querellante, éste puede oponerse a la aplicación de este procedimiento cuando ha deducido una acusación particular, que a diferencia de la emanada del Ministerio Público, exceda del límite de pena que supone la admisión de este procedimiento y el juez de garantía tendrá en consideración esta oposición para decidir aplicarlo.

Conforme al artículo 411 del Código Procesal Penal si el juez de garantía opta por la aplicación del procedimiento abreviado, en la misma audiencia de preparación del juicio oral abre el debate, otorgando primero la palabra al fiscal “ *quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren*”, ¿por qué se abre este debate? <sup>94</sup>, en razón de que el fiscal debe dar a conocer los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación en los cuales se fundamenten; si estos no estuvieran así asentados dará pie a que el juez

---

<sup>94</sup> **PECCHI C., CARLOS:** “El procedimiento abreviado” apuntes de ponencia efectuada el 5 de octubre de 2004 en Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

de garantía dicte sentencia absolutoria. A continuación se da la palabra a los demás intervinientes y finalmente al acusado para hacer efectivo su derecho a defensa.

En este procedimiento no se permite la rendición de prueba ya que estamos en el ámbito de una hipótesis de hechos que no requieren ser probados, es decir, los hechos admitidos.

Acto seguido el juez suspende la audiencia para deliberar, y al reanudarla señala verbalmente su dictamen condenatorio o absolutorio, el que, en caso de ser condenatorio no puede exceder la pena propuesta por el fiscal ni tampoco basarse en la aceptación de los hechos que realizó el imputado. Queda a salvo la posibilidad de aplicar medidas alternativas contempladas en la ley 18.216 en el caso de que se cumplan los requisitos para su aplicación. Cabe señalar que la redacción del fallo debe cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 413, esto es, parte expositiva; hechos que se dieron por probados sobre la base de la aceptación, así como su mérito; razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos se da a conocer más tarde, para lo cual cita a una nueva audiencia <sup>95</sup>.

Recapitulando, el fiscal, en las tratativas previas a la aplicación de este procedimiento puede proponer una rebaja de penas a través de la supresión de algunos hechos que se imputan al inculpado, la agregación de circunstancias modificatorias de responsabilidad en la acusación (atenuantes) y atendido que en la práctica es dable pensar que las posibilidades de negociación se pueden extender mucho atendida la discrecionalidad con la cual los fiscales formulan su acusación <sup>96</sup>, bien podría ofrecerle una rebaja de pena a cambio de una declaración en juicio oral que se siga contra del que se delata, lógicamente en el marco de un “acuerdo” extrajudicial. Conforme la opinión del profesor Sabas Chahuan, para fomentar la aplicación de este procedimiento se presentó un proyecto de ley en el cual se destacan las siguientes modificaciones: <sup>97</sup>

Artículo 406, inciso 3º: *En este caso, siempre se entenderá configurada la atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 n° 8 del Código Penal.*

Artículo 407: *“La solicitud del fiscal de proceder de conformidad al procedimiento abreviado podrá ser planteada al juez de garantía verbalmente o por escrito desde la audiencia de formalización de la investigación, hasta la dictación del auto de apertura del juicio oral.*

Artículo 412, inciso 2º: *“La sentencia condenatoria se basará tanto en la admisión de hechos por parte del imputado como en los antecedentes que dieron cuenta de la seriedad de dicha admisión y de la plausibilidad de los cargos. En consecuencia, concurriendo estos elementos no será necesario que los antecedentes del fiscal ofrezcan*

<sup>95</sup> **PECCHI C., CARLOS**, Op. Cit.

<sup>96</sup> **CHAHUAN SARRAS, SABAS**; “Manual del nuevo procedimiento penal”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2002, pág. 279.

<sup>97</sup> **BOLETÍN N° 3201**□**07**, proyecto que modifica el Código Procesal Penal, el Código Orgánico de Tribunales y la Ley N° 19.718, sobre Defensoría Penal Pública.

*plena prueba.”*

Al analizar dichas modificaciones vemos el ofrecimiento de un estímulo -la atenuante- para aumentar el porcentaje de aplicación de este mecanismo, que como sabemos tiene por objeto el descongestionamiento del sistema, estableciendo además un amplio lapso para su proposición por el fiscal desde la formalización de la investigación y no desde el cierre de la misma, evitando la espera de hasta dos años (plazo máximo de extensión de la etapa investigativa) para acceder a esta fórmula. Por otro lado se establece un menor nivel de exigencia para fundar de la sentencia condenatoria, ya que no se requiere producir plena prueba por parte del Ministerio Público, pudiéndose basar en la aceptación de los hechos por el imputado conforme le parezca seria y plausible.

Por otro lado la atenuante que se ofrece como estímulo es la del artículo 11 n° 8 “*Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito*”, quedando a salvo que eventualmente, con una mayor entrega de datos pudiera configurarse a su respecto, también, la atenuante contenida en el artículo 11 N° 9 referida a la cooperación sustancial.





## Capítulo IV. Análisis Constitucional de la figura del Colaborador.

La normativa sobre colaboración puede entrar en colisión con principios y garantías que se encuentran establecidos en nuestra carta Fundamental como límites al *ius puniendi* estatal, y que han adquirido una gran relevancia como principios informadores del nuevo proceso penal chileno, siendo los más importantes los siguientes.

La figura del colaborador no deja de ser polémica tanto desde un punto de vista sustancial como por las normas de procedimiento que se establecen a su respecto. El establecimiento de un nuevo sistema procesal penal en Chile, donde se observan los principios de la oralidad, publicidad, inmediación no ha sido, conforme a una posición crítica, suficiente para erradicar una serie de debilidades que presentaría en concreto la normativa sobre colaboración por entrar en colisión con principios y garantías establecidos en nuestra Carta Fundamental como límites al *ius puniendi* estatal, siendo los más importantes:

**Principio de no autoincriminación.**

**Principio de inocencia.**

**Igualdad ante la ley.**

**Derecho de defensa en juicio y debido proceso.**

## 1) Principio de no autoincriminación:

De este principio se derivan las siguientes vertientes:

Derecho a permanecer en silencio o abstenerse de declarar sin que esto implique consecuencia negativa alguna.

Voluntariedad en la declaración del imputado o acusado.

c) Nadie puede ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes, ni compelido a declarar en contra de sí mismo en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Su origen histórico se ubica en el Talmud de Babilonia, al que se atribuye la máxima “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, que significa literalmente “*nadie puede representarse a sí mismo como culpable o como transgresor*”.<sup>98</sup>

En Chile, la consagración de esta garantía se remonta a los primeros reglamentos constitucionales dictados entre 1811 y 1814, y en nuestro ordenamiento jurídico actual se encuentra reconocida en los siguientes instrumentos:

a) **Artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución** “*En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio;...*”.

b) **El Código Procesal Penal** en el acápite relativo a los **derechos del imputado artículo 93 letra g)** “*Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento*”; y el **artículo 305** del mismo cuerpo legal, el que establece el Principio de no autoincriminación, señalando que “*Todo testigo tendrá el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito.*”, cabe señalar que en el inciso segundo de este artículo la garantía se hace extensiva a los dichos con los cuales el inculpado pudiere comprometer a sus parientes más cercanos.

c) **Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, artículo 8º**, que trata las garantías judiciales, consagra en su **Nº 2 letra g)**: “*derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*”.

d) **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 N° 3 letra g)**, señala como garantía mínima de una persona acusada de un delito: “*A no ser obligada a declarar contra si misma ni a confesarse culpable*”.

La Constitución ampara al inculpado al eximirlo de la obligación de decir la verdad, evitando colocar al acusado en la disyuntiva de *o produzco prueba incriminatoria o cometo perjurio*, pero no lo exime de su deber de declarar, ya que el texto constitucional no expresa el derecho a guardar silencio del imputado.

---

<sup>98</sup> **LEONARD W. LEVY**, “Origins of the Fifth Amendment, The Right Against Self-Incrimination”, Editorial Ivan R. Dee, Chicago, Estados Unidos, 1999, página 434.

A nivel legal el **inciso 2º del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal** sólo prescribe que: *“El silencio del imputado no implicará un indicio de participación, culpabilidad o inocencia”*.

Atendido lo anterior, y con el ánimo de subsanar dicha deficiencia, el Código Procesal Penal, en su artículo 93, donde establece los derechos y garantías del imputado, letra g), recogió expresamente el derecho a guardar silencio y, acto seguido, consagra su carácter renunciable, pero nunca esta declaración podrá ser bajo juramento, esto significa que en ninguna circunstancia se podrá constreñir al imputado a decir la verdad sobre los hechos materia de la imputación. Por lo tanto, esta garantía constituye una reafirmación de la presunción de inocencia ya que se obliga al ordenamiento jurídico a procurar prueba de cargo diversa a la propia declaración del imputado.

Este principio ha sido latamente desarrollado en los sistemas jurídicos de raigambre del *Common Law*, y en particular bastante fecunda ha sido la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses. La Constitución de los Estados Unidos recoge en su Quinta Enmienda el privilegio a no autoincriminarse, en los siguientes términos: *“no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...”*<sup>99</sup>

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que los objetivos perseguidos por el privilegio de la no autoincriminación son los siguientes<sup>100</sup> :

Prevenir abusos de los que puedan ser objeto los ciudadanos por los agentes del Estado.

Protección de la privacidad.

Soslayar el temor de la poca fiabilidad de las declaraciones obtenidas coercitivamente.

Evitar colocar al imputado frente al dilema de auto incriminarse, cometer perjurio o incurrir en desacato.

El Estado debe obtener evidencia inculpatoria a través de su propia labor y no desde o a través del propio inculpado como ocurre en los sistemas de tipo inquisitorio.

La formulación moderna del principio fue elaborada por el Ministro Justice Brennan en *Schember v. California*<sup>101</sup> :

*“Sostenemos que el privilegio protege al acusado solamente de ser coaccionado a prestar testimonio contra si mismo, o de otra manera, proveer al Estado con evidencia de tipo testimonial o de naturaleza comunicativa”,* acto seguido la Corte explicó la distinción entre evidencia de naturaleza testimonial o comunicativa de la siguiente manera: *“La distinción que ha surgido, a menudo expresada en diferentes maneras, es que el privilegio es una regla contra los testimonios o comunicaciones coercitivos, pero esa compulsión que se aplica sobre el propio sospechoso o acusado de un crimen a fin de*

---

<sup>99</sup> “Ninguna persona será obligada en cualquier caso criminal a convertirse en un testigo contra si mismo...”

<sup>100</sup> Malloy v. Hogan (378 U.S. 1, 84 S. Ct. 189, 1964).

<sup>101</sup> 384 U.S 757, 86 S. Ct. 1826 (1966).

*obtener evidencia física o real no violaría la garantía*”, es decir, esta garantía procesal ampara exclusivamente al acusado contra ofrecimiento de evidencia de naturaleza testimonial, por lo tanto, la obtención de evidencia derivada de su propio cuerpo (por ejemplo: sangre, mucosas para exámenes de alcoholemia o de ADN) no implica que se conculque su derecho mientras se garantice al acusado su derecho a la confrontación del antecedente en un procedimiento contradictorio.

Dado que en la figura de la colaboración se ofrece un beneficio a cambio de una declaración es notorio que tiene un contenido coactivo respecto del imputado ya que la norma lo está obligando a hacer algo, que en sí mismo puede ser lícito por impedir o disminuir un peligro o aportar pruebas para el descubrimiento de un hecho, pero que, sin embargo, su ilicitud residiría en la exigencia por parte de la norma. Así el sujeto no es obligado, ya que no actúa contra su voluntad, pero el problema reside en cuán libre puede ser la voluntad de una persona sometida a situaciones límite como por ejemplo, la privación de libertad, ante la sugerencia de que si no colabora su situación será menos favorable.

En este sentido, en el caso de la colaboración la voluntad no sería coaccionada, el sujeto no sería obligado, pues para que ello ocurra se deben verificar en el procedimiento correspondiente inducciones, coacciones o sanciones tendientes a lograr la confesión de un imputado o extraer consecuencias perjudiciales. La voluntad es libre porque se plantea falsamente aquello que “si no colabora su situación será más grave”, su situación no será más grave sino igual, pues el sujeto ya conocía (o al menos debía haberse representado) la consecuencia aparejada a su obrar, debiendo elegir entre el mal amenazado (pena en abstracto) que desestimó al delinquir y un beneficio (reducción o exención de pena); luego puede afirmarse que ahora su libertad es mayor pues tiene la opción de colaborar o bien de abstenerse de declarar. Por otro lado, no cabría denominar coacción a la amenaza de aplicar un beneficio.

Así dadas las cosas, se observa, tanto en la antigua como en la actual redacción, post normas adecuatorias, de la normativa de cooperación prevista en la ley 19.366, un dejo de inspiración inquisitorial al continuar considerando al inculcado como un objeto, fuente de obtención de pruebas, con el fin de obtener la verdad material y no como un sujeto dentro del proceso, posición más acorde con la inspiración garantista del nuevo sistema de carácter acusatorio.

Cabe indicar que en la colaboración no siempre habrá una autoinculpación pues la norma no exige que el sujeto se declare culpable sino que sólo que aporte datos para individualizar a los otros partícipes autores y secuestrar los efectos del delito; sin embargo, en muchos casos será inevitable el reconocimiento de participación que emanará de los dichos que pretenden constituir cooperación.

## **2) Principio de inocencia:**

Aparece reconocido expresamente en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del

Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, sus principales detractores pertenecían a la escuela positivista italiana de Derecho Penal en especial los autores Bettiol y Manzini, quienes debido a consideraciones de carácter más ideológico que técnico, la calificaban como una extravagancia de la Escuela Clásica influenciada por el pensamiento revolucionario.

En este sentido había consenso en cuanto no podía considerarse culpable al imputado antes que una sentencia firme lo condenare; pero se veía como un contrasentido jurídico, para una posición crítica, el considerar inocente a una persona respecto de la cual ya se seguía un proceso en su contra; en este punto el pensamiento de Manzini es particularmente ilustrativo, indicando que una imputación penal es en realidad una presunción de culpabilidad más que de inocencia, luego, ¿si se presume la inocencia del inculpado, por qué se procede contra él?

**El principio se consolida en el ámbito supranacional de los Derechos fundamentales, v.gr.: artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el artículo 6.2 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.**

Este principio se relaciona con la institución de la colaboración, pero antes debemos referir el marco legal aplicable:

**a) Constitución Política de la República: Artículo 19 N° 3 inciso 6°** que señala “*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*”.

**b) Código de Procedimiento Penal: Artículo 456 bis.** “*Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.*”, también denominado principio de “prueba moral absolutoria” o “prueba legal condenatoria”,

**c) Código Procesal Penal, Artículo 4°.- Presunción de inocencia del imputado.** “*Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*”.

En el ámbito procesal o jurisdiccional de un sistema acusatorio, la presunción de inocencia se expresa en diferentes manifestaciones, entre las cuales tenemos:<sup>102</sup>

La presunción de inocencia rige en la fase anterior al juicio oral, se da durante la fase del juicio oral, y se prolonga a lo largo de la tramitación de todos los recursos que puedan plantearse.

En la fase anterior al juicio oral, la presunción de inocencia ha facilitado, por ejemplo, la implantación del derecho a la asistencia de letrados a los detenidos; el derecho a no hablar o a hablar exculpándose; o la posibilidad de establecer un secreto parcial del sumario.

Todo auto de procesamiento ha de ser motivado y nunca arbitrario, en consonancia

---

<sup>102</sup> **SORIA, CARLOS:** “Fundamentos Éticos de la Presunción de Inocencia” en el “El laberinto informativo: una salida ética”, Editorial Eunsa, Pamplona, España, 1997, págs. 171-190.

con la presunción de inocencia basándose en indicios racionales y bastantes.

La sentencia condenatoria ha de estar precedida procesalmente de las pruebas oportunas.

La carga de la prueba incumbe al que acusa: *“affirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sunt probanda”*.

Respecto a este principio cabe aclarar que no es una verdadera presunción en sentido técnico-jurídico, sino más bien constituye una verdad provisional y como derecho subjetivo público de naturaleza extrapatrimonial es indisponible en su totalidad, es decir la posibilidad de acusarse públicamente de un delito ha de interpretarse siempre de forma restrictiva.

Justamente esta última aseveración podría fundamentar una posición que señale que la institución de la colaboración vulnera la presunción de inocencia, pues el imputado que haga uso de su derecho a guardar silencio sería penado y quien se autoinculpa es beneficiado con el perdón judicial (exención o rebaja), lo cual establece una verdadera coacción o presión para que el imputado no haga uso de su derecho a guardar silencio, generando un nicho de inconstitucionalidad.

Podemos rebatir esta argumentación pues por aplicación del principio de inocencia, no puede extraerse consecuencia perjudicial alguna contra quien prefiere hacer silencio, así el inciso 2º del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal prescribe que: *“El silencio del imputado no implicará un indicio de participación, culpabilidad o inocencia”*, es decir se mantiene la presunción de inocencia. Si el imputado opta por hablar sabe que ello acarreará consecuencias jurídicas dentro del proceso que pueden ser beneficiosas a su respecto o no, como en el caso de la colaboración.

Ahora respecto a la colaboración que afecte a otros imputados o posibles imputados, corresponde al derecho procesal analizar la posibilidad de su aceptación como medio de prueba, ante lo cual se debe considerar que en el nuevo sistema procesal penal se recogen principios de la mayor amplitud en cuanto elementos de convicción y de libre valoración de la prueba por parte del juzgador como lo señala el Código Procesal Penal en su artículo 297, ya visto, en cuyo inciso 1º señala que:

*“Los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”*

Cabe señalar que la colaboración, en caso de referirse a terceros, lleva en si, por lo menos, un germen de reconocimiento por parte del cooperador de participación en el actuar delictual de la organización, en este sentido podría implicar un efecto que amague la presunción de inocencia, pero aquella declaración, como ya hemos visto, se recubre de otras garantías, como la prohibición de apremios ilegítimos que forzaran dicho reconocimiento, por lo cual la voluntariedad al momento de tomar la decisión de colaborar legitima la “vulneración” de este principio, misma voluntad que se encamina a la obtención de rebajas o exenciones de pena.

No es menos relevante traer a colación que el alto nivel de convicción *-más allá de toda duda razonable-* que requiere una sentencia condenatoria, plasmado en el artículo

340 del Código Procesal Penal, jamás puede ser satisfecho con el solo mérito de la declaración o reconocimiento por parte del imputado, lo cual es un argumento más para dejar establecido que la institución de la colaboración no vulnera la presunción de inocencia.

### 3) Principio de Igualdad ante la Ley.

En nuestro ordenamiento este principio se reconoce en:

**a) Constitución Política de la República: Artículo 19 N° 2:**

*2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;*

**b) Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, artículo 24°:**

*“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.*

La colaboración podría vulnerar este principio pues dos sujetos recibirían penas sustancialmente dispares, por la comisión de un mismo delito y teniendo igual grado de participación, debido a la delación efectuada por uno de estos, beneficiándose sólo el que colabora primero y, haciendo aún más cuestionable la institución, el sujeto que estaría en una posición privilegiada para colaborar y obtener beneficios, por la cantidad y calidad de la información que maneja es el delincuente más poderoso e inescrupuloso.

Al respecto creemos importante señalar que la igualdad ante la ley requiere ser precisada ya que este principio rige para iguales situaciones, es decir, todo sujeto que colabora está en posición o expectativa de obtener una pena reducida. El que primero colabora tiene una posibilidad importante de verse favorecido y el siguiente quizás no tenga esa posibilidad, pero, si éste se hubiera decidido o acercado primero a colaborar, se habría colocado en aquella expectativa de recibir beneficios.

A mayor abundamiento, conforme a la opinión del profesor José Luis Cea Egaña la redacción del numeral 2° del artículo 19 reconoce la igualdad **en** la ley (la preposición “ante” sería equívoca, refiriéndose a los órganos del Estado, encargados de que la norma sustantiva se aplique con igualdad), traducándose en una igualdad “en el contenido y ejercicio de los derechos, deberes y garantías del ordenamiento jurídico”<sup>103</sup>, lo que viene a reafirmar lo aseverado en el párrafo anterior ya que en abstracto todo imputado tiene la misma oportunidad de utilizar el mecanismo de favorecimiento que prevé la norma, por lo cual la institución de la colaboración no vulneraría en este punto la Carta Fundamental.

---

<sup>103</sup> **CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS**, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II Derechos, deberes y garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1ª edición, 2004, pág. 129.

#### 4) Derecho de defensa en juicio y debido proceso.

##### a) El debido proceso o proceso justo.

De antigua consagración en el sistema legal anglosajón, donde es llamado “*due process of law*” y considerada como la gran garantía existente en dicha cultura jurídica, en nuestro país ya aparecía de manera más resumida, aludiendo a la prohibición de la existencia de comisiones especiales en el artículo 12 de la Constitución de 1925.

En la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980, se aprecia un gran interés en reconocer el debido proceso como una garantía fundamental del Estado de Derecho;<sup>104</sup> para ello se citan antecedentes como el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas: “*Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente, y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquiera obligación contra ella en materia penal.*”

El debido proceso puede definirse como “*aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente en un Estado democrático, las cuales deben, acto seguido, ser recogidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal.*”<sup>105</sup>

En nuestra Constitución el debido proceso se consagra, de manera muy general, en el artículo 19, específicamente en su número 3, que reconoce:

3°. “*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*”

*Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.*

*La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.*

*Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.*

*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*

*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.*

*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.*

*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté*

---

<sup>104</sup> Sesiones 101, 102 y 103, en 9, 14 y 16 de enero de 1975.

<sup>105</sup> RAMOS MENDEZ, FRANCISCO, “El Proceso Penal”, Tercera Lectura Constitucional, Ed. Jesús-María Bosch, 3ª edición, Barcelona; España, 1992, pag.32.



*expresamente descrita en ella;*”

La concepción del debido proceso se amplía al dictarse la Ley N° 18.825 de 1989 que modificó el artículo 5° de la Constitución que establece en lo referente a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, entre ellos está el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, referidos al debido proceso, el que no sólo debe ser “legalmente tramitado” y “racional y justo”, sino que además debe ajustarse a los parámetros de dicha Convención.

Al consagrar la garantía, el Constituyente consideró que no bastaba la exigencia del debido proceso porque podría interpretarse que lo “*debido*” es necesariamente aquello que señala la Ley, visión bastante sesgada del concepto. Por ello se estima conveniente dejar constancia de que el debido proceso es aquel en que efectivamente existen condiciones de racionalidad que aseguren la justicia, de donde surge la expresión “*justo y racional*” procedimiento, de tal modo que si la ley no cumple con dichas cualidades, pueda ser declarada inconstitucional; así, son numerosos los casos en que el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema han declarado inconstitucionales leyes que establecen procedimientos que carecen de racionalidad y justicia”<sup>106</sup>.

Como ya se señaló, el Constituyente optó por no señalar determinadamente los elementos o características del debido proceso y los comprendió todos en la fórmula de un proceso “racional y justo”, entendiéndose, conforme al comisionado Sergio Diez, lo primero referido al procedimiento y lo último a lo sustantivo. A pesar de ello se trató de dejar constancia de un cierto consenso al interior de la Comisión de lo que podrían ser normas mínimas del procedimiento, así el comisionado Silva Bascuñán indica que “se desprende ya una conclusión que la Comisión Constituyente estima que el procedimiento no es racional ni justo si no se establece, entre otras cosas, y sin que ello constituya una limitación, **el oportuno conocimiento de la acción por parte del demandado; una defensa racional y adecuada, y la posibilidad de producir las pruebas cuando sea conducente**, ...sin embargo, lo anterior la Comisión lo considera, en este momento, como las normas mínimas de un adecuado y racional procedimiento, de lo que no significa que sean las únicas.”<sup>107</sup>

También en las sesiones 101 y 103 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución el señor José Bernales indicó que en un racional y justo procedimiento debe observarse:

- 1.- La notificación y audiencia del afectado, pudiendo proceder en rebeldía en caso de no comparecer luego de la notificación.
- 2.- Presentación, recepción y examen de las pruebas.
- 3.- Sentencia dictada en un plazo razonable.

---

<sup>106</sup> CHILE, Tribunal Constitucional, 24 de Febrero 1987. Rol 43, considerandos 63 y 64.

<sup>107</sup> CHILE, Tribunal Constitucional, Op. Cit.

4.- Sentencia dictada por un Tribunal u órgano imparcial y objetivo.

5.- Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.<sup>108</sup>

**b) Debida Investigación.**

Con la introducción del Ministerio Público, la ley 19.519, de 16 de septiembre de 1997, extiende el concepto del debido proceso a la etapa investigativa, en razón de que esta labor deja de residir en el órgano jurisdiccional, por lo que debe asegurarse siempre por el legislador las garantías de racionalidad y justicia no sólo en el procedimiento sino también en la etapa investigativa.

**c) Principio de legalidad.**

Establecido en el inciso 7 del artículo 19 de la Constitución, se expresa en la frase “*Nullum crime, nulla poena, sine lege*”, conforme a este principio las conductas punibles deben estar tipificadas y sus respectivas penas establecidas en forma expresa con antelación y en un texto legal.

Doctrinariamente se señalan requisitos para la real vigencia de este principio<sup>109</sup>:

1.- Que se dicte una ley: El artículo 61 inciso segundo proscribire los decretos con fuerza de ley, por lo tanto también la producción normativa de menor jerarquía respecto de materias comprendidas en las garantías constitucionales, entre ellas el establecimiento de las conductas punibles y de las penas. Cabe acotar que la exigencia es de ley ordinaria, sin perjuicio de que tratándose de delitos terroristas e ilícitos vinculados a la libertad de expresión se requiere quórum calificado.

2.- Que esa ley sea expresa y explícita en la descripción del tipo o descripción objetiva de la conducta que la ley estima punible.

3.- La ley debe ser interpretada y aplicada de manera estricta, suponiendo que describe con claridad cuál es la conducta penalmente ilegítima y fija la pena a quienes cometen el ilícito; sin que quepa, en normas sancionatorias como estas, la aplicación del mecanismo interpretativo de la analogía.

4.- La ley penal es irretroactiva respecto de su aplicación a hechos acaecidos con anterioridad a su promulgación, considerando como única excepción el principio pro reo o de aplicación de una nueva ley, posterior al hecho punible, que establece una pena más benigna, o ninguna.

5.- La presunción de inocencia del afectado, por lo que corresponde al Ministerio Público que se pruebe legalmente su culpabilidad.

Se formulan las siguientes críticas a la figura del colaborador en relación a la garantía de debido proceso y derecho a la defensa:

En un sistema de carácter acusatorio “al imputado no le corresponde el deber de

---

<sup>108</sup> EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, “Los derechos constitucionales”, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1999, Tomo II, pág. 144.

<sup>109</sup> CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, Op. Cit págs. 166 y 167.

colaborar con la investigación, la que... compete a los órganos oficiales (Ministerio Público)... que deben destruir el estado (presunción) de inocencia de que goza el imputado”<sup>110</sup>, surge así una crítica de que la colaboración atenta contra la garantía del debido proceso ya que el sujeto que se allana a colaborar no puede declarar en carácter de testigo (legalmente juramentado), ni de imputado (exhortado a decir verdad) considerando además que el resto de los imputados, a quienes ha afectado la declaración del colaborador, no podrán conocer su identidad, en razón de que se hará reserva de la misma, atacándose de esta forma elementales derechos de su defensa pues el imputado y su defensor se ven impedidos de extender el contra interrogatorio (derecho reconocido a la defensa en la letra f) del inciso segundo del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal” y en la letra e) del inciso tercero del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo”) al control de la credibilidad del deponente, por lo que se dificulta el cuestionamiento de los vínculos que el colaborador eventualmente tenga con la víctima o los intereses que podrían llevarlo a declarar en favor de la acusación.

Se señala también que se viola el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal desde que un imputado es acusado sobre la base de imputaciones emanadas de personas que, lejos de perseguir el interés del mejor actuar de la justicia, buscan el beneficio propio, teniendo interés directo en el resultado del juicio, y muchas veces escudado bajo la reserva de su identidad. Pero la adopción de la medida de reserva de identidad no necesariamente constituye una vulneración del derecho del imputado a contrainterrogar en delitos en que el legislador lo ha establecido de manera especial, como el tráfico de estupefacientes, el lavado de dinero o delitos calificados como terroristas, donde bienes jurídicos de entidad tal como la vida o integridad física de las personas que deponen se encuentran expuestos a riesgos de afección más intensos. Desde una perspectiva más concreta, respecto a la generalidad de los delitos, el Código Procesal Penal específicamente el artículo 307, no autoriza la reserva de identidad de un testigo durante la audiencia, salvo peligro para su persona u otro sujeto: también se prevé, en el artículo 308 del mismo cuerpo legal la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo.

Frente a la excepcional limitación del derecho de defensa del inculpado aparecen dos conceptos: la necesidad (la desprotección se traduce en una probable privación del bien jurídico) y la proporcionalidad (se aplique sólo en la extensión mínima necesaria para mantener la vigencia de los bienes cuya vulneración se pretende evitar), deben aparecer condiciones de riesgo que consten en antecedentes concretos que permitan temer un atentado contra la vida, integridad o seguridad del testigo, obligando al Estado a brindar un mecanismo de protección especial que afecte parcialmente los derechos del imputado. Al efecto es atinente recordar lo señalado por el inciso segundo del artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos *"Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"*.

---

<sup>110</sup> Boletín 2240-07, Moción de proyecto que modifica la Ley 19.366., pág. 3.

Una cuestión clave al momento de resolver la legitimidad de la reserva de identidad, es si el restar crédito al deponente en sí (más que a su testimonio), forma parte de la esencia del derecho al contrainterrogatorio. Es claro que lo nuclear del contrainterrogatorio es el análisis, ponderación y refutación del contenido de lo declarado, ya que el descrédito del sujeto que incorpora la información que constituye colaboración, constituye parte accesorio del derecho a contra interrogar, por lo cual la reserva de la identidad del colaborador no agravia el derecho de defensa (del cual una de sus facetas es el contrainterrogatorio) del inculpado.

Respecto a considerar la declaración del colaborador como un testimonio, su parcialidad o intereses propios en el resultado del juicio no vulneran el derecho de defensa en juicio del inculpado, ya que ésta será una circunstancia que será considerada por el juzgador conforme a las normas de valoración de la prueba, así el procedimiento penal compensa al imputado por la afección parcial de su derecho, mediante el conocimiento por parte del tribunal de la identidad de los colaboradores, pudiendo valorarlos al razonar sobre su credibilidad (juicio personal del colaborador).

Como otra medida que trata de mantener incólume el derecho de defensa del imputado es la ineptitud de los antecedentes obtenidos mediante la declaración de testigos con identidad reservada para servir como única o fundamental pieza para la formación de convicción de condena.

Una vez que la declaración se verifique podrá ser conocida por la defensa del imputado, asistiendo al colaborador mecanismos tales como el cambio de identidad. Así, si se obtienen importantes piezas de cargo a partir de las actuaciones reservadas, éstas podrán ser contradichas por la defensa del coimputado como por ejemplo el inciso 3º del artículo 33 D de la ley 19.366, el que señala: *“En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente”*

---

## Conclusiones.

Claramente existe un antes y un después. No podemos exponer nuestras conclusiones sin antes reconocer que sólo con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal la figura del colaborador con la justicia ha venido a encontrar un sistema de enjuiciamiento que le es más propio, en cuanto, como hemos visto, el fundamento de esta figura, en sus distintas manifestaciones recae primariamente en razones de política criminal, utilitarias, acordes con los principios de un sistema acusatorio.

Con la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal se ha subsanado buena parte de las críticas que se hacen a esta figura, principalmente en lo que dice relación con la inobservancia, o más bien dicho con la directa contradicción de garantías procesales de rango constitucional que amparan tanto a colaborador, imputado, a la propia administración de justicia y en definitiva a la existencia misma del Estado de Derecho. Así podemos citar la introducción a nivel legal del derecho a guardar silencio; el debido proceso con la separación de los roles de juez e instructor o la inmediatez sobretodo en materia probatoria y a nivel general con el artículo 10 del señalado cuerpo legal que establece un principio de cautela de garantías de amplia aplicación.

Hecho este alcance, no podemos obviar el cuestionamiento ético que merece esta técnica de investigación, en cuanto “...dos infamias conjuntas constituirían un acto honorable”<sup>111</sup>, el fin no justifica los medios y el legislador debe tenerlo muy presente al momento de considerar proyectos de ley que pretendan incorporar nuevas manifestaciones de esta figura, pues debemos tener presente que en nuestro nuevo sistema procesal penal, el imputado ha dejado de ser objeto, para convertirse en un

sujeto del proceso, reforzando la protección de sus derechos y en especial la presunción de inocencia.

Se debe evitar que la declaración del colaborador invierta el *onus probandi* y sea el propio imputado delatado quien se encuentre en la obligación de probar su inocencia. Los dichos del colaborador deben ser sólo un elemento más y no una fuente de prueba absoluta <sup>112</sup>

Creemos que se debe reforzar de mejor forma tanto la tramitación como la aplicación de la figura, estableciendo requisitos a nivel subjetivo, como son por ejemplo: que el sujeto beneficiado por la colaboración no sea reincidente, carezca de antecedentes delictivos; un control adjetivo para un adecuado procedimiento a fin de evitar discrecionalidad y abusos en su aplicación, determinando de mejor forma la etapa o límite temporal procesal en la cual la colaboración puede prestarse, instando para que esto sea en las primeras etapas del proceso, previa a que la persecución penal se dirija en su contra del colaborador, a fin de evitar mayor cuestionamiento a su motivación, todo lo anterior unido a la consideración de la magnitud del delito, grado de participación y ubicación dentro de la estructura organizacional del colaborador.

Sería conveniente de *lege ferenda*, la tipificación de delitos para quien levante falsas imputaciones a fin de que éste u otro que se beneficie de la figura abuse de la misma. En otro ámbito, otorgar mayor capacitación a quienes deben recibir los datos o colaboración y también a aquellos que deben calificarlas.

Chile cada vez se inserta más a un mundo globalizado, en donde el narcotráfico, el terrorismo y los delitos asociativos en general, son un fenómeno cada vez más frecuente e importante, socavando los cimientos de países cuyas policías, tribunales y en general la sociedad toda, no se encontraba preparada para sus nocivos efectos.

Pero nuestro país tiene reconocida tradición republicana, ha recuperado su estabilidad democrática, y el buen funcionamiento de las instituciones (Tribunales, Policía y el recientemente introducido Ministerio Público) no ha significado ni debiera redundar en abusos en la aplicación de normas y procedimientos referidos a la normativa creada para combatir de mejor manera este tipo de criminalidad.

Sin duda creemos que al afianzar los resguardos y garantías respecto de imputados, la figura de la colaboración seguirá siendo una eficaz herramienta de investigación, en la lucha por desbaratar grandes organizaciones criminales terroristas, de tráfico de

---

<sup>111</sup> **ARISTIZÁBAL, LUIS**, “La ética del delator”, en Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Santa Fe de Bogotá, Colombia, N° 86, Junio de 1994, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, sede Valparaíso, pag.179.

<sup>112</sup> Así lo dispone ahora y en forma más imperativa que el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, el artículo 340 del Código Procesal Penal: **Artículo 340. Convicción del tribunal.** “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”

estupefacientes, personas y armas, pornografía; penetrándolas gracias a la información obtenida, sin perjuicio también de la lucha cotidiana en contra de la delincuencia común a través de la introducción de la atenuante contenida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal.

La eficacia práctica señalada se ha visto confirmada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, y hemos podido colegirla de los dichos de nuestros entrevistados <sup>113</sup>, que abarcan el ámbito dogmático, policial, administrativo y judicial.

Medidas como la colaboración o el agente encubierto, que en un principio se adoptaron en atención a criterios de absoluta necesidad y en forma subsidiaria, en el marco de legislaciones de emergencia se hacen absolutamente necesarias en el escenario actual, en el que la emergencia se ha convertido en un estado permanente. El mismo movimiento de globalización exige a nivel político un aumento de la eficacia en la persecución de la criminalidad organizada, tendiendo, en general, cada vez más a un ordenamiento menos garantista, una relativización de principios con reglas de imputación menos acuciosas; frente a estos problemas se debe actuar con absoluta firmeza y respetando siempre los derechos del imputado, no dejándose arrastrar por criterios meramente utilitaristas.

---

<sup>113</sup> Ver anexos.





---

# BIBLIOGRAFÍA

## Bibliografía general y especializada

**AMBOS, KAI**, Terrorismo y Ley. Análisis Comparativo: República Federal Alemana, Gran Bretaña, Perú y Colombia, editorial Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1989.

**BECCARIA, CESARE**: *“De los delitos y las penas”*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1974.

**BLANCO CORDERO y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ**, *“Criminalidad Organizada”*, Ediciones Universidad de Castilla La Mancha, 1999, págs. 17 y ss.

**BRUNO, ANÍBAL**, Directo Penal, Tomo III, 4ª edición, Editorial Jurídica, San Pablo, Brasil, 1984.

**CANALES NETTLE, PATRICIA**, *“La Legislación antiterrorista en España e Italia”*, Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, Año VII, Nº 149, abril de 1997.

**CARRARA, FRANCESCO**, Programa de Derecho Penal Español, Parte General, editorial Temis, Bogota, Colombia, 1988.

- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS**, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II Derechos, deberes y garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1ª edición, 2004.
- CHAHUAN SARRAS, SABAS**; “Manual del nuevo procedimiento penal”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2002.
- CONNELY THOMAS, JOHN**, en Serie Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, año 1 N° 6, marzo de 1991.
- CURY URZUA, ENRIQUE**, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1994.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL**; “Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora”; Edeval, 1974.
- ETCHEBERRY, ALFREDO**, Derecho Penal, Parte General, tomo II, tercera edición reimpresa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- ETCHEBERRY, ALFREDO**: “*El Derecho Penal en la jurisprudencia*”, tomo IV, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1987.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE**; “*Los derechos constitucionales*”, tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1999.
- FERNÁNDEZ; PEDRO JAVIER**, “*Código Penal, explicado y concordado*” 2ª edición., Tomo II, Imprenta Barcelona, Santiago, Chile, 1899.
- FERRAJOLI, LUIGI**, “*Derecho y Razón: Teoría del Galantismo Penal*”, Editorial Trotta, Valladolid, España, 1995.
- FERRAJOLI, LUIGI** “*Emergenza Penale e Crisi della giurisdizione*” en *Dei delitti e delle pene*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, Italia, 1984.
- GARRIDO MONTT, MARIO**, Derecho Penal, Parte General, tomo I, reimpresión de primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.
- HENDLER, EDMUNDO**, “*La justicia penal hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones*”, Editorial Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- IMENEZ DE ASUA, LUIS**, “*La recompensa como prevención general. El derecho Premial*”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N° 125, Buenos Aires, Argentina, 1914.
- KUNSEMULLER, CARLOS** en “*Algo más sobre la circunstancia atenuante del artículo 11 n° 7*”, Revista de Derecho y Humanidades N° 7, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Chile, 1999.
- KUNSEMULLER, CARLOS**, Revista de Ciencias Penales, t. XXXIV, N°2, 1975.
- LEONARD W. LEVY**, “*Origins of the Fifth Amendment, The Right Against Self-Incrimination*”, Editorial Ivan R. Dee, Chicago, Estados Unidos, 1999.
- MORA DONATTO, CECILIA**, “*El valor probatorio de las declaraciones del Arrepentido en el Proceso Penal Español*”, en “*Liber ad honorem Sergio García Ramírez*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, Mexico, 1998,
- NOVOA MONREAL, EDUARDO**, Curso de Derecho Penal Chileno, tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1960.
- QUINTANAR DIEZ, MANUEL**, “*La Justicia Penal y los denominados arrepentidos*”,

Editorial Edersa, Madrid, España, 1996.

**RAMOS MENDEZ, FRANCISCO**, “*El Proceso Penal*”, Tercera Lectura Constitucional, Editorial Jesús-María Bosch, 3ª edición, Barcelona; España, 1992, pag.32.

**RAVIOLY CATALDO, SYLVANA ANDREA**, “*Problemas ético – jurídicos acerca de la conveniencia de la cooperación eficaz como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal en la legislación que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile”, profesor guía Daniel Martorell Correa, Santiago, Septiembre de 2002.

**RESTA, ELIGIO**, “*Il diritto penale premiale. Nuove strategie di controllo sociale*”, Dei Delitti e delle Pene, Revista di Studi Sociali Storici e Giuridisci sulla Questione Criminale, año I, núm.1, Italia, enero-abril de 1983.

Revista de Ciencias Penales tomo XXXIV, Nº 2, 1975.

**RUIZ PULIDO, GUILLERMO**, “*Breve ensayo sobre cooperación eficaz*”, Gaceta Jurídica, año 1999, Nº 227.

**SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA**, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, 2ª edición revisada y ampliada, Ediciones Civitas, Madrid, España, 2001.

**SORIA, CARLOS**: “*Fundamentos Éticos de la Presunción de Inocencia*” en el “*El laberinto informativo: una salida ética*”, Editorial Eunsa, Pamplona, España, 1997.

**TERRADILLOS BASOCO, JUAN**, “*Terrorismo y Derecho: comentarios a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento Criminal*”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1988.

**VERDUGO MARINKOVIC, MARIO Y OTROS**, “*Leyes anotadas y concordadas Nº 11, Ley Nº 19.366 Sanciona Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*”, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, abril de 1996.

**ZAFFARONI, EUGENIO**. Manual de Derecho Penal, Parte General, sexta edición, Editorial Buenos Aires, Argentina, 1988.

## TEXTOS LEGALES Y PROYECTOS DE LEY.

- 1.- **Código de Procedimiento Penal**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, decimocuarta edición, mayo 1999.
- 2.- **Código Orgánico de Tribunales**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, decimosexta edición, marzo de 1999.
- 3.- **Código Penal**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, decimoséptima edición, abril 2001.
- 4.- **Constitución Política del Estado**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, octava edición, noviembre 2000.
- 5.- **Decreto Nº 890**, Fija texto actualizado de la Ley Nº 12.927, Sobre Seguridad del

Estado, Apéndice del Código Penal.

- 6.- **D.F.L. N°1 de 1995**, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga la Ley N° 18.403, Apéndice Código Penal.
- 7.- **Ley N° 18.314**, Determina Conductas Terroristas, y fija su penalidad (D.O. 17.05.84), Apéndice Código Penal).
- 8.- **Ley 19.172**, Sobre Arrepentimiento Eficaz (D.O. 04.11.92)
- 9.- **Ley 19.806**, Normas adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal (D.O. 31.05.02).
- 10.- **Oficio N° 356**, Sobre Medidas de Protección a Testigos introducidas a la Ley 19.366 por el artículo 4° de la Ley 19.806 sobre Normas Adecuatorias. Del Fiscal Nacional del Ministerio Público a Fiscales Regionales y Fiscales Adjuntos del país, de 22 de julio de 2002.
- 11.- **Ministerio Público**, Instructivos generales Nros. 26-50 de noviembre de 2000 a febrero de 2001 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.
- 12.- **Servicio de Impuestos Internos**, Circular N° 1 de 2 de enero de 2004.
- 13.- **ACOSTA, JUAN DOMINGO y FELLER, CLAUDIO**, Proyecto sobre circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.
- 14.- **Boletín N° 2240#07**, proyecto quemodifica la ley 19.366.
- 15.- **Boletín N° 3201#07**, proyecto quemodifica el Código Procesal Penal, el Código Orgánico de Tribunales y la Ley N° 19.718, sobre Defensoría Penal Pública.
- 16.- **Boletín N° 3391-17**, informe de la comisión de derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía sobre el proyecto que establece incentivos para la entrega de información en los delitos vinculados a los detenidos desaparecidos y ejecutados políticos.

## OTROS:

- 1.- Jurisprudencia Judicial, materia penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia, Cortes de Apelaciones y Tribunales del Juicio Oral en lo Penal.
- 2.- Repertorio del Código Penal.
- 3.- Texto y comentario del Código Penal, t. I.
- 4.- Diario La Nación del día miércoles 28 de abril de 2004, suscrito por los abogados Fabiola Letelier del Solar, Julia Urquieta Olivares, Juan Subercaseaux Amenábar, y Sergio Concha Rodríguez.
- 5.- **PECCHI C., CARLOS**: “El procedimiento abreviado” apuntes de ponencia efectuada el 5 de octubre de 2004 en Diplomado sobre la Reforma Procesal Penal impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- 6.- **Asociación Internacional de Derecho Penal**, Carta Informativa, N° 2, 1999.

- 7.- **Universidad de Sevilla**, Enciclopedia Libre Universal en Español, España, página web: <http://enciclopedia.us.es/index.php/Terrorismo>.
- 8.- **Francia y la lucha en contra del terrorismo internacional**, en página web: [www.diplomatie.gouv.fr/actu/article.es.asp?ART=29157](http://www.diplomatie.gouv.fr/actu/article.es.asp?ART=29157).



---

# ANEXOS:

## I Jurisprudencia.

En el presente apartado hemos extractado jurisprudencia que hemos considerado de importancia para nuestro trabajo, en especial fallos de tribunales de juicio oral en lo penal, de reciente data, referidas a distintos tipos de delitos, en las cuales se plantea el acoger o rechazar la atenuante de colaboración sustancial del artículo 11 número 9 del Código Penal o bien la cooperación eficaz del artículo 33 de la ley 19.366.

### 1) Acoge atenuante de Artículo 11 N° 9 del Código Penal.

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal; FECHA: 19.10.2002; ROL ÚNICO: 0100028399-8; ROL INTERNO: 33-2002.

El Ministerio Público sostiene acusación en contra del inculpado por el delito de Homicidio Calificado, reconociendo las atenuantes del artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal y sin perjudicarle ninguna agravante. Defensa sostiene atenuantes Nros. 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal.

En su considerando 15, la sentencia **acoge** respecto del inculpado la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal y la **circunstancia atenuante** contemplada en los **números 7, 8 y 9 del artículo 11 del Código Penal**, esto es, la **colaboración**

**sustancial en el esclarecimiento de los hechos** por encontrarse plenamente acreditado con el mérito de la declaración de los funcionarios policiales, quienes señalan que el atestado del inculpado permitió dar con el paradero del arma homicida y de las especies supuestamente sustraídas, cuya ubicación no se habría logrado de otra forma. Los aprehensores agregan que el acusado colaboró desde un principio, facilitando la acción policial.

**2) Acoge atenuantes de los Nros. 7 y 9 del Código Penal.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal; FECHA: 13.12.2002; ROL ÚNICO: 020001053-2; ROL INTERNO: 40-2002;

El Ministerio Público acusa por la comisión de tres delitos de hurto, previstos en los artículos 446 N° 2 y 3, en relación con el artículo 432 del Código Penal. Por su parte, la defensa del acusado solicita se dicte sentencia absolutoria y en subsidio invoca en su favor la atenuante 11 N° 7 Código Penal.

En sus considerandos 14 y 15, respectivamente, la sentencia indica que beneficia al acusado la atenuante contemplada en el **artículo 11 N°7**, por haber realizado seis depósitos bancarios por un total de \$21.500, para **reparar el mal causado** y por otro lado le asiste la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el **artículo 11 N° 9 del Código Penal**, que siendo invocada por la defensa en su alegato de clausura, resulta extemporánea conforme lo dispuesto en los artículos 326 y 338 del Código Procesal Penal, sin embargo el **Tribunal, de oficio**, y conforme al artículo 345 del Código Penal, y habiéndose debatido por los intervinientes la minorante, se concede el beneficio ya que el acusado **colaboró en forma sustancial al esclarecimiento de los hechos**, lo que se acredita mediante declaración de funcionarios aprehensores, que señalan que el inculpado entregó las especies hurtadas a Carabineros y que de tal forma fueron finalmente recuperadas por los afectados.

**3) Acoge atenuante N° 9 del Artículo 11 del Código Penal. Hay voto de minoría.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal; FECHA: 25.06.2002; ROL ÚNICO: 0200006087-1; ROL INTERNO: 14-2002.

Consta acusación del Ministerio Público por la comisión del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, señalando que podría configurarse la atenuante contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal a favor de ambos acusados, y que les perjudica la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal. La defensa solicita recalificación al delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, que no perjudica a sus representados la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código penal y que concurren las atenuantes de los artículos 11 N° 6 y 9 del Código Penal.

El considerando 13 de la sentencia **acoge la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal** sólo respecto uno de los inculpados, ya que en todo momento se mostró dispuesto a colaborar con Carabineros, señalando y mostrando gráficamente la forma en que ingresó al inmueble y entregando los datos que permitieron individualizar a su co-partícipe, todo lo cual consta de la declaración de funcionarios aprehensores y de las fotografías acompañadas por la defensa en que aparece el acusado mostrando la forma



en que ingresó al inmueble, fotos que fueron tomadas por el Carabineros, medios por los cuales se acreditó la fuerza, la que no habría podido constatarse de otra forma por no existir en audiencia ninguna otra prueba que por sí sola permitiese probarla. En cuanto al co-partícipe, no concurre a su respecto la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, toda vez que ninguna cooperación prestó al esclarecimiento de los hechos, huyendo del lugar y presentándose a la Fiscalía después de tres días, tiempo en el que la Fiscalía como Carabineros ya tenía esclarecido los hechos.

Se deja constancia de **voto de minoría**, por estimar que **no concurre** respecto del inculpado favorecido la **minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal**, por cuanto no puede deducirse de los antecedentes del juicio que haya colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, por las siguientes razones: a) Que un testigo vio salir a los sujetos desde el interior del domicilio que tenía a su cuidado, portando especies de propiedad del dueño de casa; b) Que Carabineros fueron alertados por una vecina quien les indicó donde se encontraba uno de los sujetos, procediendo a retenerlo; c) Que la única información que proporcionó el inculpado consistió en señalar el apodo de su co-partícipe y que con ese antecedente Carabineros pudo mediante un parte donde figuraba dicho sujeto dar con su domicilio; d) Que un sujeto sorprendido por Carabineros, portando especies robadas, lógicamente no se va a negar a ser fotografiado, esto no implica en ningún caso una colaboración sustancial, sino el resultado de su propia confesión en haber participado del ilícito; e) Que en la audiencia de Juicio Oral al ser preguntado respecto de las especies contestó que no portaba especie alguna al momento de su detención. Por ello todos estos hechos y circunstancias, son elementos suficientes para que los investigadores esclarecieran los hechos denunciados, sin que se divise la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos.

**4) Rechaza atenuantes del artículo 11 N° 9 del Código Penal y del artículo 33 de la ley 19.366.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal de Ovalle; FECHA: 09.11.2002; ROL ÚNICO: 0100056049-5; ROL INTERNO: 36-2002.

El Ministerio Público solicita se condene al inculpado en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 40 unidades tributarias mensuales, accesorias legales y costas de la causa.

La defensa solicita se aplique a su representado la menor pena que en derecho corresponda, agregando que concurren a su respecto tres circunstancias atenuantes de responsabilidad penal: las del artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal y la del artículo 33 de la Ley N°19.366.

En el considerando número 15 se indica que **no se dará lugar a la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal**, esto es, la **colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos**, por cuanto, si bien es cierto, el acusado cooperó con personal policial al señalar donde se encontraba ocultaba el resto de la droga, no es menos cierto que en esos momentos los hechos ya se encontraban esclarecidos, ya que parte de la droga había sido ubicada y se había realizado ya un trabajo previo de seguimiento por la Policía por cerca de dos meses, no siendo en consecuencia sustancial

su colaboración, sobre todo si se tiene en cuenta que al llegar Carabineros al lugar el acusado trató de deshacerse de parte de la droga arrojándola por el baño. Seguidamente, **no da lugar a la atenuante del artículo 33 de la Ley N° 19.366** por cuanto del mérito de la declaración del Inspector de la Policía de Investigaciones, se desprende que la cooperación prestada por el acusado no dio ningún resultado, no pudiendo identificarse a las personas supuestamente involucradas en un ilícito de Tráfico de drogas en la ciudad de Calama. En cuanto a la **cooperación prestada por la conviviente** del inculpado, ésta, a pesar de ser eficaz, conforme lo declarado por funcionario de Carabineros, **no puede beneficiar al acusado, ya que los datos deben provenir de la persona que pretende beneficiarse con la atenuante**, sobre todo si se tiene en cuenta la mujer pudo cooperar teniendo presente su propio beneficio ante la incertidumbre de no saber si posteriormente la Fiscalía formalizaría o no en su contra.

**5) Rechaza atenuantes de los Nros. 7, 8, y 9 del Código Penal.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal; FECHA: 11.10.2002; ROL INTERNO: 30-2002.

El Ministerio Público acusó al inculpado como autor del delito de homicidio simple. La querellante alega homicidio calificado.

La defensa solicitó se califiquen los hechos como homicidio simple, además la aplicación de atenuantes del artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N°6 del Código Penal, y 11 N° 6, 7, 8 y 9 del mismo texto legal.

El considerando octavo indica que **no se acogerá la atenuante de reparación celosa del mal causado** alegada por la defensa y aceptada por la fiscalía en su alegato de clausura ya que el hecho de haber consignado el imputado la suma de \$600.000.- no implica que con ello exista un intento celoso de reparar el mal causado con este delito, como lo es la muerte de una persona, siendo por cierto la vida de un ser humano imposible de avaluar en dinero. Agrega que para que se configure esta atenuante no es requisito que se logre la reparación del mal causado, sino, al menos, que se intente una reparación celosa del mismo, no desprendiéndose de la consignación de una suma de dinero que se intente impedir las consecuencias posteriores perniciosas derivadas del mal causado.

Indica que **tampoco le favorece la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 8 del Código Penal**, esto es, si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito desde que según relatará en estrados el funcionario aprehensor, al momento de interceptar al acusado y preguntarle por los hechos éste negó tener algún tipo de participación en ellos, confesando sólo después que se le encontrara un cuchillo ensangrentado tapado con un chaleco. Además tampoco se acreditó que el acusado iba en dirección a Carabineros a denunciarse.

No concurre tampoco la **atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal**, la que fue alegada por la defensa en atención a que su representado admitió durante la etapa de investigación su responsabilidad en los hechos, tanto luego de ser detenido, como en las reconstituciones de escena que se realizaron con posterioridad, agregando que no opuso resistencia a la detención y que, luego que se le revocara la prisión preventiva a la que se encontraba sujeto por esta causa, no huyera y se presentara al juicio. El Tribunal indica

---

que para que se configure esta atenuante debe existir una cooperación que sea sustancial para el esclarecimiento de los hechos y en el caso sub-lite los hechos se esclarecieron principalmente por la actuación del funcionario aprehensor que encontró en poder del inculpado el arma utilizada, con restos de sangre y por las demás evidencias encontradas, las cuales fueron objeto de peritajes, por lo que no fue sustancial su actuación para el esclarecimiento de ellos. Es más, luego de ocurridos éstos la policía ya sabía que el autor huía en esa dirección y por ello es que lo interceptaron. Finalmente, solo resta señalar que el no oponer resistencia a la detención o el presentarse al juicio estando en libertad, desde luego nada tiene que ver con la existencia de colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos.

**6) Rechaza atenuantes del N° 9 del artículo 11 del Código Penal, y del artículo 33 de la ley 19.366.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal de Ovalle; FECHA: 30.11.2002; ROL ÚNICO: 0100068815-7; ROL INTERNO: 37-2002.

La acusación del Ministerio Público se enmarca en la comisión del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto en el artículo 5° de la ley 19.366, y sancionado en el artículo 1° inciso 1° de dicha ley, en relación con el artículo 1° de su reglamento.

La defensa del imputado no efectuó alegato de apertura, manifestando que en su oportunidad realizaría el alegato de clausura, circunstancia ratificada por el propio acusado, quien manifestó su conformidad con la defensa.

El apartado décimo de la parte considerativa de la sentencia indica que **no beneficia al acusado la atenuante de cooperación eficaz, contemplada en el artículo 33 de la Ley 19.366 ni la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal**, invocadas por la defensa en su alegato de clausura en razón de que la oportunidad procesal para invocar las alegaciones y defensas del acusado, corresponde efectuarlas en el alegato de apertura en la audiencia de juicio oral, conforme lo dispone el artículo 326 del Código Procesal Penal, por lo que al haberlas invocado en el alegato de clausura, estas resultan extemporáneas, y en el evento de haberlas invocado en la oportunidad procesal correspondiente, de todas maneras habrían sido rechazadas en mérito de que no existen antecedentes suficientes que permitan acreditar que el acusado haya colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, más aún cuando los antecedentes fueron obtenidos por los funcionarios policiales a través de los seguimientos efectuados al acusado, en los que se logró establecer identidades, y la adquisición de la droga.

En relación con lo anterior, y respecto de la atenuante contenida en el artículo 33 de la ley 19.366, no resulta procedente, por cuanto la cooperación eficaz debe versar sobre antecedentes proporcionados por el acusado, sin los cuales el delito o los responsables no habrían sido descubiertos, reconociendo el propio acusado en su declaración que no podía acogerse a la minorante invocada, por resguardo de su familia, y de su integridad física.

**7) Rechaza atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal de Ovalle; FECHA: 05.10.2002; ROL ÚNICO:

0100047793-8; ROL INTERNO: 29-2002.

La acusación del Ministerio Público, según lo establecido en el auto de apertura del juicio oral, se refiere a la comisión del delito de robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 433 N°2 del Código Penal, en grado de consumado, en relación con los artículos 432 y 439 del mismo cuerpo legal,

La defensa solicita la aplicación de las atenuantes del artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal.

En el considerando noveno **se rechaza la atenuante contenida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, por cuanto su sola confesión de ser autor de los hechos y la circunstancia de haber colaborado con los funcionarios policiales en diligencias de investigación no ameritan se acoja** en su favor tal minorante, por considerarse que ello no fue sustancial o relevante para el esclarecimiento de los hechos, toda vez que los mismos resultan establecidos a través de otros medios de convicción. En efecto, aparece de los antecedentes que después de cometido el ilícito el acusado huyó de la ciudad, destruyendo evidencias, y sólo decide regresar y entregarse motivado por un fuerte temor a represalias por parte de un hijo del ofendido, confesando el delito por el que se le acusó, sin embargo el ilícito ya había sido denunciado por la víctima tan pronto ocurrió, con pleno conocimiento respecto de la persona e identidad de su agresor y del robo de dinero de que fue objeto, ello en atención a que el ofendido en ningún momento perdió la conciencia, desestimándose la prueba rendida por la defensa respecto de este punto, por cuanto el carabinero de guardia declaró que se presentó el acusado manifestando que iba a entregarse por un delito que había cometido, y las fotocopias presentadas en audiencia en nada contribuyen para lograr acreditar la referida minorante.

**8) Rechaza atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal de Ovalle; FECHA: 05.10.2002; ROL ÚNICO: 0100027166-3; ROL INTERNO: 28-2002. El Ministerio Público solicitó se condene al imputado, como autor del delito de lesiones gravísimas del artículo 397 N° 1 del Código Penal y como autor del delito de robo por sorpresa del artículo 436 inciso 2° del mismo Código.

Contestando la acusación, con relación al delito de robo por sorpresa, la defensa solicita se le aplique la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

En su considerando undécimo la sentencia **desestima la atenuante contenida en el artículo 11 N° 9** en atención a que no se encuentra debidamente acreditada. La **declaración del acusado** en el juicio aparece sólo como una **confesión de su propia participación en el ilícito penal**, la cual es una facultad de que dispone, pero no constituye mérito para acoger la atenuante, más cuando su participación estaba claramente establecida con la existencia de otros antecedentes inculpatorios. Tampoco se rindió prueba alguna para acreditar que a través de su colaboración se haya producido un sustancial esclarecimiento de los hechos en etapas anteriores al juicio.

**9) Rechaza atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal; FECHA: 31.08.2002; ROL ÚNICO: 0100013060-1; ROL INTERNO: 25-2002.

Que el Ministerio Público ha sostenido acusación en contra de tres individuos por la co-autoría en el delito de robo con intimidación, artículo 436 inciso 1° del Código Penal y respecto de dos de los implicados por el delito de violación de domicilio ejecutado con intimidación, 144 inciso 2° del Código Penal.

Respecto del robo con intimidación, la defensa no controvierte ni la existencia del delito ni su participación, pero manifiesta que respecto de los tres acusados concurre la atenuante del 11 N° 9, ya que cooperaron voluntariamente durante la investigación.

En su considerando decimoséptimo se manifiesta por el tribunal que **no se ha configurado la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal**, modificada por el artículo 1° de la Ley 19.806, esto es, la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos por parte de los acusados, atendido que la Defensa no logró acreditar que la supuesta colaboración prestada fuera suficiente para esclarecer los hechos, ya que **al momento de su detención prácticamente todos los pormenores del delito y de la participación se encontraban plenamente acreditados**, siendo la identidad del cuarto sujeto que habría participado en el delito el único hecho que aún no se lograba dilucidar, siendo imposible su identificación a pesar de las señas que de él habrían dado los acusados, información cuya veracidad no es clara para este Tribunal, debiendo tener presente que gran parte de la suma de dinero sustraído jamás fue encontrada.

**10) Se rechazan atenuantes del artículo 11 Nros. 8 y 9 del Código Penal.**

TRIBUNAL: Juzgado Oral en lo Penal de Ovalle; FECHA: 27.07.2002; ROL ÚNICO: 0100081291-5; ROL INTERNO: 01-2002.

La Fiscalía en el auto de apertura de juicio oral, calificó los hechos como constitutivos del delito de homicidio simple prescrito y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal; expresando que concurre la circunstancia atenuante 11 N°6 del Código Penal, dado que, el acusado no presenta anotaciones penales anteriores.

La defensa invoca las atenuantes del artículo 11 N° 5, 6, 8 y 9, es decir, haber obrado el acusado por arrebató u obcecación, su irreprochable conducta anterior, su autodenuncia y confesión, y su colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos. Solicitando expresamente la calificación de la minorante N° 8 de la disposición referida, en tanto que igual solicitud se realiza en la audiencia de determinación de pena respecto de la atenuante de irreprochable conducta anterior.

En su considerando décimo los sentenciadores **rechazan la atenuante del N° 8 del artículo 11 del Código Penal porque para su configuración se exige copulativamente por parte del acusado una autodenuncia y su confesión** y en el caso sub-lite si bien la defensa sostiene que el acusado pudiendo eludir la acción de la justicia decidió esperar ser detenido, entregarse, confesar y señalar el lugar en que se encontraba el arma, la defensa no acreditó como el encausado hubiera podido eludir la acción de la justicia. Por último, la madre del inculcado declaró que su hijo pretendía huir.

Respecto a la atenuante del **artículo 11 N° 9 del Código Penal**, la defensa sostuvo que el imputado se entregó, confesó y relató el lugar en que se encontraba el arma. Los sentenciadores **desestiman la atenuante** por cuanto si bien el imputado aportó

antecedentes relativos a su participación y al arma utilizada, no es menos cierto que dichos antecedentes no pueden calificarse de substanciales al haberse podido obtener por otros medios probatorios, como en la audiencia se demostró, de modo que, su actuar no estuvo destinado a esclarecer hechos, los cuales estaban ya claros, sino que a una simple cooperación. Respecto del señalamiento del lugar en que se encontraba el arma no puede calificarse de substancial, toda vez que Carabineros ya estaba en antecedentes que la agresión se había producido con un arma blanca.

**11) Rechaza atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, y acoge atenuante del artículo 33 de la ley 19.366.**

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia; FECHA: 10.06.1999; ROL: 68.799-99

En primera instancia se condenó al inculpado como autor del delito continuado previsto y sancionado en el artículo 7 de la Ley N° 18.403 a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias que establece la ley, al pago de una multa de 10 ingresos mínimos mensuales y al 60% de las costas de la causa. Por sentencia de segunda instancia, se confirmó la sentencia de primer grado, con declaración de que se decreta el comiso de medicamentos incautados los que deberán remitirse al organismo correspondiente para su incineración. En contra de este fallo la defensa del procesado dedujo recurso de casación en el fondo, en el que ha hecho valer las causales de invalidación contempladas en los N° 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. En relación a la primera causal indicando que la sentencia ha aplicado erróneamente la ley penal al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes de responsabilidad.

El recurrente asevera, además, que se ha incurrido en error de derecho, por la aplicación incorrecta o no aplicación de normas entre las cuales están el **artículo 11 N° 7 del Código Penal**, ya que el inculpado realizó consignaciones para reparar el mal causado a la sociedad, las que destinó al Centro de Salud de Rancagua para que este organismo utilice los dineros para prevenir el consumo de drogas y a campañas destinadas a este mismo objeto. Sin embargo, los jueces recurridos no reconocieron este hecho y por otra parte el **artículo 33 de la Ley N° 19.366 en relación con el artículo 36** del mismo cuerpo legal que **si bien a la fecha de comisión del delito no existía dicha norma, por aplicación del artículo 18 del Código Penal es posible su aplicación en esta causa, atendido que el procesado ha colaborado eficazmente en esta causa, ya que las declaraciones que prestó extrajudicialmente ante Carabineros de Chile y ante el tribunal, constituyen confesiones amplias y espontáneas que aportan toda clase de datos para el debido esclarecimiento del delito cometido, a más de mostrar profundo arrepentimiento.**

La Corte Suprema indica que el recurrente, intenta modificar los hechos establecidos por los jueces del fondo y para este efecto invoca la causal del N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, pero debe tenerse en cuenta que en estos procedimientos los tribunales apreciarán la prueba de acuerdo con la sana crítica, es decir dispensados de las limitaciones e imposiciones propias del sistema de prueba legal o tasada, respecto a su examen y valoración. De esta manera, tanto la determinación del hecho cuanto la participación que cupo en el mismo al inculpado se encuentra dentro de las facultades privativas y excluyentes de los jueces de fondo, quienes podrán optar por

---

uno u otro medio probatorio según cual fuere el que, lógica o racionalmente, los conduzca a la conclusión más convincente. Que, en ese contexto, lo determinado en el plano de los hechos por los jueces de fondo, se presenta como inamovible e inmodificable en términos que ha de ser con estricto apego a ello la aplicación del derecho.

En su considerando noveno, en relación a la infracción al los artículos 11 N° 7 del Código Penal y 33 y 36 de la Ley N° 19.366 se señala que el calificar o no una circunstancia minorante es facultad privativa de los jueces de fondo y, no resulta procedente el reconocimiento en esta sede de circunstancias modificatorias cuando ello supone efectuar un nuevo análisis o ponderación de las pruebas rendidas al efecto, por lo que se desecha el recurso por las razones anteriormente expuestas.

## II Entrevistas.

**1.- Entrevista realizada a María Inés Horvitz Lennon, Doctora en derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona y Directora del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile sobre la colaboración y su relación con las garantías del debido proceso.**

**Entrevistadores:** La figura de la colaboración deja de manifiesto una cierta incapacidad de los métodos tradicionales de investigación, ¿está de acuerdo que se conceda atenuación e incluso exención de pena para aquél que colabora con la investigación?

**María Inés Horvitz :** A ver...la cuestión es bastante compleja porque detrás de toda la legislación premial lo que hay es un reconocimiento de la incapacidad del sistema de justicia criminal de poder resolver los conflictos con los instrumentos tradicionales, o con los instrumentos que sean respetuosos de las garantías de las personas y donde el fundamento de la imposición de la pena está básicamente en un castigo retributivo, es decir, este tipo de mecanismos, de instrumentos premiales tienen mucho más coherencia con un derecho penal de carácter preventivo, un derecho de más connotación utilitaria que aquellas de raíz más kantiana, donde buscan que se aplique la pena como una forma de resolver justamente o de dar respuesta justa a un conflicto de carácter penal, entonces, básicamente, en nuestra cultura jurídica que es de raigambre continental europea suele haber resistencia para aceptar este tipo de mecanismo en forma pasiva, digamos, o con menos polémica porque de alguna manera afecta una de las bases más asentadas de los mecanismos punitivos en el ámbito de nuestra tradición que es esta ética hegeliana, kantiana que muchas veces se asienta en imperativos categóricos de carácter ético.

Evidentemente para Kant no podía utilizarse la persona como “chivo expiatorio” ni para justificar el castigo de otro, sino que únicamente en cuanto era la respuesta necesaria por el mal cometido, en consecuencia yo les diría que esto choca con un tipo de cultura jurídica que está muy asentada en nuestros países, básicamente herederos de esa tradición.

Personalmente creo que frente a tipos de criminalidad que son bastante más complejas que las que se pudieron presentar a finales del siglo XIX, donde se plantean las mayores críticas a este tipo de soluciones, yo diría que me parecen razonables en la medida en que no transgredan los principios del debido proceso.

**Entrevistadores:** ¿Podría señalarse que la figura de la colaboración corresponde más, pese a ser una institución de origen utilitario, a un modelo inquisitivo en que la persona del imputado no es parte del juicio, sino objeto mismo de la persecución penal, que privilegia la delación como principal método de búsqueda de la verdad material?

**María Inés Horvitz:** Absolutamente, lo que pasa es que allí ustedes hacen una afirmación en la cual yo...haría un matiz. Yo no creo que el fundamento legitimador del proceso penal sea la búsqueda de la verdad material, en el sentido que tradicionalmente se le ha asignado, sobretodo por la doctrina procesalista chilena y por algunas matrices germánicas que plantean una legitimación del sistema inquisitivo en esa vertiente. Yo creo que la verdad como fundamento legitimador es una verdad relativa, es una verdad precaria, no es una verdad que uno la pueda sentar como un hecho ontológico, no es que uno pueda a través del proceso penal, y ahí creo que hay una serie de limitaciones epistemológicas, heurísticas para poder establecer la verdad en un sentido ontológico. Yo lo que creo es que hay un presupuesto básico en la tradición jurídica continental europea, que es la que obliga de alguna manera que el proceso penal tenga una vinculación con la verdad como correspondencia, y es el principio de legalidad; es decir, a una persona solamente se le puede aplicar pena en la medida en que se haya realizado un hecho que se corresponda con la descripción fáctica efectuada por la ley penal y en consecuencia eso obliga a reconstruir en alguna medida ese hecho, pero eso no significa de que ese hecho pueda ser establecido en términos de una reconstrucción absoluta, retrospectiva del hecho; hoy en día se reconocen limitaciones absolutamente legítimas a ese establecimiento de la verdad, como es la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente, o incluso la incoercibilidad del imputado, el imputado no puede ser obligado a declarar y en consecuencia el propio Estado de Derecho reconoce limitaciones importantes para reconstruir esa verdad, de tal manera que en mi opinión la verdad en el sentido material, no es el fundamento legitimador del proceso penal, sino una verdad que haya sido obtenida de una manera que impida cualquier tipo de objeción respecto de las partes y terceros, en cuanto a la forma en que ese obtuvo esa verdad, es decir, con una serie de garantías que aseguren que todos tuvieron la oportunidad de ser escuchados y oídos por un tribunal imparcial.

Ahora, cuando se trata de obtener un medio de prueba a través de una parte que está de alguna manera estimulada con una ventaja o con un premio, se corre el riesgo de que esté de alguna manera viciada por la persecución de esa ventaja, que en el caso de una persona que además es imputado de un delito, puede ser hasta coactiva.

**Entrevistadores:** Atendiendo al principio de no autoincriminación o derecho a guardar silencio, ¿se puede considerar libre al imputado que amparado por el principio de inocencia en el sentido que podría verse forzado a colaborar frente a la disyuntiva de, tanto perder el beneficio que la norma le concede y más aún exponerse a ser considerado culpable si no colabora?



---

**María Inés Horvitz:** El colaborador no es libre, esa es la general objeción que se le hace a cualquier tipo de declaración que se obtenga en el proceso penal cuando pende algún tipo de mal o amenaza. Lo mismo ocurre respecto a cualquier declaración que haga el imputado cuando está amenazado de recibir una pena, en el nuevo proceso penal está el caso del procedimiento abreviado, el consentimiento que pueda dar para que se lo castigue en base a los antecedentes del proceso y no en base a un juicio que se le haga, oral y público, es decir, existe el mismo razonamiento respecto de aquél colaborador que se ve enfrentado a la disyuntiva de que si no colabora pueda sufrir algún mal en si mismo o respecto de terceros por que también puede ocurrir que el solo hecho de no prestar colaboración pudiera significar la persecución penal de alguna persona que fuera cercana a él y en consecuencia también hay una situación de no libertad del cual depende completamente la legitimidad de utilización de este mecanismo, y en la medida que es mayor es la amenaza del mal creo que menor valor va a tener esa colaboración, por lo demás creo que finalmente subyace una situación muy parecida a la de la prueba ilícita, es decir, el Estado está utilizando un mecanismo que aparece como ilegítimo o inmoral ante el resto de los ciudadanos para obtener el castigo.

**Entrevistadores:** Como señala Beccaria, el Estado recurre a la traición.

**María Inés Horvitz:** Está recurriendo a un medio ilegítimo que es el fundamento por el cual se objetan las pruebas obtenidas en forma ilícita. Si la evidencia puede tener aptitud probatoria y puede ser idónea para demostrar la culpabilidad de alguien, el problema es cómo se obtuvo, o sea, hoy en día la pregunta no está en averiguar la verdad a cualquier precio en el proceso penal, porque si es por eso el Estado podría seguir utilizando la tortura que en definitiva como sabemos en algunos casos puede resultar bastante eficaz, el tema es hasta que punto esa colaboración se presta en forma voluntaria y libre, subyace un problema ético muy fundamental detrás que significa de alguna manera legitimar la delación como una forma de obtener eficacia, lo mismo que pasaba con la tortura, es decir, se utiliza un medio ilegítimo para obtener eficacia, y aquí en el fondo eso ocurre.

En general, tiendo a no estar de acuerdo con las exenciones de pena en este ámbito. Acepto la colaboración en la medida que el sujeto tiene aseguradas garantías y dentro de su ejercicio, libre y voluntariamente, está dispuesto a colaborar y con ello pueda ser tenida en consideración una mitigación de pena pero no obligatoriamente por el tribunal, el que tendría que verificar si esa colaboración fue eficaz o no.

**Entrevistadores:** El colaborador, ¿en que calidad considera que declara?, como testigo o inculpado, o es una calidad sui géneris, que combina características de los dos anteriores y ¿cual sería el valor probatorio que debería darse a esta declaración?

**María Inés Horvitz:** En Chile, en el sistema antiguo no me cabe la menor duda de que la persona que colabora siempre va a ser un imputado.

**Entrevistadores:** ¿Pero en el momento de usar su declaración en contra de un tercero?

**María Inés Horvitz:** Lo que ocurre es que en el antiguo sistema generalmente se tiene que seguir el proceso siempre por el mismo hecho respecto de todas las personas simultáneamente, que se pueden hacer imputaciones recíprocas y son co-imputados, no

son testigos; pero en el nuevo sistema es posible separar investigaciones y podría darse la circunstancia que a una persona tu le ofrezcas, por ejemplo, un procedimiento abreviado sobre la base de que después declare como testigo en la causa de su coimputado.

En Alemania se rechaza absolutamente la posibilidad que un coimputado declare como testigo en contra de otro coimputado, y básicamente las razones son las mismas por la colaboración eficaz es decir, que eso es primero una prueba muy precaria en si misma por el solo hecho de que hubo una oferta, un premio para colaborar, lo que incentiva al tipo a decir cualquier cosa y si es la única prueba, más todavía, eso no puede ser aceptado, lo que dicen algunos autores que tratan de matizar es que en ningún caso se puede aceptar como única prueba que fundamente la condena del coimputado, en relación a nuestro sistema, no hay limitaciones, es más, la única norma que se refiere al tema, la única, artículo 331 letra c), que dice que se podrán dar lectura a las declaraciones anteriores de testigos, peritos e imputados cuando en el caso que un coimputado haya declarado en contra de su coimputado y este no comparezca a declarar en juicio por razones imputables al otro, entonces está diciendo que es posible, a *contrario sensu*, que vayan los dos y que declaren uno en contra del otro, no hay ningún tipo de limitación y en teoría tu puedes llevar perfectamente a los dos, que se echen la culpa entre ellos, o puedes separar investigaciones y llevarlas por separado.

**Entrevistadores:** En los casos en que la figura del arrepentido constituye una eximente, por ejemplo el artículo 295 del Código Penal en la asociación ilícita, se discute mucho su naturaleza jurídica, Etcheberry piensa que es una causal de extinción de responsabilidad y Novoa Monrreal que es una excusa absolutoria, ¿a su juicio cual es la naturaleza jurídica de la exención?

**María Inés Horvitz:** En ningún caso son causas genéricas de exclusión de pena, que puedan plantearse por ausencia de culpabilidad como la inimputabilidad, la ausencia de conciencia inevitable del carácter antijurídico del hecho o las causales de exculpación como el miedo insuperable, las que son situaciones excepcionales concretas, cuando se prueba que en las circunstancias no se pudo actuar de otro modo. En la colaboración no se da el fundamento de las causas de exculpación, a lo más puedo verlo como una causal de exclusión de la punibilidad por razones de política criminal muy concretas de colaboración, y a lo más podrían ser vistas como una excusa legal absolutoria, como la que surge en razón del parentesco en caso del hurto o el robo. Luego los partícipes, que no colaboren serán castigados

**Entrevistadores:** ¿Y en ese sentido no se violenta el principio de igualdad?

**María Inés Horvitz:** Absolutamente, o sea esa es una de la críticas que se hacen a este tipo ofertas premiales, digamos, que en definitiva tienen un fundamento estrictamente utilitario, absolutamente funcional a un fin utilitario, y que por lo tanto resultan absolutamente discriminatorios respecto del resto la gente que no accede, por que además está premiando una situación inmoral respecto de una ética como sería que yo no colaboro y simplemente aplíqueme la pena que corresponda, porque asumo mi hecho y apremiando a aquel que está dispuesto a delatar respecto de quien no está dispuesto a hacerlo por que va contra sus principios de ética.

---

**Entrevistadores:** Justamente respecto del principio de igualdad, de la forma en que se configura en la colaboración y tratándose de delitos asociativos se vería más privilegiada la posición del jefe mismo de la organización criminal para obtener beneficios en cuanto es el que más puede aportar información.

**María Inés Horvitz:** No porque también ustedes pueden tener a uno dentro de la organización que pudiera hacer su pequeña colaboración y que se pudiera ver beneficiado, lo que ocurre es que por su carácter estrictamente utilitario, cualquier colaboración que permita desarmar la organización es vista como positiva por el Estado, insuflar veneno dentro de una organización, romper el silencio y eso en definitiva resulta criticable desde la perspectiva de nuestra tradición jurídica, el que se utilicen mecanismos inmorales para obtener el castigo, u obtener una finalidad que es funcional al Estado, pero no a los principios ni a la ética; a los fines sociopolíticos del Estado.

**Entrevistadores:** ¿De que manera se genera la creación de la atenuante de colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N° 9 del Código Penal?

**María Inés Horvitz:** No participé en la elaboración de las normas adecuatorias en el Código Penal pero te podría decir que tuvo que ver con el tema de la discusión que surgió a propósito de la ley de tráfico con la cooperación eficaz, por que antes en el antiguo sistema, la cooperación eficaz tenía que declararla suficiente el juez, pero en la reforma quién valora si esa declaración es eficaz, hay que darle una arma al Ministerio Público para combatir contra la delincuencia y no solo restringirla al tráfico de drogas, en consecuencia, en mi opinión fué bueno ampliarla para todos los delitos en el Código Penal.

**Entrevistadores:** En la reforma procesal penal se establecen una serie de medidas de protección a los testigos, que están complementadas por los instructivos N° 32 del Ministerio Público y que son aplicables para el colaborador. ¿Considera que son suficientes? Se dice que estas medidas por más amplias que sean no resultan en países pequeños como Chile.

**María Inés Horvitz:** Son las quejas del Ministerio Público, además a propósito del tema de la reserva de identidad el Código solamente habla de la reserva de domicilio y no de la identidad entonces se ha generado toda una situación si podría plantearse reserva de identidad, si su exclusión no fue un simple error o falta de pulcritud en la redacción, ya que plantear esa norma afecta una de las garantías más importantes del debido proceso que es la posibilidad de conainterrogar o de interrogar a los testigos de cargo, y si tu no tienes la identidad, malamente puedes defenderte respecto a lo que está señalando, si es un testigo ocular, en que circunstancias lo supo, conocer de alguna manera la identidad de la persona, características personales si podría haber visto, escuchado, oído lo que dice. Evidentemente cualquier tipo de medida de protección de los testigos que signifique de alguna manera violar las garantías del imputado generan conflicto y han sido muy criticadas por la doctrina, y de hecho eso ocurre con el agente encubierto, que por su naturaleza, no puedes conocer la identidad de la persona.

**Entrevistadores:** ¿Cree usted que aún cuando en el nuevo sistema procesal penal mejora en diversos aspectos el sistema inquisitivo morigerado conserva instituciones

como un secreto parcial de la investigación, la reserva de identidad y la declaración anticipada que continúan vulnerando garantías constitucionales?

**María Inés Horvitz:** Como siempre ha sido y no dejará de ser, en el proceso penal siempre se va a dar una tensión, una garantía versus una necesidad de la investigación, en consecuencia, aquí el elemento base, el principio básico es que siempre tiene que haber un control y ese control debe ser jurisdiccional, es decir un ente que se encuentre como un tercero superpartes que resuelve de la manera mas imparcial posible ese conflicto, que se puede dar no solamente a nivel de la decisión final, sino que en todas las decisiones que se tienen que adoptar a lo largo del proceso. Entonces un principio importante que va junto con ese y debe ser siempre muy ponderado por el juez es la proporcionalidad, en la medida en que más grave sea el hecho que se está investigando, por su propia naturaleza de injusto y no por consideraciones sociales,

En el derecho comparado se puede ver que hay una mayor posibilidad de afectar la garantía en la medida que haya una mayor necesidad de intervención en el sujeto, para poder esclarecer los hechos, ahora, eso nunca puede llegar al nivel de anular completamente la garantía, hay simplemente una mayor flexibilidad, por ejemplo tienes una demostración en el Código Procesal Penal con las interceptaciones telefónicas, medida altamente intrusiva, el legislador las limita a crímenes y no respecto de simples delitos y por plazos limitados.

Lo importante es que los jueces cada vez desarrollen criterios que les permitan de una manera más segura, con mayor certeza jurídica para todos los ciudadanos, saber en que casos están más expuestos, en caso de ser imputados, de que pueden afectarse sus derechos. Ante nuevas expresiones de criminalidad, altamente violentas como el terrorismo, suele haber una mayor propensión de la doctrina a autorizar incluso medidas que para otro tipo de delitos comunes no estaría de absoluto de acuerdo, incluso agentes encubiertos; el problema está cuando el propio Estado de Derecho empieza a utilizar en forma habitual, generalizada este tipo de formulas para combatir la criminalidad, porque el estado de derecho si se transforma en estado policial en su combate contra la delincuencia, entra en la misma lógica de quienes está reprimiendo, también pierde un importante elemento que es lo que lo habilita para actuar en contra del delincuente y es su supuesta superioridad moral en cuanto utiliza las herramientas del Derecho, y por eso que la gran crítica de algunos autores como Hassemer, yo diría que la Escuela de Frankfurt en general, está absolutamente en desacuerdo con la tendencia del derecho penal moderno o postmoderno de tender a legitimar políticas criminales cada vez más agresivas y más ilegítimas respecto de cierto tipo de delincuencia que califica como de *derecho penal del enemigo*, enemigo de la sociedad por lo que podría ser utilizada cualquier herramienta para combatirla.

Creo que es imposible volver atrás, en el sentido de que se prescinda completamente de este elemento. Cada vez veo un derecho penal y un derecho procesal penal más utilitarista, acrecentado por la enorme sensación de inseguridad ciudadana, la gente con miedo acepta mucho más fácilmente la limitación de sus derechos. En Chile aún no tenemos una expansión tan fuerte de la legislación penal y procesal penal como en Europa; en Alemania es impresionante la cantidad de leyes que se han dictado los últimos diez años para combatir el terrorismo y una serie de otros delitos de nueva índole,

---

utilizando una serie de mecanismos como la delación, la cooperación, las intercepciones telefónicas, el agente encubierto, pero se empieza a utilizar en la generalidad de los delitos, y eso es lo que está denunciando crecientemente la doctrina.

**Entrevistadores:** Y en el nuevo proceso penal, la declaración de un colaborador, como debería hacerse, ¿a través del procedimiento abreviado, prueba anticipada?

**María Inés Horvitz:** El mecanismo que yo creo y que me llama la atención que todavía no haya sido muy habitualmente utilizado es por la vía del procedimiento abreviado, significa, yo, fiscal me interesa capturar al jefe de la banda de droga tengo al burrero y le digo “mira, te acojo atenuantes, planteo que se trata de droga blanda, te doy tres años y un día con libertad vigilada, pero me das el dato de quien es la persona que dirige esta organización de droga, lo llevamos al banquillo y declaras en contra de él”. En teoría a mi me parece que no habría ningún freno a esa posibilidad, salvo cuestiones de carácter doctrinario, pero teniendo al procedimiento abreviado, que es ya es lo más utilitario que hay, que razón habría para no aceptarlo.

**2.- Entrevista efectuada a María Teresa Muñoz Ortuzar, ex Abogado Jefe del Departamento de Tráfico y Lavado de Dinero del Consejo de Defensa del Estado (C.D.E.) y actual Abogado Jefe de la Procuraduría Fiscal de Santiago de la misma Institución.**

**Entrevistadores:** En el ámbito de la Ley 19.366, la cooperación eficaz, en la normativa pre-reforma procesal penal, la cooperación puede ser recibida en sede administrativa, policial y judicial; ¿Puede el C.D.E. recibir cooperación eficaz?

**Ma. Teresa Muñoz:** No, no puede. No puede porque el único tipo de investigación que el C.D.E. puede hacer de acuerdo a dicha ley dice relación con una investigación preliminar administrativa, que no tiene carácter jurisdiccional y referida exclusivamente a lavado de dinero. Respecto de esa investigación no esta prevista ninguna figura de cooperación judicial, ninguna. Ahora...

**Entrevistadores:** Pero personalmente, ¿tuvo experiencia recibiendo testimonios de cooperación o colaboración en el Departamento de tráfico y lavado de dinero?

**Ma. Teresa Muñoz:** Nosotros recibimos y me imagino que se siguen recibiendo testimonios de personas que aportan información sobre hechos relativos a lavado de dinero y esos testimonios no tienen ninguna formalidad, se pueden recoger sin formalidad alguna y van a formar parte de lo que es la recopilación de antecedentes para lo que es la investigación preliminar administrativa, pero nada más.

**Entrevistadores:** Eso solamente respecto de lavado de dinero.

**Ma. Teresa Muñoz:** Solamente respecto de lavado de dinero. Ahora, si nos ocurrió en más de una oportunidad que alguna persona nos entregaba antecedentes sobre otros delitos, especialmente sobre tráfico de estupefacientes, por ejemplo, en ese caso lo que nosotros hacemos o hacíamos era hacer la denuncia correspondiente ante el juez del crimen para que recibiera ese testimonio y lo resguardara debidamente si era del caso, si podía constituir ese testimonio una cooperación eficaz por ejemplo, o que quedara resguardado como un testimonio secreto o reservado hasta que el juez lo estimara pertinente, eso también lo podíamos hacer.

**Entrevistadores:** ¿Cuál es su opinión sobre la cooperación eficaz?, ¿A su juicio ha tenido éxito?

**Ma. Teresa Muñoz:** Ha tenido un éxito relativo por varias razones, a mi juicio en Chile no existe un programa, ni una legislación adecuada para resguardar debidamente ni a los testigos que desean declarar bajo reserva o secreto, ni tampoco al cooperador eficaz. Lo único que se contempla como medida de resguardo es el cambio de identidad, sin embargo la ley no se hizo cargo de una serie de consecuencias que tiene ese cambio de identidad y les voy a poner algunos ejemplos: Si se trata de un padre de familia resulta que se le cambia la identidad a esa persona y pierde todos sus derechos, sus derechos de padre por ejemplo, respecto de los hijos que, al cambiarse el apellido, pierde sus derechos hereditarios, si se trata de un profesional pierde también su carrera profesional, es decir, no se contempla una solución integral al problema de identidad de esa persona, sino que solamente se le cambia el nombre y los apellidos y con eso se le crean otra serie de conflictos, entonces la persona tiene que decidir entre cambiarse el nombre el apellido o poder ejercer sus derechos de padre, su calidad de cónyuge, etc.

Tampoco el Estado se hace cargo de una serie de problemas que conlleva el cambio de identidad, como por ejemplo: la ubicación dentro de la sociedad de esa persona, la posibilidad de tener un nuevo trabajo, la posibilidad de ser cambiado del lugar donde vive, en fin, nada.

A mi me ha tocado conocer experiencias dramáticas de testigos cooperadores eficaces que han terminado viviendo en la casa de un detective, y esto no es broma, y escondiéndose bajo las camas de la casa de un detective buena persona que decidió acogerlo en su casa; a mi me parece que el Estado tiene que hacerse cargo de eso y la solución no es tan sencilla como aparece en la ley, es bastante más compleja. Ahora tengo la impresión de que todo este programa que tiene el Ministerio Público de protección de víctimas y testigos tampoco contempla una solución legal a los problemas que yo estoy señalando.

**Entrevistadores:** Claro, el Ministerio Público en Instructivos Generales trata sobre protección de testigos, estableciendo una serie de medidas, a modo de ejemplo: ubicación del testigo, que también se puede aplicar al cooperador, en una casa de acogida u otra que se señale por un tiempo determinado, relocalización en un lugar o domicilio diverso, citación o declaración en un lugar distinto al de la fiscalía, cambio de número telefónico, tramitar número privado, rondas periódicas de Carabineros, consultas telefónicas periódicas, contacto telefónico, protección a testigos, los traslados, punto fijo, pero nada permanente.

**Ma. Teresa Muñoz:** Si, ocurre que nuestro país además es un país chico, estos programas tienen bastante éxito en sociedades más grandes, pero resulta que acá por ejemplo llega una persona a un lugar donde viven 200, 300 mil personas e inmediatamente se sabe quién es o alguien lo conoce y que se yo, entonces es un programa difícil de implementar.

Además, en mi experiencia, los tribunales no han guardado debida custodia de los cuadernos de cooperación eficaz, son cuadernos que no se guardan con el debido sigilo o secreto y muchas veces los imputados o condenados en una causa en definitiva se

---

enteran, siempre se enteran de la existencia de esta cooperador eficaz.

**Entrevistadores:** Cuando pasa a plenario muchas veces se le da conocimiento.

**Ma. Teresa Muñoz:** Allí tampoco hay uniformidad de criterios, hay jueces que sostienen que el cuaderno secreto es siempre secreto, y el de cooperación eficaz es siempre secreto y nunca se le debe dar a conocer a nadie y hay quienes opinan que eso no es así, que ello atenta contra el derecho a defensa, contra el debido proceso y que por lo tanto a la contraparte hay que darle conocimiento de esas piezas del sumario, a más tardar en el momento del plenario; entonces al haber distintos criterios también se hace más difícil ,muchas veces, resguardar la seguridad o la vida, de estas personas.

**Entrevistadores:** ¿Ud. opina que nunca debería darse conocimiento de estas declaraciones, al que es inculcado por la declaración del cooperador?.

**Ma. Teresa Muñoz:** Yo pienso que no fijate, yo pienso que nunca, pero el juez debe procurar que existan evidencias suficientes como para poder sustentar una sentencia condenatoria independientemente de lo que está declarando el cooperador.

**Entrevistadores:** Al momento de declarar el cooperador, ¿que tratamiento piensa que debe darle el juez, como testigo, como inculcado, o una declaración sui generis, exhortado, juramentado?.

**Ma. Teresa Muñoz:** Bueno, el cooperador eficaz es un imputado, es un imputado.

**Entrevistadores:** ¿Pero desde el momento que está declarando no pasaría a ser una especie de testigo?.

**Ma. Teresa Muñoz:** es decir, eso es relativo, depende de los hechos respecto de los cuales esté declarando por que el puede estar declarando respecto de hechos en los cuales él ha participado, y participado me estoy refiriendo al artículo 15 del Código Penal o hechos que han llegado a su conocimiento por formar parte por ejemplo de una asociación ilícita o de un grupo criminal y hechos en los cuales él no ha participado directamente, pero los conoce, entonces allí hay que ir haciendo una diferencia, él puede declarar como cooperador eficaz respecto de hechos en los cuales él ha participado y le relata al juez o le da a conocer estos hechos para poder hacer uso de esta atenuante especial de la ley. Y allí hay otro tema pues yo creo que no basta que sea una atenuante, yo creo que...

**Entrevistadores:** Podría ser una eximente.

**Ma. Teresa Muñoz:** Podría ser una eximente de responsabilidad penal, en ciertos casos debiera serlo incluso creo yo, debiera ser una eximente de responsabilidad penal o también el puede, perfectamente bien, y esa figura también está contemplada en la ley, incluso el puede prestar declaración respecto de otros hechos distintos, de otros delitos por los cual...

**Entrevistadores:** De otro proceso.

**Ma. Teresa Muñoz:** Claro, respecto de otro proceso, o por último él puede ser también testigo ah, y en ese caso la ley, y fijate que la ley no se pone en ese evento pero normalmente los jueces entienden que en esos casos también se hace acreedor de este galardón, digamos, que es esta atenuante especial, ahora, y el tratamiento que los jueces

le dan la cooperación eficaz a mi juicio no ha sido el más adecuado.

Muchas veces la persona presta declaración, reúne los requisitos de la cooperación eficaz y sin embargo ésta no es reconocida. Se debiera instar por el reconocimiento de esta institución, que es súper importante, aparte para todo, no estoy hablando de crimen organizado, para todo lo que es delitos cometidos por varias personas, en grupo, ni siquiera estoy hablando de una asociación ilícita, estoy hablando de delitos cometidos por varias personas, por un grupo de personas organizadas para cometer ese ilícito o otros ilícitos, es una, puede ser una herramienta muy, pero muy importante, pero no tiene el tratamiento adecuado en la ley, no se solucionan problemas básicos, no existe tampoco un tratamiento por parte de la jurisprudencia que sea uniforme, tampoco se le reconoce su eficacia y allí se requiere un trabajo importante te diría yo, pero más que nada crear conciencia de lo importante que es la herramienta.

**Entrevistadores:** ¿Cree Ud. que la figura podría crear el problema, que en definitiva el que se podría ver beneficiado con la atenuante podría ser el jefe de la organización, el pez gordo, porque en el fondo, por ejemplo, en la actual redacción de la ley nueva dice en lo pertinente describe: “*Será circunstancia atenuante de la responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o a la identificación de los responsables o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley*”; en el fondo quien más puede hacer eso es el jefe de la organización, por que es el que tiene, el que más sabe, en el fondo se vería más beneficiado el autor, el autor intelectual, el inductor?.

**Ma. Teresa Muñoz:** Pero fijate que en la experiencia que yo tengo por lo menos no ha sido así, normalmente los que están más abajo en la pirámide de la organización son los que entregan más rápidamente información respecto a la organización criminal, hasta donde saben, normalmente los tipos no saben todo, eso es cierto, es gente que tiene conocimiento de ciertos hechos, hasta cierto nivel, pero muchas veces eso le entrega ciertas pautas al juez o le da indicios para decretar otras diligencias y poder conseguir más información, ahora lo que ocurre es que esta es una buena herramienta, pero no es LA herramienta, lo que pasa es que para investigar grupos criminales u organizaciones criminales tu no lo puedes hacer de un modo tradicional, para tener éxito en la investigación de organizaciones criminales tu tienes que plantearte como investigador formas de trabajo que son completamente distintas, yo te diría que la principal forma de trabajo es por medios indirectos conocer tu primero a la organización criminal antes de proceder a la detención de las personas, tu tienes que reunir suficiente evidencia antes, ya sea por medios directos o indirectos, de manera que cuando tu te sientas con el imputado al frente tu tienes que saber de él incluso más que lo que él sabe de él y eso tu lo logras, no es cierto, bueno a través de la declaración de algunos testigos, a través de las interferencias telefónicas, a través de la observación directa por parte de la policía, este grupo como se mueve, donde se mueve, que autos usa, para donde va, quién es el jefe, con quién conversa, cómo conversan, que es lo que hacen, en que banco tienen las cuentas, en fin; o sea, es al revés, al revés tu no detienes a las personas e investigas, investigas primero y procedes a la detención después, sino estás condenado al fracaso, nunca te va a resultar, por que es gente súper preparada, gente que sabe como hacerlo,



---

ahora si tu ves las estructuras que se han desbaratado en Chile y no me estoy refiriendo a droga, sino que, ponte tu en el caso de atentados contra los derechos humanos, normalmente son grupos que tienen estructuras militares, que incluso es mucho más difícil todavía, por que está el tema del mando, de la obediencia, entonces penetrar ese tipo de estructuras si tu pretendes hacerlo al revés, es absolutamente imposible, y por eso si tu te fijas los jueces que es lo que hacen, todos, todos los ministros que tienen experiencia en estas materias empiezan con, nunca tocan al de más arriba en la pirámide, empiezan con los de abajo, y empiezan un trabajo de reconocimiento, ah, de terreno digamos, de que fue lo que ocurrió, de conversación. ¿Por qué tu crees que el Ministro Juan Guzmán se paseaba con los militares en los jardines de los lugares donde estaban detenidos durante horas de horas de horas de horas, en una labor de ablandamiento, convencimiento, hasta que el sujeto le entregaba un dato, una pista y por ahí se van, te fijas, cuando ya tienen los hechos establecidos, acreditado, se instala al frente al que hacía no es cierto de cabeza, o al que había dado la orden, es la única manera, si no...

**Entrevistadores:** Ya que toco el tema, ¿Cuál es su opinión, en su calidad de abogado querellante por el Estado de Chile, el *Proyecto de rebaja de penas por entrega de información*, que establece beneficios, que pasa desde la eximente para quienes estaban cumpliendo el servicio militar, para quienes cumplían labores de enfermería, hasta atenuación en dos grados para el entrega información?

**Ma. Teresa Muñoz:** Me parece bien, pero me parece que eso tiene que ir también de acuerdo con otras políticas que ya no tienen que ver con legislar, sino que tiene que ver como tu aplicas las leyes, como tu aplicas las normas, por que muchas veces sin necesidad de legislar tu perfectamente podrías aplicar la legislación vigente de manera adecuada y llegar a los mismos resultados, entonces yo creo que los jueces también, y la sociedad civil por supuesto, tiene que tener creatividad e imaginación suficiente para poder utilizar las instituciones que existen, yo creo que aquí hay soluciones que estaban de antes y que no se han utilizado adecuadamente. Hay que acordarse siempre de la definición de lo que es un delito, el tema del dolo es súper importante, el juicio de reproche, el juicio de culpabilidad tu no se lo puedes hacer a una persona que estaba obligada a disparar y formaba parte de un pelotón de fusilamiento y que sabía que si el tipo no disparaba a él lo iban a poner listo para ser la víctima del próximo pelotón de fusilamiento y eso es una realidad, eso no es un cuento. Es perfectamente posible, en el juicio de culpabilidad que tiene que hacer el juez, absolver a esta persona de toda culpa por que no actuó dolosamente.

Yo habría sido partidaria, más que de establecer atenuantes de responsabilidad, establecer eximentes de responsabilidad penal, buscando un bien mayor que es la paz social, porque puesto en el lugar, por que aquí estamos hablando de militares, no es cierto, puesto en el lugar de esos militares hoy día, cuando tu ves que existen, no sé, ciento y tantos procesos en estos momentos o más, ya no recuerdo cuanto es el número, procesos abiertos, por procesamientos muchos de ellos por secuestro permanente, con condenas actualmente por secuestro permanente, si a mi me ofrecen para entregar información una atenuante, yo no se si haría uso de esa atenuante, ni entregaría información, te fijas, por que igual voy a quedar condenado a cuanto a cinco años y un

día, a diez años, tiene una pena tan alta el delito, entonces yo pienso que el esfuerzo de este país debe estar centrado primero, primero creo yo en crear una paz social, mientras tu no logres eso no vas a lograr establecer un Estado en que de alguna manera la sociedad y ciertos grupos de la sociedad se puedan quedar tranquilos y se sientan reparados, ese es el punto por que fíjate que lo que aquí nadie pensó y nadie se imaginó fue que los parientes de las víctimas iban a reaccionar de la manera como reaccionaron, y lo que eso ha durado en el tiempo, fíjate que esos grupos de personas no han integrado ninguna organización no ningún grupo de trabajo institucionalizado, en el cual participe de alguna manera el Estado de Chile o sus instituciones, ninguno, se han mantenido al margen, absolutamente al margen de todos esos grupos y han dado una lucha que nadie jamás imaginó que la iban a dar.

**Entrevistadores:** Abogados de derechos humanos, como Fabiola Letelier, Sergio Concha, Juan Subercaseaux entre otros, señalan que este proyecto llevaría la impunidad pues se trata de dar lo antes posible fecha cierta a la muerte de los desaparecidos para luego aplicar la ley de amnistía, la prescripción o la media prescripción, superando de esta forma la figura del secuestro calificado o permanente.

**Ma. Teresa Muñoz:** Mira, si lo que pasa es que yo creo que tu como... a ver el Estado de Derecho tiene que dar respuestas concretas, y pienso yo que tiene que tratarse de respuestas que se apeguen más o menos a la realidad de los hechos, todos sabemos que estas personas, lo más probable, no es cierto, es que estén muertas, no están secuestradas, eso lo sabemos todos, ahora eso es una verdad que no necesariamente es una verdad procesal, la verdad procesal es distinta, la que está en el expediente, y resulta que en el expediente aparece, no es cierto, que estas personas fueron sacadas de sus lugares de detención, algunas de ellas y no se supo más de ellas, de otras se sabe un poco más, se sabe que fueron fusiladas, no es cierto, en tal lugar, fueron enterradas en tal otro lugar y sus cuerpos no aparecen y respecto de otras hay un grado de avance mayor aún por que están los cuerpos pero hay que identificarlos, y si se identifica el cuerpo se cambia el auto de procesamiento, de secuestro calificado a homicidio calificado y establecida la data de muerte se podrá aplicar o no la amnistía y la prescripción, según sea el caso, pero también es discutible si se puede aplicar la amnistía y prescripción por todo lo que sabemos, el derecho internacional, los tratados internacionales. Todos esos son temas discutibles, lo que yo creo que no puede ocurrir, no puede ocurrir o no debiera ocurrir es que estos hechos sigan permanentemente calificados de secuestro, por que aquí no hay un secuestro, yo creo que el esfuerzo del Tribunal y del Juez, es poder establecer cuales son y como ocurrieron los hechos, y si lo que ocurrió fue un homicidio y no tenemos un cuerpo el tema es cómo hacemos para poder acreditar ese hecho sin el cuerpo, ¿es posible acreditar un homicidio sin el cuerpo?, yo pienso que sí es posible, ¿cómo?, con todos los medios de prueba que permite la Ley Penal, entre otros las presunciones, ya que una vez establecida la data de muerte, el hecho, es un homicidio, la muerte de una persona, tenemos que ver si son aplicables la amnistía y la prescripción y por último resolver como país y eso lo tienen que hacer los tribunales y si estas instituciones se aplican o no se aplican en Chile, de acuerdo a los tratados suscritos, eso es lo sano, y eso lo va a tener que resolver el tribunal, yo no tengo todas las respuestas, además no me compete tampoco, es un tema

---

que tienen que resolver los jueces, yo te puedo decir lo que a mi me gustaría, a mi me gustaría es que no se acogiera ni la amnistía ni la prescripción por que son delitos de lesa humanidad, a mi juicio no amnistiabiles e imprescriptibles, a mi juicio, pero esa es mi opinión no más, que para estos efectos no vale nada, lo que vale en definitiva es lo que va a opinar la Corte Suprema, eso es, pero no nos saltemos las instancias, aquí no hay que apurarse y hay que ir haciendo las cosas como corresponden, lo que a mi juicio no corresponde, por que realmente me parece una aberración es que no se quiera tomar esa decisión final señalando que lo que aquí hay son secuestros permanentes, eso jurídicamente me parece ilógico, me parece poco sano, lo lógico es decir mire, saben que, estas personas las mataron, estos son los hechores, decidamos ahora si les aplicamos amnistía o prescripción, eso me parece que es lo sano.

**3.- Entrevista efectuada por memoristas a Sub-Comisario Ivan Villanueva Berindoague, Jefe de la Brigada contra el Crimen Organizado de la Policía de Investigaciones de Chile (BRICO), sobre la experiencia de su unidad en relación a recepción de colaboración por parte de los inculpados o imputados.**

**Entrevistadores:** ¿Cuál es la misión de la BRICO?

**Sub-comisario Villanueva:** La misión de la BRICO es desarticular cualquier manifestación o grupo criminal que de acuerdo a la definición de INTERPOL respecto a lo que es crimen organizado, esté cometiendo cualquier tipo de ilícito, para lo cual debe cumplir ciertos requisitos, dos o más personas, que se ejerza mando, que tenga permanencia en el tiempo, que cometan un ilícito y que busque fines de lucro, principalmente esa es la misión; ahora, en el ámbito que estamos enfocados, nosotros estamos creados para combatir todo lo que tiene que ver con crimen transnacional en general, entendiéndose por tal tráfico de armas, tráfico de drogas, tráfico de sustancias estratégicas, tráfico de órganos humanos...

**Entrevistadores:** Criminalidad transnacional convencional tanto como no convencional.

**Sub-comisario Villanueva:** Exacto.

**Entrevistadores:** En ese ámbito, los testimonios, las cooperaciones prestadas por los inculpados o imputados deben tener un papel preponderante en las investigaciones que hace la BRICO.

**Sub-comisario Villanueva:** Para nosotros es un tema radical de experiencia, esta es una unidad de inteligencia táctica, inteligencia táctica hay que entenderlo muy bien por que se denomina así, esta es una Brigada en la cual se unieron dos grandes mundos que por años estuvieron divorciados, por un lado la inteligencia, el recolectar información, que era una labor que efectuaban organismos de seguridad, o en este caso grupos de inteligencia que recogían información y la otra parte policial en que esta información se derivaba a un determinado juicio y que se concretaba, se materializaba con una detención o con una judicialización de esa información.

**Entrevistadores:** Se suele señalar como crítica a las figuras de colaboración la falta de capacitación de las policías para recibirla y canalizarla.

**Sub-comisario Villanueva:** Pese a ser una brigada muy joven, hemos recibido

bastante capacitación, desde nuestro origen, el cual se remonta al año 1995 con la “Operación Corona”, en la cual se investigó a unos colombianos que ingresaron a Chile con dólares que traían ocultos, lo que llamó la atención, se descubrió que estaban asociados a un grupo de españoles que también estaban instalados en Chile y los cuales de alguna u otra manera no pudieron justificar el ingreso de esos dólares. Uno de ellos cooperó, y declaró que el dinero estaba destinado a la preparación de un tráfico de drogas. Se me asignó la investigación junto a un equipo de cinco oficiales de Investigaciones. Nuestra Institución no contaba hasta ese momento con una unidad que investigara organizaciones criminales que efectuaran operaciones de largo aliento, extendidas en el tiempo. En el transcurso de nuestra investigación descubrimos que ese grupo pertenecía al Cartel de Cali, era el grupo de Alexander Rojas, que forma parte de los jefes financieros del Cartel de Cali en España, país en el que se encontraba sometido a proceso Rafael Ortega Pereda, uno de los principales brazos operativos de este grupo. Resultó que Ortega estaba aquí en Chile debido a que se le había concedido la libertad condicional en España, no saben como viajó y aquí lo encontramos, entonces nosotros nos pusimos a investigar y efectivamente determinamos que ya se trataba de un grupo criminal, nos demoramos cuatro años, tiempo en el cual convivimos con ellos, me refiero a que ellos arrendaban casa, nosotros arrendábamos la casa del lado, ellos se iban a vivir a Iquique, en Iquique vivíamos nosotros, en el departamento de arriba, vivían en Santiago, arrendábamos en Santiago, o sea, siguiendo todos sus pasos, la idea era ir formando habitualidad y ver que movimiento estaban haciendo, efectivamente adquirieron o potenciaron algunas empresas pesqueras, específicamente de exportación de salmón donde pretendían empezar a sacar desde Chile mil kilos mensuales de cocaína a Europa; no obstante, paralelo a eso, ellos tenían una ruta aérea, vía American Airlines desde Santiago hacia Nueva York donde enviaban cada dos semanas cien kilos de cocaína a Nueva York; ambos brazos fueron desarticulados totalmente y de allí, a partir de eso, esto fue en enero de 1999 se creó la Brigada Investigadora del Crimen Organizado.

**Entrevistadores:** ¿Todo esto se logró partiendo de la colaboración que prestó el colombiano?

**Sub-comisario Villanueva:** No, él nunca habló de que esto era una organización ni mucho menos, el no supo dar una explicación, pero el oficial que le tomó la declaración notó algo raro e informó al mando, en este caso al Director General siguiendo todos los conductos, y a su vez el Director impartió una orden de investigar dicha pista, tarea que finalmente quedó a mi cargo, y debido a los resultados obtenidos en esta y otras operaciones, se creó en 1999, como ya dije, la BRICO.

Volviendo al tema de la capacitación, nosotros, y mucha gente nueva a la cual estamos formando, efectuamos cursos en el FBI, en la CIA, en la BUNDESCRIMINAL, en la BND, en el Servicio de Inteligencia Alemán, en la Policía Española, en la Universidad de Chile, en diferentes aspectos. Además la BRICO estructuralmente está dispuesta de una manera especial, la he dividido en tres grandes grupos: un grupo de análisis y planificación de operaciones, un grupo de vigilancia y seguimiento y otro grupo de inteligencia electrónica, en un circuito de inteligencia, con agentes de búsqueda, recopilación de información, análisis de ésta, la cual se madura, se saca lo que es pertinente, se vuelve a la calle, efectuando un flujo de información, muy eficiente por lo

---

demás, sin interferencias entre los grupos, o sea nadie hace lo mismo aquí.

**Entrevistadores:** ¿Se apunta a la especialización?

**Sub-comisario Villanueva:** Todos ellos son especialistas en inteligencia electrónica, los vigilantes son especialistas en caracterización y disfraz, en vigilancia y seguimiento.

**Entrevistadores:** Aparte del uso de colaboradores, ¿Se recurre a las otras técnicas de investigación como las establecidas en la Ley 19.366, es decir, el agente encubierto y la entrega vigilada?

**Sub-comisario Villanueva:** Nosotros no trabajamos con informantes, pues somos lo suficientemente hábiles para no depender de un informante para materializar una operación policial, nosotros trabajamos sí con “artículos 33” (Cooperador Eficaz), cierto, obviamente en este caso, con “artículos 34” también, o sea agente encubierto y todo muy bien, de hecho acabamos de hacer una operación de dos mil kilos de marihuana donde utilizamos dos agentes encubiertos que estuvieron trabajando de operadores en un circuito de bodegas aquí en San Joaquín, y bueno en términos generales Chile presenta un gran problema, nuestra legislación, puesto que en el mundo se organizaron todas las policías en tres grandes frentes, y esos bloques son terrorismo internacional, narcotráfico y en crimen organizado, así mutó el FBI, así mutó Scotland Yard, pero todos adaptaron sus legislaciones para tales delitos. En Chile tenemos un problema, que hay delitos que son de segunda categoría, y esos delitos nos complican cualquier cantidad.

Por ejemplo, el terrorismo, uno de los principales brazos a través de los cuales se financia es el tráfico de armas, el contrabando y en general cualquier tipo de... yo creo principalmente como se financia es por el contrabando, más que por el tráfico de armas y otros temas, y resulta que nosotros el contrabando lo tenemos sumido en una infracción aduanera, o sea a un pago de multa, pago de aranceles y nada más.

Chile suscribió la Convención de Palermo sobre lucha en contra del Crimen Organizado, pero todavía está pendiente en el Senado la aprobación de la ley en contra del crimen organizado, si se aprobara dicha ley podríamos investigar con mayor eficacia temas como la asociación ilícita para cometer contrabando, delitos contra el medio ambiente, y muchos otros que hoy día no están muy bien tipificados.

**Entrevistadores:** En particular, con el tema de la colaboración, una de las grandes críticas que se hacen es a que de la forma en que está establecida tanto en la Ley de Drogas como en otras leyes, se exige una serie de requisitos en cuanto al conocimiento de la actividad de la organización como el lugar en que se ocupan ellos, entonces en el fondo se estaría estableciendo ya sea una atenuante o una eximente, que beneficiaría a alguien que está bastante arriba en la organización, alguien que incluso podría ser su jefe, que podría quedar eximido o atenuado de pena, siendo que se podría decir que es “el más malo”. Pero a su vez la práctica ha demostrado, que en realidad el que termina colaborando es el pez más chico porque la “omertá”, el secreto, que rodea a la organización, impide llegar más arriba. En este punto, ¿Cuál ha sido la experiencia de la BRICO?

**Sub-comisario Villanueva:** A nosotros nos ha tocado desarmar a todos los grupos criminales importantes del sector sur de Santiago, hablemos de La Victoria, La Legua, en

todos lados, principalmente los desarticulamos de tal manera de dejarlos sin brazo operativo, sin brazo financiero y obviamente sin brazo de apoyo que todo el tema de corrupción que trae con esto, nunca nos ha tocado, o de mi experiencia, que se beneficie algún líder de los grupos criminales que hemos investigado, todo lo contrario, porque por lo general los líderes de los grupos criminales tienen otras penas asociadas, por ejemplo tienen otros procesos, el “*Perilla*” por ejemplo, el “*Huevo Richard*”, (Operación Europa) son tipos que tenían un muy buen manejo, pero tenían un pasado negro, pero ellos, independiente para bajar un poco la pena del delito en el cual estaban siendo imputados, podrían cooperar en entregar información de alguna banda similar o mejor a la cual ellos pertenecían, aportando antecedentes sobre un delito distinto del cual son ellos partícipes. Nosotros a partir de un nombre, de un teléfono, de una patente podemos sacar antecedentes y en algunas oportunidades nos ha tocado declarar en favor de alguno de los detenidos, pero por lo general nunca corresponde a uno de los de la cúpula de la organización criminal.

**Entrevistadores:** Poniéndonos por ejemplo en la hipótesis de que el que colabora sea uno de los miembros de menor rango de la organización criminal, ¿Cree Ud. que son suficientes y eficaces las medidas que establece la Ley para su protección?

**Sub-comisario Villanueva:** Yo creo que en Chile no existen medidas de protección eficaces para un cooperador eficaz.

**Entrevistadores:** Cuando se recibe la información en sede policial, sea Carabineros e Investigaciones, cuando es un testigo y en particular cuando es un colaborador ¿Se le ofrece guardar la declaración como testigo reservado, con reserva de identidad?

**Sub-comisario Villanueva:** Siempre.

**Entrevistadores:** Pero la ley penal no le asegura que llegado el momento, sin contar la etapa del sumario, si le llegue a conceder conocimiento de la cooperación. En el plenario, al contestar la acusación, se le puede dar al acusado conocimiento de todas piezas que obran en su contra, incluso los tribunales le dan acceso al cuaderno secreto...

**Sub-comisario Villanueva:** No, no necesariamente, han ocurrido casos en que se le ha dado, pero yo creo que solamente cuando lo pide la Corte, en este caso, cuando pide el cuaderno secreto la Corte, sube este cuaderno secreto, en esos casos yo lo he visto. Luego en la sentencia se hace mención de que hubo un cooperador eficaz. Pero lo malo es que durante el proceso queda a criterio del juez el dar a conocer o no la declaración del colaborador.

**Entrevistadores:** El nuevo sistema procesal penal es tan garantista para el imputado que privilegia el derecho a defensa por sobre el secreto de la investigación, por lo cual debiera poder acceder a la declaración del cooperador.

**Sub-comisario Villanueva:** Lamentablemente, es así, pero son temas que se tienen que afinar especialmente en Santiago; yo creo que la reforma procesal en el país fue un entrenamiento, la reforma procesal en Santiago va a ser el debut, vamos a tener los problemas y ténganlo por seguro de revanchismo, van a venir amenazas en contra de Fiscales, van a haber otro tipo de problemas y esos problemas son graves o sea no dejan de ser digamos preocupantes para nosotros por la inexperiencia que tienen los fiscales,

---

por ejemplo, por que esperamos nosotros que no se dejen intimidar por los grupos. Yo como policía he recibido, estoy amenazado, tengo procesos abiertos, me ha amenazado el “Josefo”, me ha amenazado el “Perilla”, me ha amenazado una cantidad de delincuentes que ni se imaginan ustedes.

**Entrevistadores:** Pero el delincuente chileno todavía no se atreve a llevar a cabo las amenazas, hasta el momento.

**Sub-comisario Villanueva:** Contra un policía yo creo que es difícil, pero contra un civil si, yo a un civil lo puedo intimidar, o sea, yo como delincuente, pero a un policía es difícil.

**Entrevistadores:** Se critica también, se le resta valor a la cooperación, por que los sujetos que colaboran se verían un poco forzados a cooperar, entre otras razones por una especie de ablandamiento que se podría hacer de estos sujetos en las etapas previas a que lleguen a los tribunales, ¿Que nos puede decir al respecto?.

**Sub-comisario Villanueva:** Nosotros, en particular yo, les puedo decir en términos muy claros que medidas de presión hoy día ni siquiera ejercemos, de hecho a mi me piden los delincuentes aquí, me piden por favor que les acoja una declaración secreta, y yo les digo no, en el tribunal, arreglémonos con la jueza, si yo no gano nada aquí con esto.

Por que nosotros transamos hasta ciertos aspectos, obviamente yo se con quien estoy hablando y por lo general lo conversamos con el juez o con la jueza hasta donde le vamos a ofrecer y que es lo que quiere; porque por lo general como lo comprenderás tu, yo a la persona que paso detenida aquí, en crimen organizado, que pasa por la BRICO no tiene muchas posibilidades... de hecho llega aquí, se sienta y uno le dice “*si quiere declare*”, pero ojalá que no declare si no quiere declarar conmigo mejor.

**Entrevistadores:** En particular, ¿Ha visto alguna vez que se haya aplicado la eximente del artículo 295 bis de la asociación ilícita, que se haya eximido a alguien por haber entregado información que haya permitido la desarticulación de una asociación ilícita, pues de la forma en que está establecida es difícil su aplicación en la práctica?.

**Sub-comisario Villanueva:** No, o sea que sea eximido totalmente, nunca, pero en seguimientos hemos detectado la etapa de reclutamiento de miembros de la asociación ilícita, y alguno de estos sujetos toma contacto por ejemplo con asuntos internos (Departamento V de Investigaciones), y antes de que se cometa el delito o delitos objeto de la asociación, logramos desarticularla.

**Entrevistadores:** ¿Y como obtiene el beneficio el colaborador?

**Sub-comisario Villanueva:** Ese beneficio que es que el no ha cometido el delito todavía, pero nosotros que es lo que hacemos, hacemos que él nos trate de llevar hasta que nosotros conozcamos un poco más de la estructura y le decimos ya, bueno ahora van a empezar tus problemas, se te echó a perder el teléfono, te robaron el teléfono, tienes que viajar a Arica a ver a tu papá, y empiezan los problemas para él. Entonces si ya tenía un papel menor en el grupo ya después, posteriormente no lo pescan y lo cortan, sabís que más no agarremos a este gallo más y todo lo demás, y allí esperamos un tiempo prudente.

**Entrevistadores:** En conclusión, ¿Cuál es su opinión, a favor, en contra, respecto de la figura de la colaboración en la forma en que está establecida?.

**Sub-comisario Villanueva:** Muy buena, es una herramienta muy eficaz, bien asumida, con mucha responsabilidad, sabiéndola manejar porque hay aspectos si se pueden reservar por ejemplo el cooperador eficaz no necesariamente yo, por que el cooperador eficaz puedo ser yo y yo puedo figurar en el cuaderno secreto de un tribunal y en algún momento yo tendré que decir quien fue la persona que cooperó en este caso, habría que buscar un ajuste quizá un poco mejor, pero en términos generales yo pienso que es una herramienta muy efectiva, de hecho ha dado excelentes frutos, nosotros conocemos al lumpen santiaguino y el nacional a raíz de la cooperación, porque, antiguamente nosotros, la policía, saltaba y miraba arriba de la mesa y volvía a caer, y miraba y veía todo lo que estaba pasando y volvía a caer, que hace esta Brigada, como muchas otras, no específicamente nosotros que seamos los maravillas, nosotros decidimos pararnos arriba de la mesa, nosotros estamos parados arriba de la mesa y estamos mirando lo que están haciendo, entonces nos damos el lujo de empezar a... vamos a podar a ese grupo de aquí por que se está desordenando mucho, y a este otro grupo para pegarle yo se que está asociado con este, con este y con este, entonces empiezo a golpearlo de a uno y le formo, por ejemplo, en la “Operación Cruz del Sur”, siete causas, que son una, y que los tipos al final se dan cuenta de que los teníamos desde hace tiempo.

#### **4.- Entrevista a don Juan Guzmán Tapia, Ministro de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en relación a las figuras de colaboración y en particular sobre el Proyecto de Ley de Rebaja de Penas por entrega de información en procesos por violaciones a los DD.HH.**

**Entrevistadores:** ¿Cuál ha sido su experiencia como juez y Ministro frente a las figuras de colaboración que establece nuestro ordenamiento jurídico?

**Ministro Guzmán:** ¿Han extendido su estudio a la forma en que los jueces aplican la norma contenida en el artículo 279 bis del CPP? (Introducido por el N° 28 del artículo 5° de la Ley N° 18.857 de 6 de diciembre de 1989). Porque ese es un artículo bastante interesante, veamos:

**Artículo 279 bis.** *“Podrá el juez no someter a proceso al inculpado y disponer su libertad aunque aparezcan reunidos los requisitos para procesarlo, cuando al tiempo de cumplirse el plazo de la detención judicial o al pronunciarse sobre la respectiva solicitud hubiere adquirido la convicción de que con los antecedentes hasta entonces acumulados se encuentra establecido alguno de los motivos que dan lugar al sobreseimiento definitivo previstos en los números 4.º a 7.º del artículo 408 , sin perjuicio de continuar las indagaciones del sumario hasta agotarlas.*

*Con el mérito de nuevos antecedentes, podrá el juez durante todo el sumario dejar sin efecto el auto fundado que haya dictado y procesar al inculpado, a petición de parte o de oficio. Si no ocurriere así hasta el término del sumario, el juez dictará sobreseimiento en favor del imputado, ordenando su consulta cuando fuere procedente.*

*El que no fuere sometido a proceso en virtud de esta disposición, conservará su calidad de inculpado y podrá hacer uso de los derechos que a éste se le confieren. Antes*



---

*de ser puesto en libertad, deberá designar domicilio y quedará obligado a presentarse a todos los actos del sumario para que fuere llamado. Además, el juez podrá decretar su arraigo en el territorio nacional mientras dure el proceso y ordenar que se presente periódicamente al tribunal”.*

**Ministro Guzmán:** Yo la aplico. Es una forma de ver la colaboración eficaz también de una manera jurídica, la persona viene aquí y, por ejemplo, yo se que esa persona ha participado en hechos de sangre y obviamente se trata de gente de grado normalmente medio, tenientes, capitanes, etc., entonces le leo la norma, si la entiende, generalmente no la entiende, y uno tiene que explicársela porque son legos y una vez que le explico le digo: Ud. tiene la oportunidad de decir, de colaborar eficazmente y al colaborar eficazmente yo hago uso de esta norma.

**Entrevistadores:** ¿Ud. está de acuerdo con las figuras de colaboración, que implicarían que el legislador está reconociendo un poco la falta de capacidad de los jueces para poder esclarecer los hechos a través de los métodos tradicionales de investigación, que carecerían de eficacia para este efecto? En particular: ¿Se justifica la inclusión de una figura de colaboración en procesos por violación a los derechos humanos como pretende el proyecto en actual tramitación en el Congreso?

**Ministro Guzmán:** Bueno, primero que todo yo encuentro que se demoró mucho el...los poderes encargados de esto, porque esto surgió del poder legislativo, se demoró mucho, se demoró mucho, tanto el poder legislativo como el ejecutivo en proponer soluciones que hasta el momento han significado una forma de colapso en tribunales en lo que se refiere a estas causas, estas causas habrían ido mucho más rápido y si hubieran tenido las garantías las personas, porque con garantías, especialmente aquellas personas a las cuales se refiere la ley, que son civiles que intervinieron, por ejemplo el caso de los paramédicos, de los médicos, etc. no es cierto, o personas que están en segunda fila como el caso de los conscriptos yo creo que la mayor parte de la información que he tenido yo ha provenido no de conscriptos sino que de suboficiales y a veces de conscriptos, y lo han hecho ellos con el riesgo que significa, no poder traba... hay muchos que me lo han dicho, *yo pertenezco al Ejército para tales y cuales efectos, y todo esto me va a crear una preocupación terrible*, es decir, no sólo temor, miedo de carácter físico o psíquico, sino también el temor de la pérdida de beneficios de bienestar económico que le otorga las instituciones de las cuales forman o formaron parte, como salud, defensa legal, etc.

Me parece muy inteligente la forma en que se encuentran redactados en el proyecto los beneficios, en particular en cuanto aún cuando ya hayan declarado, puedan nuevamente hacerlo, entregar información, sin que por ello se derive de la contradicción que pueda generar sus nuevos dichos responsabilidad penal por falso testimonio.

**Entrevistadores:** Según podemos colegir de sus palabras, ¿Ud. aprueba la institución de la colaboración?

**Ministro Guzmán:** La encuentro fundamental.

**Entrevistadores:** ¿No le hace reparos, quizás en materia de derechos humanos podría tener un carácter diferente del que podría tener en el narcotráfico, por el hecho de que los sujetos que colaboran podrían estar actuando por la obediencia debida a mandos

superiores, a autores mediatos?.

**Ministro Guzmán:** Si, podría haber un menor reparo, que para mi no se me produce jamás, aquí yo parto de la base de que aquí hay una forma de arrepentimiento, reconocimiento de que todos estos hechos fueron ilícitos, aparejado de un cambio mental del sujeto, que toma sentido de que lo llevó en un momento a participar activamente y que es lo que hoy día les lleva a colaborar con la justicia, o sea, hasta podría ser el mismo ánimo de servir a la patria, matar a estos desgraciados, como los llaman cuando están matándolos, tal por cual, enemigo, comunista, y después viene el reconocimiento a través de la historia a través del engaño, muchas veces estas personas fueron engañadas.

**Entrevistadores:** En ese sentido, ¿Ud. ve que las personas, en su experiencia personal, han colaborado están arrepentidas como un sentimiento personal o es mas bien simple colaboración, pues sería mucho exigirles que estén arrepentidos, como por ejemplo, lo exigía la legislación antiterrorista italiana, que iba más allá en el arrepentimiento eficaz, no sólo exigía la entrega de información que era eso lo que generaba los resultados, sino que además exigía que el terrorista estuviere arrepentido?.

**Ministro Guzmán:** Bueno, eso puede ser una farsa, un sujeto puede inventar lágrimas por último y adoptar actitudes totalmente ridículas, yo he visto gente que lo hace, se agarra el pelo y todo... pero no, yo creo que hay que ir un poco, como usando las palabras de Etcheberry, hay que irse a veces a los elementos descriptivos y valorativos de las situaciones, por ejemplo si una persona está llana a contar con todos sus detalles y coincide con la verdad real, con la verdad probada por otros lados, para mí eso ya es suficiente.

Ahora el arrepentimiento generalmente lo tienen, y yo lo he visto ya que la mayor parte de estos conscriptos y suboficiales están terminando sus vidas, muchos ya son de religiones, he visto de distintos tipos de religiones cristianas que han adoptado, hablan del hermano este, del hermano otro y hablan de que les tocó fusilar hermanos y eso... obviamente puede que no este arrepentido pero ha habido un cambio y ese cambio no lo podemos adivinar nosotros, pero si está colaborando con la justicia y para mi eso me basta.

**Entrevistadores:** Se critica por parte de abogados de DD.HH. que el proyecto de rebaja de penas por entrega de información persigue en definitiva, darle fecha cierta a la muerte de los detenidos desaparecidos, y aplicar la ley de amnistía, la prescripción y media prescripción, superando de esta forma la figura del secuestro permanente calificado.

**Ministro Guzmán:** Es contradictorio lo que dicen, por que por una parte dicen que están por la aplicación de las normas del Derecho Internacional Penal de los tratados de los Convenios de Ginebra y por otra parte dicen que son imprescriptibles, etc., etc. por otra parte esta temiendo de que vayan a terminar los juicios por prescripción va finalmente a dar una fecha cierta del cuando, eso es un disparate, por que en todas las causas que nosotros tenemos, si no aparecen los restos humanos, y no van a aparecer, continua siendo, usando los términos de las convenciones, “desaparición forzada” de personas y si encuentran la persona es “crímenes contra la humanidad”, no es cierto, se

comprueba de que se trata de desaparición forzada, crimen contra la humanidad y de homicidios masivos a civiles, mujeres, niños, etc., y que son crímenes contra la humanidad, no nos metamos en el problema del genocidio (Exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de etnia, de religión, de política o de nacionalidad) por que sabemos que no es, y en Chile no lo hubo pero yo creo que no está muy armoniosa las críticas por un lado yo no las comparto, aquí se busca hacer justicia, en segundo lugar con las posibilidades de la nueva ley de emplear nuevos ministros o nuevos jueces destinados a esta causa se va a producir un avance que hasta el momento no hemos tenido, nosotros estamos estudiando, tenemos miles de denuncias por tortura, vemos a veces gente que le falta un brazo, que le faltan los dedos, que nos muestran parte del cuerpo quemados y todo eso, etc. no hacemos nada, por qué, porque no son muertos, ni porque son desaparecidos, entonces yo creo que si hay realmente, si se cierran las causas más rápido con esta toda esta información si se logra a términos del juicio absolviendo, condenando, los jueces van a poder dedicarse algún día a la gente que más afectada está hoy día, fuera de los parientes de los detenidos desaparecidos, que son los torturados.

Si está en esos términos yo hasta sería más amplio, yo extendería la ley en mi concepto a todos los de la línea de mando que no pudieran haber tenido otra conducta, esa sería mi posición porque si yo soy Coronel y me dan la orden y me dicen, muy bien, Coronel de Ud. la orden de disparar, están formadas las personas, yo se que no ha habido Consejo de Guerra, teóricamente, ¿Uds. hicieron el Servicio Militar? (No), teóricamente esto me lo han dicho muchos, yo no conozco el reglamento pero me lo han dicho muchos que teóricamente el mismo Coronel puede disparar al Capitán que está incumpliendo la orden, no se si se han dado casos, yo se que se han dado casos a nivel muy subalterno, donde sargentos, cabos, soldados rasos, ahí tanto es así que en el episodio de Pisagua hay casos de jóvenes en que no dieron cumplimiento a órdenes y fueron metidos juntos en las fosas.

Así que yo estoy por ir más allá, y no restringir esto a solamente a los conscriptos y a los terceros que tuvieron alguna forma de colaboración, hasta los curas pueden estar entre esos terceros, los capellanes que llevaron podrían considerarse en un momento determinado encubridores teóricamente, por no hacer las denuncias correspondientes, pero yo estoy por que sea mas.... , es decir, todo estimula más la verdad y no se crea lo que se está produciendo ahora, los hombres que son los que se mantienen firmes y los cobardes son los que entregaron la información, no aquí yo pienso que debería ser un beneficio a todo nivel.

### III Declaración de cooperación eficaz.<sup>114</sup>

114

En atención a la naturaleza de la siguiente declaración y del fin únicamente didáctico de su transcripción se han cambiado nombres, apodos, fechas y lugares por otros ficticios o derechamente se han omitido.

Santiago, a cinco de mayo de 2004.

Atendido que el detenido Pedro Pérez González solicita acogerse al beneficio del artículo N° 33 de la ley 19.366, fórmese cuaderno secreto con su declaración.

Santiago, cinco de mayo de 2004.

Pedro Pérez González, 31 años, cesante, chileno, natural de XXXXX, estudios superiores, soltero, domiciliado en XXXXX, población XXXXX, sin apodos, anteriormente detenido y procesado por Tráfico en la ciudad de Santiago en el XX Juzgado del Crimen de XXXXX, quien exhortado legalmente a decir la verdad expone.

Conozco el motivo de mi detención y debo manifestar a S.S. que en la ciudad de XXXXX conozco a un amigo de la infancia el cual se dedica al Tráfico, de nombre Juan Soto Muñoz, este me ofreció realizar un trabajo en el mes de marzo del presente, me dijo que debía transportar a Santiago la cantidad de diez kilos de pasta base y que me contactara con el Negro Mario, que él sabía como hacerlo, Juan Soto Muñoz me hizo entrega de la droga en un bolso el día 26 de marzo, me contacté con el Negro Mario, en la feria libre de la ciudad de XXXXX, le hice entrega del bolso con la droga y este me dijo que no me preocupara que él la transportaría a la ciudad XXXXX. Éste me dijo que llegaría a XXXXX el 15 de abril del presente, yo en la ciudad de XXXXX conozco al señor Manuel López López de profesión camionero, aprovechando que el venía a la ciudad de XXXXX lo traía otro compañero camionero, me vine con ellos, le dije que venía de vacaciones sin decirle el verdadero motivo de mi viaje, llegamos a la ciudad y el tenía que ir a cotizar neumáticos recauchados, el día domingo lo llamé por teléfono, me junté con el en la calle XXXXXXXX con XXXXXXXX, ahí le pedí el favor que me fuera a buscar una encomienda ya que yo me sentía mal de mis piernas y me dolían ya que tengo metal en ellas titanio, tenía que juntarse con el loco lucho el cual llegaría como a las 17 horas al Banco ubicado en el Mall XXXXX, don Manuel López López no tenía idea de que el bolso que retiraría contenía droga, este lo retiró y luego me llamó para juntarme con él en la calle XXXXXXXX con XXXXXXXX, ahí fue cuando el personal de la policía nos detuvo y nos llevó a la unidad, luego procedieron a interrogarme con respecto a la procedencia de la droga, uno de los detectives me dijo que cooperara que no fuera huevón, que me podía acoger al artículo 33 de la ley 19.366 y le dije que tenía miedo de Soto Muñoz, que si lo delataba me mataría y que yo con este negocio iba a ganar la cantidad de \$ 500.000.- ya que mi situación económica era muy mala necesitaba dinero para pagar mis cuentas, sin nada mas que agregar lee, ratifica y firma junto a S.S. y secretaria que autoriza.