



PROYECTO

El Sistema de Justicia Penal Y SU LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

EN AMÉRICA LATINA

INFORME DE CHILE

Elaborado por Mauricio Duce, Cristián Riego, Valentina Zagmutt y Bastián Martínez¹

Diciembre de 2019



Espacio Público es un centro de estudios independiente que busca aportar en la construcción de una sociedad más justa, transparente y democrática, que permita un desarrollo económico, social y político que beneficie a todas las personas.

ESPACIO PÚBLICO

Santa Lucía 188, piso 7, Santiago de Chile

(+56 2) 2335 4502

contacto@espaciopublico.cl

www.espaciopublico.cl

¹ Este informe se enmarca en el proyecto de investigación “Sistemas Judiciales y Corrupción en América Latina”, el que fue financiado por Tinker Foundation.



CONTENIDO

Resumen ejecutivo	7
Introducción	22
Capítulo I: Ámbito institucional	27
1. Ámbito institucional: órgano persecutor (Ministerio Público)	28
1.1. Autonomía del Ministerio Público en Chile	28
1.1.1. Presiones externas	29
1.1.2. Los problemas de control interno y las presiones de los litigantes	37
1.2. Especialidad e idoneidad del Ministerio Público	39
1.3. Imagen y confianza pública	44
2. Ámbito institucional: Poder judicial	46
2.1. Independencia e imparcialidad del Poder Judicial	46
2.1.1. Independencia	47
a. Independencia externa	49
b. Independencia interna	57
2.1.2. Imparcialidad	60
2.2. Especialidad e idoneidad de los jueces	62
2.3. Imagen y confianza pública en el sistema judicial	64

3. Policías y otros órganos de investigación	71
3.1. Policías	71
3.2. Servicio de Impuestos Internos	74
Capítulo II: Ámbito procesal y operativo	82
1. Investigación	83
1.1. Herramientas especiales de investigación en materia de corrupción	83
1.1.1. Regulación de herramientas especiales de investigación	83
1.1.2. Acción popular y rol de los querellantes	86
1.1.3. Reserva de la investigación y filtraciones	90
1.1.4. Otros aspectos relevantes	91
1.2. Barreras y dificultades para la obtención de pruebas	93
1.2.1. Medidas intrusivas	95
1.2.2. Filtraciones	101
1.2.3. Fueros	104
1.2.4. Debilidades y demoras en el uso de prueba pericial	107
1.2.5. Utilización de recursos intermedios	108
1.3. Cooperación entre países en casos de corrupción transnacional	111
2. Negociación y otras formas de término de los casos de corrupción	112
2.1. Cooperación eficaz y delación compensada	112
2.2. Procedimientos negociados: aspectos jurídicos y algunos datos generales	114
2.3. Prácticas en torno a los procedimientos negociados	117
3. Uso y rol de la prisión preventiva en los casos de corrupción	125
3.1. Aspectos generales sobre la prisión preventiva en el proceso penal chileno	125
3.2. Usos de la prisión preventiva en los delitos de corrupción	127

4. Desarrollo de los juicios orales en los casos de corrupción	130
4.1. Juicio oral	130
4.2. Falta de preparación de los juicios orales en la APJO	136
4.3. Recursos en contra de las sentencias de juicio oral	138
Capítulo III: Ámbito penal sustantivo	139
1. Normas del Código Penal	140
1.1. Figuras de cohecho y soborno: el problema general	140
1.2. Cohecho y soborno: un análisis aplicado a casos y la reforma de 2018	142
2. Otros delitos tipificados en distintos cuerpos legales	153
2.1. Delitos del Código Tributario	153
2.2. Lavado de activos	153
2.3. Otros delitos	155
Capítulo IV: Otros elementos	158
1. Elementos estatales	159
2. Elementos no estatales	161
2.1. Política y opinión pública	161
2.2. Sociedad civil	165
2.3. Otros actores	167
Bibliografía	168
Anexos	178
Anexo 1. Metodología	179
Anexo 2. Criterios para la selección de casos	181

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ANM: Asociación Nacional de Magistrados

APJO: Audiencia de Preparación de Juicio Oral

BRIDEC: Brigada Investigadora de Delitos Económicos

BRIDEF: Brigada Investigadora de Delitos Funcionarios

BRILAC: Brigada Investigadora de Lavado de Activos

CDE: Consejo de Defensa del Estado

CEJA: Centro de Estudios de Justicia de las Américas

CEP: Centro de Estudios Públicos

CGR: Contraloría General de la República

CPP: Código Procesal Penal

GAFISUD: Grupo de Acción Financiera para el Lavado de Activos y
Financiamiento del Terrorismo

LOCMP: Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

PEP: personas expuestas políticamente

SII: Servicio de Impuestos Internos

SQM: Soquimich

TC: Tribunal Constitucional

UAF: Unidad de Análisis Financiero

UDI: Unión Demócrata Independiente

ULDECCO: Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos
Económicos, Delitos Ambientales y Crimen Organizado

UNCAC: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción



RESUMEN EJECUTIVO

En 2018 y 2019 Espacio Público estudió la respuesta de los sistemas de justicia penal a casos connotados de corrupción de cuatro países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile y Guatemala. Para cada uno de esos países se realizaron estudios nacionales que con posterioridad dieron lugar a un informe comparativo. Todos los informes se refieren al tratamiento que se ha dado a los casos más relevantes ocurridos en los últimos años, por medio del análisis de los registros oficiales, la prensa y entrevistas a algunos de los actores principales que participaron en el desarrollo de los casos.

El objetivo de este estudio es identificar el comportamiento de las variables, esto es, de las circunstancias, reglas, prácticas o características de cada sistema de justicia penal que condicionan, favorecen o perjudican la entrega de una respuesta adecuada a los casos de corrupción que debe conocer, entendiendo que se suele tensionar a los sistemas de justicia penal por presiones derivadas del poder político o la influencia de las personas afectadas, y por la complejidad de las investigaciones, que en general tienen multiplicidad de imputados, abundante prueba documental y defensas altamente especializadas.

El propósito de este informe es rescatar la experiencia acumulada por el sistema de justicia penal chileno en este tipo de casos e identificar con la mayor precisión posible sus fortalezas y debilidades con el fin de proponer medidas orientadas a que en el futuro, frente a situaciones semejantes, el sistema supere las dificultades que ha enfrentado con motivo de estos casos.

En lo que respecta a Chile, el informe nacional se basó en los casos Fragatas, Penta, Soquimich (SQM), Corpesca y Basuras. A continuación, se presenta un resumen de los principales hallazgos y conclusiones organizados en los cuatro capítulos del informe.

Capítulo I: ámbito institucional

Hasta antes de la aparición de los casos objeto del análisis, específicamente, de aquellos vinculados con el financiamiento ilegal de la política, el nuevo sistema de justicia penal chileno, originado en la reforma de 2000, no había sido objeto de mayores debates en relación con la independencia de sus órganos. La persecución de los casos mencionados dio lugar a presiones hacia los fiscales, precisamente provenientes de los grupos políticos investigados.

Una de las estrategias de presión de los imputados consistió en la deslegitimación pública de la persecución, ya que, según ellos, estaba basada en razones políticas, pues precisamente se estaba investigando a la oposición del Gobierno de ese momento.

Otra de las maniobras para intentar aplacar al órgano persecutor se desplegó durante la selección del fiscal nacional en 2015. En este proceso, la última palabra la tiene el Congreso Nacional, donde justamente se encontraban los grupos políticos relacionados con los casos investigados. Por tanto, los candidatos al cargo habrían estado condicionados a las seguridades que pudieran dar respecto del cierre o la disminución del énfasis en el avance de los casos vinculados al financiamiento ilegal de la política.

La designación de Jorge Abbott al cargo de fiscal nacional fue cuestionada en esa oportunidad debido a diversas señales que emitió durante el proceso, así como también en el ejercicio de su cargo. El nuevo fiscal se mostró sensible a la queja de los senadores en el sentido de que los procesos contra parlamentarios alteraban las mayorías y distorsionaban la representación popular. El proceso de designación puso en evidencia el enorme poder que adquieren algunos senadores para condicionar la selección del fiscal. Dada la exigencia de dos tercios del Senado, bastaba con que uno o varios senadores con influencia en el área judicial se opusieran a un candidato para descalificarlo.

También se ha cuestionado que los fiscales adjuntos a cargo de los casos puedan ser objeto de presiones en tanto es posible que manejen su avance en relación con sus intereses de progreso profesional, ya sea dentro o fuera del Ministerio Público. Estos fiscales tienen gran autonomía operativa, ya que si bien es el fiscal regional quien toma las decisiones fundamentales, es difícil que lo haga en cada caso. A su vez, los fiscales regionales también ofrecen un flanco de presión vinculado a sus relaciones con las autoridades políticas regionales, las que en la práctica intervienen en su designación por medio de redes de influencia.

Un mecanismo por medio del cual los litigantes de las causas pueden poner trabas a la persecución penal son las denuncias administrativas de distinta índole, que habilitan a los fiscales regionales para abrir investigaciones administrativas, y para sustituir o reemplazar a los fiscales en las causas respectivas. Por ejemplo, pueden denunciar falta de objetividad y filtraciones de antecedentes.

En cuanto a las capacidades técnicas, las unidades especializadas de persecución penal del Ministerio Público (Unidad Especializada Anticorrupción y Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Ambientales y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional), centralizadas en la Fiscalía Nacional, han sido un buen apoyo, pero su efecto tiene limitaciones dado que no participan directamente en la tramitación de los casos.

Las fiscalías regionales constituyen el principal órgano de persecución penal anticorrupción. Por eso, para perseguir delitos complejos se han creado unidades especializadas que reúnen a los fiscales con más experiencia en este tipo de causas.

Si bien la Fiscalía Nacional imparte múltiples programas de capacitación a fiscales, no son suficientes, ya que la escasez de recursos impide cubrir todas las necesidades de capacitación en estos temas. No se dispone de procesos de capacitación institucional sistemáticos de mejoramiento continuo de las capacidades de los fiscales en estas materias. Hace falta recopilar las buenas prácticas y mantener una memoria institucional a partir de la experiencia acumulada en la persecución de estos casos, dado que cuando los fiscales con más experiencia en delitos complejos dejan de formar parte de los grupos de trabajo, se pierde la especialización.

La calidad del trabajo de los fiscales en delitos de persecución de casos de corrupción presenta problemas, aunque se identifican ciertas excepciones. Una de las causas de estas deficiencias es la endogamia en los procesos de reclutamiento y promoción. Como contrapartida a la falta de especialidad de los fiscales, resalta la buena preparación de los defensores privados en causas de corrupción, los que en general cuentan con abundantes recursos para llevar a cabo su labor.

La evaluación pública del Ministerio Público, reflejada en diversas encuestas, no era positiva desde antes del surgimiento de casos de corrupción. Si bien dichos casos podrían haber mejorado su imagen en razón de la efectiva persecución que se estaba produciendo, su evaluación no mejoró, probablemente debido a que se trata de percepciones muy generales en las que los delitos comunes siguen siendo predominantes para construir la imagen pública general sobre la institución.

El sistema de nombramiento de los jueces también es objeto de reparos debido a problemas de independencia derivados de la intervención de órganos como el presidente de la república, las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema y el

Senado. El conflicto que se suscita es que el proceso de selección en todos estos órganos no es transparente, sino que se desarrolla en reuniones informales y está interferido por intercambios de favores, padrinzagos y otras prácticas semejantes.

No obstante, el sistema judicial parece haber actuado con bastante independencia en los casos analizados, dado que no se conocen presiones concretas que hayan afectado su resolución ni las decisiones que les ha tocado tomar.

Los jueces de Garantía no estarían poniendo barreras u obstáculos irracionales o arbitrarios para la persecución de estos casos, sino que otorgan las solicitudes realizadas fundadamente por el Ministerio Público, a pesar de que los imputados sean parte del Gobierno o detenten altos cargos públicos.

La opinión pública puede imprimir cierta presión a las decisiones que emiten los jueces, ya que se generan altas expectativas al respecto. Por eso, se ha planteado que los jueces podrían haber tomado determinadas decisiones para conformar a la ciudadanía y mejorar sus pretensiones de ascenso, sobre todo en lo que respecta a solicitudes de prisión preventiva o a sentencias definitivas. Con todo, se trataría de un fenómeno común en el sistema, y no propio de este tipo de delitos.

Respecto de los jueces de tribunales superiores de justicia, se ha cuestionado su pérdida de independencia en algunas situaciones debido a que los partidos políticos constantemente tienden a deslegitimar públicamente la persecución penal de los casos estudiados. En este sentido, las críticas de la opinión pública hacia el Ministerio Público repercuten también en el Poder Judicial.

Un caso de posible amenaza a la independencia judicial surgió en el contexto del juicio oral relacionado con el caso Corpesca. El ministro de justicia, Hernán Larraín, aceptó, en un principio, declarar a favor de un exparlamentario imputado, Jaime Orpis. El problema es que dicho ministro participa en el ascenso de jueces, por tanto, su intervención no sería baladí. No obstante, la declaración no se concretó a solicitud del propio ministro.

En el contexto de los desafueros de parlamentarios imputados en los casos, se cuestionó que los jueces de tribunales superiores llamados a decidir han sido o serán probablemente evaluados por los mismos parlamentarios para potenciales ascensos en la carrera judicial.

Tradicionalmente se ha identificado como un problema para la independencia judicial interna la existencia de un sistema jerárquico exacerbado que les da a los superiores, especialmente a los integrantes de la Corte Suprema, demasiadas atribuciones respecto de sus subordinados (calificaciones, control disciplinario, designaciones y promociones, además de la revisión de resoluciones). Sin embargo, este tema no apareció a propósito de los casos estudiados, salvo cuando las redes de influencia que pudiesen funcionar para designar a jueces superiores podrían también afectar a jueces inferiores que no quisieran de ningún modo incomodar a quienes, a su vez, deben ser objeto de apoyo por parte del Senado.

En general, no se detectó la presencia sistemática de prejuicios o compromisos en los jueces que pudieran favorecer de cualquier modo a las partes en disputa, ni que ello haya tenido impacto en la resolución de casos de corrupción.

En cambio, sí se cuestionó la influencia que podrían tener en los jueces las relaciones con ciertos abogados de prestigio que litigan en los casos a favor de los imputados. En ocasiones, ellos han sido profesores de jueces en diversos cursos. Ese tipo de relaciones podría generar predisposiciones favorables de los jueces al momento de tomar sus decisiones, pero, nuevamente, se trata de un problema que se produciría en otros tipos de casos también.

En Chile no existen tribunales destinados a conocer especialmente sobre casos de corrupción. La Academia Judicial no prepara específicamente sobre la materia, pero sí imparte algunos cursos de especialización.

Tradicionalmente, las cifras de confianza pública en el Poder Judicial han sido bajas, lo que aparentemente se vincula al temor de la población a los delitos comunes y a la percepción de que los jueces son blandos con ellos. En ese contexto, vale la pena resaltar que la persecución de la corrupción parece haber generado una expectativa positiva, pero que finalmente no se tradujo en una mejora sustantiva de la percepción.

En cuanto al trabajo policial, la Brigada Investigadora de Delitos Funcionarios (BRIDEF) de la Policía de Investigaciones (PDI) es la principal encargada de ejecutar las investigaciones en casos de corrupción, aunque también participan ocasionalmente otras brigadas de la institución, como la Brigada Investigadora de Delitos Económicos (BRIDEC) y la Brigada Investigadora de Lavado de Activos (BRILAC), y el OS-9 de Carabineros de Chile.

Respecto de la BRIDEF, se valora su labor en la investigación de los delitos de corrupción, en especial por su independencia y la reserva con la que se han manejado los casos. Es una unidad pequeña para la demanda de investigaciones que existe, lo que explica que otras brigadas de la institución y Carabineros tomen parte, las cuales también son bien valoradas por los actores del sistema.

La OCDE informó que la policía chilena está poco especializada en algunas materias específicas relacionadas con delitos de corrupción, tales como contabilidad forense, información tecnológica, investigaciones corporativas y modelos de prevención de delitos. Otros actores del sistema expresaron opiniones similares en la presente investigación.

El principal problema que enfrentó la persecución en los casos Penta, Soquimich y Corpesca fue que, de acuerdo con la ley, para ser perseguidos, los delitos tributarios requieren de una denuncia o querrela previa del Servicio de Impuestos Internos (SII). Este requerimiento fue una traba para las pretensiones de persecución del Ministerio Público, en tanto dependía de otro organismo para llevar adelante la investigación.

El hecho de que el SII sea un órgano dependiente del Poder Ejecutivo permitió que este pudiera detener las investigaciones, a lo menos en cuanto a no iniciar nuevos casos con la evidencia disponible. Ante la negativa de los funcionarios del servicio de abandonar sus criterios tradicionales de persecución penal de los casos, el Gobierno cambió al director del SII y designó a un funcionario que manifestó con toda claridad que el servicio no presentaría nuevas querellas salvo en casos excepcionales, lo que afectó no solo los casos nuevos, sino también algunos de los que ya estaban siendo perseguidos por el Ministerio Público, pero en que aparecen mencionadas nuevas personas o nuevos hechos. El director en cuestión fue mantenido por el nuevo Gobierno, de orientación política contraria, situación inédita en nuestro país, lo que pudiera leerse como un consenso de un sector relevante de la clase política por detener estas investigaciones.

Capítulo II: ámbito procesal y operativo

La legislación penal y procesal penal vigente en Chile no establece ninguna herramienta especial para investigar delitos de corrupción, lo que contrasta con el establecimiento de medidas especiales para otro tipo de delitos, como los relacionados con drogas, armas, lavado de activos, etcétera.

Si bien se dispone de una regulación para la protección de denunciantes, todos los especialistas y la evidencia disponible dan cuenta de que es muy insatisfactoria y que se debe revisar en forma urgente.

La legislación procesal penal chilena tampoco contempla una acción popular como regla general para la persecución de los delitos. Sin embargo, en determinados casos se acepta algo similar, por ejemplo, cuando se afecta la probidad de funcionarios públicos. Por lo mismo, se apreció una intervención intensa de los querellantes en los casos analizados. Se percibe un aporte real de los querellantes institucionales, tales como el Consejo de Defensa del Estado (CDE); sin embargo, hay una percepción negativa de otros querellantes, como los que provienen del mundo político. Dentro de los problemas principales se detectó que son fuente de las numerosas filtraciones que ocurrieron en estos casos; que generaron dificultades para negociar entre fiscales e imputados; que hubo casos de querellantes “topo”, que más bien se insertan para jugar en favor de los imputados; y que hubo aprovechamiento político de la exposición mediática de estos hechos.

En general los jueces no ponen trabas arbitrarias a la autorización de medidas intrusivas, sino que plantean exigencias razonables para otorgarlas. Un problema surgió a propósito de las interceptaciones telefónicas en casos de cohecho, dado que este delito contemplaba una pena que no permitía solicitar dicha medida. Actualmente este escollo estaría superado en virtud de las recientes reformas a los delitos de corrupción y del desarrollo de la jurisprudencia.

Respecto de la regulación del secreto bancario, existe una gran dispersión normativa y procedimental, lo que puede identificarse como un problema operativo, puesto que agrega obstáculos al ente persecutor al momento de requerir antecedentes para llevar adelante la investigación. La OCDE informó que los bancos pondrían trabas luego de que se les ordena remitir los antecedentes de secreto bancario por orden judicial; un tiempo excesivo en la respuesta (entre uno y tres meses); información incompleta; documentos entregados en forma impresa en lugar de en formato electrónico; información fragmentada de diferentes sucursales del mismo banco, y falta de medidas para mantener la confidencialidad de la información allegada al proceso.

Al parecer, las abundantes filtraciones de antecedentes de los casos no han tenido un impacto relevante en términos de obstaculizar o impedir las investigaciones.

No está claro de dónde provendrían las filtraciones. Se han encontrado indicios de que habrían surgido del Ministerio Público, de los querellantes, de los imputados e incluso de los mismos funcionarios del Poder Judicial. Las ganancias estratégicas o comunicacionales serían las razones por las cuales ocurrieron estas situaciones. No existe evidencia de que las filtraciones provengan de las policías, las que habrían actuado con adecuados estándares de reserva.

Un posible riesgo de las filtraciones es que generen relaciones viciosas entre el funcionario que filtra y el sujeto que recibe la información, dado que abre un canal de favores recíprocos que luego es difícil de controlar. Otro problema surge cuando las filtraciones han emanado de fiscales para generar una opinión pública favorable al elevar las expectativas, que luego se ven frustradas cuando los casos no concluyen de la manera esperada.

Por otra parte, los fueros de los parlamentarios imputados han tenido el claro efecto de retrasar las causas. En la práctica, el procedimiento de desafuero alarga los tiempos en los casos de corrupción entre seis meses y un año. Además, produce otros problemas, tales como la “desalineación” de la investigación cuando hay imputados con fuero y otros que no lo tienen, lo que lleva a una conducción desordenada de las investigaciones; también se genera, muy tempranamente, un entorno de descubrimiento de la estrategia de la Fiscalía a favor de los parlamentarios investigados, lo que los deja en una mejor posición para preparar su defensa en contraposición al resto de los imputados sin fuero; desde el punto de vista del fiscal, puede ser útil contar con un pronunciamiento favorable respecto del fuero para la solicitud de medidas intrusivas e incluso cautelares.

En las causas analizadas se identifican los escollos generales de la prueba pericial: falta de especialización en disciplinas forenses, es decir, áreas en las que no se dispone de comunidades profesionales especializadas o son muy débiles; problemas de diseño y ubicación institucional de las unidades que producen prueba pericial, hoy repartidas en varias agencias y con estándares de funcionamiento y control muy diversos; escasos recursos y demoras significativas en las entregas de resultados en diversas áreas, con lo que la prueba pericial se transforma en el cuello de botella del sistema; los controles de calidad de las comunidades disciplinares son escasos o nulos, al igual que el control ético del ejercicio de la función en la mayoría de las disciplinas.

Un problema especialmente importante radica en los organismos encargados de los peritajes sobre evidencia digital, dado que los tiempos para su confección son extensos, lo que se constituye muchas veces en la razón de la demora de la investigación de los casos.

Se ha identificado una tendencia a utilizar el recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional más allá de su objetivo original, como un mecanismo para dificultar y demorar los procesos en delitos de corrupción. Esta pareciera ser una cuestión generalizada que va más allá de este tipo de casos.

La cooperación internacional no ha sido intensa en los casos analizados dado su origen local. Pero cuando ha sido necesaria, las vías informales de cooperación han sido más eficaces que las formales, que son más burocráticas y lentas.

La cooperación del imputado no está regulada de modo especial para los casos de corrupción. Existe una norma general, contemplada en el artículo 11, N° 9, del Código Penal, sobre colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos. Pero no es una facultad que les permita a los fiscales hacer ofertas atractivas desde el punto de vista de la magnitud y certeza del premio que se le entrega al imputado que colabora. No obstante, su reconocimiento en el marco de los procedimientos abreviados les permite a los fiscales otorgar algún nivel de beneficio al imputado que entrega información.

A partir de la experiencia en los delitos analizados, la Ley 21.121 estableció un sistema de cooperación eficaz que definió mejor los alcances de una colaboración sustancial. No obstante, continúa siendo muy limitada, dado que es una atenuante que puede o no ser aplicada por el tribunal y que contempla una amplia exclusión de potenciales beneficiarios. En todo caso, solo rige a futuro y no sirve como instrumento para los casos analizados.

Respecto de los procedimientos abreviados y de las suspensiones condicionales del procedimiento (SCP), ampliamente utilizados en los casos estudiados, se identificó que su objetivo central era obtener alguna respuesta o reacción de corte punitivo, y no ser usadas como herramientas estratégicas para construir otras investigaciones o casos.

En un principio se observó que el Ministerio Público otorgaba salidas alternativas a imputados que podrían considerarse accesorios o secundarios en los casos,

como los que contribuían con la emisión de boletas ideológicamente falsas; pero, a poco andar, pasó a concederse a las principales figuras imputadas. Estos casos generaron cuestionamientos acerca de la forma como el Ministerio Público toma sus decisiones y mostraron un apartamiento del criterio establecido de usar la SCP de manera excepcional.

Se identificaron varios factores adicionales que condujeron a elegir esa salida en vez de una persecución penal tradicional o procedimientos abreviados: una mala posición negociadora del Ministerio Público, en razón de las bajas amenazas de pena; las atenuantes que podían beneficiar a los imputados, y la posibilidad cierta de una forma alternativa al cumplimiento de la pena en libertad.

La concesión de suspensiones condicionales a algunos de los principales involucrados proyectó también estándares y expectativas más allá de esos casos, con lo cual otros imputados invocaron un tratamiento igualitario en casos similares. En esta materia, se detectó una enorme disparidad de criterios y discrecionalidad en las distintas fiscalías regionales para decidir si usar este tipo de salidas. Aparentemente, no ha existido una decisión institucional orientada a encauzar estos casos con criterios similares más allá de la existencia de instructivos formales.

Los procedimientos abreviados ofrecen una respuesta más favorable para la persecución penal de estos delitos, ya que concluyen siempre con una condena, aun cuando no se trate de penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo. Una razón que puede haber afectado su uso ha sido que no se dispone de una regulación ni de una práctica robusta para formalizar los acuerdos de modo que garanticen los resultados comprometidos en la negociación.

Hubo polémica cuando el Ministerio Público recurrió a la reformalización, en la medida en que no solo se usó para agregar hechos a la formalización original, sino también para limitarla. En el caso Penta, esta práctica se utilizó para excluir la participación y control de los querellantes frente a las decisiones del fiscal. Esta maniobra fortaleció las dudas acerca de la voluntad real de perseguir con intensidad estos delitos.

La tendencia general en los casos estudiados es un uso acotado de la prisión preventiva, lo que podría explicarse por las bajas penas asociadas a los delitos perseguidos y por el hecho de que los imputados cuentan con recursos para contratar defensas fuertes.

En los casos en que se decretó prisión preventiva se detectaron algunos elementos comunes, como la gravedad de la pena asignada a los delitos originalmente imputados, la suma y reiteración de hechos, y la presión de la opinión pública.

Las medidas de prisión preventiva no superaron los dos meses. Además, una vez revocada, se sustituyó por arresto domiciliario total, y luego se fue “ablandando” la medida, que pasó a arresto domiciliario nocturno, arraigo nacional, y la mayoría concluyó con firma mensual.

Pareciera que la función central de la prisión preventiva ha sido una pena simbólica destinada a satisfacer a la opinión pública más que a las reales necesidades cautelares. No obstante, la amenaza de prisión sí jugó algún rol en las negociaciones para facilitar los procedimientos abreviados.

La excepción es que los imputados hayan sido llevados a juicio oral en procedimiento ordinario. La mayor cantidad de casos se está resolviendo en procedimientos especiales, salidas alternativas u otras vías como los sobreseimientos o la decisión del Ministerio Público de no perseverar. Hasta la fecha todas las sentencias dictadas en juicio oral han sido absolutorias, salvo la del caso Fragatas respecto de un único imputado, Víctor Lizárraga, quien fue finalmente condenado por la figura de cohecho a funcionario público internacional.

Los casos por delitos funcionarios que llegan a juicio oral duran en promedio mucho más que el resto de los delitos. Las cifras del Ministerio Público señalan que los delitos funcionarios con juicio oral toman 825 días en promedio, versus los 545 días del resto de los delitos, es decir, son un 51% más largos. En concreto, los juicios orales de estos casos duran muchos meses, lo que dificulta su resolución. Las razones de la excesiva extensión de los juicios dicen relación con la innecesaria lectura de muchos documentos, la práctica de los jueces de tomar notas detalladas, el horario restringido de los tribunales y el exceso de formalidades procesales.

Una posible razón de la alta absolución de imputados es la baja preparación de los fiscales, en contraste con las preparadas defensas de los imputados. Otra razón sería que para estos delitos los jueces tienen exigencias probatorias especialmente altas. En el caso Basuras, las absoluciones habrían sido favorecidas también por la decisión judicial de separar el caso en varios juicios.

Otra de las causas de los juicios excesivamente largos es el inadecuado funcionamiento de la audiencia de preparación del juicio oral, que suele durar poco y donde no se discuten a fondo las cuestiones probatorias necesarias para una buena preparación del juicio. Además, en general los jueces no solicitan información adicional al momento de admitir o no la prueba presentada. A todos estos inconvenientes subyacen déficits en la regulación legal, problemas de cultura legal y falta de incentivos para los jueces de Garantía, ya que no se benefician de tener un juicio mejor preparado. No obstante, se registran algunas experiencias positivas de coordinación previa entre jueces y litigantes, en el caso de algunos jueces más proactivos, que se habrían traducido en mejores resultados en casos específicos.

Capítulo III: ámbito penal sustantivo

Los tipos penales de cohecho y soborno han sido problemáticos debido a deficiencias en la descripción de la conducta típica y a las bajas penas establecidas. El problema para tipificar estos delitos se relaciona con las exigencias contenidas en los tipos penales, difíciles de probar y que abren muchas posibilidades de plantear defensas exitosas, aun en casos en que el mal comportamiento del funcionario público es evidente, especialmente cuando se necesita establecer un vínculo entre el beneficio otorgado por el privado al funcionario y los favores realizados por este último. Además, fue especialmente conflictivo para la persecución determinar cuáles eran los deberes propios del cargo de parlamentario que se infringían, ya que no existían reglas precisas.

La legislación no sancionaba la captura de funcionarios públicos cuando se les entregaba un beneficio económico sin un propósito específico, incluso de manera permanente.

La reforma de 2018 (Ley 21.121) cambió los tipos penales. Ahora basta con que una persona ofrezca un beneficio económico para que se entienda consumado el delito; a lo menos para el tipo básico de cohecho por el lado del funcionario es suficiente la solicitud del beneficio económico. Se eliminó la exigencia de relación causal para configurar el delito.

Las bajas penas asociadas a los delitos de cohecho y soborno influían en la persecución de varias maneras, por ejemplo, en la imposibilidad de solicitar medidas

de investigación como la intervención telefónica o cautelares como la prisión preventiva. Además, las atenuantes permiten bajar aún más las sanciones y estas siempre se podían reemplazar por penas alternativas a la privación de libertad. La reforma subió las penas y estableció una escala de gravedad dependiendo de las circunstancias del hecho.

El delito de lavado de activos se reformó mediante la Ley 20.818 mientras estaba comenzando el desarrollo judicial del caso Penta. Antes de la reforma, la ley de lavado de activos contemplaba penas que iban de los cinco años y un día hasta los quince años. La reforma estableció un límite de proporcionalidad que favoreció a los imputados.

Capítulo IV: otros elementos

A pesar de que en 2003 se dictó la Ley 19.913 que creó la Unidad de Análisis Financiero y le entregó diversas facultades para prevenir el lavado de activos, esta unidad no parece haber cumplido un rol significativo en los casos analizados.

En los casos Corpesca, Penta y SQM, la prensa informó permanentemente de cada una de las decisiones por medio de noticias destacadas e información detallada acerca de lo ocurrido. A su vez, las partes involucradas, principalmente los imputados y sus asociados políticos, utilizaron los medios para difundir sus planteamientos y convocar el apoyo del público en favor de sus visiones.

La defensa mediática de los imputados logró instalar, al menos en la comunidad legal, la noción de que los casos no tenían demasiado futuro, lo que a su vez tuvo un impacto importante en el ámbito judicial, dado que paralelamente se fueron instalando interpretaciones y criterios legales orientados a disminuir la gravedad de los hechos.

La presión pública y el escrutinio permanente de los casos fue relevante, especialmente en las primeras etapas de los casos Corpesca, Penta y SQM, ya que en algunos actores del sistema judicial, especialmente fiscales, se generó una sensación importante de respaldo público a su trabajo.

Además, la transmisión de audiencias y la exposición pública de estos casos fue probablemente decisiva en las decisiones del proceso. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en Penta y la prisión preventiva de sus principales imputados.

No existió un gran proceso de movilización popular que acompañara la persecución de estos hechos, lo que no implica que no hayan tenido impacto. La sociedad civil participó a través de ONG que mantuvieron opiniones y querellas respecto de los casos.

La población se mantuvo informada a través de los medios de comunicación y participó manifestando molestia y rechazo a los fenómenos de corrupción a través de redes sociales y encuestas. De esta forma, la corrupción se convirtió en una de las principales preocupaciones de la ciudadanía. La presión pública permitió que se dieran las condiciones para reformar aspectos de la institucionalidad que la hacían vulnerable a la corrupción.

El Poder Ejecutivo y el Congreso persiguieron estos casos mediante algunas acciones que pudieron dificultar el avance de las investigaciones en los casos vinculados al financiamiento ilegal de la política. Al mismo tiempo, ambos actores realizaron cambios legislativos que favorecen la persecución de la corrupción para casos futuros, aunque no es todo lo vigorosa que habrían esperado los organismos de la sociedad civil.



INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno recurrente en América Latina y representa uno de los principales desafíos para las democracias de la región. Cuando se dan a conocer escándalos de corrupción, suelen producirse diversas reacciones, que van desde la conmoción social hasta un debate institucional acerca de las medidas que deben tomarse para evitar que situaciones como estas ocurran a futuro. El papel del Estado en la sanción de estas conductas y en el desarrollo de los procesos penales contra los involucrados es clave. A pesar de los múltiples hechos de corrupción que ha debido enfrentar la región, aún son pocos los sistemas judiciales que están en condiciones de dar una respuesta efectiva que se traduzca en sanciones que se condigan con la gravedad de los hechos de que se trata. Por ello, en diversas partes de América Latina la impunidad de estos delitos sigue siendo un problema importante.

Chile ha pretendido ser una excepción a la tendencia general descrita. Durante mucho tiempo se consideró que los niveles de corrupción eran muy bajos y, en consecuencia, tampoco fue objeto de mayor atención el sistema destinado a perseguir esos delitos. No obstante, durante la última década salieron a la luz una serie de hechos de corrupción que pusieron a prueba al sistema de justicia criminal en su conjunto. A su vez, la justicia criminal chilena había sido objeto de un gran proceso de reforma y fortalecimiento, que no fue motivado por el problema de la corrupción, cuyas expresiones principales estuvieron constituidas por la creación del Ministerio Público de 1999 y la dictación de un nuevo Código Procesal Penal (CPP) que estableció un proceso de carácter acusatorio y que se puso en marcha en forma gradual en 2000². En consecuencia, el surgimiento de casos de corrupción constituyó un nuevo fenómeno criminal, a lo menos en términos de su importancia relativa respecto de períodos anteriores, que debió ser abordado por un nuevo sistema institucional.

Hoy, una vez concluidos muchos de los procesos por corrupción y encontrándose otros cercanos a su término, es posible examinar el funcionamiento del sistema de justicia penal y realizar una primera evaluación de sus resultados.

En ese contexto se enmarca esta investigación, cuyo objetivo fue identificar y evaluar las diversas variables³ legales, procedimentales e institucionales que han condicio-

² Sobre la historia y resultados de los primeros diez años del proceso de transformación de la justicia penal en Chile, ver Duce, 2011: 23-75.

³ En este informe se entiende por variable aquel elemento que puede contribuir o dificultar el objetivo que se describe en cada uno de los casos. La dificultad puede provenir de la ausencia del elemento en cuestión en el sistema de estudio, de su errónea regulación, de

nado, beneficiado o perjudicado la posibilidad del sistema de justicia penal chileno de responder al desafío que representó el surgimiento de un importante número de casos de corrupción en los años recientes. Se determina cómo ha operado en la práctica a partir del estudio de casos emblemáticos de corrupción ocurridos en Chile y del funcionamiento general del sistema de justicia criminal nacional.

Cabe tener presente dos puntos centrales. Primero, que los sistemas de justicia penal son complejos, objeto de múltiples demandas y expectativas sociales, y que pueden evaluarse desde múltiples perspectivas. Este trabajo se plantea desde una de las tantas posibles, esto es, entender el sistema de justicia penal como un conjunto de instituciones y reglas que deben ser capaces de investigar y juzgar los casos de corrupción política de modo oportuno, ajustado a la legislación y con resultados creíbles para la población, de modo que produzcan una serie de efectos sociales que contribuyan al buen funcionamiento de un sistema democrático, como la prevención de futuros casos de corrupción y la legitimación del sistema institucional por medio de la reafirmación de sus principios básicos, uno de los cuales es el de igualdad en la aplicación de la ley penal⁴.

El segundo punto central es que este estudio se plantea desde una premisa que en otro contexto pudiese ser objeto de debate, pero que en este caso es un punto de partida: que detrás de los casos estudiados existen situaciones graves de corrupción, en el sentido de que son prácticas ilegales que afectan valores importantes del sistema político, tales como un sistema de financiamiento transparente o la independencia de los parlamentarios de determinados intereses económicos⁵. La premisa no exige reconocer que todas las imputaciones formuladas sean verdaderas, ni que cada uno de los imputados haya sido declarado culpable, sino solo que existió un problema importante, que tuvo expresiones delictivas y respecto de las cuales un sistema de justicia penal debiese poder responder apropiadamente, esto es, investigar y esclarecer los hechos, juzgarlos con independencia e imparcialidad,

su mal uso práctico o de otras circunstancias. A su vez, su contribución puede deberse a una adecuada regulación o uso. Si durante la investigación se identifica un movimiento en alguno de los sentidos descritos, se trata de un hallazgo. Las variables estudiadas se agruparon en cuatro ámbitos en razón de sus características en común.

⁴ Lo anterior no se opone al reconocimiento de los otros valores a que el sistema de justicia penal debe también propender y que pueden ser objeto de evaluación, por ejemplo, la vigencia de las garantías individuales de las personas sometidas al proceso penal. Sin perjuicio de ello, conviene clarificar que en este estudio el énfasis no es ese, sino la pregunta acerca de la eficacia del sistema respecto de los delitos de corrupción.

⁵ Reconocemos diversas definiciones sobre *corrupción*, por ejemplo, la de Transparencia Internacional, que la define como el *abuso del poder para beneficio propio* (Transparency International, 2009). Para los efectos de esta investigación se decidió alejarse de estos conceptos más técnicos por razones operativas.

y determinar decisiones finales que sean capaces de producir un grado razonable de aceptación por parte de la ciudadanía.

Para el cumplimiento de los objetivos planteados, se llevó adelante una investigación de corte empírico que consistió en el estudio de cinco casos de corrupción seleccionados como representativos de distintos tipos de procesos en la materia⁶, y en la realización de entrevistas semiestructuradas a dieciséis personas con experiencia en el sistema penal nacional, en su mayoría vinculadas a los casos de corrupción seleccionados en distintos roles⁷. Estas entrevistas se efectuaron en mayo y julio de 2019. Se agrega a esta información la proveniente de la revisión de literatura sobre corrupción disponible en Chile, sobre la legislación penal y procesal penal relevante, estadísticas de diverso tipo y publicaciones de prensa que dan cuenta del desarrollo de los casos seleccionados como foco de estudio. Este conjunto de fuentes permite reconstruir las prácticas concretas con que el sistema de justicia penal chileno lidia con los casos de corrupción, de manera de identificar fortalezas y debilidades que permitan hacer recomendaciones de mejora.

Para evaluar el comportamiento del sistema e identificar sus fortalezas y debilidades se examinaron casos graves en que hubiera elementos de prueba significativos. Los investigadores de este estudio revisaron en detalle todos los casos mencionados, junto a otros que también fueron importantes en la última década, luego de lo cual seleccionaron los más apropiados para caracterizar el sistema de justicia penal, sobre la base de una serie de criterios⁸ que apuntan a incluir solo aquellos casos en que existan comportamientos delictivos relevantes.

⁶ Se trata de los casos Fragatas, Basura, Corpesca, Penta y Soquimich (SQM). El primero involucró al Ejército de Chile, respecto de entrega de información privilegiada a empresas proveedoras de material bélico, pago de coimas y lavado de activos. En el segundo se investigó a alcaldes y funcionarios de cuatro comunas de Santiago por la supuesta entrega de dineros de empresas privadas de basura a cambio de ser favorecidos en licitaciones en las que participaron, así como la emisión de boletas por servicios que nunca se prestaron. En el tercer caso, por pagos indebidos de la empresa Corpesca a parlamentarios y un ministro de Estado con el propósito de influir en la discusión del proyecto de ley de pesca; también se investigaron situaciones de fraude al fisco por parte de un senador y sus colaboradores. Por último, en los casos Penta y SQM se investigaron distintas irregularidades, como el financiamiento ilegal de campañas políticas por parte de grupos empresariales a través de boletas ideológicamente falsas, lo que a su vez implica la comisión de delitos tributarios; hechos de soborno, cohecho y enriquecimiento ilícito. Estos casos fueron seleccionados en diciembre de 2018, por tanto, los escándalos de corrupción que se dieron a conocer con posterioridad o que a la fecha de la selección se encontraban en una etapa demasiado inicial, no fueron considerados. Una explicación más detallada de los casos, con diversa información técnica de su desarrollo, se encuentra en el Anexo 1 de este informe.

⁷ Cuatro mujeres y once hombres, quienes han cumplido o cumplen funciones de fiscales del Ministerio Público, jueces, defensores, querrelantes y policías. Todos los entrevistados serán citados en género masculino y con un número y la fecha de la entrevista, con el propósito de salvaguardar su anonimato. Se agrega como una excepción una entrevista a una persona en una materia muy específica de esta investigación.

⁸ Los criterios utilizados para la selección de los casos de estudio pueden encontrarse en el Anexo 2 de este informe.

Introducción

Cabe señalar que este texto corresponde al informe chileno de una investigación financiada por la Fundación Tinker, que se ha realizado en otros tres países de América Latina: Argentina, Brasil y Guatemala. Cuando todos sean completados, se publicarán junto a un estudio comparativo y a un conjunto de recomendaciones de política pública a partir de las lecciones aprendidas en los casos estudiados. Todos los estudios se realizaron siguiendo una metodología común.

El presente documento se estructura en cuatro capítulos que representan los ámbitos en los que se agruparon las variables objetos de estudio, a saber: 1) institucional, 2) procesal y operativo, 3) penal sustantivo y 4) otros elementos externos. A su vez, cada capítulo se compone de secciones que representan las variables analizadas, y en cada una de estas se da cuenta de los hallazgos respectivos. Al final del texto se adjuntan anexos con información para adentrarse en los casos objeto de investigación y la metodología de trabajo utilizada.

Este informe no pretende cubrir todos los aspectos de funcionamiento del sistema de justicia penal en estos delitos, dado que se trataría de una tarea inabordable, ni tampoco sostener que todos los hallazgos son definitivos y no puedan ser objeto de discusión. La idea es avanzar, con evidencia que no está disponible a la fecha, en construir una imagen de las prácticas del sistema que permitan comprender mejor sus debilidades y fortalezas. También es importante que, a partir de los hallazgos presentados, se puedan desarrollar investigaciones de corte empírico que complementen y profundicen los resultados de este informe.



CAPÍTULO I

Ámbito institucional

En este capítulo se analizan las variables que inciden en la persecución y sanción de los delitos de corrupción asociadas al diseño y prácticas de las principales instituciones que integran el sistema de justicia penal chileno. En primer lugar, se examina al Ministerio Público, luego al Poder Judicial y, finalmente, a organismos que apoyan el trabajo de investigación y/o persecución penal. En este último ámbito la mirada estará puesta en las policías y el SII. Debe tenerse presente que en este capítulo solo se revisarán los aspectos institucionales estructurales del sistema, a pesar del impacto operativo de todos los puntos aquí tratados. Las cuestiones operativas se revisan en el Capítulo II: ámbito procesal y operativo.

1. Ámbito institucional: órgano persecutor (Ministerio Público)

Se incluyen en esta sección todas las variables investigadas relacionadas con la capacidad institucional instalada y la respuesta concreta que está en condiciones de dar el Ministerio Público para perseguir penalmente los delitos de corrupción y buscar la sanción efectiva de la comisión de estos hechos, de un modo autónomo y objetivo, generando legitimidad de sus decisiones en el público.

La exposición se divide en tres secciones, comenzando por autonomía del Ministerio Público, especialidad e idoneidad, para terminar con aspectos vinculados a la imagen y confianza pública en la institución. En cada una se expondrán los principales hallazgos.

1.1. Autonomía del Ministerio Público en Chile

El Ministerio Público chileno es un órgano joven cuyo estatuto constitucional le encomienda la función de perseguir los delitos frente a los jueces (Duce y Riego, 2007: 539-560)⁹. Desde su origen, la autonomía de los fiscales ha sido objeto de preocupación pública, que en su creación se buscó garantizar estableciéndolo como órgano autónomo o extrapoder, es decir, sin dependencia de ningún otro órgano del Estado (Duce, 2000: 10-17).

⁹ El Ministerio Público chileno se encuentra regulado en el capítulo VII de la Constitución Política de Chile (artículos 83 a 91), introducido por la Ley 19.519 de septiembre de 1997 y por su Ley Orgánica Constitucional 19.640 de octubre de 1999 (en adelante LOCMP). Para una explicación general de su orgánica y evaluación, ver Arellano *et al.*, 2017: 81-97.

1.1.1. Presiones externas

Antes de que surgieran los casos analizados en este informe, la autonomía de los fiscales para perseguir los delitos no dio lugar a mayores problemas en la práctica, salvo situaciones excepcionales que se resolvieron sin suscitar grandes debates¹⁰.

No obstante, algunos de los casos objeto de este estudio cambiaron este escenario. Debido a su impacto público, se generó tensión entre las actividades del Ministerio Público para perseguir los delitos de financiamiento ilegal de la política y los sectores afectados, precisamente porque, como contrapartida a la persecución penal, los grupos investigados reaccionaron deslegitimando la persecución penal por considerar que tenía claros tintes políticos: solo se perseguía a aquellos sectores no vinculados al Gobierno de la época.

Así, desde el inicio se observó la estrategia de comparar lo que ocurría penalmente con los imputados de sectores políticos de oposición, como los del partido Unión Demócrata Independiente (UDI) versus aquellos que pertenecían a la coalición de izquierda denominada Nueva Mayoría, en el Gobierno¹¹. Esto se tradujo en diversas denuncias de otros delitos que involucraban a personas del Gobierno¹². Esta línea de críticas tuvo su máxima expresión cuando se descubrió un caso que involucraba al hijo de la presidenta Michelle Bachelet¹³.

De esta forma, se fue construyendo un relato que asoció las investigaciones penales a una persecución política. Por ejemplo, en mayo de 2015, tras la querrela que el SII interpuso contra Jovino Novoa, exlíder de la UDI, en el marco del caso Penta-SQM, en la que se le imputaban delitos tributarios referidos a la facilitación de facturas y boletas de honorarios ideológicamente falsas, a la evasión del impuesto

¹⁰ En 2005 la fiscal regional de La Araucanía fue removida en una estrecha votación por la Corte Suprema a solicitud del fiscal nacional, por no haber perseguido con diligencia un caso de abuso sexual contra menores de edad perpetrado por un senador de gran influencia en la región. Ver Emol, "Suprema remueve a fiscal de Temuco Esmirna Vidal", 20 de junio de 2005, www.emol.com/noticias/nacional/2005/06/20/186062/suprema-remueve-a-fiscal-de-temuco-esmirna-vidal.html

¹¹ La columna de Daniel Matamala en *La Tercera*, "Máscaras de carnaval", del 21 de septiembre de 2019, se refiere a que las dos grandes coaliciones políticas de Chile estuvieron involucradas en hechos de "financiamiento irregular" de la política, y resalta la hipocresía de aquellos que utilizaron el SII para favorecer la impunidad y la negación de que aquellos hechos fueran corrupción. En www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/mascaras-de-carnaval/B30032

¹² La Izquierda Diario, "UDI insiste en empatar: pedirán antecedentes a EE.UU. por caso Yate", 19 de enero de 2015, www.laizquierdadiario.cl/UDI-insiste-en-empatar-pedir-an-antecedentes-a-EE-UU-por-caso-yate

¹³ Analistas políticos como Roberto Izikson señalaron que esta era la oportunidad de la UDI y RN para instalar la idea de que los delitos investigados, como el financiamiento irregular, era transversal en la política. Ver Macarena García Lorca, "Tambalea estrategia de la UDI en caso Penta y aumenta la presión por señales políticas", *El Mostrador*, 20 de febrero de 2015, <https://m.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/02/20/tambalea-estrategia-de-la-udi-en-caso-penta-y-aumenta-la-presion-por-senales-politicas/>

a las donaciones y a la presentación de declaraciones impositivas maliciosamente incompletas o falsas, se sostuvo por medio de una declaración pública:

Denunciamos que el señor Jovino Novoa, dirigente de nuestro partido y expresidente del Senado, es hoy víctima de una persecución política. Ha recibido un trato discriminatorio y se han tergiversado los hechos a su respecto. Mientras ello ocurre, se deja de investigar el financiamiento irregular para la Nueva Mayoría por centenares de millones de pesos... denunciamos la intervención de autoridades superiores del Gobierno sobre el Servicio de Impuestos Internos para proteger a políticos de su sector¹⁴.

Luego, tras el desafuero de Iván Moreira, también senador de la UDI, en la prensa de la época se leían declaraciones que alegaban un abuso político de la Fiscalía: "Sabemos que es una cuestión política, no es necesario que me haga la víctima, que hay persecución, todos sabemos que aquí hay un abuso, una desprolijidad, una arbitrariedad, un abuso político de parte de la Fiscalía, porque tuvo dos años para haber requerido cualquier cosa de mí"¹⁵.

Con el tiempo, la deslegitimación a la persecución fue transformándose en un discurso transversal, que se constituyó en la defensa pública de la mayoría los políticos investigados. Así, Marta Isasi, en el contexto del caso Corpesca, alegó un intento por enlodar su imagen en un año electoral¹⁶. Marco Enríquez-Ominami, a través de una declaración pública, señaló que las investigaciones en su contra eran un intento por manchar el proyecto político progresista que él representaba¹⁷.

¹⁴ María Cristina Romero, "UDI acusa 'persecución política' y 'trato discriminatorio' contra Novoa tras querrela del SII", Emol, 22 de mayo de 2015, www.emol.com/noticias/nacional/2015/05/22/718107/declaracion-publica-de-la-udi-y-jovino-novoa-por-formalizacion-en-caso-penta.html

¹⁵ ADN Radio, "Moreira tras desafuero: 'Aquí hay un abuso político de parte de la Fiscalía'", 24 de mayo de 2017, www.adnradio.cl/noticias/nacional/moreira-tras-desafuero-aqui-hay-un-abuso-politico-de-parte-de-la-fiscalia/20170524/nota/3472814.aspx

¹⁶ Radio Universidad de Chile, "Marta Isasi: 'Se está intentando enlodar mi imagen en un año electoral'", 13 de mayo de 2015, <https://radio.uchile.cl/2013/05/13/marta-isasi-se-esta-intentando-enlodar-mi-imagen-en-un-ano-electoral>. En un sentido similar se pronunció Fulvio Rossi tras ser sobreseído en el caso SQM: "Siento sinceramente, con el respeto que me merece la Fiscalía, que me robaron las elecciones. Lo dije y lo he dicho muchas veces, que el diputado Hugo Gutiérrez (PC) utilizó como herramienta a algunas instituciones de la República para sacarme del Senado". *El Desconcierto*, "Fulvio Rossi luego de ser sobreseído por la justicia en caso SQM: 'Me robaron las elecciones'", 20 de abril de 2018, <https://www.eldesconcierto.cl/2018/04/20/fulvio-rossi-luego-de-ser-sobreseido-por-la-justicia-en-caso-sqm-me-robaron-las-elecciones/>

¹⁷ En parte de su declaración expresó: "Hay gente que quiere empañar nuestro proyecto político a toda costa" o "Me llama la atención los incansables intentos por dañar la imagen del proyecto político progresista". Marco por Chile, 28 de junio 2015, <https://www.facebook.com/marcoporchile/posts/921487157897198/>

Otra reacción frente a las imputaciones fue defender que la práctica se había instalado históricamente sin grandes cuestionamientos a la fecha. En efecto, se sostuvo precisamente a propósito de los casos de financiamiento irregular, que era una práctica sostenida y aceptada por todos los sectores políticos, sin que se observaren razones distintas a las que habían existido históricamente para perseguirla. Este argumento se puede cuestionar, dado que en la época de inicio de estos casos ya se había reformado el sistema electoral, el funcionamiento de los partidos políticos y el financiamiento de las campañas electorales, reformas que fueron aprobadas por los mismos sectores políticos años antes, con el propósito de evitar algunas prácticas que se habían develado no eran adecuadas¹⁸. Con este tipo de argumentos desconocen que ya se habían instalado cuestionamientos importantes en el debate público, que incluso habrían tenido impacto legislativo.

La postura crítica en contra de la persecución penal de estos casos se tradujo también en diversas actuaciones formales de Parlamento. Por ejemplo, a fines de 2017 se envió un oficio al fiscal nacional, firmado por el presidente del Senado, Guido Girardi, a solicitud de las bancadas de Renovación Nacional (RN) y por la UDI, en el marco del desafuero de Iván Moreira en el caso Penta, donde se le pedía al Ministerio Público apurar el proceso en su contra¹⁹. Al poco tiempo, la persecución en contra de Moreira fue suspendida. Algunos entrevistados lo interpretaron como un acuerdo transversal de los miembros del Senado por ayudar a Moreira²⁰.

La tensión generada se tradujo en diversas presiones ejercidas desde el mundo de la política respecto del Ministerio Público, con el fin de lograr el cierre de las investigaciones o al menos una limitación en su alcance, especialmente respecto de los casos Penta y SQM, en que el número de políticos y partidos políticos involucrados era muy amplio²¹.

¹⁸ Se realizaron modificaciones relacionadas con la adición de un período de precampaña para elecciones presidenciales, nuevas regulaciones y fiscalización de la propaganda electoral, eliminación de los aportes de empresas a las campañas, topes más exigentes para el financiamiento de candidatos, obligación de presentar un programa para las elecciones presidenciales, así como medidas para evitar el intervencionismo en campañas. Todo el detalle al respecto, críticas y aciertos, se puede encontrar en Aris, Engel y Jaraquemada, 2019: 42 y ss.

¹⁹ Además de este oficio, en el contexto de la última elección de fiscal nacional se habló de diversas reuniones entre los candidatos y miembros del Senado. Uno de los temas tratados fue la visión que se tenía sobre la persecución penal de los delitos de corrupción que en ese contexto fueron surgiendo y la manera como se procedería en ellos.

²⁰ Por ejemplo, en la Entrevista N° 2, del 14 de mayo de 2019, se señaló que el caso de Moreira “servía como parámetro para los demás, en el sentido de que, si a Moreira le pasa algo, pueden venir después por nosotros; versus que, si salvamos a Moreira, que es el más grosero, quedamos todos salvados”.

²¹ Se recuerda que Sabas Chahuán, ex fiscal nacional, respondía: “Yo postulé al cargo y me eligieron a través de los tres poderes del Estado para hacer mi pega de fiscal nacional, y eso es lo que estoy haciendo”, cuando se le consultaba sobre posibles presiones externas en el caso Penta. Ver Sebastián Labrín y Víctor Cofré, “Capítulo 3: La UDI entra por Morandé 80”, *La Tercera*, 21 de septiembre de 2019, www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/capitulo-3-la-udi-entra-morande-80/830175

Las presiones fueron especialmente visibles a propósito de la designación del último fiscal nacional, Jorge Abbott, proceso que concluyó a finales de 2015. En Chile, el fiscal nacional es designado mediante un complejo sistema (en sus bases centrales establecido en el artículo 85 de la Constitución) en el que la Corte Suprema convoca a un concurso público. De entre los postulantes que cumplen con los requisitos legales, la Corte elige a cinco candidatos, previa audiencia pública en la que todos los postulantes exponen sus antecedentes y plantean sus propuestas. Luego, le corresponde al presidente de la república elegir a uno entre esos cinco, el que debe ser ratificado por dos tercios del Senado, previa audiencia pública ante una comisión especializada²².

En las dos ocasiones anteriores desde la creación del Ministerio Público, las designaciones de fiscal nacional estuvieron rodeadas de controversias y especulaciones acerca de las consideraciones políticas involucradas en la selección de los candidatos, pero no referidas a casos concretos (Duce y Riego, 2007: 549-550). En cambio, en el último proceso de elección, que se llevó a efecto en 2015, estuvo muy a flor de piel que la nominación del nuevo fiscal nacional estaba condicionada, al menos para un sector importante de la clase política, a las seguridades que pudiera dar en cuanto al cierre o a la disminución en el énfasis en el avance de los casos vinculados al financiamiento ilegal de la política.

Probablemente el dato más claro de estas presiones fue entregado por Eugenio González, conocido lobista que opera en designaciones de funcionarios judiciales, quien el 8 de mayo de 2018, en una entrevista en radio ADN, reconoció asesorar a diversos senadores de varios partidos políticos de izquierda y de derecha. González sostuvo haber participado en diversas reuniones entre Abbott y otros candidatos a fiscal nacional con senadores, abogados de los políticos imputados e incluso con un imputado en el caso SQM, además de haber conocido de varias otras reuniones semejantes en que participaron senadores y abogados con los candidatos²³. Según

²² La forma en que este proceso se lleva adelante en sus distintas etapas ha sido objeto de diversas críticas y propuestas de perfeccionamiento. Para un resumen, ver Mauricio Duce, "Algunas propuestas sobre el proceso de elección del fiscal nacional", CIPER, 24 de mayo de 2018, ciperchile.cl/2018/05/24/algunas-propuestas-sobre-el-proceso-de-eleccion-del-fiscal-nacional

²³ Las reuniones de los candidatos a fiscal nacional, sostenidas con distintos integrantes de la Corte Suprema y senadores, fue objeto de varias publicaciones en esa fecha. Ver Pedro Ramírez y Juan Pablo Figueroa, "Las reservadas gestiones de los candidatos a fiscal nacional para sumar apoyos políticos", CIPER, 1 de octubre de 2015, ciperchile.cl/2015/10/01/las-reservadas-gestiones-de-los-candidatos-a-fiscal-nacional-para-sumar-apoyos-politicos

su versión, en las reuniones en que participó no se habló de los casos específicos, pero sí sobre el futuro del fiscal Carlos Gajardo, quien en esa época era el principal investigador de algunos de los casos más importantes de financiamiento irregular de la política en Chile²⁴.

La prensa también dio cuenta de reuniones entre senadores acompañados de sus abogados y Abbott, lo que fue reconocido por este. Así ocurrió, por ejemplo, con el senador Hernán Larraín, quien fue acompañado por el abogado Mario Zumelzu²⁵.

Este aspecto se consultó en una entrevista con otro candidato del proceso de 2015, quien reconoció haber participado en entrevistas como las descritas por González. Señaló además que sí le formularon preguntas sobre los casos de financiamiento ilegal de la política y que percibió que los senadores pedían seguridades de su terminación²⁶.

Además de lo anterior, el proceso de designación puso en evidencia el enorme poder que adquieren algunos senadores para condicionar la selección del fiscal nacional. Dada la exigencia de dos tercios, bastaba con que uno o varios senadores con influencia en el área judicial se opusieran a un candidato para descalificarlo.

La presión que los senadores ejercieron durante la designación del nuevo fiscal nacional se hizo patente también en la audiencia de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (21 de octubre de 2015), en que el candidato Abbott, que había sido seleccionado previamente por el Ejecutivo dentro de la quina elaborada por la Corte Suprema²⁷, manifestó en diversas declaraciones su disposición a tener una actitud relativamente condescendiente con los casos de financiamiento ilegal de la política. Por ejemplo, se mostró sensible a la queja de los senadores respecto de que los procesos contra parlamentarios producían el efecto de alterar las mayorías y distorsionar la representación popular. En ese sentido, señaló: “No podemos provocar efectos o ser funcionales a objetivos distintos

²⁴ Radio ADN, “Operador develó citas privadas de Abbott: no quedó ningún registro de estas reuniones”, 8 de mayo de 2018, www.adnradio.cl/noticias/politica/operador-develo-citas-privadas-de-abbott-no-quedo-ningun-registro-de-estas-reuniones/20180508/nota/3747381.aspx

²⁵ Radio Cooperativa, “Fiscal Nacional suma críticas por admitir nueva cita reservada con parlamentarios”, 7 de mayo de 2018, www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/ministerio-publico/fiscal-nacional-suma-criticas-por-admitir-nueva-cita-reservada-con/2018-05-07/090932.html

²⁶ Entrevista N° 15, 26 de julio de 2019.

²⁷ Ivonne Toro Agurto y Pablo Basadre, “Golpe blanco de Bachelet al Senado: designación de Abbott a fiscal nacional genera hervidero en la Nueva Mayoría”, *The Clinic*, 16 de octubre de 2015, www.theclinic.cl/2015/10/16/golpe-blanco-de-bachelet-al-senado-designacion-de-abbott-a-fiscal-nacional-genera-hervidero-en-nueva-mayoria

a los de la persecución penal. El reproche penal no está para mejorar la posición de nadie en procesos de negociación que están en el ámbito civil”²⁸. Más adelante, refiriéndose a la cuestión del requisito previo de querrela por parte del Servicio de Impuestos Internos para poder llevar adelante la persecución penal de infracciones tributarias en los casos en que se emitieron boletas de honorarios falsas, que fue la forma preferente de justificar los gastos de aportes ilegales, manifestó: “Si no hay querrela no es posible acción penal por parte del Ministerio Público”²⁹, precisamente cuando en ese momento los fiscales a cargo de los casos buscaban que el requisito legal se interpretara de la forma menos restrictiva posible. Con esta respuesta marcó distancia con el anterior fiscal nacional, Sabas Chahuán, que había tenido una actitud más clara de respaldo a los persecutores en estos casos.

Una vez en el cargo, el fiscal Abbott continuó manifestando una actitud que los medios de comunicación social interpretaron como contraria a una persecución intensa de los casos analizados en esta investigación, con lo que surgieron diversas polémicas. En la cuenta pública de Abbott de 2018, al referirse a los delitos de corrupción y tras criticar el breve plazo de prescripción de los ilícitos electorales y las bajas penas asociadas, señaló que se debía tener en consideración que el juicio oral no es la única respuesta a los conflictos penales y que las salidas alternativas parecen ser una buena solución en determinados casos. Esta declaración fue considerada un llamado a cerrar las investigaciones por medio de acuerdo con las partes, los que en la legislación chilena conducen siempre a sanciones bajas no privativas de libertad. Pero las palabras que causaron más polémica fueron las siguientes:

Hay un tema que no quisiera eludir y tiene que ver con que muchas de estas investigaciones pueden afectar el funcionamiento de otros poderes del Estado. En tal sentido, los fiscales debemos estar conscientes de que nuestras decisiones, tomadas en sede administrativa, pueden impactar el funcionamiento de otras instituciones, como el Congreso Nacional, si es que afectan los cuórum de votaciones legislativas, alterando con ello la representación popular que sus miembros ejercen (...). Lo que digo es que debemos ser diligentes cuando hay representantes de elección popular involucrados, no por una

²⁸ 24 Horas, “Jorge Abbott: ‘Si asumo como fiscal nacional me inhabilitaré del caso Penta’”, 21 de octubre de 2015, www.24horas.cl/politica/jorge-abbott-si-asumo-como-fiscal-nacional-me-inhabilitare-del-caso-penta-1821754

²⁹ Radio Cooperativa, “Fiscal nacional: ‘Si el SII no se querrela nos pone una barrera legalmente infranqueable’”, 17 de abril de 2017, www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-penta/fiscal-nacional-si-el-sii-no-se-querrela-nos-pone-una-barrera/2017-04-17/151738.html

protección especial hacia ellos —y menos aún si deben ser investigados—, sino por la responsabilidad de no alterar más de lo necesario el funcionamiento del poder del Estado en el que se desempeñan, ni la soberanía que la gente ha depositado en los foros de elección popular. En definitiva, no se trata de manera alguna de un ejercicio de protección de personas tildadas de “más poderosas”, sino de resguardar la voluntad popular expresada en las urnas, en lo que a la Fiscalía le corresponda o se le permita contribuir³⁰.

La tesis de que la persecución penal debe afectar en la menor medida posible la representación parlamentaria volvió a surgir luego de que la prensa pusiera en evidencia otra situación que la opinión pública interpretó como una presión para la terminación de los casos de financiamiento ilegal de la política. El 18 de diciembre de 2017 el entonces jefe del comité de senadores del partido UDI, Hernán Larraín (que el 11 de marzo de 2018 asumió como ministro de Justicia del Gobierno de Sebastián Piñera), se reunió con el fiscal nacional Jorge Abbott. En esa ocasión, Larraín le habría planteado a Abbott la necesidad de acelerar una causa contra un senador de su partido con el fin de no alterar las mayorías parlamentarias³¹. El conocimiento de esta reunión, a principios de mayo de 2018, generó polémica en los medios de comunicación³² e incluso un conjunto de diputados elevó una solicitud de remoción del fiscal nacional, la que fue finalmente rechazada por votación unánime por la Corte Suprema en octubre de 2018 al considerar que los hechos no eran suficientes para sustentar una negligencia de su parte³³.

³⁰ “Discurso cuenta pública fiscal nacional Jorge Abbott Charme”, 24 de abril de 2018, p. 11, www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Cuenta_Publica_Fiscal_Nacional_2018.pdf

³¹ *The Clinic*, “Hernán Larraín desdramatiza reuniones con Abbott: ‘No hay nada oscuro con eso’”, 8 de mayo de 2018, www.theclinic.cl/2018/05/08/hernan-larrain-desdramatiza-las-reuniones-con-abbott-no-hay-nada-de-oscuro-en-eso; Radio Cooperativa, “Revelan segunda reunión de Abbott con Hernán Larraín: trataron situación judicial de Moreira”, 8 de mayo de 2018, www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/ministerio-publico/revelan-segunda-reunion-de-abbott-con-hernan-larrain-trataron-situacion/2018-05-08/083046.html

³² Por ejemplo, se empezó a especular una posible solicitud de destitución por partidarios del Frente Amplio. El fiscal nacional descartó una renuncia anticipada: “Quien crea que yo puedo renunciar a un cargo que me he comprometido a servir, simplemente no me conoce”. Radio Cooperativa, “Fiscal nacional descartó renunciar a su cargo”, 15 de mayo de 2018, www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/ministerio-publico/fiscal-nacional-descarto-renunciar-a-su-cargo/2018-05-15/164644.html. Unos días antes, el fiscal regional a cargo del caso del senador Moreira concedió una entrevista en la que aseguró que el fiscal nacional no le había dado ninguna orden ni formulado ninguna petición en relación con el caso. María José O’Shea, “Habla el fiscal del caso Moreira: ‘Nunca Abbott me ha instruido, pedido ni ordenado nada’”, *La Tercera*, 8 de mayo de 2018, www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/habla-fiscal-del-caso-moreira-nunca-abbott-me-ha-instruido-pedido-ordenado-nada/157097

³³ Tamara Cerna, “Suprema rechaza remoción del fiscal nacional Jorge Abbott solicitada por parlamentarios del Frente Amplio”, *Emol*, 17 de octubre de 2018, www.emol.com/noticias/Nacional/2018/10/17/924250/Suprema-rechaza-remocion-del-fiscal-nacional-Jorge-Abbott-solicitada-por-parlamentarios-del-Frente-Amplio.html. La decisión de la Corte Suprema fue finalmente conocida el 6 de noviembre de 2018 (Resolución AD 1138-2018). Su texto y una explicación de sus argumentos principales puede encontrarse en J. Peña y Tamara Cerna, “Las razones de la Corte Suprema para rechazar la remoción del fiscal Jorge Abbott”, *Emol*, 6 de noviembre de 2018, www.emol.com/noticias/Nacional/2018/11/06/926464/Las-razones-de-la-Corte-Suprema-para-rechazar-la-remocion-del-fiscal-Jorge-Abbott.html

Reconociendo la vinculación que desde un inicio se hizo de su designación y la no persecución de los casos de “platas políticas”, el fiscal nacional ha dado explicaciones en las que señala que la verdadera razón detrás de la falta de éxito de la persecución penal en estos casos se encuentra en problemas de “competencias penales”³⁴. Según el fiscal nacional, el Ministerio Público habría realizado todos los esfuerzos por perseguir este tipo de delitos, desde recurrir al Tribunal Constitucional (TC) para hacer inaplicable la norma que entrega la facultad de iniciar la investigación al SII, al Congreso Nacional para modificar la misma norma, hasta emplazar abiertamente al SII, y que, de todas maneras, no se hicieron las denuncias. En palabras del propio Abbott, nadie habría “hecho más por investigar este tipo de delitos”³⁵.

Aparentemente, estas presiones también se darían en las regiones, entre las autoridades locales y el fiscal regional, lo que daría cuenta de que se trata de una debilidad de corte estructural en el diseño de la autonomía del Ministerio Público. Esta exposición regional estaría fuertemente influida por el contacto cotidiano de diversas autoridades, que ofrece naturalmente más espacio de interacción³⁶. Para entenderlo es necesario tener presente que, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, los fiscales regionales son designados por el fiscal nacional a propuesta de una terna elaborada por la Corte de Apelaciones de la respectiva región, la que se elabora previo concurso público (artículo 87 de la Constitución).

El caso conocido como “desastre de Rancagua”, de 2019, en el que se vieron involucrados tres ministros de la Corte de Apelaciones de la ciudad de Rancagua en actos de corrupción y conflictos de interés (que no es objeto de estudio en esta investigación), puso en evidencia que dicho mecanismo abre espacios de influencias indebidas de autoridades políticas o judiciales locales en el proceso de designación de los fiscales regionales, lo que ha llevado a diversos sectores,

³⁴ Héctor Basoalto, “Fiscal Abbott critica pugnas de competencias penales en cuenta pública: ‘Lo que se hace es restringir, y en muchos casos, imposibilitar la persecución penal’”, *La Tercera*, 17 de abril de 2019, www.latercera.com/nacional/noticia/fiscal-abbott-critica-pugnas-competencias-penales-cuenta-publica-lo-se-restringir-muchos-casos-imposibilitar-la-persecucion-criminal/619148

³⁵ Emol TV, “Jorge Abbott analiza situación del Ministerio Público”, 18 de octubre de 2019, <https://tv.emol.com/detail/20191017185340203/jorge-abbott-analiza-situacion-del-ministerio-publico>

³⁶ Un entrevistado con experiencia en la institución describe el fenómeno de la siguiente manera: “A nivel de regionales también pasa. Yo creo que más en regiones que en Santiago (...). En regiones, el tema de las autoridades regionales es mucho más presente que en Santiago... en regiones la vinculación en general de las autoridades regionales es bien intensa. El parlamentario de la zona, el alcalde, el gobernador, el intendente, el cura, el obispo, el fiscal regional están cotidianamente dando vueltas, cotidianamente coincidiendo en actividades públicas. El tema mismo de los Consejos Regionales de Seguridad, donde también confluyen estas mismas autoridades. Incluso actividades como protocolares. Entonces, yo te diría que ahí es más fuerte y además son menos”. Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

incluido al Gobierno, a plantear la necesidad de reformar este sistema de designación con el propósito de asegurar mayores niveles de autonomía³⁷.

Más allá de las polémicas, es difícil conocer con certeza el modo en que las presiones descritas impactaron en la persecución de los delitos. Varios fiscales y exfiscales entrevistados no dan cuenta de haber recibido presiones o instrucciones concretas para dejar de perseguir ciertos delitos o hacerlo con menor intensidad, y lo mismo se desprende de declaraciones prestadas a los medios de comunicación por otros fiscales a cargo de estos casos. No obstante, varios entrevistados identifican que la manera en que podría existir algún tipo de influencia indebida al interior del propio Ministerio Público es por medio de la atribución o reasignación de casos a determinados fiscales³⁸, lo que de hecho ocurrió en algunos de los casos objeto de este análisis, por ejemplo, en SQM, lo que fue percibido por los medios de comunicación como una medida adoptada con el objetivo de limitar el avance de dicha investigación³⁹.

Debe tenerse presente que algunos atribuyen la falta de éxito en la persecución penal de estos delitos no a las presiones que podrían haber existido o a los potenciales problemas de autonomía del Ministerio Público, sino a una sobreexpectativa sobre los resultados de la persecución de estos delitos, la que habría provenido de la propia Fiscalía en su comunicación pública. Sin embargo, la revisión de los medios de comunicación realizada por el equipo de investigación no encontró antecedentes que den cuenta de manera clara de este fenómeno, aun cuando no es posible descartar que se haya generado a partir del comportamiento concreto de fiscales en las audiencias en que se llevaron adelante estos casos.

1.1.2. Los problemas de control interno y las presiones de los litigantes

En las entrevistas surge como un tema relevante la falta de control al interior del Ministerio Público, que posibilita, a lo menos, que los intereses personales, como

³⁷ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “El ministro de Justicia explicó algunas ideas generales de los potenciales cambios en su cuenta pública de 2 de junio de 2019”, www.minjusticia.gob.cl/ministro-larrain-detalla-compromisos-presidenciales-en-materia-de-justicia-tras-cuenta-publica-presidencial

³⁸ “La gran herramienta que tiene la jefatura para accionar en una causa, para que avance o se detenga, tiene que ver sobre todo con la asignación del caso. Esa es la herramienta que tienen para utilizar”. Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019.

³⁹ Gabriela Pizarro y Pedro Ramírez, “El entierro del caso SQM II: Gajardo y Chahuán resisten la presión de La Moneda”, CIPER, 18 de abril de 2018, <https://ciperchile.cl/2018/04/18/el-entierro-del-caso-sqm-ii-gajardo-y-chahuan-resisten-la-presion-de-la-moneda>

las intenciones de ascender en una carrera, permeen las decisiones relativas a los casos⁴⁰. En situaciones extremas, permitiría directamente actos de corrupción. Es decir, dado que los fiscales a cargo de los casos tienen bastante autonomía en su conducción debido al dinamismo de las decisiones y a la necesidad de manejar un gran volumen de información, se limita mucho la posibilidad de que el fiscal regional pueda controlar efectivamente su avance. De este modo, es posible que un fiscal individual maneje el avance de una o varias causas en relación con sus intereses de progreso profesional, ya sea dentro o fuera del Ministerio Público, los cuales en general están asociados a sus relaciones con otras autoridades⁴¹.

Para comprender este problema es necesario detenerse brevemente en un aspecto de diseño del Ministerio Público. El modelo chileno supone que el control de los casos recae sobre el fiscal regional, y no sobre cada uno de los fiscales que de hecho los llevan⁴², lo que tiene como ventaja que la responsabilidad de la persecución y su ejercicio autónomo recaiga sobre una persona y no se diluya entre el conjunto de funcionarios⁴³. Pero, a su vez, tiene el defecto de que es relativamente más sencillo ejercer presión sobre un solo actor, aunque éste tiende a ser más visible dada la concentración de facultades en ese solo actor de alto perfil público.

En la práctica, el sistema ha mostrado ser susceptible a las presiones. Una de las expresiones en que se ha manifestado es en el problema de las reuniones que autoridades políticas locales han sostenido con los fiscales regionales. Dicho tema ha llevado también a plantear una reforma legal para establecer límites en la materia⁴⁴. Por otra parte, como estas reuniones han sido altamente visibles, probablemente las ha limitado hasta cierto punto⁴⁵. El problema podría ser mucho más grave en

⁴⁰ Sobre problemas de control interno en general, ver una reciente crítica de dos de los abogados más importantes en el ejercicio penal. El Mercurio Legal, "Simplemente se ha consolidado que no hay un control interno en el Ministerio Público y tampoco hay un interés por ejercerlo", 7 de julio de 2019, www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2019/07/07/Simplemente-se-ha-consolidado-que-no-hay-un-control-interno-en-el-Ministerio-Publico-y-tampoco-hay-un-interes-por-ejercerlo.aspx

⁴¹ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019.

⁴² El artículo 32 de la LOCMP regula las facultades de los fiscales regionales.

⁴³ Sobre este punto, un entrevistado describe el modelo: "Si bien existen muchos fiscales adjuntos, existen fiscalías de alta complejidad, existen jefaturas, finalmente, todos los fiscales son adjuntos a un fiscal regional, entonces en cada región quien toma la decisión final, a pesar de que puede ser la persona que no tuvo el caso, pero es la persona en la cual está facultada constitucional y legalmente para adoptar las decisiones un fiscal regional". Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019.

⁴⁴ Sebastián Vedoya, "Proyecto de gobierno apunta a restringir reuniones entre fiscales y parlamentarios", *La Tercera*, 6 de junio de 2019, www.latercera.com/nacional/noticia/gobierno-reuniones-fiscales-parlamentarios/688771; Matías Vega, "Gobierno confirma que proyecto buscará transparentar reuniones entre fiscales y parlamentarios", *Radio Bio-Bio*, 6 de junio de 2019, www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2019/06/06/gobierno-confirma-que-proyecto-buscará-transparentar-reuniones-entre-fiscales-y-parlamentarios.shtml

⁴⁵ Nuevamente, un ejemplo es el caso del "desastre de Rancagua".

regiones pequeñas o aisladas, donde no existiría la posibilidad de visibilizar las presiones sobre el fiscal regional, aunque es algo que no se puede afirmar con la evidencia recopilada en este estudio.

Durante la investigación se detectó otra fuente potencial de influencias y presiones al trabajo de los fiscales: los litigantes pueden ejercer presiones a determinado fiscal por medio de denuncias administrativas de distinta índole, lo que habilita a los fiscales regionales para abrir investigaciones administrativas y sustituir o reemplazar a los fiscales en las causas respectivas. Una fuente clásica de denuncias son infracciones al principio de objetividad y filtraciones de la investigación, tema que se aborda en detalle en el Capítulo II de este informe.

El destino de las denuncias depende del criterio del fiscal regional respectivo, pero hay ocasiones en que han escalado hasta el fiscal nacional para que las resuelva cuando el involucrado es un fiscal regional. En general, esto no se ha traducido en sanciones para el fiscal a cargo del caso, pero sí ha representado un obstáculo a su trabajo normal. Como se ha indicado, en los casos Penta y SQM esta fórmula fue utilizada ampliamente por los defensores de algunos de los políticos involucrados, lo que precisamente culminó con el cambio de los fiscales principales que habían conducido el caso.

1.2. Especialidad e idoneidad del Ministerio Público

En Chile, la cabeza del Ministerio Público es el fiscal nacional, quien dirige la institución, pero no tiene control sobre los casos concretos, salvo normas especiales que se analizan más adelante (artículos 17 y ss. LOCMP). La función del fiscal nacional está limitada a dictar instrucciones generales y a colaborar con el desarrollo de los casos por medio de unidades especializadas de su dependencia que apoyan a los fiscales encargados de llevar casos especialmente complejos (artículos 17 c y 22 LOCMP).

Una de esas unidades es la Unidad Especializada Anticorrupción, cuyos funcionarios apoyan a los fiscales en estudios legales, en las actividades de investigación, en la litigación en tribunales superiores, entre otras funciones⁴⁶. Se suma el trabajo de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Ambientales

⁴⁶ Para más antecedentes sobre la unidad, ver la página web del Ministerio Público, www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/cor-unidad.jsp

y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional (ULDECCO)⁴⁷. Esta unidad ha apoyado la persecución penal de casos de corrupción, especialmente a través de investigaciones que han surgido como consecuencia de actos que involucran el lavado de activos⁴⁸. Con todo, su impacto es limitado por tratarse de una unidad nacional, pues su intervención se circunscribe a asesorar —y no decidir— en los casos y porque solo una porción de los casos de corrupción involucra lavado de activos.

Una evaluación reciente al funcionamiento del sistema procesal destaca que las unidades especializadas en general han sido “un buen punto de apoyo para fortalecer la persecución penal en determinados conflictos y delitos”, pero también reconoce que “no han dado resultados esperados” producto de los límites de su intervención (Arellano *et al.*, 2017: 95).

En este escenario, el órgano principal de persecución penal de los delitos de corrupción son las Fiscalías Regionales, conducidas por un fiscal regional que tiene el control de los casos particulares y que cuenta con un grupo de fiscales adjuntos que bajo su conducción los persiguen materialmente (artículos 27 a 44 LOCMP). Los fiscales no disponen de un cuerpo especializado definido por la ley destinado a lidiar con delitos de corrupción⁴⁹. No obstante, el Ministerio Público destaca en su página web que cuenta con 92 fiscales especializados en delitos de corrupción a lo largo del país⁵⁰. En este contexto, con el paso de los años se ha logrado una cierta especialización funcional en la materia. En efecto, en las Fiscalías Regionales se han creado unidades de delitos de alta complejidad donde se reúnen fiscales que adquieren cierta experiencia en la persecución de delitos especialmente complejos, principalmente de tipo económico o cometidos por funcionarios públicos.

⁴⁷ Para más antecedentes sobre la unidad, ver la página web del Ministerio Público, www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/eco-unidad.jsp

⁴⁸ Explicación entregada por el director de la ULDECCO, Mauricio Fernández, en su ponencia presentada en las VII Jornadas Chilotas de Derecho, 30 de agosto de 2019, panel “Corrupción y persecución penal”.

⁴⁹ La creación de una unidad especializada separada de las Fiscalías Regionales se ha planteado en diversas propuestas y en un proyecto de ley, pero hasta ahora no ha prosperado. Así, en el Mensaje 54-360, de abril de 2012, presentado por el presidente Piñera a la Cámara de Diputados, se proponía la creación de una “Fiscalía Especial de Investigaciones de Alta Complejidad”. En septiembre de 2014, la presidenta Bachelet presentó un proyecto de ley que crea la Fiscalía de Alta Complejidad. Ver Felipe Vargas “Presidenta presenta proyecto de ley que crea fiscalía especial de alta complejidad”, Emol, 26 de septiembre de 2014, www.emol.com/noticias/nacional/2014/09/26/682057/presidenta-presenta-proyecto-de-ley-que-crea-fiscalia-especial-de-alta-complejidad.html.

Nuevamente, en el mismo sentido se expresó Jorge Abbott en la cuenta pública 2019 del Ministerio Público: “Ante este escenario, nos parece propicio que se pudiera retomar el trabajo orientado a crear una Fiscalía de Alta Complejidad, autónoma respecto del nivel central, con competencia nacional, pero sujeta a una estricta fiscalización y evaluación, que cuente con equipos multidisciplinarios y preferentes, tal como se ha delineado en anteproyectos de ley que, lamentablemente, no han prosperado en su materialización legal”. Ver www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/Discurso_Fiscal_Nacional_Cuenta_Publica_2019_versionweb.pdf

El Ministerio Público insiste en el punto a través de Oficio FN 1111-2019, sobre propuestas para mejorar la persecución penal de los delitos económicos y de corrupción, donde señala que la propuesta tiene como base estudios nacionales e internacionales.

⁵⁰ Ver www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/corrupcion.jsp

Se consultó sobre este punto en entrevistas y, si bien se reconoce un buen nivel en determinados equipos especializados, no pareciera alcanzar al conjunto de la institución⁵¹. Un entrevistado que conoce de cerca la materia señaló que si bien la Fiscalía Nacional imparte múltiples programas para capacitar a sus fiscales, no son suficientes, ya que la escasez de recursos impide cubrir de manera óptima la materia⁵². Se destacó que tampoco existen procesos de capacitación institucional sistemáticos de mejoramiento continuo de las capacidades de los fiscales en estos temas. En esta dirección, la reciente creación de la Academia de Fiscales, que aún no comienza a funcionar, se considera una oportunidad de mejora y, a la vez, de reconocer las carencias descritas⁵³.

Un importante problema vinculado al anterior, y que fue destacado por varios entrevistados, sería la falta de institucionalización de las buenas prácticas y de mantención de una memoria institucional. En efecto, se indicó que la especialización de fiscales con mucha experiencia, que trabajan en casos de corrupción o casos complejos, en general se pierde cuando dejan de formar parte de los equipos especializados o de la institución, ya que el Ministerio Público carece de métodos suficientemente asentados para compartir, analizar y evaluar las experiencias acumuladas en este tipo de casos⁵⁴.

A pesar de lo anterior, diversos actores entrevistados que no han trabajado en el Ministerio Público relataron importantes problemas de formación y preparación de fiscales. Se señaló que, salvo excepciones, el nivel general o promedio de la calidad del trabajo en estos delitos es más bien bajo⁵⁵. Todos reconocen que hay fiscales de muy buena calidad, pero también identifican que no se trata del promedio o la regla general.

Esta percepción negativa podría verse vinculada a la falta de capacitación mencionada. Con todo, parecieran también existir algunos problemas de corte más

⁵¹ En materia de investigaciones por delitos de cohecho internacional un reciente reporte de la OCDE ha destacado también la falta de especialización del Ministerio Público chileno en la materia, a pesar de que ha habido un aumento importante de recursos desde 2015 (OCDE, 2018: 27).

⁵² Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

⁵³ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

⁵⁴ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

⁵⁵ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019; Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019; Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019.

estructural. En efecto, los temas relativos a la calidad profesional en el Ministerio Público han sido parte de un debate más general acerca de este organismo y necesariamente afectan su imagen en cuanto a sus capacidades para enfrentar los delitos de corrupción. El cuestionamiento a la calidad de los fiscales del Ministerio Público ha surgido como crítica a partir de numerosos casos referidos a distintas materias en las que la ciudadanía ha percibido déficits de profesionalismo. La crítica en general se ha concentrado en el fenómeno de la endogamia en el reclutamiento de nuevos fiscales, esto es, en el hecho de que la Fiscalía tiende a cerrarse sobre sí misma y a dificultar el reclutamiento de los mejores profesionales disponibles en el medio legal⁵⁶.

La LOCMP estableció originalmente un sistema de reclutamiento de fiscales bastante abierto, basado en concursos públicos en los que cualquier abogado podía participar mientras cumpliera ciertos requisitos de experiencia profesional (artículos 41 y 42 LOCMP). A este diseño subyace la idea de que es conveniente que el cargo de fiscal adjunto esté definido por cierta flexibilidad en el ingreso y egreso, con lo que se aleja de la noción de carrera para toda la vida como la que existe para los jueces, ya que el rol de fiscal requiere de un dinamismo más cercano al de un abogado litigante que al tipo de cultura institucional presente en el ámbito judicial, caracterizado por la pasividad y la estabilidad.

La percepción de los investigadores es que en los primeros años esos concursos abiertos permitieron reclutar muy buenos abogados con importantes experiencias y que cumplieron un rol muy destacado en diversas fiscalías. No obstante, con el correr del tiempo se instaló al interior de la Fiscalía una demanda corporativa por parte de los fiscales y demás empleados, quienes pidieron la creación de una carrera estable que les permitiera ir escalando posiciones a lo largo del tiempo. En la práctica, lo que ocurrió fue que los concursos, que están regulados por un reglamento interno del Ministerio Público, tendieron a cerrarse. Esto se tradujo en que fuera muy difícil ganar un concurso a cualquier persona que no se encontrara dentro de la institución. Con ello se ha impedido la llegada de abogados con experiencias diferentes,

⁵⁶ Un entrevistado relata: “Y el otro tema grave es el tema de la endogamia. Hoy día efectivamente hace muchos años en mi Fiscalía, diría que es desde que se aumentó la dotación para los fiscales especializados en responsabilidad penal adolescente el 2007, que no entra gente de afuera. Y ya ahí entraron, ponte tú, cinco abogados asistentes y dos abogados de afuera. Y eso nos pone en una situación que hace 12 años que no tenemos gente de afuera que entre al Ministerio Público a fiscal y eso igual es una locura”. Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

quienes podrían traer nuevas ideas, y se ha tendido a excluir a personas que, por sus posiciones profesionales, no están dispuestas a iniciar su carrera en los niveles más bajos de la institución⁵⁷.

Un reciente reportaje muestra las cifras de lo ocurrido en los últimos tres años con el ingreso de fiscales al Ministerio Público, mostrando con claridad el fenómeno descrito. La nota se basa en información entregada por el propio Ministerio Público y da cuenta de que, de 145 ingresos a fiscales adjuntos en el período, 144 ya trabajaban en la institución (129 asistentes de fiscales, 10 abogados asesores, cuatro jefes de unidad y un abogado asistente)⁵⁸. Estadísticas similares arrojó un estudio realizado por el mismo medio: en un período previo de cinco años solo hubo tres ingresos externos de 257 cargos⁵⁹.

En consecuencia, hoy se percibe que una posible explicación a los problemas de calidad de los fiscales es que, si bien al comienzo hubo un reclutamiento abierto que convocó gente buena, actualmente es difícil que eso ocurra debido a que se entra a grados muy bajos con pocas expectativas de ascenso, a lo cual se suman otros fenómenos de importancia, como el poco prestigio de la institución y la falta de transparencia en los concursos.

Como contrapartida a la falta de especialidad de los fiscales, se ha identificado como una dificultad adicional a la persecución penal de los delitos de corrupción la buena preparación de los defensores. Los imputados suelen contratar a abogados que tienen una buena formación, que cuentan con recursos para llevar adelante su labor y suelen preparar detalladamente cada una de sus actuaciones. En consecuencia, las carencias que exhibe el Ministerio Público resultan especialmente notorias⁶⁰.

⁵⁷ Un entrevistado se refiere a este fenómeno: “Entonces no siento que respecto de ellos haya ocurrido algo, que exista desmotivación, pero sí para ser nombrados como fiscal, pareciera que se ha establecido esta carrera, de la práctica son postulantes o bien pasantes, luego asistentes de fiscal, luego fiscal y excepcionalmente podría optar a especialidad anticorrupción. Yo no tengo datos, pero sí existe la percepción desde las fiscalías regionales, es que hay fiscales que entraron al inicio de la reforma, y se achancharon y se quedaron sin ganas de perfeccionarse, con buen grado, y ahí quedan (...). Percibo que también esta idea de asociaciones de fiscales de oponerse a que venga gente de afuera se ve en los concursos”. Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

⁵⁸ Alejandra Zúñiga, “Fiscales: ¿quiénes asumen y de dónde vienen?”, El Mercurio Legal, N° 22, agosto de 2019, www.elmercurio.com/legal/revistalegal/22

⁵⁹ Dicho estudio incluyó desde 2010 a inicios de 2015. Alejandra Zúñiga y Sofía Martín, “Ministerio Público ha nombrado solo a tres abogados externos como fiscales en los últimos cinco años”, El Mercurio Legal, 26 de febrero de 2015, www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2015/02/26/Ministerio-Publico-ha-nombrado-solo-a-tres-abogados-externos-como-fiscales-en-los-cinco-anos.aspx

⁶⁰ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019; Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

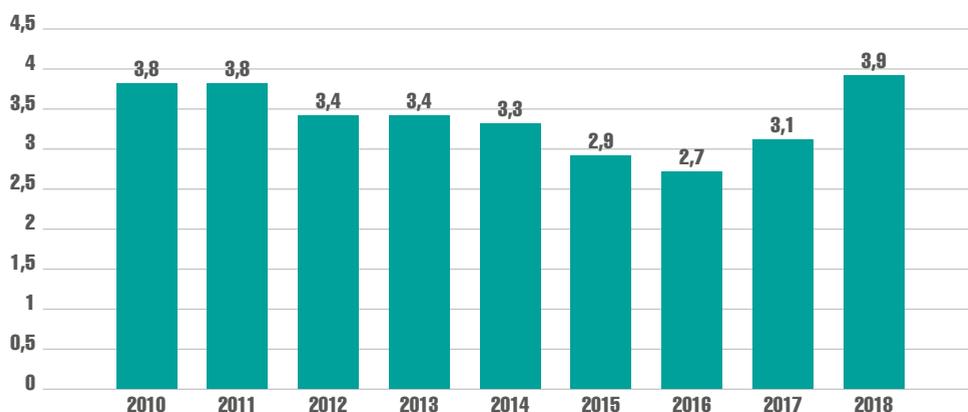
1.3. Imagen y confianza pública

El Ministerio Público chileno es un organismo de reciente creación. Como se vio, la LOCMP data de 1999, y solo en 2006 comenzó a perseguir los delitos en todo el país, una vez finalizada la instalación gradual del nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Debido a lo anterior, no es un organismo conocido para la población en comparación con los otros que forman parte del sistema de justicia penal, como los tribunales de justicia o la policía. De hecho, muchas veces la ciudadanía confunde a fiscales y jueces, lo que dificulta medir con claridad las percepciones respecto de su trabajo.

No obstante, desde hace algún tiempo el Ministerio Público es objeto de la atención pública. Hasta antes de los casos tratados en este trabajo, esa atención estaba centrada en su labor en relación con los delitos comunes, en especial robos y hurtos, así como algunos delitos violentos. Se trataba, entonces, de una percepción basada en la preocupación de la ciudadanía por la seguridad ciudadana⁶¹, la que en general no ha sido positiva. Esto queda de manifiesto al revisar el Índice Paz Ciudadana-Adimark, que precisamente muestra el nivel de satisfacción de la ciudadanía con el aporte del Ministerio Público a la seguridad ciudadana.

Gráfico 1

Nota nivel de satisfacción con el Ministerio Público, 2010 a 2018



Fuente: Índice Paz Ciudadana Adimark, 2010 a 2018.

⁶¹ La seguridad ciudadana se ha transformado en forma consistente en una de las principales preocupaciones del país, según muestran todas las encuestas de opinión pública. Por ejemplo, en la Encuesta Espacio Público-Ipsos de 2018 ocupó el primer lugar con un 56%, al igual que en la encuesta del año anterior.

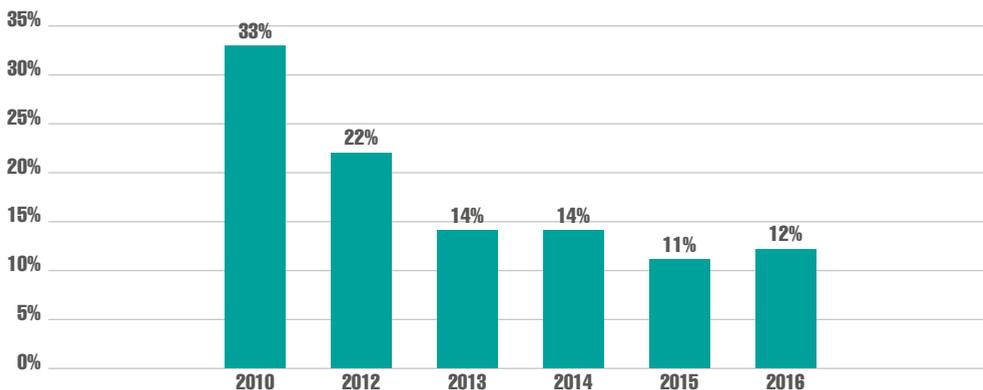
La percepción negativa de la sociedad respecto del Ministerio Público opera como una variable negativa dado que pone a este organismo en una posición de debilidad relativa frente a los otros órganos del Estado, que están institucionalmente más consolidados.

Como se observa, desde 2010 a 2018 el promedio de satisfacción es inferior a 4,0, la nota mínima de aprobación positiva, con algunas variables que es difícil vincular a la persecución de los delitos de corrupción. Esta percepción desfavorable obedece probablemente a diversas razones. En primer lugar, puede deberse a la práctica del Ministerio Público de archivar tempranamente los delitos sin mayor gravedad o perspectivas de esclarecimiento, decisión que ha sido objeto de críticas y que muchas personas consideran —erróneamente, desde la perspectiva de los investigadores— una de las causas de la inseguridad producida por los delitos, pero además al fracaso en la persecución de algunos delitos de alto perfil que han convocado la atención del público.

Los delitos vinculados al financiamiento ilegal de la política ampliaron la percepción del público respecto de la labor de los fiscales. En un comienzo se generó una alta expectativa respecto de la posibilidad de perseguir delitos de corrupción relacionados con prácticas vinculadas a la influencia del dinero en las decisiones políticas, que eran conocidas y repudiadas por la población. No obstante, las presiones recaídas sobre el Ministerio Público y la forma de término de las causas ha constituido una

Gráfico 2

Confianza en el Ministerio Público



Fuente: CEP, Estudio Nacional de Opinión Pública, 2010, 2012, 2013, 2015 y 2016.

fuentes de nuevas críticas sobre su trabajo. Sin embargo, las cifras generales relativas a la confianza de los ciudadanos en el Ministerio Público no dan cuenta clara de esa evolución, probablemente porque se trata de percepciones muy generales en las que el tema de los delitos comunes sigue siendo predominante

A partir de esta percepción se han generado iniciativas de mejora consistentes en cambios de normas administrativas al interior del propio Ministerio Público y otras modificaciones legales que se orientan a mejorar el sistema de elección de los fiscales y a establecer una serie de controles externos a su actuación⁶². No obstante, las propuestas no abordan uno de los aspectos más complejos: el sistema de elección del fiscal nacional.

2. Ámbito institucional: Poder Judicial

Se incluyen en esta sección todas aquellas variables investigadas que dicen relación con la capacidad institucional instalada y la respuesta concreta que está en condiciones de dar el Poder Judicial, específicamente los Tribunales de Garantía, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal y los Tribunales Superiores de Justicia (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) en su labor de resolver las controversias que en el contexto de los delitos de corrupción se suscitan y de sancionar efectivamente la comisión de estos hechos, de un modo independiente e imparcial, generando legitimidad de sus decisiones en el público.

La exposición se divide en tres secciones, comenzando por independencia e imparcialidad, siguiendo con especialidad e idoneidad, para terminar con imagen y confianza pública. En cada una se expondrán los principales hallazgos obtenidos.

2.1. Independencia e imparcialidad del Poder Judicial

En esta investigación se intentó evaluar el grado de independencia e imparcialidad con que ha operado el sistema judicial chileno en los casos emblemáticos de

⁶² Varias de estas propuestas pueden revisarse en Alejandra Chaparro, "Abbott propone reformas en sumarios, investigaciones penales y nombramientos para enfrentar el complejo momento del Ministerio Público", *El Mercurio*, 31 de mayo de 2019, p. C 5, www.emol.com/noticias/Nacional/2019/05/31/949697/Abbott-propone-reformas-en-sumarios-investigaciones-y-nombramientos-en-medio-de-complejo-momento-del-Ministerio-Publico.html

corrupción estudiados. Debe tenerse presente que, para efectos de este informe, se entendió por *independencia* la capacidad que en concreto tienen los jueces para resistir las presiones de los intervinientes, actores del sistema y otros agentes externos, en orden de resolver o no resolver alguna cuestión jurídica referida al caso de una forma u otra. Por *imparcialidad* se entiende la capacidad de los jueces para abstraerse de toda opinión, prejuicio o compromiso que pueda favorecer de cualquier modo a las partes en disputa, y la capacidad para generar en las partes y en el conjunto de la comunidad la percepción de esa imparcialidad.

En lo que sigue, se exponen los hallazgos de la investigación, comenzando por el análisis de aquellos referidos a independencia externa, interna y, por último, imparcialidad. En forma previa se hará referencia a ciertos aspectos normativos y de diseño institucional que es necesario tener en cuenta.

2.1.1. Independencia

Tras la reforma procesal penal de 2000, el sistema procesal penal chileno cambió para establecer un modelo de corte acusatorio compuesto de distintas etapas: investigación, preparación de juicio oral, juicio oral, impugnación y ejecución. La persecución penal y las decisiones asociadas se concentraron en un órgano autónomo, el Ministerio Público, al que se le encomienda la labor de conocer y resolver las controversias que en cada etapa se susciten a distintos tribunales, según la fase en que se encuentre el proceso o el conflicto de que se trate.

En la etapa de investigación, de preparación de juicio y de ejecución interviene el juez de Garantía, quien se encarga de resolver los conflictos que la actividad persecutoria del fiscal y sus auxiliares generen en relación con los derechos del imputado y demás intervinientes, de decidir sobre los casos cuando estos terminan de una forma distinta al juicio oral ordinario, de preparar el juicio oral ordinario y, por último, de resolver los conflictos que se generen durante el cumplimiento de las penas (Mensaje Código Procesal Penal, 1995: 17).

En la etapa de juicio oral intervienen los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, órganos colegiados integrados por salas compuestas por tres jueces, cuya función principal es juzgar y dictar la sentencia definitiva condenando o absolviendo al imputado en un juicio oral y público. Por último, en la etapa de impugnación intervienen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, las cuales deben conocer de los recursos que

se deduzcan en contra de las decisiones que se tomen en el contexto del proceso penal. Además, como se verá más adelante, la ley les entrega la facultad de resolver diversas cuestiones relevantes, por ejemplo, la decisión sobre el desafuero, que es la autorización para juzgar o afectar la libertad de ciertas autoridades.

Para seleccionar a los jueces miembros de estos tribunales se estableció en Chile un sistema de designación y promoción en el que interviene el Poder Judicial, específicamente el superior jerárquico del cargo que debe ser proveído, por medio de la elaboración de una lista con tres candidatos (cinco tratándose de la Corte Suprema), según mérito y antigüedad, la que es propuesta al presidente de la república, quien elige un nombre a través del Ministerio de Justicia.

Adicionalmente, tratándose de ministros de la Corte Suprema se requiere de la aprobación del Senado. Así, el artículo 78 de la Constitución chilena señala que los ministros de la Corte Suprema deben ser elegidos por el presidente de la república a partir de una nómina de cinco personas propuesta por la misma Corte, y que deben ser aprobados por 2/3 de los miembros en ejercicio del Senado.

De esta forma, en el nombramiento de todos los jueces que pertenecen al Poder Judicial intervienen conjuntamente el presidente de la república y un Tribunal Superior de Justicia, sea la Corte Suprema o la Corte de Apelaciones (además el Senado tratándose de la Corte Suprema). Esta regulación ha dado lugar a diversos reparos por permitir que la independencia de los jueces sea comprometida por la intervención del Ejecutivo en el nombramiento, del Senado e incluso de los superiores jerárquicos de los jueces. Estos reparos en general se refieren a que en su funcionamiento práctico el sistema de designación da lugar a reuniones informales, intercambios de favores, padrinazgos y otras fórmulas semejantes que pueden condicionar la independencia posterior de los jueces en el desempeño de sus cargos⁶³.

A continuación, se revisan los hallazgos relativos a este punto en el desarrollo concreto de los casos estudiados, comenzando por la independencia externa.

⁶³ Entre los muchos críticos del actual sistema de nombramientos cabe destacar a los propios jueces por medio de la Asociación Nacional de Magistrados (ANM). Así lo señala Soledad Piñeiro, presidenta de la ANM, en "Sistema de nombramiento de jueces, una reforma impostergable", 15 de enero de 2019, *El Mostrador*, www.magistrados.cl/sistema-de-nombramiento-de-jueces-una-reforma-impostergable. En el mismo sentido, ver Radio Pauta, "Colegio de Abogados: 'El tráfico de influencias existe desde hace mucho tiempo en el Poder Judicial'", 10 de abril de 2019, www.pauta.cl/cronica/colegio-de-abogados-cuestiona-traffic-influencias-caso-rancagua

a. Independencia externa⁶⁴

Se averiguó sobre las condiciones concretas en que están los jueces para operar con libertad frente a las distintas fórmulas que un sujeto externo, ya sea un interviniente en la causa, miembros del Gobierno, parlamentarios, medios de comunicación, grupos económicos o, en general, cualquier sujeto con un interés particular, pueda tener en la resolución de un caso.

De la investigación se desprende que, en general y aun reconociéndose la posibilidad de que existan situaciones excepcionales, el sistema judicial parece haber actuado con bastante independencia respecto de los casos, sin que se conozca de presiones concretas que hayan afectado su resolución ni decisiones que en el contexto de los mismos les ha tocado tomar⁶⁵. Con todo, dicha afirmación varía según se trate de la independencia de jueces de Garantía y Tribunales de Oral en lo Penal, y Tribunales Superiores.

En cuanto a los jueces de Garantía y en menor medida los Tribunales Orales en lo Penal (por su excepcional intervención en las causas de corrupción), no se identificaron problemas referidos a independencia externa. Se constató que, en general, los jueces tienden a dar lugar a las solicitudes de los fiscales, desde incautaciones y medidas cautelares hasta condenas en procedimientos abreviados⁶⁶, incluso cuando los involucrados eran parte del Gobierno o detentaban otros altos cargos públicos⁶⁷, y siempre que fueran razonablemente fundadas⁶⁸. De esta forma, la investigación indica que los jueces de Garantía no estarían poniendo barreras ni

⁶⁴ Esto es, la capacidad que tienen los jueces de resistir las presiones cuando ellas proceden de actores ajenos al sistema judicial.

⁶⁵ En ese sentido, algunos entrevistados destacaron el carácter profesional e independiente de los jueces. Por ejemplo, en la Entrevista N° 11, del 9 de julio de 2019: “He tenido en general experiencias bien razonables, pero no me atrevería a generalizar. El estándar está relativamente claro. No veo grandes problemas ahí”. Ante la pregunta de si se han percibido problemas de independencia, la respuesta fue: “No, no particularmente”; Entrevista N° 5, 6 junio de 2019: “No cabe duda de que puede haber situaciones extraordinarias de corrupción y ahí hay que ser implacables; pero yo en general pienso, y la experiencia que tengo, es que tenemos un cuerpo de profesionales de jueces independiente en Chile, con probidad y con independencia y fortaleza, yo te digo, la experiencia que yo tengo en ese sentido, con jueces de Garantía, ministros de Corte, es que son personas que son bien decididas y actúan con independencia”; Entrevista N° 8, 24 de julio de 2019: “Los jueces, en este caso particular, no han sido un obstáculo. Mi experiencia en torno al tema de los jueces, en general, e investigaciones de corrupción son buenas (...) no tienen ningún interés evidente en dificultar investigaciones de este tipo de delitos”.

⁶⁶ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

⁶⁷ Así se expresó también en la Entrevista N° 5 del 6 de junio de 2019, donde se describió que en múltiples procesos se intentaron implantar ilegalidades de la Fiscalía y sin embargo: “Los jueces siempre resolvieron jurídicamente rechazando todo eso y qué duda cabe que se trataba de gente muy muy importante, entonces cuando los jueces tienen que actuar, yo creo que lo hacen y lo hacen con independencia, no me cabe duda que pueden haber situaciones donde alguien logre interferir, pero la regla general es que el tema yo veo que avanza”.

⁶⁸ Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019. Sin perjuicio de ello, se advirtieron percepciones diferentes que podrían matizar lo afirmado. Por ejemplo, en la Entrevista N° 8 del 24 de junio de 2019, se señaló que el estándar empleado por jueces es el correcto, lo que no ocurre frente a criminalidad común, donde serían más laxos a la hora de conceder solicitudes al Ministerio Público. O la Entrevista N° 4, del 27 de mayo de 2019, donde se reclamó la falta de un control más riguroso por parte de los jueces.

obstáculos irracionales o arbitrarios, y que su independencia externa no ha surgido como un tema principal en el debate sobre los casos de corrupción.

A pesar de lo señalado, durante esta investigación se advirtió que el rol que los medios de comunicación y la ciudadanía ejercen en estos casos puede incidir en el comportamiento judicial, ya que aumenta la sensibilidad de los jueces a la hora de tomar decisiones de relevancia, por ejemplo, sobre la procedencia de la prisión preventiva o el fallo de un caso, sobre todo cuando se generan altas expectativas públicas. Esta situación también fue descrita por alguno de los entrevistados. En esa línea, algunas entrevistas dan cuenta de cierto intento de los jueces por generar simpatía y popularidad en la ciudadanía⁶⁹, lo que podría obedecer al simple afán de popularidad o a mejorar sus expectativas de ascenso.

De todas formas, es algo común a todos los casos de alta connotación pública y no responde exclusivamente al hecho de ser casos de corrupción. Tratándose de la prisión preventiva es un tema habitual, e incluso se ha planteado la necesidad de reconocer y regular el impacto de la expectativa pública para la concesión de esta medida (Duce y Riego, 2011: 18-19).

Los hallazgos deben ser matizados cuando el análisis de la independencia externa se extiende a los tribunales superiores, sobre todo en las experiencias finales de ciertas causas de corrupción. Durante el desarrollo de la investigación se advirtió que había sospechas respecto de la pérdida de independencia, lo que habría afectado las decisiones en ciertos casos, ya que cuando se veían involucrados los operadores de algunos partidos políticos, estos producían un constante clima de deslegitimación pública a la persecución penal de los casos estudiados y de intervenciones políticas en perjuicio de la persecución.

⁶⁹ En ese sentido puede citarse la Entrevista N° 3, del 23 de mayo de 2019: “Hay una idea de no pisar callos fuertes, y eso se compensa con la idea de ser popular, diría yo, cuánto espera la prensa, qué interpreta a la opinión pública, de este momento. Y entonces se calculan cuestiones difíciles bajo la regla de la ocultación, de esa opacidad que proviene del mundo político y bajo la regla de popularidad de los pequeños cinco minutos de fama que ofrece el titular del diario. Y ese último es un efecto muy potente desde el punto de vista interno, o sea la idea de qué van a pensar mis superiores jerárquicos del titular de mañana”. En la misma línea, en la Entrevista N° 7 del 14 de julio de 2019 se planteó: “Es que tienes un problema si la presión pública exige que tú condenes a ciertos tipos que no tienen ninguna importancia desde el punto de vista de poder específico de la sociedad, porque la mayoría son tipos delincuentes que viven en la marginalidad, y tienes una estructura jerárquica de nombramiento, puede que te veas obligado a fallar y condenar, eventualmente pienso yo, si es que eso puede implicar un gusto para tus superiores jerárquicos. No sé si puede haber en ese sentido incentivos espurios, ¿me explico? Puede ser que se genere alguno, que se espere decisión en un determinado sentido porque esto te posiciona frente, porque para nosotros la sociedad no es tan relevante, somos dueños de nuestros cargos, tenemos en ese sentido independencia externa que yo creo resguarda que nosotros podamos fallar con corrección. Pero nosotros no tenemos independencia interna, entonces eso sí puede generar”.

La revelación de los hechos de corrupción investigados, principalmente en los casos Corpesca, Penta y SQM, produjo gran impacto mediático y social en Chile, ya que involucraba políticos, algunos con cargos públicos en el Ejecutivo y en el Congreso. La ciudadanía reaccionó negativamente ante la magnitud de los hechos, lo que se tradujo en la pérdida de confianza en los partidos y en el sistema político nacional. En ese sentido, las cifras de la encuesta Cadem de 2016 indicaron que el 88% de los chilenos se sentía poco o nada satisfecho con la forma como está funcionando el sistema político chileno, 13% más que en noviembre de 2014, lo que deja en evidencia la profunda crisis que se desencadenó, situación que el 49% de los consultados atribuyó a la relación entre dinero y política (Cadem, 2015: 3-4).

A su vez, y como se mencionó, la clase política involucrada reaccionó ante la persecución penal, lo que se tradujo en distintas formas de presionar al Ministerio Público. La principal fue la construcción de un discurso de deslegitimación de las motivaciones para llevar adelante la persecución de esos casos, que catalogaron como una persecución política o discriminatoria en contra de algunos sectores⁷⁰ o, derechamente, como un abuso político de parte de la Fiscalía⁷¹. Si bien dichos ataques no parecieran haber tenido impacto importante en los momentos iniciales de la persecución de estos casos, pues los fiscales se vieron apoyados por una percepción pública favorable a su labor, en la medida en que fueron avanzando, las presiones fueron creciendo y penetrando en el Ministerio Público, lo que sin duda tiene también un efecto respecto del Poder Judicial, sobre todo si se considera que desde el punto de vista de la opinión pública era bastante difícil discernir que se trataba de ataques focalizados solo en los fiscales, por lo que sí podían erigirse como una afectación, al menos potencial, a la independencia de los jueces.

Otra situación que generó controversia por la manera en que podía afectar la independencia judicial en forma específica fueron las declaraciones del actual ministro de Justicia, Hernán Larraín, en el marco del caso Corpesca. Larraín fue citado a declarar por la defensa de Jaime Orpis, quien estaba siendo investigado por delitos tributarios, de cohecho y fraude al fisco. La polémica surgió cuando por medio de

⁷⁰ María Cristina Romero, "UDI acusa 'persecución política' y 'trato discriminatorio' contra Novoa tras querrela del SII", Emol, 22 de mayo de 2015, www.emol.com/noticias/nacional/2015/05/22/718107/declaracion-publica-de-la-udi-y-jovino-novoa-por-formalizacion-en-caso-penta.html

⁷¹ Radio ADN, "Moreira tras desafuero: 'Aquí hay un abuso político de la Fiscalía'", 24 de mayo de 2017, www.adnradio.cl/noticias/nacional/moreira-tras-desafuero-aqui-hay-un-abuso-politico-de-parte-de-la-fiscalia/20170524/nota/3472814.aspx

declaraciones públicas sostuvo, entre otras cuestiones, que “con gusto declarará a favor del imputado... que tiene plena confianza en su conducta...” y, en definitiva, que le creía a Orpis cuando decía que no cometió cohecho⁷². El actuar de Larraín fue respaldado por el Gobierno. Andrés Chadwick, ministro del Interior, señaló: “Él ha sido citado como testigo dentro de un contexto de una relación de amistad personal”.

La polémica que suscitaron las intervenciones de Larraín aumentó cuando se supo que solicitó como lugar para declarar el propio Ministerio de Justicia⁷³. Finalmente, el ministro decidió no testificar a favor de Orpis:

El hecho de ser en la actualidad ministro de Justicia y Derechos Humanos ha generado un comprensible debate por el alcance de mis declaraciones, ya que ellas han sido interpretadas razonablemente por algunos en un sentido totalmente ajeno al espíritu con que fueron formuladas... Es mi voluntad evitar que esta confusión se produzca, por lo cual he pedido a la defensa de Jaime Orpis no participar como testigo en este caso, solicitud que ha sido concedida⁷⁴.

A priori, dichas intervenciones podrían considerarse irrelevantes en la medida en que no implican afectaciones directas a las resoluciones de estos casos. Sin embargo, esto se debe relativizar si se tiene en cuenta que, como se revisó al comienzo de esta sección, en el sistema de designación de jueces chileno hay espacios para que incidan consideraciones políticas, especialmente desde el Ejecutivo y el Ministerio de Justicia, en tanto la designación de ministros de la Corte Suprema está en manos del presidente de la república y del Senado. El Senado tiene la facultad de rechazar la elección del candidato, lo que obliga a la Corte Suprema a completar la quina nuevamente para reemplazar al candidato rechazado, proceso que puede repetirse la cantidad de veces que sea necesaria hasta que el Senado apruebe el nombramiento.

⁷² En el mismo sentido se manifestó Magdalena Matte, exministra de Vivienda y esposa de Larraín. *El Mostrador*, “Familia Larraín Matte sale a blindar a Jaime Orpis y se levantan críticas por defensa del ministro de Justicia en Corpesca”, 27 de marzo de 2019, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/03/27/familia-larrain-matte-sale-a-blindar-a-jaime-orpis-y-se-levantan-criticas-por-defensa-del-ministro-de-justicia-en-casos-corpesca; “Caso Corpesca: La amistad del ministro y el ‘raspado de olla’ en la cuarta jornada de juicio”, Radio Universidad de Chile, 28 de marzo de 2019, <https://radio.uchile.cl/2019/03/28/caso-corpesca-la-amistad-del-ministro-y-el-raspado-de-olla-en-la-cuarta-jornada-de-juicio/>

⁷³ Radio Cooperativa, “Caso Corpesca: Gobierno restó importancia a que Hernán Larraín sea testigo de Orpis”, 27 de marzo 2019, www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/transparencia/caso-corpesca-gobierno-resto-importancia-a-que-hernan-larrain-sea/2019-03-27/191446.html

⁷⁴ *El Dinamo*, “Caso Corpesca: Ministro Larraín decide no testificar en favor de Jaime Orpis”, 28 de marzo de 2019, <https://www.eldinamo.com/nacional/2019/03/28/caso-corpesca-ministro-hernan-larrain-decide-no-testificar-en-favor-de-jaime-orpis/>

De esta manera, y por medio de las situaciones descritas en párrafos anteriores, se puede avizorar cierta percepción instalada en algunos jueces de que, para avanzar en sus carreras, no deben actuar en contra del interés transversal de la clase política de terminar con los casos. De hecho, es la postura de la Asociación de Magistrados, que, como se revisará más adelante, ha llamado permanentemente la atención sobre el punto.

Para analizar el impacto de las potenciales presiones y analizar la relación entre la política y las decisiones judiciales se prestó especial atención a los casos que involucraron desafueros. En efecto, en varios de los casos más connotados de persecución penal de delitos de corrupción, especialmente los relacionados con el financiamiento de campañas, se han visto involucrados miembros activos del Congreso en calidad de imputados (diputados y senadores). Un ejemplo paradigmático es el caso Corpesca, que a la fecha de este informe llevaba adelante el juicio oral en contra del senador Jaime Orpis.

En su artículo 61, inciso segundo, la Constitución chilena establece que ningún “diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa”. El objetivo de esta regla, conocida como fuero parlamentario, es establecer una protección especial a los representantes populares en democracia y asegurar la independencia de un parlamentario frente al hostigamiento policial o procesos penales infundados (García, Contreras y Martínez, 2016: 493). Eso se logra exigiendo un pronunciamiento previo (desafuero) del pleno de la Corte de Apelaciones respectiva para llevar adelante su persecución penal.

El Código Procesal Penal regula en detalle este proceso en sus artículos 416 a 422, estableciendo que la solicitud de desafuero es necesaria si el fiscal decide formular acusación en contra del parlamentario una vez cerrada la investigación o si durante la investigación deseara solicitar la prisión preventiva u otra medida cautelar en su contra (Maturana y Montero, 2010: 1104-1110). El desafuero se solicita al pleno de la Corte de Apelaciones respectiva y puede ser apelado ante la Corte Suprema. En caso de que sea rechazado y la Corte no dé “lugar a la formación de causa”, se decreta el sobreseimiento definitivo del caso. En caso de aprobarse, el parlamentario queda suspendido de su cargo y sujeto al proceso penal (García, Contreras y Martínez, 2016: 393-394).

En Chile, en el marco de los procesos por corrupción que se han seguido adelante se conocieron diversas solicitudes de desafuero, las que se exponen en la siguiente tabla:

Tabla 1

Solicitudes de desafuero en casos de corrupción investigados

Caso	Sujeto con fuero	Fecha decisión	Decisión
Corpesca	Jaime Orpis	9/2017	Corte Suprema confirma desafuero
Penta	Iván Moreira	11/2017	Corte Suprema confirma desafuero
Penta	Felipe De Mussy	05/2017	CA rechaza solicitud de desafuero ⁷⁵
SQM	Fulvio Rossi	03/2018	CS revoca desafuero otorgado por CA, rechazando desafuero
SQM	Jorge Pizarro	10/2018	CA rechaza solicitud de desafuero ⁷⁶

Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, en 2017 y 2018 parece haberse ido produciendo un cambio de criterios en las Cortes de Apelaciones y Suprema, que en principio fueron favorables a otorgar los desafueros y luego desfavorables en delitos muy similares. En 2017 con Jaime Orpis y luego con Iván Moreira la tendencia era muy clara, especialmente en el segundo caso, ya que fue desaforado por la Corte de Apelaciones por un total de

⁷⁵ En octubre de 2018 la Corte Suprema debía pronunciarse sobre la procedencia o no del desafuero. Sin embargo, entendió que había perdido oportunidad, puesto que el imputado ya no gozaba del fuero parlamentario al haber cesado en su cargo. Por tanto, debía continuarse con la tramitación del proceso.

⁷⁶ La Corte Suprema no se pronunció, pues el Tribunal Constitucional entendió no procedía apelación en esta causa, y por lo tanto declaró inconstitucional la norma sobre apelación en este caso.

26 votos⁷⁷ contra tres⁷⁸. Luego, la Corte Suprema confirmó la decisión. En 2018 la Corte de Apelaciones otorgó el desafuero del senador Rossi (caso SQM) y la Corte Suprema revocó la resolución. De ahí en adelante, la propia Corte de Apelaciones comenzó a rechazar las solicitudes⁷⁹.

Se consultó a los entrevistados sobre sus percepciones de los procesos de desafuero. Algunos reconocen el problema que, al menos en teoría, puede implicar que el sistema de nombramientos involucre al Senado en la designación de ministros de Corte Suprema⁸⁰, esto es, que los ministros que votan los desafueros, a lo menos la Corte de Apelaciones, son teóricamente candidatos a formar parte de la Corte Suprema, y que en esa designación participan precisamente senadores. Otros entrevistados se mostraron desconfiados de que la situación descrita no significara una presión, aunque reconocen los riesgos⁸¹.

A pesar de las diferentes impresiones al respecto, en los casos estudiados no existió una práctica de inhibición robusta ni de parte de los ministros que debieron desaforar senadores, ni de parte de aquellos senadores que han debido participar en los procesos de nombramiento. Esto daría cuenta de un problema de prácticas al interior del sistema que podría generar desconfianza en la ciudadanía respecto de los resultados que se han obtenido en estos casos.

Otro ejemplo polémico en relación con la independencia de los jueces es el caso “Fipes”⁸², en que se vio involucrado el en ese momento senador Patricio Walker⁸³.

⁷⁷ Correspondiente a los votos de Vásquez, Muñoz, Gajardo, Zepeda, Lusic, Moya, Llanos, Madrid, Rojas, Mera, Astudillo, Ravanales, Carreño, González Troncoso, Balmaceda, Villadangos, De la Barra, Kittsteiner, Poblete, Book, Solís, Toro, Barrientos, Gray —suplente de Rutherford—, González Díez —suplente de Carroza— y Durán, interino de Aguayo.

⁷⁸ Votos de Pfeiffer, Silva y Crisosto.

⁷⁹ Esta interpretación surgió, por ejemplo, en la Entrevista N° 2, del 14 de mayo de 2019: “Si uno hace toda esa línea de tiempo, el Poder Judicial estuvo muy cercano a las tesis que tenía la Fiscalía. Pero, de nuevo, me parece que hubo ahí un trabajo del poder político en general, con alinear sobre todo a la Corte Suprema, y eso empieza a hacerse muy notorio a propósito de los desafueros, donde la Corte de Apelaciones parte desafiando, por ejemplo, a Moreira con una mayoría así de cuatro a siete, creo que es la votación, y uno empieza a ver los desafueros que ha habido después y ya esas mayorías se ajustaron y luego se comenzaron a rechazar desafueros en la misma Corte de Apelaciones. Y en la Corte Suprema se desafiara a Moreira con un nueve-ocho y luego los desafueros comienzan a ser rechazados ocho-nueve, una pequeña modificación. Pero viene este resultado en la Corte Suprema ahora a propósito del caso de Fulvio Rossi, en que la Sala Penal lo rechaza cuatro-uno, o lo acoge más bien”.

⁸⁰ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019.

⁸¹ Entrevista N° 5, del 6 de junio de 2019: “Mira el desafuero del senador Moreira, la Corte por abrumadora mayoría lo desaforó y está desafiando a una persona que el día de mañana podría tener incidencia en el nombramiento de alguno de ellos para la Corte Suprema. La Corte Suprema también lo desaforó, nueve contra ocho. Pero, en el fondo, el sistema yo creo que ahí lo vi que funcionó, esa es mi perspectiva. Ahora, de que puede haber situaciones que se despliegan por parte de las autoridades públicas, como puede ser un ministro, un senador, que eso afecte una situación, yo creo que puede ser, pero en general los jueces tienen como una fortaleza para no considerar esas situaciones”. En el mismo sentido, Entrevista N° 3 del 23 de mayo de 2019, donde se descarta que el cambio en la decisión haya estado motivado por el sistema de designación de jueces.

⁸² Si bien no es uno de los casos seleccionados para esta investigación, se incorpora al relato porque permite graficar exactamente aquello que se ha venido describiendo.

⁸³ Caso Fipes. Rol Corte Suprema N° 2996-2017 y Corte de Apelaciones de Coyhaique N° 127-2016.

Se le investigó por haber supuestamente gestionado la entrega de dineros por parte de la Federación de Industrias Pesqueras del Sur Austral (Fipes), como un aporte económico para la campaña electoral de diputado por su partido a Iván Fuentes. Dado que estos montos se obtuvieron y no fueron declarados de acuerdo con la ley electoral, se sospechó que ello *redundaría en un beneficio posterior a la empresa donante puesto que en esa época se discutía en el Parlamento una ley que la afectaba*⁸⁴.

En ese contexto, la defensa de Walker solicitó su sobreseimiento definitivo ante el Juzgado de Garantía, pero fue rechazado. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Coyhaique revocó tal decisión y se presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema, en que los ministros Carlos Künsemüller, Haroldo Brito y Lamberto Cisternas, miembros de la Segunda Sala del máximo tribunal, confirmaron el rechazo⁸⁵. La decisión fue acordada con el voto en contra de los ministros Milton Juica y Jorge Dahm, quienes estuvieron por acoger la queja al estimar que los jueces del tribunal de alzada dispusieron ilegalmente del sobreseimiento definitivo en favor del imputado y senador Walker, lo que se constituiría en su opinión en una falta grave que tendría como consecuencia la afectación de las normas procesales que regulan la persecución penal, defecto que solo puede ser corregido por medio de dicho arbitrio disciplinario⁸⁶. Estas diferencias dieron cuenta de una división importante de posturas en la Corte Suprema en una materia en extremo sensible.

A raíz de ello comenzó una polémica en los medios, que especularon sobre las verdaderas razones que habrían motivado la decisión, dado que al voto de Brito, crucial para confirmar el sobreseimiento de Walker, le siguió el debate en el Senado sobre el nombramiento de fiscal judicial de la Corte Suprema, puesto al que era candidata la pareja de dicho ministro. De esta forma, se sospechaba que su voto pudo haber estado influenciado por este hecho⁸⁷. Finalmente, la designación de la postulante fue aprobada por el Senado con 30 votos a favor y una abstención.

⁸⁴ Voto de minoría sentencia Corte Suprema, 28 de marzo de 2017, Rol N° 2996-2017.

⁸⁵ Sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 2996-2017, considerando décimo séptimo: “No se acreditó por los quejosos alguna falta o abuso grave en la actuación de los jueces recurridos, sino solo discrepancias con lo resuelto, habida consideración, además, que los hechos propuestos en las querellas no dicen relación con los que constituyen el tipo de cohecho, porque en ellas no se sostiene la existencia de la acción o contraprestación ilícita que requiere; por lo que, al no haber mérito para ello, los arbitrios deberán ser desestimados”.

⁸⁶ Voto en contra de los ministros Milton Juica y Jorge Dahm, considerando décimo catorce, sentencia Corte Suprema, causa Rol N° 2996-2017.

⁸⁷ Radio Universidad de Chile, “Cupos en la Suprema: Bachelet propone a miembro de la banca corporativa y polola de juez como candidatos”, 6 de abril de 2017, <https://radio.uchile.cl/2017/04/06/cupos-en-la-suprema-bachelet-propone-a-miembro-de-la-banca-corporativa-y-polola-de-juez-como-candidatos/>

Patricio Walker no participó de la votación por encontrarse fuera de Chile⁸⁸, lo que dio lugar a que se informara que su ausencia podría haber estado motivada por la polémica respecto del voto crucial de Brito recién descrito^{89,90}.

Aun cuando no existen antecedentes ciertos que den cuenta de las influencias que se describen, sí es un hecho que el ministro de la Corte Suprema no se inhibió de conocer de la causa, aun sabiendo que la decisión podría ser relevante en la promoción de su pareja. Todo esto podría haber contribuido a acrecentar la percepción pública de los problemas de independencia en la toma de ciertas decisiones por parte del sistema judicial.

b. Independencia interna

Las eventuales consecuencias de las intervenciones de la clase política por medio del sistema de designación de los ministros de la Corte Suprema resultan aún más relevantes si se considera la estructura jerárquica del Poder Judicial, ya que pueden afectar también las decisiones que deben tomar los que están jerárquicamente más abajo (ministros de Cortes de Apelaciones y jueces de base⁹¹). Históricamente se ha identificado como un problema para la independencia judicial interna la existencia de un sistema jerárquico exacerbado que les da a los superiores, especialmente a los integrantes de la Corte Suprema, demasiadas atribuciones respecto de sus subordinados (Duce y Vargas, 2000: 2). Tales atribuciones se extienden a las calificaciones, al control disciplinario, a las designaciones y promociones, sumado a las facultades de revisar las resoluciones por medio de los recursos que tienen en materia penal.

Especialmente complejo resulta que sea la Corte Suprema la que deba proponer las ternas de ministros para la Corte de Apelaciones, y que a su vez esta la proponga para jueces de primera instancia. Con ello se puede advertir una jerarquía y verticalidad extrema que genera serios problemas cuando un juez tiene pretensiones

⁸⁸ Ello dio lugar a más especulaciones, en la medida en que su ausencia habría estado motivada por la polémica generada respecto del voto decisivo de Brito sobre la queja y sobreesimiento en la causa en que era imputado.

⁸⁹ Iván Moreira se abstuvo de votar porque estaba siendo conocido su desafuero en la Corte Suprema. Para conocer la votación de cada senador, ver <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=sesionessala&ac=detalleVotacion&votaid=6708>

⁹⁰ Victoria Viñals, "Las negociaciones en el Senado para aprobar las nominaciones de Bachelet a la Suprema", 18 de abril de 2017, Radio Universidad de Chile, <https://radio.uchile.cl/2017/04/18/las-negociaciones-en-el-senado-para-aprobar-nominaciones-de-bachelet-a-la-suprema/>

⁹¹ Ilustrativo de esta idea es el caso Rancagua, en el que se investiga una red de tráfico de influencias en la Región de O'Higgins. En una de las aristas que incluye esta causa se indagan las influencias que el senador Juan Pablo Letelier habría ejercido sobre Emilio Elgueta, Marcelo Vásquez Fernández y Marcelo Albornoz Troncoso, todos ministros de la Corte de Apelaciones y, a su vez, que estos habrían afectado el actuar de los jueces inferiores en jerarquía.

de desarrollarse y ascender al interior del Poder Judicial, pues se le entrega al de jerarquía superior el control de la carrera de los que se encuentran en un eslabón inferior⁹².

Por ello, la independencia interna⁹³ fue una de las variables que se incluyó en la investigación, de modo de determinar si en la práctica podía provocarse una afectación derivada de la verticalidad y la jerarquía. A continuación, se exponen los hallazgos sobre este punto.

En la misma línea expuesta y como ha ocurrido históricamente en Chile, se constató una gran preocupación por la estructura jerárquica del Poder Judicial⁹⁴, especialmente por el sistema de designación y promoción, en tanto es un foco de riesgo⁹⁵, en la medida en que las pretensiones e intereses de cada juez permite que se configure un espacio de pérdida de independencia⁹⁶, ya sea porque el juez actuará de la forma que le permita conseguir la aprobación de su superior jerárquico, o bien, porque aprovechándose de la posición en que se encuentren, jueces de mayor jerarquía podrían intervenir en los casos, lo que sería aceptado por el de inferior jerárquico para, nuevamente, no entorpecer el desarrollo de su carrera.

Durante el desarrollo de la investigación se detectaron percepciones en el sentido descrito. Y es que en la práctica judicial chilena de los casos de corrupción estudiados se generarían, a lo menos, fuertes sugerencias a los jueces⁹⁷ para que se aparten del cumplimiento de sus deberes generales, las que seguirían con la intención de

⁹² En ese sentido, ver María Soledad Piñero, “Sistema de nombramiento de jueces, una reforma impostergable”, *El Mostrador*, 15 de enero de 2019, <https://m.elmostrador.cl/destacado/2019/01/15/sistema-de-nombramiento-de-jueces-una-reforma-impostergable/>

⁹³ Por independencia interna se entendió la capacidad de los jueces de resistir presiones procedentes de la propia institución, de mantener sus niveles de libertad al conocer un caso de corrupción, y de resolver de acuerdo a antecedentes objetivos.

⁹⁴ Por ejemplo, en la Entrevista N° 7, del 14 de julio de 2019, se señaló: “Yo creo que la estructura organizacional del Poder Judicial es lejos el flanco más fuerte de corrupción que tenemos... Además, cuando tú centras el poder en unos pocos, controlas a esos pocos y controlas a todo el resto, porque es jerárquico, entonces mandan, te promueven o no según su antojo, porque, en el fondo, al final del día los jueces deberían tener los mismos sueldos que los ministros, esa es otra forma de generar falta de oscurantismo”.

⁹⁵ En ese sentido se manifestó en Entrevista N° 7, 14 de julio de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de julio de 2019.

⁹⁶ En ese sentido, en la Entrevista N° 3, del 23 de mayo de 2019, se manifestó: “Si uno es un juez de Garantía que no tiene mayores expectativas, tienden a disminuir esas variables. Si es un juez de Garantía que tiene aspiraciones y está postulando, van a aumentar. *Mutatis mutandi*, lo mismo para un ministro. No es un problema del lugar donde esté, sino de las expectativas que tiene ese sujeto. Si ese sujeto tiene expectativas de ascenso, las variables van a jugar fuertemente”; Entrevista N° 5, del 6 de junio de 2019: “Lo peligroso se puede dar para aquellos que están en un proceso de nombramiento, por ejemplo, en un proceso de ascenso, donde ese ministro va a tener un poder omnimodo para tomar la decisión, una terna o no sé, yo creo que ahí hay problemas, y pareciera que la preocupación está dada en buscar una manera de cómo despolitizar los nombramientos, tanto en la Corte Suprema como de los propios jueces”. En la misma línea se observan las declaraciones de la Entrevista N° 2 del 14 de mayo de 2019 y de la Entrevista N° 7, del 14 de julio de 2019.

⁹⁷ En una de las entrevistas se describe que en ocasiones las sugerencias van más allá y se traducen en llamados en los que directamente se les darían instrucciones sobre la manera de proceder. Entrevista N° 7, 14 de julio de 2019.

no desagradar⁹⁸ a quien más tarde tendrá injerencia en su carrera⁹⁹. Más aún, se sospecha que se entregan “premios” a los jueces tras decisiones relevantes que se tomaron en algunas de las causas de estudio¹⁰⁰.

Los problemas descritos no son nuevos en Chile. La Asociación Nacional de Magistrados (ANM) manifestó hace ya varios años una preocupación por la manera en que el Gobierno y carrera judicial, régimen de responsabilidad y nombramiento de jueces pueden atentar contra la independencia de los jueces. Así se lee en la reciente declaración pública entregada a partir del caso Rancagua: “Hemos afirmado que no es sano que los tribunales superiores concentren las decisiones jurisdiccionales al tiempo que ejercen potestades administrativas y de responsabilidad, fuente que lesiona la independencia de jueces y juezas, valor fundamental para el correcto funcionamiento de la democracia y el Estado de Derecho”¹⁰¹.

Ya en 2007 la ANM alegaba la necesidad de reestructurar el Poder Judicial, de separar la función jurisdiccional de la de gobierno judicial. Más adelante, en 2011, se abogó por dejar a un lado la expresión carrera judicial y remplazarla por “estatuto profesional de juez”, como una forma de abrir paso a una nueva estructura no jerárquica. En 2018 se continuó discutiendo el punto y en su convención se aprobó abolir la carrera judicial, esto es, la estructura jerárquica y poco flexible, con un sistema de nombramientos centrado en la antigüedad y no el mérito.

Sin embargo, no existen antecedentes ciertos que permitan afirmar sin lugar a dudas que la independencia de los jueces, en su dimensión interna, haya sido afectada durante el desarrollo de las causas por corrupción e incidido en las decisiones judiciales. De todas formas, sí puede concluirse que, a lo menos la regulación institucional del Poder Judicial y, más precisamente, los sistemas de designación y ascenso en

⁹⁸ Entrevista N° 3, 25 de mayo de 2019; Entrevista N° 7, 14 de julio de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019.

⁹⁹ Por ejemplo, en la Entrevista N° 3, del 25 de mayo de 2019: “Ahora bien, otra regla distinta es si se generan fuertes sugerencias, si eso lo vamos a entender por corrupción, yo diría, si vamos a entender corrupción como una idea de desviación de alguna expectativa de una regla institucional, diría que sí hay un fenómeno de corrupción. La idea de desviarse de la única regla que en mi opinión es vinculante para los jueces, la regla institucional de fallar los casos conforme al mérito de los propios hechos del caso y las reglas legales, hay fuertes incentivos para mirar cosas distintas, sí hay fuertes incentivos”.

¹⁰⁰ Ejemplo es la Entrevista N° 1, del 6 de mayo de 2019, donde se expuso que en el caso Penta se sospechaba que uno de los jueces que intervino habría actuado motivado por la obtención de un beneficio laboral, el que luego se habría concretado.

¹⁰¹ AD Prensa, “Declaración pública de la Asociación Nacional de Magistrados sobre hechos en Rancagua”, 11 de abril de 2019, www.adprensa.cl/cronica/declaracion-publica-de-asociacion-nacional-de-magistrados-sobre-hechos-en-rancagua

su interior, son un espacio para la configuración de presiones que pueden afectar la independencia, y que existen sospechas de que esto efectivamente ocurre¹⁰².

Debe tenerse en cuenta que las decisiones judiciales de alto impacto que se tomaron en estos casos, como las que decretaron prisión preventiva o sentencias condenatorias con penas altas y efectivas, fueron pocas. Debido a ello, la tensión política no se centró en las resoluciones judiciales, sino en las investigaciones de los fiscales, lo que podría explicar que no se hayan evidenciado situaciones concretas de pérdida de independencia¹⁰³.

2.1.2. Imparcialidad

Se consideró relevante indagar la imparcialidad de los jueces en casos de corrupción, entendiéndose por tal su capacidad de abstraerse de toda opinión, prejuicio o compromiso que pueda favorecer de cualquier modo a las partes en disputa.

Se prestó especial atención al impacto que pueden tener en la resolución de casos de corrupción sus relaciones, intereses o puntos de vista personales, y la forma en que dichos factores pueden influir negativamente si su parcialidad condiciona las decisiones relativas al caso de una manera distinta a la que objetivamente corresponde o, positivamente, si el juez desarrolla su labor de manera imparcial, sin dejar que sus intereses personales interfieran en su criterio.

En este punto la investigación no entrega indicadores claros de que en el juzgamiento de los delitos de corrupción en Chile se hayan enfrentado problemas asociados a la falta de imparcialidad de los jueces de Garantía, de juicio oral o de tribunales superiores. Es decir, no se detectó la presencia sistemática de prejuicios o compromisos en los jueces que pudieran favorecer de cualquier modo a las partes en disputa, ni que ello haya tenido impacto en la resolución de casos de corrupción. No obstante, surgieron ciertos aspectos que conviene tener en cuenta.

¹⁰² Entrevista N° 3, del 23 de mayo de 2019: “A ver, yo estoy de acuerdo con eso y si tú me dices mira el tremendo problema, tienes toda la razón. Este es el punto, este es todo el punto cuando conversamos estas cosas. Yo no necesito que tú me demuestres que eso pasó. Ese es el problema, la regla permite que se pueda. Y como la regla lo permite, la respuesta es elimina la regla. ¿Y cuál es la regla? El sistema de nombramientos tiene que cambiar”.

¹⁰³ Como se verá en el Capítulo II, únicamente en un juicio oral resultó condenada una persona, pero a una pena menor, aunque de cumplimiento efectivo. Todas las demás se han obtenido por medio de procedimientos negociados, con penas que no implican la privación de libertad. Si bien ha procedido la prisión preventiva, no ha sido la característica en la persecución de estos hechos.

En primer lugar, se advirtió cierta animadversión de los jueces hacia el Ministerio Público debido a las solicitudes que sostenían, en desmedro de la efectiva sanción de hechos de corrupción de algunos de estos casos¹⁰⁴. Con todo, no es una creencia generalizada¹⁰⁵ y tampoco es claro que obedezca ni a un patrón sistemático de comportamiento, ni a un fenómeno específico en la persecución de estos delitos. Pareciera ser un conflicto más general, con personas concretas¹⁰⁶, en ocasiones como respuesta a la mala preparación de los fiscales, en la medida en que el mal desempeño fuerza a los propios jueces a suplir sus deficiencias o incluso a terminar absolviendo solo porque la investigación es deficiente¹⁰⁷.

La segunda cuestión que es necesario considerar en relación con la imparcialidad se refiere a la influencia que podrían tener en los jueces las relaciones con ciertos abogados de prestigio que litigan estos casos a favor de los imputados. Como en general se trata de personas con recursos económicos importantes, tienen la capacidad de acceder a abogados de renombre en Chile, los que, a su vez, han sido profesores de jueces en cursos de formación, o se han relacionado con estos por medio del contacto permanente que se da en el contexto del funcionamiento regular del sistema. Ese tipo de relaciones podría generar predisposiciones favorables de los jueces al momento de tomar sus decisiones¹⁰⁸. A pesar de la relevancia del tema, no pareciera ser un problema exclusivamente centrado en la persecución de delitos de corrupción, sino una constante en los casos en que intervienen litigantes de alto perfil, lo que no obsta a la atención que debe ponerse sobre este punto,

¹⁰⁴ En ese sentido se señaló en la Entrevista N° 1, del 6 de mayo de 2019: “Yo quedo con la sensación horrorosa de animadversión al Ministerio Público muy grande”.

¹⁰⁵ De hecho, se advirtió una evaluación positiva del trabajo de los jueces y se destacó la inexistencia de intereses distintos a la correcta resolución de los casos. Así se aprecia en la Entrevista N° 8, del 24 de junio de 2019: “Yo tengo la impresión de que los jueces tienen un buen grado de formación, no tienen ningún interés evidente en dificultar investigaciones de este tipo de delitos”.

¹⁰⁶ En la Entrevista N° 7, del 14 de julio de 2019, frente a la pregunta de si considera existe cierta animadversión hacia el Ministerio Público, lo que podría estar afectando la imparcialidad, la respuesta fue: “No. Eso solamente puede hablarse de ciertos jueces en particular, que tienen nombre y apellido... Y no es que su decisión esté motivada, simplemente le caen mal algunos fiscales, que los encuentra pesados, que es lo que uno ve, uno supone que le caen mal”.

¹⁰⁷ En la Entrevista N° 7, del 14 de julio de 2019: “Eso es mentira. Lo que sí es cierto es que algunos jueces están preocupados de hacer bien el trabajo y hay una especie de vergüenza en tu entorno... Pero lo que olvidan los fiscales, nuevamente, es su rol institucional, ellos tienen la carga de la prueba, no es la defensa. Entonces muchas veces puede suceder que se irrite cuando el fiscal no hace su pega, no es animadversión con un fiscal en particular”. Algo similar manifestó uno de los intervinientes en la Entrevista N° 4, del 27 de mayo de 2019, al señalar que generalmente se atribuye la responsabilidad a los jueces por los resultados, en circunstancias que es el Ministerio Público quien no hace su trabajo de manera correcta.

¹⁰⁸ En la Entrevista N° 6, del 6 de junio de 2019, se señaló: “Yo creo que ese es un tema súper delicado, la relación con estudio y abogados. Yo tengo la impresión de que eso ocurre, de que hay gente que va formando vínculos con abogados. Yo no conozco casos dentro del MP de cohecho o que le hayan financiado, pero sí creo es una relación súper sensible y que hay que cuidar... y no solo a nivel del Ministerio Público, también a nivel de Poder Judicial. El mundo jurídico nacional es relativamente chico, puede ser que el abogado del estudio X sea amigo del fiscal y a la vez cuñado de la jueza de la misma jurisdicción, eso es posible”. En la misma línea se manifestaron en la Entrevista N° 1, del 6 de mayo de 2019, y en la Entrevista N° 3, del 23 de mayo de 2019.

en miras del correcto desempeño del sistema y el respeto de una garantía vital del debido proceso¹⁰⁹.

2.2. Especialidad e idoneidad de los jueces

En Chile no hay tribunales especiales encargados de conocer causas de corrupción, sino que los Tribunales de Garantía, de Juicio Oral en lo Penal, las Cortes de Apelaciones y la Sala Penal de la Corte Suprema conocen estos hechos. Las causas se distribuyen según el lugar donde comenzó la ejecución del hecho, y no según el tipo de delitos cometidos. En consecuencia, tampoco hay una formación especial derivada de la orgánica misma del Poder Judicial.

Considerando que la formación especial de jueces para conocer estas materias puede ir construyéndose en instancias de preparación como capacitaciones o cursos, se quiso averiguar si durante su carrera, ya sea en la Academia Judicial o en momentos de perfeccionamiento posteriores, los jueces se especializan.

Con ese objetivo se consultó a la Academia Judicial, que señaló que durante la etapa de formación no se dispone de instancias de especialización en la materia¹¹⁰. Lo que sí se hace son cuatro módulos de dos jornadas completas sobre ética judicial, donde se imparte conocimiento sobre las reglas de comportamiento que deben seguir durante su carrera.

Durante el ejercicio de sus labores, cada año la Academia imparte cursos de perfeccionamiento sobre temas diversos. Dichos cursos se mencionaron en las entrevistas, y a pesar de que fueron valorados, se enfatizó que no satisfacen las necesidades de conocimiento; por ejemplo, no se profundiza en aspectos formales de figuras que se consideran complejas, ya que no se dispone de conocimiento dogmático proveniente de la academia¹¹¹.

¹⁰⁹ Cabe considerar la Entrevista N° 7, del 14 de julio de 2019, en que se expresa que el fenómeno podría producirse en sentido contrario respecto de aquellos abogados de prestigio con los cuales tienen algún tipo de cercanía: "Y lo que he conocido de otra gente, que al final se inhabilitan con ciertos abogados con que tienen más cercanía, es que, al contrario, tienden a fallar en contra de la persona que conocen para que no crean que están sesgados. Entonces, muy por el contrario, puede ser a favor o en contra, no necesariamente es a favor de la Fiscalía". Además, tratándose de abogados que además son académicos, señala podría existir cierta deferencia al conocimiento: "El tema es súper complejo cuando tienes a un profesor que estudia y hace su trabajo con un rigor absoluto. Ojo, yo también miraría esas dos cosas, porque quizás la deferencia con el conocimiento también tiene que ver con que uno está hablando de corrido y el otro está balbuceando".

¹¹⁰ Sin perjuicio de que se contempla un curso introductorio habilitante en derecho penal, no considera temas de derecho penal sustantivo ni sobre ilícitos de este tipo.

¹¹¹ Entrevista N° 7, 14 de julio de 2019.

La ausencia de instancias de formación especializadas en estos temas se ha traducido en una evaluación negativa de ciertos intervinientes¹¹² sobre el desempeño y preparación de los jueces, especialmente en las Cortes¹¹³. En ese sentido, algunos entrevistados señalaron que los jueces en general carecen de una “formación permanente, seria y completa” sobre temas dogmáticos y académicos. De todas formas, debe tenerse presente que dichas percepciones y evaluaciones no son generalizadas ni en el sistema ni entre los propios intervinientes¹¹⁴.

A pesar de la ausencia de instancias de formación especializada, se valora positivamente que este año (2019) se contemplaron tres cursos de perfeccionamiento referidos a materias de corrupción¹¹⁵.

El primer curso trata sobre lavado de activos y asociación ilícita¹¹⁶. El segundo, denominado “Convención contra el cohecho de funcionarios públicos en transacciones comerciales internacionales¹¹⁷”, incluye el estudio de la corrupción desde una perspectiva legal, económica e institucional, a nivel conceptual y práctico; de iniciativas internacionales contra la corrupción¹¹⁸; y la responsabilidad de las personas jurídicas, lo que implica el estudio de la Ley 20.341 y la Ley 20.371, del delito de cohecho y de lavado de activos¹¹⁹. El tercer curso de perfeccionamiento es sobre delitos contra la función pública¹²⁰ y abarca el marco general y su bien jurídico

¹¹² Entrevista N° 7, del 14 de julio de 2019: “Yo creo que también hay un déficit en los intervinientes, de los jueces en falta de conocimiento”. En el mismo sentido, Entrevista N° 3, del 23 de mayo de 2019.

¹¹³ Entrevista N° 3 del 23 de mayo de 2019: “Las Cortes son ignorantes, no saben, no tienen conocimiento. Entonces, creen que el momento sacrosanto, donde el juicio resuelve todo. Manejan tres o cuatro ideas absurdas, bilateralidad de la audiencia, contradictorio, puras pelotudeces, y por supuesto, la idea de poner la pata encima al de abajo, la falta de deferencia intelectual”.

¹¹⁴ Algunos entienden que hay un grupo de jueces profesionales, serios y bien preparados. En ese sentido, Entrevista N° 5, 6 de julio de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

¹¹⁵ Según informó la coordinadora del Programa de Formación de la Academia Judicial, Alejandra Mera, el 22 de agosto de 2019.

¹¹⁶ El programa de este curso expresa como objetivo general que “los participantes queden en condiciones de interpretar y aplicar las normas nacionales e internacionales sobre la prevención y represión de la criminalidad organizada, a través del análisis de los diferentes tipos penales, y ejercicio de las destrezas necesarias a tal fin” (Curso de Perfeccionamiento Academia Judicial año 2019: 2; documento en poder de los investigadores).

¹¹⁷ El objetivo de este curso es entregar una “visión general de la Convención contra el cohecho de funcionarios públicos en transacciones comerciales internacionales, analizando el fenómeno de la corrupción, los mecanismos e instrumentos internacionales por medio de los cuales se ha abordado este fenómeno, especialmente el contenido de dicha convención, los efectos que produce en la legislación interna, su aplicación, y el rol del juez en dicha tarea” (Curso de Perfeccionamiento Academia Judicial año 2019: 1; documento en poder de los investigadores).

¹¹⁸ Específicamente, la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales en la OCDE, y el contenido normativo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

¹¹⁹ En este punto el curso se extiende a los siguientes tópicos: persecución e investigación de los ilícitos establecidos en el sistema internacional y en el sistema interno, normas sobre contabilidad (penalización de las omisiones y falsificaciones contables), elementos y configuración de la asistencia legal mutua, esto es, secreto bancario, extradición. Por último, el monitoreo y seguimiento del cumplimiento de la Convención y el rol del juez en su aplicación (Curso de Perfeccionamiento Academia Judicial año 2019: 3; documento en poder de los investigadores).

¹²⁰ El objetivo declarado de este curso es que los participantes puedan analizar los delitos que atentan contra la función pública, “interpretando y aplicando las normas nacionales e internacionales para prevenir y reprimir dichas conductas” (Curso de Perfeccionamiento Academia Judicial año 2019: 1; documento en poder de los investigadores).

protegido; los delitos contra la imparcialidad en el ejercicio de dicha función, esto es, tráfico de influencias y cohecho; delitos contra los aspectos patrimoniales de la función pública del Código Penal y leyes especiales; delitos contra los aspectos operativos de la función pública (prevaricación administrativa, perjurio, usurpación de atribuciones, nombramientos ilegales, revelación de secretos, uso de información privilegiada) y delitos contra la función jurisdiccional cometidos por funcionarios, como la prevaricación judicial, entre otros¹²¹.

A pesar de que se reconoce el avance que estos cursos representan, no se dispone de jueces especializados en corrupción, de modo que la preparación y el perfeccionamiento en estos temas quedan entregados a los esfuerzos personales de cada uno más que a iniciativas institucionales óptimas para tal efecto. En todo caso, esta carencia pareciera ir más allá de los delitos de corrupción¹²².

2.3. Imagen y confianza pública en el sistema judicial

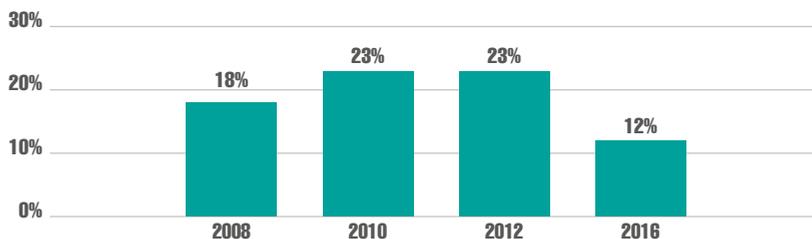
Se consideró relevante incluir al análisis las cifras sobre la confianza pública que la ciudadanía deposita sobre el Poder Judicial, en tanto esta variable condiciona la capacidad del sistema para procesar los delitos de corrupción, pues un alto nivel de confianza pública en el sistema judicial suele constituirse en un sustento de la capacidad de los jueces para resistir presiones, ya que se saben apoyados por la población. Por el contrario, una baja reputación de los jueces suele ser una debilidad que facilita que otros órganos o poderes puedan influenciar las decisiones judiciales. Para construir esta sección se consideraron encuestas y estudios nacionales e internacionales, así como un informe de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema (DECS) sobre percepción social y Poder Judicial de 2017. Se comenzará exponiendo las cifras según estudios internacionales para luego revisar las nacionales.

¹²¹ Además, se incluyen delitos contra la función jurisdiccional cometidos por particulares, como el falso testimonio, presentación de pruebas falsas, obstrucción a la investigación, acusación o denuncia calumniosa; las relaciones concursales entre los delitos que atentan contra la función pública y entre estos y aquellos que protegen otros intereses y, por último, la comunicabilidad y accesoriidad en los delitos contra la función pública (Curso de Perfeccionamiento Academia Judicial año 2019: 2; documento en poder de los investigadores).

¹²² Investigaciones en relación con el uso de la prueba pericial y los reconocimientos oculares en el proceso penal chileno, llevadas adelante por Mauricio Duce, llegan a una conclusión muy similar (Duce, 2017a, 2018).

Gráfico 3

Confianza en los tribunales de justicia, PNUD

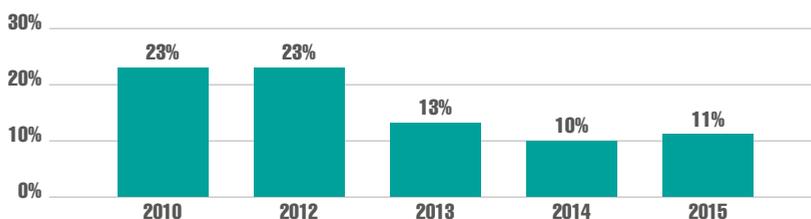


Fuente: PNUD, IV Encuesta Auditoría a la Democracia, 2016.

Como se desprende del Gráfico 3, en 2008 la confianza que la ciudadanía manifestaba tener en los tribunales de justicia alcanzaba el 18%. En los siguientes cuatro años se registró un incremento del 5%, de modo que para 2012 este indicador aumentó al 23%. Es decir, aunque las cifras son bajas, se identifican variaciones al alza. Sin embargo, en 2016 los porcentajes descendieron nuevamente, para llegar apenas al 12%, lo que en perspectiva representa el peor resultado de las últimas cuatro mediciones del estudio: una baja sustantiva entre las mediciones de 2012 y 2016 correspondiente al 11%. Estas cifras se condicen con lo que expresan ciertos estudios nacionales, por ejemplo, los datos sobre Opinión Pública del Centro de Estudios Públicos (CEP) que se expresan en el Gráfico 4.

Gráfico 4

Confianza en los tribunales de justicia, CEP



Fuente: CEP, "Estudio Nacional de Opinión Pública", 2010 y 2015.

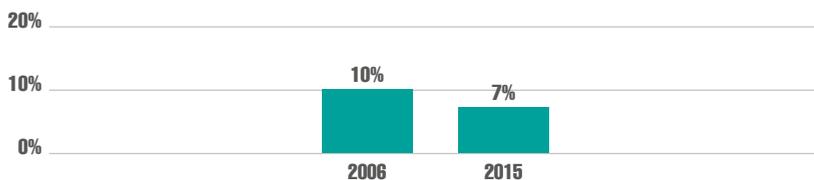
Como se observa, la tendencia registrada hasta 2012 no se mantuvo, sino que desde ese año la confianza fue disminuyendo. Así, en 2013 se observó una baja del 10% en

relación con el año anterior y del 13% en 2014. Según estos datos, la confianza solo aumentó un 1% para 2015, lo que de todas maneras representa una variación marginal.

La disminución en la confianza descrita en dicho período se evidencia también en las cifras expuestas en la Encuesta Nacional Bicentenario.

Gráfico 5

Confianza en los tribunales de justicia



Fuente: Encuesta Nacional Bicentenario 2015.

Para 2015, apenas el 7% de las personas manifestó confiar mucho o bastante en los tribunales de justicia, cifra que solo supera la registrada para los partidos políticos (2%) y los parlamentarios (1%). Asimismo, la OCDE en el mismo año situó a Chile como el país con peor evaluación del sistema judicial, ya que se encontraba muy por debajo del promedio de los países pertenecientes, esto es, 55% vs. 15% (OCDE, 2017).

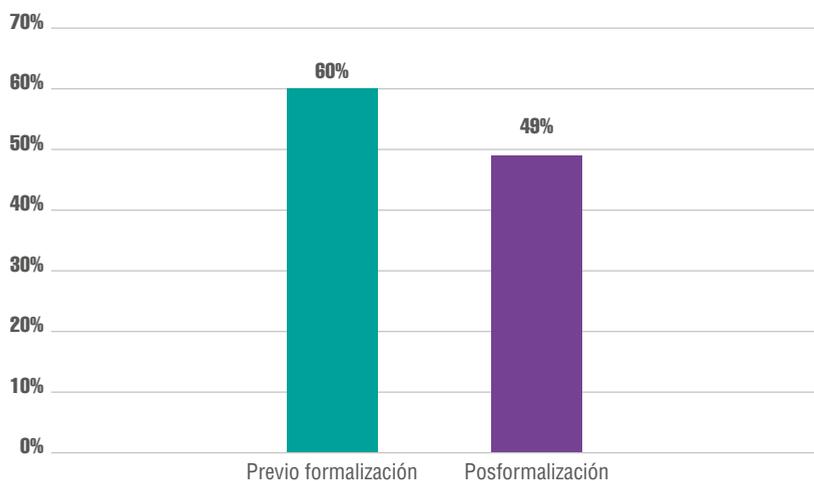
En suma, si bien históricamente las cifras de confianza en el Poder Judicial han sido bajas y la evaluación negativa, disminuyeron aún más en los períodos en que se conocieron las causas de corrupción en nuestro país: el caso Basura en 2012, Corpesca en 2013, Penta a partir de 2014 y SQM en 2015¹²³.

Sin embargo, no se puede negar el respaldo de la ciudadanía a la persecución y sanción de estos hechos, lo que, según datos específicos, se habría traducido en un mayor apoyo a la labor de los tribunales chilenos. Por ejemplo, la encuesta Cadem de 2016, que recopiló información sobre la evaluación que la ciudadanía hace sobre el sistema judicial, registró mejoras tras las formalizaciones en el caso Penta.

¹²³ Sin perjuicio de que las investigaciones por algunos de estos casos hayan comenzado con anterioridad. Se trata de los años en que los hechos se dieron a conocer de manera pública, con el consiguiente impacto social generado.

Gráfico 6

Evaluación negativa del sistema judicial antes y después de formalizaciones Penta



Fuente: Encuesta Cadem, 2016.

Como se consigna en el Gráfico 6, tras las formalizaciones a los controladores de Penta, la evaluación negativa sobre sistema judicial disminuyó en un 11% (Cadem, 2016). Más aún, se registró un fuerte apoyo a las decisiones que tomaron los tribunales de justicia en el contexto de este caso. Por ejemplo, el 76% de la población consideró correcta y justa la prisión preventiva contra los controladores.

A pesar del apoyo descrito a la persecución de los casos en estudio y probablemente debido a la sensación de impunidad¹²⁴ con que concluyó la mayoría, las cifras continuaron siendo bajas e incluso bajaron aún más después de un período corto de alza en que se creó la expectativa de que los delitos se perseguirían eficazmente. Los datos más recientes muestran que en 2018, ante la pregunta sobre cuánta confianza tiene en los tribunales de justicia, solo el 18% respondió que mucha o bastante, mientras que el 80% dijo tener poco o nada, y el 2% que no sabía

¹²⁴ Un columnista de los medios escritos más influyentes del país describió esta sensación de la siguiente forma "... después de tanta tinta y saliva derramada para discutir sobre el financiamiento ilegal de la política, los resultados concretos de las investigaciones judiciales son menos que decepcionantes. A cuatro años de haberse revelado estos escándalos, la justicia no parece haber cumplido su propósito; no al menos en los innumerables casos donde no se pudo investigar a fondo, sea por la ausencia de antecedentes o por las propias maniobras obstruccionistas de los involucrados y reparticiones del Estado. Esta sensación de impunidad se instaló muy específicamente sobre la figura de los expresidentes". Jorge Navarrete, "Justicia y prejuicio", *La Tercera*, 22 de septiembre de 2019, p. 4, www.latercera.com/opinion/noticia/justicia-y-prejuicio/829965

(Encuesta Espacio Público-Ipsos, 2018: 12). Otra medición del mismo año indicó que la confianza solo llegaría al 6% (Latinobarómetro, 2018).

En este contexto, cabe reconocer que la baja confianza en el Poder Judicial puede responder a circunstancias que poco tienen que ver con los jueces y el trabajo que realizan o incluso con los casos de corrupción. Todo parece indicar que en general la mala evaluación del sistema judicial se debe fundamentalmente al temor de la población a los delitos comunes¹²⁵. En ese contexto, vale la pena resaltar que la persecución de la corrupción parece haber generado una expectativa positiva, pero que finalmente no se tradujo en una mejora sustantiva de la percepción.

Como se verá en detalle más adelante, la participación de los jueces en la decisión de los casos estudiados ha sido limitada, la mayoría de las causas de corrupción terminó sin una condena significativa, casi todas terminaron por medio de alguna salida alternativa, que representa una salida blanda del sistema, y en todos los casos sin privación efectiva de libertad. Estas decisiones no responden directamente al actuar de los jueces, pero desde el punto de vista público, el sistema de justicia penal aparece como unitario y, por ende, la actuación de alguno de sus miembros lo afecta en su conjunto.

Luego, de los casos que llegaron a juicio oral, solo un acusado terminó condenado. En esto sí podría atribuirse responsabilidad a jueces, sin embargo, cuando se analizan las razones de tales decisiones de absolución, se advierte que apuntan a una incapacidad del Ministerio Público de probar los hechos imputados¹²⁶. Además, parte de la evaluación sobre el Poder Judicial puede estar motivada por los discursos cada vez más frecuentes de seguridad pública. Es más, incluso el presidente de la república ha llegado a atribuir responsabilidad por los índices de delincuencia al actuar garantista de los jueces¹²⁷.

¹²⁵ Sobre el problema del impacto que ha tenido la contribución de los jueces a la seguridad pública, Paz Ciudadana muestra que en 2019 los jueces fueron evaluados con 3,1, cuando históricamente habían obtenido un promedio de nota 2,96. Es decir, muy lejos de la nota de aprobación mínima de 4,0 sobre 7,0 (Índice Paz Ciudadana, 2019).

¹²⁶ La misma visión se entregó en la Entrevista N° 4, del 27 de mayo de 2019, tras consultar por las absoluciones que se han dado en las causas estudiadas, especialmente en el caso Basura: "Yo creo que la lectura que hay que hacer es súper concreta. La tengo bien clara. Es la falta de trabajo investigativo por parte del Ministerio Público en tratar de acreditar un hecho negativo. Cuando yo quiero acreditar un hecho negativo, que no se prestó un servicio, tengo que generar prueba de un estándar altísimo, entre otras tengo que demostrar que esas personas no estaban ahí, que no hicieron su trabajo. El Ministerio Público, en este caso en particular, jamás entrevistó a nadie de la Municipalidad para saber si las personas fueron o no alguna vez. Dicho lo anterior, no hay un reproche al tribunal, sino a la labor investigativa".

¹²⁷ Piñera señaló: "Creo que hay algunos jueces que no están aplicando la ley, que están fallando de forma equivocada, que le dan un manto de impunidad a los delincuentes. Y esos jueces no pueden seguir así". *El Mostrador*, "Piñera recurre otra vez al comodín de la lucha contra la delincuencia y critica a jueces 'que no aplican ley'", 23 de julio de 2019, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/07/23/pinera-recurre-otra-vez-al-comodin-de-la-lucha-contra-la-delincuencia-y-critica-a-jueces-que-no-aplican-la-ley/; ver también Carlos Reyes, "Presidente critica a jueces por combate a la delincuencia: 'Muchos no aplican bien la ley (...) le dan un manto de impunidad a los criminales'", *La Tercera*, 23 de julio de 2019, www.latercera.com/politica/noticia/presidente-critica-jueces-combate-la-delincuencia-muchos-no-aplican-bien-la-ley-le-dan-manto-impunidad-los-criminales/750327/

Esto no quiere decir que no tengan ningún tipo de responsabilidad en la poca confianza que la ciudadanía manifestó tener. El sistema les asigna el deber de controlar las diversas cuestiones que podrían haber puesto freno a la impunidad asociada a estos hechos¹²⁸. Por ejemplo, en el caso Penta, podría haber rechazado un procedimiento abreviado al que se llegó por medio de prácticas cuestionables como la exclusión de querellantes a través de la recalificación de los hechos. Además, en algunos de los casos de alto perfil las decisiones judiciales mismas contribuyeron al desprestigio. Un ejemplo son las clases de ética en el marco de la condena en el caso Penta a Délano y Lavín¹²⁹.

Junto con lo anterior, y producto de los mismos casos de corrupción, el Poder Judicial ha vuelto a estar en la mirada pública y se ha sospechado una pérdida de independencia en ciertas decisiones (comentado a propósito de la independencia externa e interna), y se perciben presiones de la política en la persecución, las que se han extendido a la designación de nuevos jueces¹³⁰. Por su parte, la prensa fue descubriendo no solo que esas presiones han existido, sino también que con el tiempo se fueron instalando prácticas de tráfico de influencias, en general vinculadas a intereses particulares por designaciones de los propios jueces o de otros funcionarios, como la de notarios. Esto, a su vez, ha generado un nuevo desprestigio de la función judicial y levantado sospechas sobre el modo en que la política influencia a los jueces¹³¹.

¹²⁸ En la Entrevista N° 4, del 27 de mayo de 2019, frente a la falta de control sobre el actuar del Ministerio Público, se expresó: "El nivel de discrecionalidad que tiene la Fiscalía para tomar esas decisiones, negociar con las contrapartes, sin un control claro por parte de los tribunales, o sea, los tribunales solamente evalúan la adecuación formal de estos acuerdos, o sea, que simplemente se cumplan con los requisitos formales, y para eso además mueven todo lo que tengan que mover para encajar en las hipótesis formales, como ocurrió en el caso de cambiar incluso el tipo penal de persecución", refiriéndose a lo ocurrido en caso Penta tras la recalificación de los hechos y la exclusión de querellantes.

¹²⁹ Tanto en las actas como en la sentencia se señaló que "sin perjuicio que, atendida la naturaleza de la pena sustitutiva que corresponde aplicar, resulta obligatorio al juzgador —también— imponer una o más de las condiciones del artículo 17 ter.". Una de ellas es la obligación de someterse a algún programa formativo, cuestión que fue impuesta por el tribunal, sin perjuicio de que podría haber sido negociado previamente.

¹³⁰ Un ejemplo es lo sucedido con Dobra Lusic, candidata elegida en abril de este año por el presidente Sebastián Piñera. Previo a que su nombramiento fuera aprobado por el Senado, comenzaron a darse a conocer una serie de antecedentes que posicionaban a Lusic en medio de irregularidades que iban desde fallar en causas a favor de bancos en las que se encontraba inhabilitada, hasta posibles tráficos de influencias. La candidata no fue clara al ser consultada en la audiencia ante la Comisión de Constitución a comienzos de mayo de este año, lo que generó mayores presiones, incluso de partidos oficialistas como la UDI, de modo que algunos personeros, como Van Rysselberghe, manifestaron abiertamente que su nombramiento no le hacía bien ni a Chile ni al Poder Judicial. Finalmente, el Ejecutivo decidió retirar la designación de Lusic justo antes de que comenzara la sesión en que el Senado debía votar el oficio presidencial que la nominaba. En ese sentido, ver *El Mostrador*, "Piñera elige a Dobra Lusic, la favorita de la DC y las isapres, para ascender a la Corte Suprema", 12 de abril de 2019, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/04/12/pinera-elige-a-dobra-lusic-la-favorita-de-la-dc-y-las-isapres-para-ascender-a-la-corte-suprema/; *El Mostrador*, "Poco convincente y contra la pared, Dobra Lusic defiende a John Campos y le baja el perfil a sus fallos pro isapres", 8 de mayo de 2019, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/05/08/poco-convinciente-y-contra-la-pared-dobra-lusic-defiende-a-john-campos-y-le-baja-el-perfil-a-sus-fallos-pro-isapres/; *El Mostrador*, "Comienza a caer la noche sobre Dobra Lusic: la UDI le quita respaldo y el vocero de la Suprema cuestiona sus antecedentes", 13 de mayo de 2019, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/05/13/comienza-a-caer-la-noche-sobre-dobra-lusic-la-udi-le-quita-respaldo-y-el-vocero-de-la-suprema-cuestiona-sus-antecedentes/

¹³¹ Es lo ocurrido recientemente con el caso Rancagua, en que tres ministros de la Corte de Apelaciones de esa ciudad, Emilio Elgueta, Marcelo Vásquez Fernández y Marcelo Alborno Troncoso (quien murió en julio de este año), fueron investigados por distintos hechos que atentan contra la probidad. La revelación de estos hechos dio lugar a investigaciones que han descubierto una red de tráfico de influencias en la Región de O'Higgins y que terminó recientemente con la remoción de Elgueta y Vásquez de sus cargos, decisión acordada unánimemente por el pleno de la Corte Suprema. Ver *El Mostrador*, "Desastre de Rancagua: Pleno de la Suprema expulsa al ministro Elgueta por unanimidad y a Vásquez en votación dividida", 26 de agosto de 2019, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/08/26/desastre-de-rancagua-pleno-de-la-expulsa-remueve-al-ministro-elgueta-por-unanimidad-y-a-vasquez-en-votacion-dividida/; Diego Alonso Bravo,

Entonces, nuevamente surge como una grave debilidad los sistemas de nombramiento, por lo permeable que resultan al tráfico de influencias no solo políticas, sino también familiares o de amistad, al intercambio de favores de grupos profesionales, entre otros problemas. Frente a esta percepción negativa, la propia Corte Suprema y el Ministerio de Justicia propusieron un conjunto de reformas tanto administrativas como legislativas orientadas a disminuir la discrecionalidad en las designaciones y los conflictos asociados al tráfico de influencias.

El 10 de junio de 2019 la Corte Suprema propuso un nuevo sistema de nombramientos en el Poder Judicial, que contempla procedimientos anónimos en que no se conozca la identidad del postulante; mecanismos objetivos de puntuación respecto de la antigüedad, categoría, calificación anual y cursos de perfeccionamiento; la rendición de diversas pruebas en los concursos; la obligatoriedad de la audiencia pública para oír a los candidatos; la modificación de la autoridad encargada de conducir el concurso, de modo que no pueda ser la misma quien confeccione la quina, terna, o deba hacer la propuesta unipersonal o decidirla. Tratándose de concursos que deba resolver una autoridad externa al Poder Judicial, las quinas, ternas y propuestas deberán remitirse junto a todos los antecedentes de las personas seleccionadas con su individualización¹³².

En la misma línea y producto de la contingencia descrita, el ministro de Justicia Hernán Larraín informó en junio de este año¹³³ sobre reformas al sistema de nombramiento de miembros de Poder Judicial y del Ministerio Público, a través de las cuales se modificarían en lo relativo a jueces la Constitución chilena en su capítulo sexto y el Código Orgánico de Tribunales. La reforma incluiría la creación de Comités de Nombramiento de Jueces y de Selección de Fiscales, y eliminaría la incidencia del presidente de la república en dichos procesos.

No obstante la relevancia de estas iniciativas, el proyecto principal de carácter legislativo no aborda el proceso en que se han detectado los riesgos más graves de pérdida de independencia, esto es, en la designación de miembros de la Corte Suprema, que se mantendría sin cambios.

“Corte Suprema resuelve remover a jueces de Rancagua”, *El Desconcierto*, 26 de agosto de 2019, www.eldesconcierto.cl/2019/08/26/corte-suprema-resuelve-remover-a-jueces-de-rancagua-emilio-elgueta-y-marcelo-vasquez/; Cooperativa.cl, “Corte Suprema aprobó remoción de ministros Elgueta y Vásquez”, 26 de agosto de 2019, www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/corte-suprema/corte-suprema-aprobo-remocion-de-ministros-elgueta-y-vasquez/2019-08-26/172104.html

¹³² CNN Chile, “Corte Suprema propone prueba de conocimientos en nuevo sistema de nombramiento de jueces”, 10 de junio de 2019, www.cnnchile.com/pais/corte-suprema-nuevo-sistema-nombramiento-jueces_20190610

¹³³ CNN Chile, “Proyecto de reforma a nombramiento de jueces y fiscales no incluye a Corte Suprema”, 3 de junio de 2019, www.cnnchile.com/pais/proyecto-reforma-nombramiento-jueces-fiscales-no-incluye-corte-suprema_20190603

3. Policías y otros órganos de investigación

En esta sección se hará referencia a dos cuerpos distintos. Por una parte, se analiza el trabajo de las policías, con foco en la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) y, por otra, la labor del Servicio de Impuestos Internos (SII).

3.1. Policías

Si bien la legislación procesal penal les permite a los fiscales del Ministerio Público encargar las labores de investigación criminal tanto a Carabineros de Chile como a la PDI (artículo 79 del CPP), en la práctica, cuando se trata de casos de corrupción en que aparecen involucrados funcionarios públicos, los últimos años la tendencia ha sido encargar dichas tareas a una unidad especial de la PDI denominada Brigada Investigadora de Delitos Funcionarios (BRIDEF). De todas maneras, también se recurre a otras unidades policiales, como el área de delitos funcionarios del OS-9 de Carabineros de Chile u otras brigadas especiales de la PDI como la BRIDEC y la BRILAC, las que en la actualidad parecen ocupar un lugar relativamente secundario en la investigación de los delitos de corrupción o prestar servicios como complemento de la BRIDEF, especialmente cuando los flujos de casos no le permiten asumir nuevas responsabilidades.

La BRIDEF se creó en enero de 2016 y reúne a aproximadamente veinte detectives más personal de apoyo (en julio de 2019, 34 personas¹³⁴). Esta unidad cuenta con los medios profesionales para el desempeño de su función, de hecho, la mayoría de sus integrantes son universitarios que ingresaron a la policía producto de un programa especial creado en 2006 denominado OPP, destinado a reclutar personas con educación superior, que funcionó durante varios años, pero que actualmente se encuentra discontinuado. Al interior de esta unidad se concentran detectives especializados en delitos de cuello blanco y varios de ellos son contadores auditores, ingenieros, abogados y profesionales de otras áreas.

Esta unidad de la PDI trabaja a requerimiento de los fiscales del Ministerio Público y realiza las investigaciones con bastante autonomía, las que concluyen con un

¹³⁴ Entrevista N° 10, del 4 de julio de 2019. Por su parte, la OCDE, tras recabar información sobre la unidad, informó que cuenta con 26 oficiales policiales, quienes tendrían títulos profesionales de abogados, ingenieros, contadores, etc. (OCDE, 2018: 27).

informe que da cuenta del conjunto de la investigación. A pesar de que desarrollan la investigación completa por su cuenta, es común que tengan contactos informales con los fiscales para discutir aspectos específicos¹³⁵. Respecto de la independencia de la organización, se señaló que la cuidan celosamente con apoyo del alto mando y que no se relacionan con los abogados de las personas investigadas, con la excepción de aquellos casos en que deben detener a una persona y su abogado los contacta para convenir la entrega del imputado, así como para entregar información que ellos han requerido del mismo. Finalmente, en su criterio lo más importante para preservar la honestidad y la independencia de los funcionarios es el conjunto de controles que el propio sistema de justicia penal contempla, como la revisión de los informes por el fiscal y luego por los jueces¹³⁶.

La BRIDEF no realiza pericias, las que deben ser solicitadas directamente a la unidad especializada de la PDI, que las lleva a cabo de modo totalmente independiente de los detectives del caso. No obstante, muchos de los informes de investigación que prepara la BRIDEF tienen un contenido técnico importante y, en tal sentido, a veces reemplazan a una pericia en materias tales como las contables. En todo caso, el problema de la calidad y oportunidad de las pericias pareciera ser un tema pendiente, que fue mencionado en varias de las entrevistas como un punto complejo en el desarrollo de las investigaciones¹³⁷, lo mismo que la tardanza en algunas categorías¹³⁸, punto sobre el que se volverá en el Capítulo II.

El trabajo de la unidad se considera una contribución a la investigación de los delitos de corrupción, en especial por su independencia y la reserva con la que han manejado los casos. Un entrevistado describió con claridad varios elementos positivos de esta nueva organización:

Cuando la PDI creó la unidad especializada, la BRIDEF, se dio un paso importante. Primero, porque no conozco filtración que haya venido de ese equipo. Segundo, porque no he sabido que alguna vez se haya dado instrucción de no hacer algo respecto de alguien. Tercero, que hayan recibido alguna instrucción extraña de

¹³⁵ Entrevista N° 10, 4 de julio de 2019.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

¹³⁸ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019 y Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

su jefatura. Estamos frente a una figura extraña. Si bien el Ministerio Público tiene la dirección funcional sobre policía, la orgánica de esa policía está más en el Ejecutivo, está más en el mundo político. Y esa cuestión es complicada y esa unidad dio un salto en estar mucho más encapsulada de toda esta dinámica¹³⁹.

En el mismo sentido, otro entrevistado concuerda en que la creación de esta unidad fue un “salto cuántico” en temas de calidad y especialización en la investigación de estos delitos¹⁴⁰. Con todo, destaca que “es una unidad sí que, para el volumen y para la intensidad de trabajo que demandan estas investigaciones, es todavía pequeña, lo que ha determinado que hoy día las causas tengan que irse para allá no por materia, sino que por decisión del fiscal regional¹⁴¹”. Esta potencial saturación explicaría la razón por la cual otras unidades de la propia PDI o Carabineros participan en la investigación de estos delitos.

También se emitieron opiniones positivas respecto del buen trabajo del grupo de delitos funcionarios del OS-9 de Carabineros o la BRILEC de la PDI¹⁴².

Un tema que destacaron varios entrevistados con experiencia en la persecución penal de estos delitos fue el impacto positivo de constituir equipos de trabajo. Sin embargo, se expone que este esfuerzo de coordinación se da en los hechos y que no responde a un diseño institucional. Por eso, afirman que se trata de logros relativamente precarios o que pueden perderse en el tiempo cuando se produzcan cambios de lideratos en los equipos de fiscales o policías¹⁴³.

En la contracara, un problema sería que el tamaño de la BRIDEF es todavía relativamente pequeño, por lo cual su capacidad para trabajar en casos de corrupción es limitada. Este escenario de casos complejos y demandantes obliga a diversificar la investigación en otros órganos que podrían tener menos especialidad y experiencia, lo que se refleja también en mayores demoras en la tramitación de las actividades de investigación que les son encargadas.

¹³⁹ Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019.

¹⁴⁰ No se trata de una visión unánime. Por ejemplo, en la Entrevista N° 1, del 6 de mayo de 2019, se sostiene una evaluación más crítica sobre la calidad del trabajo de la BRIDEF, aunque se reconoce su superioridad sobre otras unidades.

¹⁴¹ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

¹⁴² Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019 y Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

¹⁴³ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 27 de mayo de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

En una evaluación sobre la persecución penal de los delitos de cohecho internacional en 2018, la OCDE también dio cuenta de la poca especialización en corrupción de las policías. En efecto, se señaló que poseen poca especialización en algunas materias específicas y relacionadas con delitos de corrupción, tales como contabilidad forense, información tecnológica, investigaciones corporativas y modelos de prevención de delitos. En este sentido, se recomendó capacitar en estas áreas, que son muy técnicas y complejas. Asimismo, se recomienda instruir a los fiscales en los mismos tópicos (OCDE, 2018: 27).

3.2. Servicio de Impuestos Internos

Un actor relevante en la persecución penal de los delitos de corrupción y, en particular, de varios de los casos abordados en esta investigación (Penta, SQM, Corpesca), ha sido el Servicio de Impuestos Internos. El SII es un órgano de la administración del Estado que depende del Ejecutivo, específicamente, del Ministerio de Hacienda¹⁴⁴. Su director es nombrado por el presidente de la república mediante el Sistema de Alta Dirección Pública, que controla la idoneidad de los candidatos y genera una terna de nombres dentro de la cual puede elegir el presidente, que también tiene la facultad de remover al director. El cargo de director del SII ha sido tradicionalmente bastante técnico y alejado de polémicas políticas y judiciales.

El caso más polémico de potencial intervención política en la persecución penal de la corrupción se dio en los delitos vinculados al financiamiento ilegal de la política (Corpesca, Penta y SQM) a través de la actuación del SII. Para comprender este escenario es necesario explicar la ley chilena y el rol que se le otorga al SII en la persecución penal de delitos tributarios.

Los casos señalados se caracterizaron por el financiamiento irregular o ilegal de la política, principalmente por medio de la entrega de boletas de prestación de servicios por parte de políticos chilenos, con la colaboración de sus familiares, amigos o cercanos. Estas boletas contenían información falsa, en el sentido de que los servicios no se habían prestado y en realidad permitían sacar dinero de empresas con el objeto de financiar campañas políticas, fuera de los marcos legales y, en algunos casos,

¹⁴⁴ La Ley Orgánica del SII está contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 7 de 1980, el que ha sido objeto de diversas modificaciones desde ese entonces.

de remunerar favores prestados por los funcionarios a las empresas. Para abordar estas situaciones, el Ministerio Público recurrió no a las infracciones previstas en la ley electoral, sino a las descritas en el artículo 97 N° 4 y en ocasiones a la del N° 5 del Código Tributario. Las imputaciones en virtud de estos delitos fueron numerosas, y tuvieron como justificación que los políticos, o personas cercanas a ellos, emitían boletas de honorarios “ideológicamente falsas”, vale decir, consignando hechos que en la realidad no ocurrieron. Estas prácticas, además, eran utilizadas por dichas empresas para rebajar impuestos, ya que registraban estas asesorías como gastos, con lo que podían deducirlas de su base imponible.

Un problema que enfrentó el Ministerio Público para llevar adelante esta persecución penal fue que, de acuerdo con la ley chilena, para ser perseguidos, los delitos tributarios requieren que exista denuncia o querrela previa del órgano técnico encargado de fiscalización tributaria, es decir, del SII. Esta facultad se encuentra contenida en el artículo 162 del Código Tributario y en el artículo 7 g) de la Ley Orgánica del SII, regulación que proviene de la década de 1960, en circunstancias que en aquel entonces eran los jueces del crimen los encargados de la justicia penal (Vila, 2015: 64). El sentido de mantener aquella facultad en manos del SII obedecería a la idea de dotarlo de la mayor cantidad de herramientas posible para que cumpla su finalidad recaudadora; de esta manera, el Legislador reconoce una preferencia del interés recaudatorio por sobre otros valores que pudieran verse afectados en estos casos (Duce, 2017b: 3). También se señala que el propósito original de esta regla era que el SII pudiese utilizar de acuerdo con su mejor criterio técnico las herramientas de persecución administrativa o penal¹⁴⁵.

Como esta facultad es muy discrecional, el propio SII dictó pautas para su ejercicio, las que eran bastante amplias, pero a lo menos entregaban algunos parámetros que permitían justificar en cada caso si usar la facultad de dar inicio a la persecución penal. En 2015, estas pautas establecían los siguientes criterios de actuación: (a) la gravedad

¹⁴⁵ La justificación recaudatoria del artículo 162 del Código Tributario fue ampliamente difundida por diversos actores, quienes criticaron el uso de la persecución penal en estos casos diciendo que ello distraía al servicio de sus funciones propias y carecía de sentido de acuerdo con sus objetivos institucionales. En ese sentido, ver Duce y Escobar, 2017: 7-8. Con todo, esta visión se opone a la de quienes sostienen que el SII no tiene funciones de recaudación, sino que le corresponderían a la Tesorería General de la República y, por lo tanto, el SII ni siquiera conoce en la práctica si los resultados del ejercicio de sus facultades recaudan más o menos dinero. La función del SII es de fiscalización y, por lo tanto, su interés institucional está en el cumplimiento de la ley tributaria, no en la recaudación. Es decir, la decisión de perseguir se tomó considerando el efecto que esa decisión tendría en el mayor o menor cumplimiento de la ley por parte de los contribuyentes. Según un entrevistado, siempre se consideró que la presentación de boletas falsas por montos importantes y de manera reiterada debía dar lugar a la persecución penal desde el punto de vista de los objetivos del SII, entre otros motivos porque se trataba de una conducta muy burda de evasión y bastante común. Entrevista N° 13, 25 de julio de 2019.

de las irregularidades detectadas o el perjuicio fiscal; (b) la reiteración o reincidencia en la comisión de delitos; (c) el uso de asesoría tributaria; (d) el efecto ejemplificador en otros contribuyentes o sector de la economía; (e) la calidad y suficiencia de la prueba reunida; y (f) la factibilidad de obtener una condena (Duce, 2017b: 5-6).

Tradicionalmente, las conductas imputadas en los casos analizados, esto es, el uso de boletas falsas con el fin de extraer dinero de una empresa sin pagar los impuestos correspondientes (impuestos a la renta o donaciones según el caso), habían sido objeto de persecución por parte del SII puesto que se consideraba que cumplían con los criterios del servicio¹⁴⁶. También era común que la propia Fiscalía, en el marco de otras investigaciones, descubriera este tipo de delitos y los informara al SII, que procedía a querellarse con el fin de permitir la persecución, sin que esto hubiese sido objeto de mayor debate con anterioridad a estos casos¹⁴⁷.

La investigación de los delitos de los que se ocupa esta investigación comenzó con Penta, cuando un ejecutivo de la empresa entregó información producto de un conflicto interno. A partir del descubrimiento de un gran número de boletas falsas entregadas a la empresa con distintos propósitos, se llegó a aquellas cuyo objetivo era constituirse como aportes ilegales a políticos. A partir de una de esas boletas la Fiscalía descubrió la existencia de otras empresas que también habían recibido boletas y desde allí se generó el caso SQM. En este contexto, el SII, siguiendo los criterios que tradicionalmente venía aplicando, presentó querellas y comenzó la persecución del caso Penta, el que afectó de manera directa a políticos de la oposición de ese momento. Desde muy temprano tuvieron lugar presiones desde el Gobierno para que el SII no ampliara las investigaciones mediante nuevas denuncias o querellas relacionadas con las nuevas boletas que surgían y que involucraban a políticos¹⁴⁸. No obstante, el SII mantuvo su criterio tradicional mientras los casos afectaron a políticos no vinculados al Gobierno.

La situación cambió cuando se descubrieron boletas de otras empresas que también presentaban pagos indebidos justificados con documentos tributarios falsos.

¹⁴⁶ Entrevista N° 13, 25 de julio de 2019.

¹⁴⁷ Entrevista N° 13, 25 de julio de 2019.

¹⁴⁸ Un reportaje de *La Tercera* hace un recuento del caso Penta y relata el proceso en detalle. Ver "El caso Penta en cinco capítulos, cinco años después. Capítulo 3: La UDI entra por Morandé 80", *La Tercera*, 22 de septiembre de 2019, p. 16, www.latercera.com/especiales-lt/caso-penta-cinco-capitulos-cinco-anos-despues

Cuando apareció la empresa SQM, que con posterioridad se supo había financiado la precampaña de la en ese entonces presidenta de la república, Michelle Bachelet, las presiones adquirieron una magnitud muy superior y los funcionarios del SII comenzaron a ser directamente presionados por funcionarios y asesores de los Ministerios de Hacienda e Interior para que no ampliaran las facultades del Ministerio Público y, con posterioridad, incluso se pretendió que el SII actuara contra el Ministerio Público haciendo ver a los jueces que las facultades de persecución estaban limitadas al ejercicio la acción por parte de SII. Los ministros de Hacienda e Interior estuvieron involucrados en las posiciones más importantes de la campaña de la presidenta y, en el caso del segundo, existían boletas falsas suyas en poder de la empresa SQM¹⁴⁹.

El hecho de que el SII sea un órgano dependiente del Poder Ejecutivo repercutió claramente en la posibilidad de usarlo para detener las investigaciones, a lo menos en cuanto a no iniciar nuevos casos con la evidencia disponible¹⁵⁰. Quedó claro que las personas que se encontraban gobernando en ese momento harían lo posible para ayudar a aquellos con quienes estaban relacionados¹⁵¹.

A esas alturas ya se había puesto en evidencia que los pagos indebidos a políticos afectaban a amplios sectores, incluidos funcionarios del Gobierno de la época¹⁵², lo que generó una crisis que concluyó con la salida del ministro del Interior y la persecución de una gran cantidad de políticos del más alto nivel de diversos sectores, tales como el senador Jorge Pizarro y el candidato presidencial Marco Enríquez-Ominami. Ante la negativa de los funcionarios del Servicio de abandonar sus criterios tradicionales de persecución penal de los casos, el Gobierno decidió cambiar al director del SII y designó a un funcionario que manifestó no presentaría nuevas querellas

¹⁴⁹ Entrevista N° 13, 25 de julio de 2019. Nuevamente, en reportaje de *La Tercera*, del 21 de septiembre de 2019, se relata que el director del servicio, Jorrat, y el subdirector, Vargas, señalaron que el ministro del Interior Peñailillo no tuvo la fuerza para parar la persecución a SQM, pero que lo intentó. Ver www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/capitulo-3-la-udi-entra-morande-80/830175/

¹⁵⁰ Los entrevistados declararon no tener dudas respecto del rol político que jugó el SII en estos casos (Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019). Se mencionó también que existen venganzas y peleas internas que afectan la investigación (Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019).

¹⁵¹ Por ejemplo, en "La Moneda entró en acción", reportaje de CIPER, se describe que Peñailillo, el entonces ministro del Interior de Bachelet, hizo contacto con el SII para tener noticias y pedir explicaciones respecto de algunas decisiones tomadas por el órgano. También se hace referencia a su indignación cuando se presentó una querrela tan amplia en el caso SQM, lo que le abrió la puerta al Ministerio Público a que pudieran investigar más laxamente. Ver Gabriela Pizarro y Pedro Ramírez, "El entierro del caso SQM: así se fraguó la impunidad para el financiamiento político ilegal", CIPER, 16 de abril de 2018, <https://ciperchile.cl/2018/04/16/el-entierro-del-caso-sqm-asi-se-fraguo-la-impunidad-para-el-financiamiento-politico-ilegal/>

¹⁵² Ver, por ejemplo, *El Mostrador*, "Boletas emitidas por funcionarios de gobierno a SQM suman 154 millones de pesos", 4 de abril de 2015, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/04/04/boletas-emitidas-por-funcionarios-de-gobierno-a-sqm-suman-154-millones/

salvo en casos excepcionales, lo que afectó no solo los casos nuevos, sino también algunos de los que ya estaban siendo perseguidos por el Ministerio Público, pero en que aparecieron mencionadas nuevas personas o nuevos hechos. A partir de la designación del nuevo director, se dificultó al extremo la persecución de nuevos casos e incluso se empezó a cuestionar la legitimidad de la persecución de los casos antiguos, en la medida en que no estaban cubiertos por querellas muy precisas. De hecho, se comenzó a discutir el grado de precisión que requería una querella para habilitar la persecución. Así, el SII comenzó a presentar querellas cada vez más precisas para evitar la expansión de los casos. Una vez que cambió el Gobierno en 2017, se produjo una situación inédita y es que el nuevo Gobierno, de signo político opuesto al anterior, ratificó al director del SII, contrariando la práctica habitual hasta ese momento, según la cual cada Gobierno nombraba a alguien cercano para ejercer dicho cargo¹⁵³.

El sesgo político con que comienza actuar el SII entorpeció el trabajo de los demás intervinientes. Algunas de estas situaciones, como menciona un entrevistado, se referían a que el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado estaban de acuerdo en que los hechos acaecidos definitivamente correspondían a “coimas”, mientras que el SII sostenía que eran donaciones y, por tanto, solo se trataba de un tema tributario en que se les debía reliquidar el impuesto para que pagaran¹⁵⁴. Otro entrevistado mencionó que el SII hizo un llamado a las empresas para que rectificaran sus declaraciones de impuestos y retiraran las boletas cuestionadas, lo que eliminó la información sobre cuál es el alcance total de los casos de corrupción¹⁵⁵.

También se aprecia un cambio en los criterios utilizados por el SII en estos casos, a partir de las modificaciones de quienes lideraban en el organismo al iniciar este proceso. Esto ocurrió de manera clara en las presentaciones de querellas por parte del SII, de modo que en un primer momento se dirigían a *todos quienes resulten responsables*¹⁵⁶, para luego presentarse muy restrictivamente y agregar en sus querellas lo siguiente:

¹⁵³ La Tercera, “Gobierno decide dejar a Fernando Barraza como director del SII”, 28 de mayo de 2009, www.latercera.com/pulso/noticia/gobierno-decide-dejar-fernando-barraza-director-del-sii/280509/

¹⁵⁴ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019.

¹⁵⁵ PEntrevista N° 12, 24 de julio de 2019.

¹⁵⁶ Por ejemplo, en el caso Penta, la querella presentada en contra de Pablo Wagner en enero de 2015. También, en junio de ese mismo año, la querella presentada contra Hugo Bravo, Pablo Zalaquett, Patricio Contesse y otros.

... la presente acción penal por delitos tributarios se dirige única y exclusivamente en contra de las personas singularizadas de manera expresa y nominativa en ella, extendiéndose solo a los hechos que en su texto se detallan, de manera que la facultad que otorga a este Servicio por el inciso primero del artículo 162 del Código Tributario, debe entenderse ejercida, para todos los efectos legales, solo respecto de dichas personas y por tales hechos¹⁵⁷.

La consecuencia de estos cambios fue que los tribunales consistentemente declararon el sobreseimiento definitivo de los imputados en los casos en que el SII no presentó denuncia o querrela previamente. Así se ha determinado en juzgados de Garantía y ha sido ratificado posteriormente por las Cortes de Apelaciones¹⁵⁸.

Con el fin de solicitar la inconstitucionalidad de lo preceptuado en el artículo 162 del Código Tributario, en marzo de 2019 el Ministerio Público¹⁵⁹ ingresó requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional¹⁶⁰, tomando como base las causas seguidas contra Pablo Longueira, Jorge Pizarro y otros, en el marco del caso SQM. Sin embargo, los recursos se declararon inadmisibles con el argumento de que carecían de fundamento plausible.

El Tribunal Constitucional (TC) señaló que ya había fallado positivamente respecto de la constitucionalidad del precepto, al conocer preventivamente de la constitucionalidad de la Ley 19.806 (que actualizó cuerpos legales conforme al CPP)¹⁶¹, y que simplemente se cambió un poco la redacción del artículo. Asimismo, se mencionó que la norma 27 quáter de la Ley 19.884 también fue declarada constitucional¹⁶²,

¹⁵⁷ Ya en octubre de 2015, en la querrela presentada en el contexto del caso Corpesca, se aprecia esta redacción, interpuesta en contra de Jaime Orpis, Francisco Mujica y Carolina Gazitúa.

¹⁵⁸ Estas decisiones también han sido polémicas ante la opinión pública, puesto que se relacionan con reconocidos políticos. Por ejemplo, el sobreseimiento definitivo de Juan Pablo Longueira en el caso SQM (solo por delitos tributarios; la investigación continuó respecto del delito de cohecho), confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago en Rol 1923-2019, del 6 de mayo de 2019.

Otra muestra es la solicitud de desafuero de Jorge Pizarro, en el caso SQM, que fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 3847-2018, 17 de enero de 2019), puesto que el SII no había presentado querrela o denuncia previamente respecto de los hechos por los que se pretendía desafuero.

¹⁵⁹ En diciembre de 2019, por medio del Oficio FN N°1111-2019, el Ministerio Público propuso la derogación del artículo 162 del Código Tributario, así como la modificación de otras reglas que condicionan la persecución autónoma.

¹⁶⁰ Rol 6215-2019 y 6126-2019 del Tribunal Constitucional.

¹⁶¹ Rol 349-2002, Tribunal Constitucional. En todo caso, se declaró muy escuetamente que aquel artículo es *constitucional*.

¹⁶² Rol 2981, Tribunal Constitucional. En considerandos 97° y siguientes, se señaló que “no hay ningún inconveniente constitucional que la acción penal la pueda ejercer, por aquella, el Servicio Electoral, pues la Constitución establece que los titulares de esta son el Ministerio Público, el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley”. Luego plantea que “la acción penal pública que la Constitución le encarga al Ministerio Público” convoca a la ley. El artículo 83 dice que este organismo ejercerá la acción penal “en la forma prevista por la ley”. Ello implica que el Legislador puede establecer un procedimiento en la materia.

la cual justamente se refiere a que solamente el Servicio Electoral es el legitimado para iniciar la acción penal, por denuncia o querrela, respecto de gastos electorales. Este último precepto fue agregado a través de la Ley 20.900 en abril de 2016. En este último fallo, el TC hizo referencia expresa al artículo 162 del Código Tributario:

El Legislador contempla casos en que la acción penal del Ministerio Público está sujeta a la actividad procesal de un tercero. El propio Código Procesal Penal pone un caso con los delitos de acción pública previa instancia particular (artículo 54). Estos requieren la denuncia previa de la víctima. En otro cuerpo legal, el artículo 162 del Código Tributario establece que las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad solo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos.

Con ese sistema, hay dos delitos de acción pública. Uno que inicia de oficio el Ministerio Público; y otros que requieren de una denuncia o querrela de un particular o de un organismo público.

No se limita la facultad investigativa del Ministerio Público, porque esta supone que ya se ejerció la acción penal en la forma prevista por el Legislador. Una vez iniciada, los fiscales pueden practicar todas las diligencias que fueran conducentes al éxito de la investigación y dirigir la acción de la policía.

Finalmente, al referirse a las formas de término de las causas con que cuenta el Ministerio Público, señaló que, si este tiene la facultad de detenerlas o terminarlas, el Legislador puede condicionar su comienzo.

Otro problema que surgió especialmente al enfrentar estos casos en las Cortes de Apelaciones y Suprema, fue el dolo necesario para configurar estos delitos tributarios, y si es que efectivamente este concurrió en los imputados. El argumento fue que el actuar de las personas imputadas obedecía a su interés de financiar campañas políticas, de evadir las limitaciones respecto de las donaciones que pueden recibir para ese efecto, y no colaborar en un delito tributario. En ese mismo sentido, los delitos tributarios que se les imputaron eran bastante específicos y tutelan bienes jurídicos relacionados con el patrimonio del fisco, cuya afectación probablemente nunca fue considerada por quienes entregaron boletas falsas.

En consecuencia, no sería posible establecer una adecuación del dolo, del conocimiento y voluntad de los imputados, respecto de los delitos tributarios, puesto que su interés estaba dirigido solo al financiamiento de campañas políticas, de manera irregular¹⁶³.

El fallo más reciente acerca de este tema se puede encontrar a propósito de un recurso de queja presentado ante la Corte Suprema por Fulvio Rossi, en el contexto del caso SQM. La Corte declaró el sobreseimiento definitivo a su respecto y sentenció que

la prueba de cargo era insuficiente para tener por concurrente en la conducta del imputado el dolo directo de lesionar el patrimonio fiscal, objeto jurídico de la tutela penal contemplado en el tipo delictivo que se le atribuye —artículo 97 N°4 del Código Tributario—, por lo que era imposible colegir que este conocía y tuvo la voluntad precisa de facilitar documentos tributarios con el objeto de posibilitar la comisión del delito en estudio¹⁶⁴.

¹⁶³ En este sentido, voto de minoría en Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 429-2017, del 3 de julio de 2017, respecto del desafuero de Iván Moreira (caso Penta), de ministros Silva y Crisosto. Por su parte, en apelación ante la Corte Suprema, Rol 38488-2017, del 8 de noviembre de 2017, los ministros Dolmestch, Carreño, Kunsemüller, Egnem, Cisternas y Valderrama hicieron suyas las consideraciones del voto de minoría de la Corte de Apelaciones. Además, Egnem, Aránguiz y Prado consignaron sus propios argumentos, los que fueron en el mismo sentido ya señalado.

¹⁶⁴ Corte Suprema, Rol 11815-2019, 7 de mayo de 2019, considerando segundo.



CAPÍTULO II

Ámbito procesal y operativo

En este capítulo se abordan todas aquellas variables investigadas que tienen relación con los arreglos institucionales y el funcionamiento de los órganos encargados de perseguir delitos de corrupción en materia penal, que faciliten o dificulten un avance razonablemente oportuno y transparente de la investigación y sanción de los casos de corrupción. Como en los capítulos previos, el foco estará en identificar los mecanismos que permiten fortalecer la capacidad de persecución y sanción en el proceso penal nacional. Para estos efectos, el capítulo se divide en cuatro secciones destinadas a revisar los principales hallazgos obtenidos respecto de las variables identificadas: (1) investigación, (2) negociación, (3) prisión preventiva y (4) juicio.

1. Investigación

La etapa de investigación, ya sea antes o después de una imputación formal en contra de las personas investigadas, es crítica para el esclarecimiento y sanción de cualquier tipo de delito. En esta dirección, en este estudio se intenta evaluar las fortalezas y debilidades del diseño normativo y cómo se ejecuta esta etapa cuando se trata de delitos de corrupción, especialmente teniendo a la vista la experiencia de los cinco casos nacionales escogidos como paradigmáticos. Se pondrá foco en el análisis de tres aspectos: (1.1.) disponibilidad y uso de herramientas especiales de investigación, (1.2.) barreras y dificultades para la obtención de pruebas, y (1.3.) experiencias y herramientas de cooperación entre países.

1.1. Herramientas especiales de investigación en materia de corrupción

1.1.1. Regulación de herramientas especiales de investigación

La legislación penal y procesal penal vigente en Chile no contempla ninguna herramienta especial para la investigación de los delitos de corrupción, como medidas intrusivas adicionales a las generales o agentes encubiertos¹⁶⁵. Con todo, las disposiciones generales del CPP incorporan herramientas investigativas disponibles para todos

¹⁶⁵ La Ley 21.121, del 20 de noviembre de 2018, introdujo un nuevo artículo 260 quáter al Código Penal, por medio del cual se reguló el mecanismo de cooperación eficaz, basado en la lógica de producir un efecto de atenuación de la pena del cooperador. Ese mecanismo no fue utilizado en los casos objeto de esta investigación y será analizado con mayor detalle en la sección sobre negociación de este mismo capítulo.

los delitos, tales como las interceptaciones de comunicaciones telefónicas (artículos 222 a 225 del CPP) y otras medidas de protección de los testigos, como los artículos 307 y 308 del CPP, que permiten mantener en reserva su domicilio e incluso su identidad durante la etapa de investigación. Además, dichas reglas permiten adoptar medidas especiales para la declaración de estos testigos en la audiencia de juicio (sistemas de obstrucción visual, declaración por videoconferencia, caracterización de testigos, entre otras) con el propósito de resguardar su identidad y domicilio en casos graves y calificados en los que sea necesario proteger su seguridad¹⁶⁶.

La existencia de una regulación especial de medidas de investigación para los delitos de corrupción contrasta con la tendencia que el Legislador ha expresado en otras materias, para las que se han fijado reglas sobre protección de testigos, cooperación eficaz, entregas vigiladas, agentes encubiertos e informantes. Los ejemplos más claros de legislación especial se encuentran en la Ley 20.000, que regula y sanciona el tráfico de drogas, y en la Ley 19.913, sobre lavados de activos¹⁶⁷. En la actualidad se discute también la inclusión de varias de estas medidas en la ley antiterrorista (actual Ley 18.314). El contraste más notable se observa en la incorporación que en forma relativamente reciente (julio de 2016) hizo el CPP de una regla (artículo 226 bis¹⁶⁸) que facilita las interceptaciones telefónicas y permite las entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes para delitos regulados por la ley de control de armas (Ley 17.798), y una gran cantidad de delitos contra la propiedad contemplados en el Código Penal. A su vez, también se permitió el uso de agentes reveladores tratándose de los delitos regulados por la ley de control de armas.

En consecuencia, más allá de las regulaciones generales del CPP, es posible notar un tratamiento diferenciado en la legislación chilena respecto de las herramientas especiales de investigación. En forma creciente el Legislador ha entregado más herramientas incluso para la persecución de los delitos comunes (robos con y sin violencia, por ejemplo), sin que se haya previsto algo similar en casos de corrupción. Esto daría cuenta de que el ámbito político es relativamente reacio a fortalecer la persecución penal de estos delitos y podría explicar, en parte, algunas

¹⁶⁶ Para una explicación más detallada de la regulación normativa y el funcionamiento de estas reglas, ver Arellano *et al.*, 2017: 222-227.

¹⁶⁷ El artículo 33 letra a) de esta ley permite aplicar directamente las medidas especiales de investigación contempladas en la ley de drogas a los delitos regulados en materia de lavado de activos, incluyendo el levantamiento de secreto bancario.

¹⁶⁸ Este artículo se incluyó como parte de un conjunto de reformas introducidas por la Ley 20.931, conocida como "agenda corta antidelincuencia", a partir de un intenso debate generado sobre la necesidad de dotar de más herramientas de persecución penal a las policías y el Ministerio Público en Chile. Para detalles sobre la ley y sus contenidos, ver Cerda, 2016.

dificultades en su investigación. De hecho, todos los entrevistados que cumplen o han cumplido con funciones de investigación de estos delitos han destacado que la falta de algunas de estas herramientas¹⁶⁹ y la poca claridad en la regulación de otras (principalmente las interceptaciones telefónicas, como se verá más adelante) efectivamente han dificultado el esclarecimiento de estos delitos. En todos estos casos se señala, además, la necesidad de avanzar en una regulación especial¹⁷⁰.

En cuanto al funcionamiento de las medidas intrusivas vigentes en el CPP, se han presentado algunos problemas con las interceptaciones telefónicas en los casos de corrupción, tema que se examina en detalle en la sección 1.2. de este capítulo, referida a las barreras en la obtención de pruebas.

Una situación algo distinta a la descrita se produce con el sistema de denuncias. El artículo 175 letra b del CPP establece la obligación de los empleados públicos de denunciar delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones, estableciéndose una pena de falta en caso de incumplimiento de este deber (artículo 177 CPP). Esta materia sí ha tenido un tratamiento más específico, ya que la Ley 20.205 de 2007 introdujo diversas modificaciones destinadas a reforzar los deberes de denuncia y establecer algunas protecciones a favor de funcionarios públicos denunciadores de delitos en contra de la probidad. Así, se introdujo un deber en el Estatuto Administrativo (artículo 61, letra k) para los funcionarios públicos de denunciar crímenes y simples delitos en contra de la probidad¹⁷¹. También se reguló una regla, el artículo 90A, que establece como protección la imposibilidad de aplicar algunas sanciones administrativas y traslados al funcionario denunciante por un período determinado y ser sujeto a precalificaciones anuales por su superior jerárquico si es que fuere el denunciado¹⁷². A pesar del avance de estas reglas especiales de protección, un entrevistado las califica de “muy acotadas”¹⁷³ y, en

¹⁶⁹ En ese sentido se señaló en la Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019: “Definitivamente faltan herramientas de investigación, eso es así”. También en Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

¹⁷⁰ El Ministerio Público, a través del Oficio N° 1111-2019, puso énfasis en la falta de herramientas procesales especiales para la persecución de este tipo de delitos, y propuso contar con aquellas contempladas para delitos sexuales, tráfico de drogas y lavado de activos, como la interceptación de comunicaciones, la utilización de agentes encubiertos y las entregas vigiladas.

¹⁷¹ En la misma modificación también se regulan los requisitos que debe cumplir la denuncia (artículo 90B). Normas reflejas se introdujeron en la Ley 18.833 que regula el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (artículos 58 letra k y 88B).

¹⁷² El período comprende desde que la denuncia sea recibida hasta que se resuelva por presentada o 90 días después de concluido el sumario incoado. La norma refleja en la Ley 18.833 es el artículo 88A.

¹⁷³ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

general, distintos analistas las consideran insuficientes¹⁷⁴, por lo que en la actualidad se ha avanzado en un trabajo prelegislativo orientado a proponer una reforma legal para reforzar estas reglas¹⁷⁵. En forma reciente, además, se ha conocido que los denunciantes de actos de corrupción al interior del Ejército habrían sido objeto de escuchas telefónicas por parte de los servicios de inteligencia del mismo, lo que ha reiterado la necesidad de contar con reglas especiales de protección frente a los riesgos que se corren en estos casos¹⁷⁶.

Finalmente, tampoco existía una regulación en materia de incentivos especiales para que los imputados pudieran aportar información por medio de instituciones como la cooperación eficaz o la delación compensada o premiada.

1.1.2. Acción popular y rol de los querellantes

La legislación procesal penal chilena no contempla una acción popular como regla general para la persecución de los delitos. Con todo, tratándose de las figuras de

¹⁷⁴ Alberto Precht, director ejecutivo de Chile Transparente, señala: “Chile no cuenta con un sistema integral que proteja a los denunciantes e investigadores de actos de corrupción”, y agrega que “la ausencia de protección de denunciantes solo deja en una posición muy riesgosa a las personas e instituciones que cada día trabajan por visibilizar y erradicar la corrupción en el país. “Protección a denunciantes de corrupción”, *La Tercera*, 21 de agosto de 2019, www.latercera.com/opinion/noticia/proteccion-denunciantes-corrupcion/789735/. En esta misma dirección se ha pronunciado recientemente el Consejo para la Transparencia al destacar la necesidad de hacer reformas legales en la materia, ya que el estatuto actual establece incentivos contradictorios que pueden disuadir a funcionarios públicos de denunciar (especialmente por la posibilidad de ser sancionado en caso de que la denuncia sea considerada infundada) y está limitado a la administración del Estado, y no a otros ámbitos ni al mundo privado. (Consejo para la Transparencia, 2019: 19-20). En un artículo reciente de *La Segunda* varios expertos evaluaron negativamente el actual sistema de protección de denunciantes. “Corrupción: proponen aumentar seguridad del denunciante”, *La Segunda*, 12 de septiembre de 2019, p. 13, <https://digital.lasegunda.com/2019/09/12/A/QH3M6C9K#zoom=page-width>

También se ha referido el diagnóstico de la Alianza Anticorrupción Chile sobre el cumplimiento de del Estado de Chile en relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), señalando que es necesario entregar más protección al personal contratado a honorarios, y no solo a funcionarios públicos y municipales. Asimismo, se recomienda a la Contraloría General de la República (CGR) aumentar sus facultades para recibir denuncias y entregar protección (UNCAC, 2018: 12).

A través del Oficio FN N°1111-2019, el Ministerio Público propone también mejorar la protección de los denunciantes, tanto de particulares como de funcionarios públicos, por cuanto así se estima que aumentarán las denuncias y se podrá hacer frente a posibles represalias.

¹⁷⁵ Información aportada por Gonzalo Guerrero, secretario ejecutivo de la Comisión de Probidad y Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en el seminario del lanzamiento del libro *Reformas Anticorrupción en Chile (2015-2017): Cómo se hizo para mejorar la democracia* (Aris, Engel y Jaraquemada, 2019), realizado el 6 de agosto de 2019 en Espacio Público, www.facebook.com/espaciopublicochile/videos/908304846187783/

¹⁷⁶ El caso ha sido conocido como “Operación Topógrafo”. En 2017, los servicios de inteligencia del Ejército interceptaron las comunicaciones telefónicas de cuatro personas (dos funcionarios activos y dos en retiro) que habían denunciado irregularidades en la institución y también de un periodista que ha investigado corrupción al interior del Ejército. Las escuchas telefónicas habrían sido autorizadas por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago por medio de la ley de inteligencia. Al destaparse el caso se generó un escándalo. Para una opinión sobre la deficiencia de las reglas de protección de denunciantes a propósito de este caso, ver María Jaraquemada, “¿Denunciantes o topos?”, *La Hora*, 2 de octubre de 2019, p. 4. Sobre la Operación Topógrafo, ver, entre otros, Sebastián Vedoya, “Operación Topógrafo: el espionaje del Ejército a cuatro denunciantes de irregularidades”, *La Tercera*, 10 de agosto de 2019, www.latercera.com/reportajes/noticia/operacion-topografo-espionaje-del-ejercito-cuatro-denunciantes-irregularidades/77342/; J. Matus y P. Catena, “Operación Topógrafo: diputados citarán a autoridades del Ejército”, *La Tercera*, 12 de agosto de 2019, www.latercera.com/nacional/noticia/operacion-topografo-diputados-citaran-autoridades-del-ejercito/778804/; Consuelo Ferrer, “Posible espionaje en el Ejército. Comisión investigadora señala que es importante establecer serias sanciones para quienes abusan”, *Emol*, 11 de agosto de 2019, www.emol.com/noticias/Nacional/2019/08/11/957669/Posible-espionaje-en-el-Ejercito-Comision-investigadora-senala-que-es-importante-establecer-serias-sanciones-para-quienes-abusan.html

corrupción, existen dos reglas especiales que han permitido la participación de actores de la sociedad civil y estatales en calidad de querellantes.

La regla general en Chile, de acuerdo con el artículo 111, inciso primero, del CPP, es que la querrela solo la puede presentar la víctima del delito, su representante legal o sus herederos testamentarios. Con todo, el inciso segundo de la misma norma permite que cualquier persona capaz de parecer en juicio que tenga su domicilio en la provincia respectiva podría hacerlo si se trata, entre otros, de delitos contra la probidad pública. El inciso tercero permite, además, que distintos órganos públicos puedan querrellarse cuando sus propias leyes orgánicas le entreguen dichas potestades. En la práctica, el uso de estas dos reglas especiales se ha traducido en una intervención intensa de querellantes en este tipo de procesos. Por ejemplo, en casos como Penta, SQM y Corpesca se registró una multiplicidad de querellantes en cada uno y en todos se trató de una combinación de personas de la sociedad civil e instituciones públicas invocando como título de su legitimación activa los incisos segundo y tercero del artículo 111 del CPP¹⁷⁷. El caso Penta es un buen ejemplo de esta combinación. En él intervinieron al menos cinco querellantes. Desde el punto de vista de los organismos estatales, invocando el inciso tercero del artículo 111 del CPP presentaron querellas el SII, con el interés de fortalecer la persecución de las infracciones tributarias en el caso, y el Consejo de Defensa del Estado (CDE) en representación general del patrimonio fiscal. Además, intervinieron dos querellantes en virtud del inciso segundo del artículo 111 del CPP, la Fundación Ciudadano Inteligente y un grupo de parlamentarios del Partido Socialista de Chile. Finalmente, se presentó un querellante invocando la regla general del inciso primero (Jorge Charbin, de Vidrierías La Argentina).

Producto de las normas relacionadas, los que intervienen como querellantes en estos casos corresponden a dos perfiles muy distintos. Primero, los institucionales, que incluyen centralmente al CDE y al SII, como en el caso Penta. Segundo, aquellos que intervienen en virtud de la regla de interés público del inciso segundo, la que ha dado pie para una intervención variopinta de actores que incluyen a organizaciones no gubernamentales como Fundación Ciudadano Inteligente¹⁷⁸, que ha sido muy

¹⁷⁷ En contraste con los datos generales del sistema, que muestran que la intervención de los querellantes en todos los delitos es más bien excepcional. Así, una investigación del CEJA determinó que en una muestra de casos solo en el 13% se identificó la presencia de un querellante y que ese porcentaje bajó al 6% cuando se trataba de las audiencias de preparación de juicio oral observadas. Por su parte, los datos del Poder Judicial entre 2006 y 2015 muestran que en menos del 1% de las audiencias intervino algún querellante, y que la cifra de los últimos años está estabilizada en un 0,6% de las audiencias (Arellano *et al.*, 2017: 237-240).

¹⁷⁸ En la actualidad, Fundación Ciudadanía Inteligente.

activa en varios de los casos objeto de este estudio, y políticos de diverso tipo (individualmente o en grupo, como el conjunto de diputados del Partido Socialista en el caso Penta, entre otros).

La intervención de múltiples querellantes estatales en un mismo caso, sumados al Ministerio Público, ha sido objeto de debate doctrinario y jurisprudencial en algunos países de la región a partir del problema de desigualdad que generarían por permitir que varios órganos estatales actúen en forma simultánea contra un mismo imputado¹⁷⁹. Este debate no se ha presentado con similar intensidad en el país, pero es interesante revisar los potenciales conflictos que esta situación podría causar.

Si bien los entrevistados reconocen que este fenómeno de múltiples querellantes ha aumentado la complejidad en la tramitación de casos, no ha sido un obstáculo mayor para su desarrollo. Incluso algunos reconocen un efecto positivo: que en muchos casos los querellantes han sumado u aportado, ya sea sugiriendo diligencias de investigación o derechamente contribuyendo con información o peritajes relevantes¹⁸⁰. Por otra parte, se destaca el rol que algunos querellantes cumplirían en términos de “vigilancia procesal”, en tanto establecen controles para la adopción de decisiones que podrían generar impunidad¹⁸¹. Con todo, es necesario señalar que hay una valoración muy distinta de su aporte. En efecto, parece existir consenso en que el trabajo del CDE ha sido muy serio y, por lo mismo, se ha traducido en un aporte relevante en la gran mayoría de los casos. También se reconoce, con algunos matices, el aporte de organizaciones de la sociedad civil. La clave estaría dada por un trabajo de coordinación intenso entre los querellantes y el Ministerio Público, para lo cual se distribuyen tareas y buscan acuerdos que permitan potenciar el trabajo de todos. Eso supone que tanto los fiscales como los querellantes sean proactivos y busquen espacios de coordinación, lo que depende de ellos y no de una práctica institucional. De hecho, distintos entrevistados indicaron que no en todos los casos había actividades de coordinación entre fiscales y querellantes¹⁸².

En la contracara, parece existir una percepción general negativa del aporte realizado por querellantes que provienen del mundo político. Como se señaló, si bien no ha

¹⁷⁹ Por ejemplo, para el caso argentino, ver Dutto y Martínez, 2008.

¹⁸⁰ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019 y Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

¹⁸¹ Entrevista N° 12, 24 de julio de 2019.

¹⁸² Por ejemplo, Entrevista N° 13, 25 de julio de 2019.

entorpecido el trabajo, tampoco ha colaborado de manera significativa o siquiera relevante en su desarrollo¹⁸³.

La investigación también permitió identificar algunos de los riesgos que conlleva la participación de los querellantes. El primero es que muchos actores entrevistados identifican que algunos querellantes podrían ser una de las fuentes que explican un porcentaje de las filtraciones de estos casos, especialmente aquellos que se examinan acá en detalle.

Un segundo problema que podría haber generado la intervención de múltiples querellantes sería una mayor dificultad para llevar adelante procesos de negociación entre el fiscal y el imputado. En efecto, como el número de intervinientes es mayor, en la medida en que la negociación no los satisfaga podrían usar distintos mecanismos legales para oponerse a que dicha negociación se concrete¹⁸⁴.

Un tercer riesgo, aun cuando no se han identificado en los casos focos de esta investigación, es que, debido a la amplitud de la regla que admite querellantes no institucionales, se ha generado una práctica descrita por un entrevistado de “querellantes topo”, es decir, personas que aprovechan la posibilidad de intervenir como querellantes supuestamente en protección del interés público, pero que en la práctica ocupan esta vía para jugar a favor de imputados, por ejemplo, obteniendo información o realizando solicitudes y alegatos en diversas audiencias en su favor¹⁸⁵.

Un último problema, asociado en parte al anterior, se ha producido a partir de lo que varios entrevistados perciben como una especie plataforma política de la regla del inciso segundo del artículo 111 del CPP. Como se señaló, políticos de distintos partidos y cargos —en forma individual o colectiva— han presentado querellas en estos casos. Su aporte ha sido, por regla general, bastante escaso o poco relevante¹⁸⁶. Con todo,

¹⁸³ Esta percepción pareciera ser consistente con diversa evidencia que muestra que, por regla general, el aporte de los querellantes en los procesos penales en Chile es relativamente bajo, por ejemplo, en materia probatoria o en presentar tesis alternativas a la del fiscal (Duce, 2018). En esta investigación, un entrevistado lo planteó en los siguientes términos: “Existen otros, en que el aporte no es muy significativo, no sé si tanto entorpecer, pero sí que en lo sustancial su aporte no es significativo, no es tanto”. Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019. En la misma línea, Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019 y Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019.

¹⁸⁴ Este problema fue identificado en el Taller Nacional realizado en el contexto de esta investigación el 6 de noviembre de 2019, el que precisamente tuvo por objetivo validar los hallazgos con los expertos asistentes.

¹⁸⁵ En esta línea Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019. Un ejemplo muy conocido en Chile sobre este fenómeno se dio en un caso de alto perfil público por un delito de homicidio calificado en el cual uno de los acusados fue el marido de la víctima, quien habría contratado a un sicario para asesinarla. En el proceso intervino como querellante la hija de ambos, quien en la práctica sostenía la inocencia de su padre, por lo que el abogado querellante intervino casi como segundo defensor en el juicio. El caso está documentado con detalle en Fluxá, 2019.

¹⁸⁶ En ese sentido, Entrevista N° 1, 15 de mayo de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

el acceso a información y la atención pública que han generado los casos les ha permitido tener una vocería y presencia pública importante durante su desarrollo, que es vista por los actores del sistema más como “propaganda” personal que como aporte real a la investigación y sanción de estos delitos. Sobre el primer aspecto de este problema, un entrevistado relata: “Efectivamente nosotros tenemos algunas normas de legitimidad activa respecto a los delitos de corrupción que yo creo que generan efectos disfuncionales... tienes normas de legitimación activa demasiado amplias que permiten la instrumentalización política de las causas judiciales, y ese es un verdadero riesgo”¹⁸⁷.

1.1.3. Reserva de la investigación y filtraciones

No se dispone de una regulación especial en materia de reserva o privacidad de la investigación cuando se trata de delitos corrupción, los cuales quedan sometidos a la regla general establecida en el artículo 182 del CPP. Según esta norma, las actuaciones del Ministerio Público y las policías durante la etapa de investigación son reservadas para terceros, pero de libre acceso para el imputado y otros intervinientes (por ejemplo, el querellante), salvo que el fiscal decrete la reserva de piezas específicas de la investigación por un plazo máximo de 40 días, ampliables por una vez por el mismo período y por razones fundadas.

Esta situación contrasta, nuevamente, con leyes especiales que han ampliado la esfera de reserva de esta etapa, como la Ley 20.000, que sanciona el tráfico de drogas. Esta permite, en su artículo 36, que el Ministerio Público mantenga el secreto de piezas de investigación hasta el cierre de la misma. La Ley 19.913 sobre lavado de activos regula, en su artículo 32, la posibilidad de extender el secreto de la investigación respecto del imputado y otros intervinientes por un período de seis meses ampliables por una vez. Como se aprecia, existe un régimen mucho más reforzado en otras categorías de delitos. Debido a ello, en la práctica los fiscales recurren a la estrategia de imputar infracciones de estas legislaciones especiales, particularmente las de la ley de lavado de activos, junto con los delitos de corrupción, para acceder a estas reglas especiales en los casos en que sea posible.

¹⁸⁷ Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

En la presente investigación se detectó que si bien la regulación actual sería una falencia en la persecución de los delitos de corrupción, no ha constituido un obstáculo grave para su desarrollo.

Un fenómeno importante asociado a esta materia, presente prácticamente en todos los casos paradigmáticos del sistema que fueron objeto de este estudio, son las “filtraciones” de material investigativo, como declaraciones de víctimas, testigos o imputados, durante el desarrollo de la etapa de investigación¹⁸⁸. Varios entrevistados se refieren a que esto se explica por las reglas generosas de acceso a la información que el artículo 182 del CPP establece para el imputado y demás intervinientes y, en parte, por el régimen limitado de reserva de antecedentes que dicha regla permite en comparación con otros estatutos especiales que ya se han mencionado. El detalle sobre esta práctica y sus consecuencias se revisa en la sección 1.2. Barreras y dificultades para la obtención de pruebas.

1.1.4. Otros aspectos relevantes

El diseño procesal chileno le entrega flexibilidad al Ministerio Público para organizar la investigación. Esta característica se refleja particularmente en el artículo 185 del CPP, que regula como principio general que los fiscales pueden investigar separada o conjuntamente delitos cuando lo estimen conveniente, pudiendo separar en cualquier momento investigaciones que en forma previa han decidido llevar adelante en forma conjunta. El único límite a esta flexibilidad se produce en caso de que dos fiscales diversos estén investigando un mismo hecho y eso pudiera afectar el ejercicio de derechos del imputado.

Esta regla se complementa con otras normas, como el principio de unidad contemplado en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Ley 19.640), según el cual el Ministerio Público puede llevar adelante sus investigaciones a través de cualquiera de sus funcionarios. Finalmente, completan este cuadro dos normas especiales que permiten en ciertos casos que la investigación de los delitos sea asumida directamente por el fiscal nacional o un fiscal regional. En efecto, el artículo 18 de la

¹⁸⁸ Una descripción general de las filtraciones en los casos objeto de análisis en esta investigación puede verse en Bastián Garcés, “Diez filtraciones que hoy le estallan en la cara a los fiscales”, *El Líbero*, 23 de abril de 2019, <https://ellibero.cl/actualidad/diez-filtraciones-que-hoy-les-estallan-en-la-cara-a-los-fiscales/>

Ley 19.640 permite que el fiscal nacional, de oficio y de manera excepcional, asuma la investigación de un delito cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hagan necesario para garantizar la independencia y autonomía de la investigación. El artículo 19, por su parte, permite que el fiscal nacional, de oficio y de manera excepcional, disponga que un fiscal regional asuma una investigación cuando se trata de delitos que por su gravedad o complejidad lo hagan necesario. Dicha norma también permite que el fiscal regional designado sea distinto a aquel en cuyo territorio se cometió el delito cuando exista la necesidad de operar en varias regiones del país.

Como se desprende de este breve panorama normativo, las regulaciones legales del CPP y de la Ley 19.640 confieren al Ministerio Público mucha flexibilidad para organizar su trabajo. En la práctica, esto se ha traducido en que los delitos de corrupción más importantes sean investigados por unidades especializadas en delitos complejos que buena parte de las fiscalías regionales han creado a lo largo del país. Sin perjuicio de que en dichas unidades es común que se asigne un fiscal como responsable principal del caso, lo habitual es que exista un trabajo de equipo organizado en atención a las complejidades del mismo. Por otra parte, en los casos de más relevancia e impacto público se han ocupado las normas especiales de la Ley 19.640 en forma habitual. En el caso Penta, por primera vez desde la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal en el año 2000, el fiscal nacional (en esa época Sabas Chahuán) hizo uso de las facultades del artículo 18 y asumió la investigación con el apoyo de un equipo de trabajo^{189, 190}. Debido al enorme impacto y expectativa pública generada por ese caso, el ejercicio de dicha atribución fue valorado positivamente por la opinión pública y, efectivamente, sirvió para entregar garantías a la ciudadanía de que sería una persecución penal independiente¹⁹¹. Cuando asumió el nuevo fiscal nacional en 2016 (Jorge Abbott), decidió traspasar la investigación a un fiscal regional de la Región Metropolitana de Santiago. Por su

¹⁸⁹ *La Tercera*, “Fiscal nacional asume la investigación del caso Penta y todas sus aristas”, 24 de febrero de 2015, <https://www.latercera.com/noticia/fiscal-nacional-asume-la-investigacion-del-caso-penta-y-todas-sus-aristas/>; *El Mercurio*, “Fiscal nacional asume la investigación del caso Penta”, 24 de febrero de 2015, www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=903688&Path=/0D/CA/

¹⁹⁰ Lo mismo ocurrió luego con el caso Corpesca, ya que en junio de 2015 el fiscal nacional de la época decidió llevarlo adelante con el apoyo del fiscal Carlos Gajardo. Gonzalo Castillo, “Caso Corpesca: Fiscal nacional asume investigación junto a Carlos Gajardo”, Radio Universidad de Chile, 11 de junio de 2015, <https://radio.uchile.cl/2015/06/11/caso-corpesca-fiscal-nacional-asume-investigacion-junto-a-carlos-gajardo/>

¹⁹¹ Esta valoración se reflejó en la opinión pública positiva de los fiscales a cargo del caso y de las instituciones del sistema de justicia penal en esas fechas. Francisca Rivas, “Cadem: 76% considera ‘justo’ que imputados por caso Penta estén en prisión preventiva”, *Radio Bio-Bio*, 16 de marzo de 2015, www.biobiochile.cl/noticias/2015/03/16/cadem-76-considera-justo-que-imputados-por-caso-penta-est-en-prision-preventiva.shtml; Renata Fernández, “Cadem: evaluación negativa del Poder Judicial baja 11 puntos tras formalizaciones”, *Pulso*, 17 de marzo de 2015, p. 24, <http://s1.pulso.cl/wp-content/uploads/2015/03/2088663.pdf>

parte, el uso de las facultades del artículo 19 ha sido mucho más frecuente. El mismo caso Penta es un ejemplo, al igual que el caso Basura. La intervención directa de fiscales regionales ha sido, a diferencia de la del fiscal nacional, objeto de mucho mayor debate, como se relató en un capítulo previo de este informe.

1.2. Barreras y dificultades para la obtención de pruebas

En esta sección se analiza la existencia de algunas barreras y obstáculos normativos y prácticos que han dificultado el desarrollo de las investigaciones en los casos de corrupción, especialmente en lo que respecta a la obtención de pruebas. Los cinco puntos más críticos son: (a) dificultades en materia de medidas intrusivas; (b) impacto de las filtraciones; (c) existencia de fueros; (d) deficiencias y demoras en el uso de prueba pericial, y (e) uso de recursos intermedios.

Antes de encarar este análisis, se recogieron opiniones diversas en relación con las dificultades especiales de investigación de estos delitos y que los entrevistados que han tenido experiencia en tal labor identifican. Para algunos no se trataría de problemas distintos a los de cualquier otro delito complejo¹⁹², por ejemplo, de carácter económico¹⁹³. Estas dificultades estarían asociadas a factores tales como el número de personas involucradas, la cantidad de pruebas disponibles¹⁹⁴ o el volumen de información que es necesario manejar¹⁹⁵, la necesidad de contar con muchos peritajes, la distancia temporal entre los hechos investigados y el inicio de la investigación¹⁹⁶, entre otras. Desde esa perspectiva, los grandes desafíos serían mejorar las capacidades generales de investigación y persecución con medidas como el fortalecimiento de la investigación científica y técnica.

¹⁹² Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019; Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019 y Entrevista N° 6, 27 de mayo de 2019.

¹⁹³ Las estadísticas de que dispone el Ministerio Público sobre la duración de los procesos por delitos funcionarios (dentro de las cuales se incluyen los casos de corrupción) en comparación con la de los delitos económicos y tributarios muestran promedios muy similares, lo que apoyaría esta idea. Así, los primeros duran en promedio 541 días en lo que se denomina "salidas judiciales", es decir, términos aprobados formalmente por la resolución de un juez o un órgano jurisdiccional, y 513 tratándose de delitos económicos y tributarios, es decir, menos de un mes de diferencia o cerca del 5% del total. Estas cifras difieren mucho del promedio general de duración de todos los delitos, que llega a 217 días para obtener una salida judicial (Boletín Anual del Ministerio Público, 2018). Vale la pena señalar que en años anteriores (2015, 2016 y 2017) las diferencias de los promedios de duración entre delitos funcionarios y los económicos y tributarios que concluyen con salidas judiciales son similares e incluso menores.

¹⁹⁴ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019.

¹⁹⁵ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

¹⁹⁶ Entrevista N° 10, 4 de julio de 2019.

Sin necesariamente negar lo anterior, otros destacan algunas peculiaridades que han dificultado su investigación. Una de ellas es que enfrentan a equipos de defensa muy especializados y con enormes cantidades de recursos que les permiten participar en distintos momentos de la investigación cuestionando o retrasando determinadas acciones¹⁹⁷. Los casos Penta y SQM parecen ser buenos ejemplos del rol que las defensas activas con muchos recursos pueden jugar.

Un segundo aspecto se vincula a las modalidades habituales por medio de las cuales se cometen estos delitos, que suelen no dejar rastros, como ocurre en delitos comunes, lo que obliga a contar con medios de prueba especiales que no son tan fáciles de obtener y que requieren mucho más esfuerzo investigativo. Un ejemplo de esta dificultad se da cuando se trata de cohechos en que se han realizado pagos en efectivo¹⁹⁸.

Además, se observan problemas normativos en la definición de las figuras típicas que sancionan los delitos de corrupción, como el cohecho. En algunos casos, se aprecian exigencias que imponen cargas de prueba de elementos difíciles de acreditar, como la intencionalidad o la infracción de deberes. En otros casos esa dificultad deriva de la falta de claridad normativa sobre los alcances precisos de los deberes que los cohechados hubieren infringido. Por ejemplo, tratándose de parlamentarios imputados, se identifica una dispersión normativa, en tanto no existe un catálogo claro de sus deberes en la regulación legal y reglamentaria que rige su función. Ello agregó barreras y escollos para investigar, ya que el lugar hacia el cual debería apuntar la investigación se vuelve difuso. En todo caso, los problemas de tipificación de las figuras penales generan confusión respecto de la evidencia necesaria para acreditar estos delitos y, por lo mismo, de cómo debiera ser conducida la investigación¹⁹⁹.

Además se identifican otros vacíos de regulación, por ejemplo, en materia de estándares de realización y conservación de comunicaciones electrónicas por parte de funcionarios públicos. Según algunos de los relatos recogidos, el Congreso Nacional tiene la política de borrar cada seis meses los correos institucionales asignados a los

¹⁹⁷ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

¹⁹⁸ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019 y Entrevista N° 10, 4 de julio de 2019.

¹⁹⁹ Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

parlamentarios. No se trataría simplemente de vaciar las casillas, sino de eliminarlos por completo del sistema. Por lo mismo, una investigación que busque evidencia relevante en períodos anteriores ya se enfrenta a un problema grave, al menos para acceder a información de esos correos institucionales²⁰⁰.

Más allá de las particularidades de los casos, pareciera que algunas dificultades en la investigación derivan de la poca experiencia inicial y especialización de los investigadores en estas materias, lo que se ha ido superando en el tiempo²⁰¹, o de debilidades institucionales revisadas en capítulos anteriores. Por otra parte, se destaca que en los casos de múltiples querellantes institucionales podría surgir disparidad de criterios entre ellos, o entre ellos y el Ministerio Público, lo que complejiza la investigación²⁰².

Finalmente, los organismos de investigación más especializados tendrían dificultad para responder oportunamente, ya que en los últimos años han experimentado una sobrecarga de trabajo²⁰³. Pese a ello, los entrevistados destacan que las instituciones públicas e incluso privadas obedecen las órdenes de investigación emanadas del Ministerio Público²⁰⁴. Un entrevistado con experiencia en persecución penal afirmó: “En cuanto a requerimientos de información, cumplen oportunamente, con completitud de antecedentes... La información se entregaba de manera fluida, la bancaria también, en este caso en particular no tuvimos que pedir apremios para la entrega de información, y bueno, a propósito de los temas informáticos”²⁰⁵.

1.2.1. Medidas intrusivas

Como se señaló, una de las principales barreras para obtener pruebas a través de medidas intrusivas de regulación es la falta de normas que entreguen facultades especiales, lo que muchas veces deriva en dificultades para acceder a evidencia relevante para estos casos. Pero más allá de eso, incluso cuando existe una regulación de corte general en el CPP, su diseño normativo ha puesto dificultades adi-

²⁰⁰ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²⁰¹ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²⁰² Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

²⁰³ Entrevista N° 5, 27 de mayo de 2019.

²⁰⁴ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019 y Entrevista N° 10, 4 de julio de 2019.

²⁰⁵ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

cionales para investigar estos delitos. El caso más claro es lo que ha ocurrido con la regla sobre interceptación de comunicaciones telefónicas, aun cuando se trata de una medida que no se ocupa tanto en delitos de cohecho, en los que naturalmente el delito se investiga en momentos muy posteriores a su comisión y es difícil que entregue elementos significativos para la investigación²⁰⁶.

El artículo 222 del CPP establece que un juez de Garantía puede autorizar una medida de interceptación de comunicaciones telefónicas solicitada por un fiscal bajo ciertos estándares (si existen fundadas sospechas basadas en hechos determinados y en la medida en que la investigación lo haga imprescindible), siempre y cuando el delito investigado tenga aparejado pena de crimen. En la legislación chilena se entiende por pena de crimen a las penas superiores a los cinco años. El problema central es que la mayoría de los delitos de corrupción, paradigmáticamente los delitos de cohecho, cuentan con penas privativas de libertad muy inferiores a ese margen. La forma con que originalmente los fiscales sorteaban este obstáculo era imputando, junto con el delito contra la probidad, la figura penal de lavado de activos contenida en la ley respectiva, que establecía penas de crimen para ese delito. Con todo, en febrero de 2015 entró en vigencia una modificación a la ley según la cual la pena de tal figura no puede superar la pena asignada al delito base que la precede. Con esto, para delitos de corrupción como el cohecho se produjo una rebaja muy significativa de la pena potencial, lo que tuvo como efecto dificultar la obtención de medidas intrusivas como la que se analiza²⁰⁷.

En este escenario, la nueva fórmula que se encontró para acceder a esta medida fue entender que, cuando el artículo 222 del CPP exige pena de crimen, no se refiere solo a la pena privativa de libertad asignada, sino que a toda otra pena principal contenida en la norma respectiva. Tratándose de la figura de cohecho, el Código Penal establecía, además de la pena privativa de libertad, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, que sí cabía dentro del rango de duración de una pena de crimen según el artículo 21 del Código Penal²⁰⁸. Este debate se dio en el caso

²⁰⁶ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019 y Entrevista N° 10, 4 de julio de 2019. En esta misma línea también se pronunció el director de la ULDECCO, Mauricio Fernández, en su ponencia presentada en las VII Jornadas Chilotas de Derecho, 30 de agosto de 2019, panel “Corrupción y persecución penal”.

²⁰⁷ Esta modificación legal generó polémica por el impacto que causó en la persecución penal de delitos de corrupción y económicos. Un relato del proceso que generó esta reforma puede verse en Juan Pablo Figueroa, “Lavado de activos: Cómo se cocinó el cambio legal que eliminó el riesgo de cárcel para el delito de cuello y corbata”, CIPER, 12 de enero de 2016, <https://ciperchile.cl/2016/01/12/lavado-de-activos-como-se-cocino-el-cambio-legal-que-elimino-el-riesgo-de-carcel-para-el-delito-de-cuello-y-corbata/>

²⁰⁸ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019 y Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

Fragatas, en el que por una decisión inicial del tribunal de juicio oral se absolvió a los imputados por considerar como ilícita la evidencia obtenida con las interceptaciones telefónicas, ya que no se había cumplido el requisito de que tuviera pena privativa de libertad de crimen²⁰⁹, fallo que luego fue anulado por la Corte de Apelaciones de Santiago usando un criterio posteriormente ratificado por la Corte Suprema en dirección a la lógica descrita²¹⁰. Luego, en el segundo juicio, los jueces declararon ser más deferentes con lo que sucedió anteriormente en el proceso, y ya que no se declaró la ilegalidad de dichas pruebas en las etapas correspondientes, luego, en la instancia de juicio oral, la defensa tendría una carga mucho mayor para lograr excluir dichas pruebas, lo que no logró hacer, según los jueces²¹¹.

Este problema interpretativo se encontraría zanjado en la actualidad y, en parte, también superado por la reforma introducida por la Ley 21.121 de noviembre de 2018, que elevó las penas de los delitos de corrupción. Esto permitiría superar las críticas que surgieron respecto de las imputaciones que realizaban los fiscales para poder obtener autorizaciones para medidas más intrusivas, como la comentada. Las argumentaciones del Ministerio Público irían en el sentido de imputar la mayor cantidad de delitos, señalando que se encuentran en concurso real, para así manifestar que se encuentra en una pena de crimen, en circunstancias que aquello sería mentiroso y laxo.

Más allá de este conflicto específico, se quiso determinar si quienes litigan estos casos desde la perspectiva de la persecución penal o como querellantes perciben que los jueces de Garantía son o no una barrera para la obtención en general de las medidas intrusivas. En el artículo 83 de la Constitución y en el artículo 9 del CPP se establece que no es posible realizar una diligencia investigativa que afecte derechos fundamentales sin autorización judicial previa, y que no existe excepción a este principio. El relato de los entrevistados con experiencia en persecución penal o de los querellantes sugiere que no parecieran existir mayores obstáculos para aplicar medidas intrusivas. Hay coincidencia en que los jueces plantearían exigencias razonables para otorgar medidas intrusivas y que en muchas ocasiones los

²⁰⁹ Sentencia del 3° Tribunal Oral en lo Penal, RIT 60-2016, 9 de junio de 2016, considerando undécimo. (Primer fallo, anulado).

²¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 2016, Rol 2271-2016, que acogió recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y anuló primer juicio oral. Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, Rol 94972-2016, que rechazó recurso de nulidad interpuesto por la defensa en el contexto del segundo juicio oral realizado.

²¹¹ Sentencia de 3° Tribunal Oral en lo Penal, RIT 60-2016, 10 de noviembre de 2016, considerando tercero. (Segundo fallo).

problemas de no otorgamiento se deben a la falta de fundamentación de quien las solicita. Muy gráfico es el relato de uno de los entrevistados:

Los jueces, en este caso particular, no han sido un obstáculo. Mi experiencia en torno al tema de los jueces en general e investigaciones de corrupción son buenas. Yo tengo la impresión de que los jueces tienen un buen grado de formación, no tienen ningún interés evidente en dificultar investigaciones de este tipo de delitos, y en general son exigentes, pero en la medida que cumplas con el estándar, otorgan²¹².

De manera más escueta, otro apuntó: “He tenido, en general, experiencias bien razonables, pero no me atrevería a generalizar. Hacen la pega, hacen la pega. El estándar está relativamente claro, yo tengo la sensación de que sí. No veo grandes problemas ahí”²¹³. Otro entrevistado vincula este comportamiento judicial con niveles importantes de independencia con la que habrían contado los jueces al resolver estos casos:

Tenemos un cuerpo de profesionales de jueces independiente en Chile, con probidad y con independencia y fortaleza. La experiencia que yo tengo en ese sentido, con jueces de Garantía, ministros de Corte, es que son personas que son bien decididas y actúan con independencia. Obviamente, puede haber situaciones excepcionales de personas que actúen y logren ser presionadas, pero la regla general es esa²¹⁴.

Una mención aparte requiere la regulación del secreto bancario en la legislación chilena. En la ley se distinguen dos conceptos, el secreto bancario y la reserva. Su regulación se encuentra en, a lo menos, cuatro cuerpos normativos. Primero, en el capítulo XVI de la ley general de bancos, Decreto con Fuerza de Ley N° 3 (DFL 3)²¹⁵; segundo, en el artículo primero de la ley sobre cuentas corrientes y cheques,

²¹² Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²¹³ Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019. (Primer fallo, anulado).

²¹⁴ Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019.

²¹⁵ El capítulo XVI del DFL 3 regula el secreto bancario. El 12 de enero de 2019 se publicó la Ley 21.130, la cual modificó varios aspectos de esta regulación. Anteriormente, mediante la Ley 20.818, que estableció cambios en algunos aspectos del lavado de activos, también se añadió una modificación en este capítulo. Sin embargo, en lo que interesa acá, no ha sufrido cambios sustanciales desde que se dictó la Ley 19.806, de 1 de junio de 2002, sobre “Normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal”.

Decreto con Fuerza de Ley N° 707 (DFL 707)²¹⁶; tercero, en los artículos 62 y 62 bis del Código Tributario; y, cuarto, en el artículo segundo de la Ley 19.913.

Se establecen entonces al menos cuatro posibilidades para levantar el secreto bancario o la reserva. En primer lugar, los tribunales de justicia ordinaria o militar pueden ordenar directamente que se les remitan dichos antecedentes²¹⁷. En segundo lugar, a petición del Ministerio Público ante el Juzgado de Garantía para que se entregue lo relacionado estrictamente a investigaciones que se estén realizando²¹⁸. Tercero, para fines estadísticos²¹⁹, y, por último, a petición del SII, el cual puede derivarse en un procedimiento seguido ante el Tribunal Tributario y Aduanero (TTA)²²⁰. Cuarto, la Unidad de Análisis Financiero podrá solicitar el alzamiento en razón de la fiscalización que realice.

Según el procedimiento regulado en el Código Tributario, primero el SII debe notificar al banco el requerimiento de entrega de información que forme parte del secreto bancario. Segundo, el banco debe notificar al cliente sobre este requerimiento. Luego, si el cliente acepta que se entregue la información, entonces se termina el

En este sentido, en el inciso primero del artículo 154 del DFL 3, se hace referencia al secreto bancario en los siguientes términos: “Las operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos en virtud de la presente ley estarán sujetas a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

Luego, en el inciso segundo del mismo artículo, se distingue lo relacionado con la reserva: “Las demás operaciones quedarán sujetas a reserva y los bancos en virtud de la presente ley solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente”.

²¹⁶ En el artículo primero del DFL 707, se establece: “La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado. El Banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien éste haya facultado expresamente”.

²¹⁷ En los actuales incisos cinco, seis y siete del artículo 154 del DFL 3. Así, se prescribe que la justicia ordinaria y militar podrá ordenar que se le remitan los antecedentes respecto de “los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuere necesario”. El inciso tercero del artículo primero del DFL 707 se expresa en el mismo sentido.

²¹⁸ El Ministerio Público, previamente autorizado por el juez de Garantía, podrá solicitar que dichos antecedentes les sean remitidos, en cuanto digan relación con investigaciones a su cargo. Se establece así también en el artículo 154 del DFL 3, en el artículo primero del DFL 707 y en el inciso primero del artículo 62 del Código Tributario. Además, se establece expresamente que en lo referente a artículos 27 y 28 de la ley sobre lavado de activos, se le otorga la posibilidad al Ministerio Público de operar bajo el artículo 236 del CPP, esto es, que se le autorice la diligencia investigativa sin conocimiento del imputado. Misma disposición se encuentra en el inciso cuarto del artículo primero del DFL 707 (de todas formas, la norma del artículo 236 CPP es de carácter general, y aun podría operar aunque no estuviera regulada expresamente en este inciso).

²¹⁹ En el inciso octavo del artículo primero del DFL 707 se establece que “los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores en términos globales, no personalizados ni parcializados, *solo para fines estadísticos o de información* cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Comisión”. Antes, esta calificación debía realizarla la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

²²⁰ Artículos 62 y 62 bis del Código Tributario regulan este procedimiento, el cual se erige como un límite a la facultad fiscalizadora del Servicio de Impuestos Internos, puesto que si el fiscalizado se opusiere a la solicitud del SII, se debe dirigir ante los TTA para obtener la información. Si el SII requiriere información para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o la falta de ellas, así como si entidades internacionales solicitaren la misma información, el SII debe regirse por el procedimiento dispuesto para este efecto.

proceso y el banco la entrega. Sin embargo, si el cliente se opone o no responde a la solicitud, el SII debe presentar su solicitud ante el TTA competente. Se realiza una especie de litigio, en el que las partes pueden realizar sus descargos y presentar pruebas. Finalizado aquello, el tribunal se pronuncia otorgando o denegando la información. En caso de que se acceda a la información, se ordena la absoluta reserva del SII al tratar los antecedentes.

La Ley 19.913, en su artículo segundo letra b, dispone que la Unidad de Análisis Financiero también podrá solicitar el alzamiento del secreto bancario o reserva en caso de que identifique alguna operación sospechosa en el marco de la fiscalización que está facultada a realizar. La solicitud de levantamiento la resuelve un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y el rechazo puede ser apelado ante la misma. Como se ve, la dispersión normativa y procedimental es un problema operativo, puesto que agrega obstáculos al ente persecutor al momento de requerir antecedentes para llevar adelante la investigación, por ejemplo, con información muy tardía o incompleta. En un sentido similar, en un trabajo de identificación de problemas sobre corrupción en Chile en el ámbito de funcionarios públicos extranjeros, la OCDE precisó algunas dificultades en relación con el secreto bancario, por ejemplo, que los bancos ponen trabas luego de que se les ordena remitir los antecedentes por orden judicial; un tiempo excesivo en la respuesta (entre uno y tres meses); información incompleta; documentos entregados en forma impresa en lugar de en formato electrónico; información fragmentada de diferentes sucursales del mismo banco; y falta de medidas para mantener la confidencialidad (OCDE, 2018: 34-35).

Así también, dicha entidad entregó algunas recomendaciones para superar los obstáculos identificados. Se menciona que el Ministerio Público debería tener mejor acceso a la información del secreto bancario, sin las limitaciones normativas de levantamiento del secreto bancario²²¹. Además, es necesario tomar medidas para reducir el tiempo en que los bancos entregan información, lo cual podría materializarse en que los jueces otorguen un plazo para hacerlo, siempre y cuando este requerimiento esté aparejado de penalizaciones significativas ante su incumplimiento (OCDE, 2018: 35)²²².

²²¹ Cabe hacer la reserva sobre los problemas constitucionales que esto podría acarrear en el ordenamiento jurídico chileno.

²²² Algo similar propuso el Ministerio Público en Oficio FN N°1111-2019.

1.2.2. Filtraciones

Como se advirtió, un fenómeno frecuente en las investigaciones por delitos de corrupción, con especial intensidad en los casos foco de esta investigación, es la filtración de antecedentes durante la etapa preliminar del proceso a los medios de comunicación. Además, se indicó que este fenómeno se explica en parte por el generoso acceso a información que el CPP permite al imputado y los demás intervinientes, aun en etapas tempranas de la investigación (artículo 182).

Lo primero que se indagó fue el impacto de estas filtraciones en el desarrollo de las investigaciones de estos delitos. Parece haber consenso entre los entrevistados en que no ha sido relevante en términos de obstaculizar o impedir las investigaciones, lo que no quiere decir que no generen otros efectos deseados o buscados por quienes son responsables de las filtraciones²²³.

Sobre las autorías de las filtraciones existen discrepancias e imputaciones recíprocas entre quienes han desempeñado diversos roles en el sistema. Si bien la cobertura de los medios de comunicación tiende a poner el acento en que provendrían principalmente del Ministerio Público²²⁴, a partir de la información recopilada en esta investigación es posible concluir que también hay filtraciones producidas por los otros intervinientes (imputado y su defensa, querellantes y fiscales). Además, se explican por el propósito de obtener alguna ganancia estratégica o comunicacional. Por ejemplo, en el caso de las defensas, para hacer público algún antecedente favorable o que inculpe a un tercero o, tratándose del Ministerio Público, para generar presión pública cuando los jueces deben tomar decisiones complejas. La magnitud

²²³ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²²⁴ Por ejemplo, *El Mostrador*, “Penta-SQM-Corpesca: fiscalía tiene 14 investigaciones por filtraciones en causas políticas”, 29 de marzo de 2016, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/03/29/penta-sqm-corpesca-fiscalia-tiene-14-investigaciones-por-filtraciones-en-causas-politicas/; Felipe Leiva, “Caso Penta: abogados defensores denuncian filtraciones y apuntan a Gajardo”, *El Mostrador*, 3 de abril de 2017, <https://m.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/04/03/caso-penta-abogados-defensores-denuncian-filtraciones-y-apuntan-a-gajardo/>; Bastián Garcés, “Diez filtraciones que hoy le estallan en la cara a los fiscales”, *El Líbero*, 23 de abril de 2019, <https://ellibero.cl/actualidad/diez-filtraciones-que-hoy-les-estallan-en-la-cara-a-los-fiscales/>. La respuesta de los fiscales nacionales a medios de comunicación siempre ha sido que las fuentes de las filtraciones podrían ser diversas, incluyendo al resto de los intervinientes o incluso las policías. Por ejemplo, en el artículo de *El Mostrador* del 3 de abril de 2017, el fiscal Abbott señala: “Las filtraciones no vienen en lo fundamental del Ministerio Público, sino que fundamentalmente de las partes porque está demostrado que cada vez que entregamos copias a los pocos minutos está en todos los medios la información que acabamos de entregar a los intervinientes”. En 2014, el fiscal Chahuán dijo en una entrevista a radio Cooperativa: “La Fiscalía no es la única que tiene acceso, por mucho secreto que haya a los antecedentes. Primero hay organismos auxiliares como las policías, no las estoy acusando de filtración, sino que quiero situar el tema (...). En segundo lugar, hay intervinientes del proceso, como los imputados, que tienen acceso a toda la carpeta, por ende, no están cometiendo delitos si revelan antecedentes”. Radio Cooperativa, “Fiscal nacional: Filtraciones son de menor entidad que un delito tributario”, 22 de diciembre de 2014, www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/fiscal-nacional-filtraciones-son-de-menor-entidad-que-un-delito-tributario/2014-12-22/091838.html

de quiénes son los que han contribuido más a este fenómeno es difícil de identificar con la información disponible.

A lo anterior hay que agregar evidencia que sugeriría que, en algunos casos, las filtraciones han provenido de funcionarios judiciales (no jueces) que tienen acceso a documentos claves de los procesos, como las acusaciones que presentan los fiscales²²⁵. En la contracara, los entrevistados estiman que en la actualidad las filtraciones no emanan de las policías, especialmente de la BRIDEF de la PDI, que ha funcionado con estándares adecuados de reserva²²⁶.

El hecho de que estas filtraciones no hayan afectado el curso de las investigaciones en estos delitos no significa que sean inocuas. Una preocupación que manifiestan algunos entrevistados es que generan relaciones viciosas entre el funcionario que filtra y el sujeto que recibe la información, con lo que se abre un flanco de posible corrupción. La dinámica que se podría producir es que una vez que se ha filtrado, se abre un canal de favores recíprocos que luego es difícil de controlar²²⁷.

Otro problema se generaría cuando las filtraciones emanan de fiscales con el propósito de generar una opinión pública favorable, ya que podría ser un arma de doble filo al elevar las expectativas públicas, que más tarde se ven frustradas cuando los casos no concluyen como se esperaba. En palabras de un entrevistado: “Si filtró un fiscal puede haber sido con la intención de buscar apoyo ciudadano, lo que termina jugando en contra porque genera expectativas”²²⁸.

Vinculado con el anterior, otro efecto de las filtraciones es la apertura de un flanco adicional de litigación por medio de la cual los defensores han solicitado la remoción o cambios de fiscales, a quienes les imputan las filtraciones, y también la aplicación de sanciones penales o administrativas. Esta dinámica ha generado dificultades adicionales en el manejo de estos casos por parte del Ministerio Público y lo ha expuesto en forma pública²²⁹. Si bien en algún caso la filtración habría sido la justificación para

²²⁵ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²²⁶ Por ejemplo, Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²²⁷ Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²²⁸ Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019. En la misma dirección, Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²²⁹ En varios de los casos analizados en el estudio se abrieron sumarios administrativos y se presentaron querrelas criminales por las filtraciones. Por ejemplo, en el caso Penta puede verse Patricio Gutiérrez, “Ministerio Público indagará penalmente filtraciones en caso

remover a los fiscales a cargo de la investigación del caso²³⁰, a la fecha estos reclamos por regla general no han concluido con sanciones administrativas ni penales.

De la mano del punto recién expuesto, una de las áreas de litigio potencialmente generadas por las filtraciones es que, si han perjudicado la posición del imputado frente a la opinión pública, se crea un fuerte incentivo en la defensa por desarrollar estrategias para retrasar el avance del proceso y así evitar que se tomen decisiones relevantes en contextos de fuerte presión pública. Una de esas estrategias es recurrir de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional solicitando la suspensión del caso penal, tema que se aborda más adelante²³¹.

En el otro extremo, las filtraciones han derivado en un enorme debate público acerca de su impacto en la presunción de inocencia²³² y el ejercicio de derechos de los imputados, discusión que ha sido recogida por los medios de comunicación^{233, 234}.

Desde el punto de vista de su impacto positivo, se afirma que algunas filtraciones han sido “un mal necesario” que ha permitido generar control o *accountability* del trabajo de los actores del sistema, ya que los obligan a ser muy cuidadosos en las decisiones que adoptan²³⁵.

Más allá de su existencia y de los efectos positivos y negativos que las filtraciones pudieran tener en estos casos, pareciera que se trata de un fenómeno con el cual el

Penta”, *La Nación*, 6 de abril de 2017, <http://lanacion.cl/2017/04/06/ministerio-publico-indagara-penalmente-filtraciones-en-caso-penta/>; en el caso Corpesca, Andrea González, “Abbott ordena investigar penalmente filtraciones del caso Corpesca tras sobreseer administrativamente a Arias”, *Emol*, 7 de octubre de 2016, <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/10/07/825576/Fiscal-Nacional-ordena-el-inicio-de-una-investigacion-penal-por-presuntas-filtraciones-del-caso-Corpesca.html>; en el caso SQM, *The Clinic*, “Ministerio Público abre investigación contra fiscal oriente Alberto Ayala por filtraciones en caso SQM”, 3 de agosto de 2015, www.theclinic.cl/2015/08/03/ministerio-publico-abre-investigacion-contra-fiscal-oriente-alberto-ayala-por-filtraciones-en-caso-sqm/

²³⁰ Esto es lo que habría ocurrido con la decisión de Alberto Ayala, entonces fiscal regional metropolitano oriente, de separar del caso Corpesca a los fiscales Carlos Gajardo y José Antonio Villalobos en 2015. Ver Claudia Miño, “Fiscal Ayala defiende salida de Gajardo del caso Corpesca y acusa filtraciones”, *Radio Bío-Bío*, 10 de junio de 2015, www.biobiochile.cl/noticias/2015/06/10/fiscal-ayala-defiende-salida-de-gajardo-del-caso-corpesca-debo-resguardar-el-debido-proceso.shtml

²³¹ Este impacto fue sugerido en el Taller Nacional realizado en el contexto de esta investigación, el 6 de noviembre de 2019, por los expertos asistentes.

²³² A propósito del caso Penta, ver Cristián Riego, “UDI, filtraciones y presunción de inocencia”, *El Mostrador*, 19 de diciembre de 2014, www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/12/19/udi-filtraciones-y-presuncion-de-inocencia/

²³³ Por ejemplo, se ha argumentado por la prensa que estas prácticas generan un trato discriminatorio. Ver Cooperativa.cl, “UDI presentó carta de queja al fiscal nacional por trato recibido en caso Penta”, 24 de junio de 2015, www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/caso-penta/udi-presento-carta-de-queja-al-fiscal-nacional-por-trato-recibido-en/2015-06-24/144656.html. También se ha sostenido que afectarían el debido proceso. Ver Francisco Leturia, “Abbott vs. Arias: malos días para el Ministerio Público”, *El Mostrador*, 15 de septiembre de 2016, <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/09/15/abbott-versus-arias-malos-dias-para-el-ministerio-publico/>; Claudia Miño, “Fiscal Ayala defiende salida de Gajardo del caso Corpesca y acusa filtraciones”, *Radio Bío-Bío*, 10 de junio de 2015.

²³⁴ Entrevista N° 12, 24 de julio de 2019.

²³⁵ *Id.*

sistema tendrá que lidiar en forma permanente. En casos como los que son objeto de análisis en esta investigación los medios de comunicación han generado una enorme expectativa pública y presión para acceder a información. Los tiempos e inmediatez de la información requerida por los medios muchas veces no coincide con los ritmos más pausados con los que trabaja el sistema de justicia penal. Por lo mismo, surgen presiones e incentivos para que las filtraciones, al menos en algún nivel, se produzcan. En esta lógica, un entrevistado señala: “Siempre va a haber focos y mecanismos a través de los cuales la prensa se entere haciendo su trabajo, de ciertas situaciones y, como te digo, aparece como una cuestión incontrolable, porque la investigación ya está en poder de todos”²³⁶.

1.2.3. Fueros

Como se señaló en el Capítulo I, varios de los casos más connotados de persecución penal de delitos de corrupción, especialmente los relacionados con el financiamiento ilegal de campañas, han involucrado a miembros activos del Congreso en calidad de imputados (diputados y senadores). Un ejemplo paradigmático es el caso Corpesca, en el que a la fecha de este informe se llevaba adelante el juicio oral en contra del senador Jaime Orpis.

En su artículo 61 inciso segundo, la Constitución chilena establece un sistema de fuero parlamentario al exigir un pronunciamiento previo (desafuero) del pleno de la Corte de Apelaciones respectiva de llevar adelante su persecución penal. Como se indicó, las solicitudes de desafuero han estado muy presentes en la persecución penal en contra de los delitos de corrupción (ver Tabla 1 del Capítulo I).

Junto con el impacto más evidente del desafuero, que agrega un obstáculo adicional a la persecución e investigación de estos delitos cuando se trata de un parlamentario, se detectaron varios otros aspectos problemáticos en opinión de a quienes les ha correspondido llevar estos casos.

Por un lado, la regulación normativa tanto en la Constitución como en el CPP es escueta, lo que impide apreciar con claridad el objetivo del desafuero y, vinculado a ello, el estándar exigido para darle lugar. Como se señaló, una consecuencia de esta

²³⁶ Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019.

medida es la suspensión del cargo del parlamentario, pero se ha visto morigerada por la decisión del propio Parlamento de mantener el sueldo de los funcionarios suspendidos. Lo cierto es que su aplicación en casos diversos ha mostrado cierta disparidad respecto de cuándo la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema pueden hacer un juicio de mérito básico o pueden intervenir en aspectos más sustantivos del caso. El cambio de comportamiento que se aprecia en la concesión y rechazos de los desafueros mencionados en el Capítulo I de este informe podría dar cuenta precisamente de este fenómeno.

Un segundo problema de las solicitudes de desafuero es el efecto de “desalineación” de la investigación que podrían producir en los casos con multiplicidad de imputados de los cuales solo algunos cuentan con fuero, como ha sido la regla general en Chile. La solicitud y declaración de desafuero toma tiempo, especialmente si se ha apelado ante la Corte Suprema²³⁷. En ese escenario se puede perjudicar la unidad de persecución de los delitos completamente conexos si es que se solicita una vez cerrada la investigación para efectos de formular la acusación, ya que ello podría separar las acusaciones, que debieran examinarse en forma conjunta en un mismo juicio. Esta dispersión es un incentivo para solicitar más temprano el desafuero, que, como veremos, conlleva otras consecuencias que impactan en la investigación²³⁸.

Finalmente, el desafuero deja al descubierto la estrategia de la Fiscalía, lo que sitúa a los parlamentarios investigados en una mejor posición para preparar su defensa que al resto de los imputados. En efecto, el parlamentario no solo tendría acceso a la carpeta investigativa, como el común de los imputados, sino que al producirse la solicitud de desafuero el fiscal se ve obligado a adelantar su teoría del caso o estrategia para argumentar su procedencia. Entonces, los imputados con fuero quedan en mejor posición que los del resto del sistema, especialmente cuando la solicitud se presenta en etapas tempranas de la investigación para requerir el uso de una medida cautelar. Como se dijo, eso a su vez podría estar incentivado para mantener la unidad de la investigación. De esta forma, el sistema de desafuero pondría al fiscal en una situación estratégica más limitada que cuando se trata de la persecución penal de personas sin esta protección constitucional²³⁹.

²³⁷ En la Tabla 1 se aprecia que los procesos de desafuero en los casos objeto de este estudio tomaron cerca de un año en ser resueltos finalmente por la Corte Suprema.

²³⁸ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²³⁹ *Id.*

En la contracara, se reconoce que contar con el pronunciamiento previo del pleno de una Corte de Apelaciones podría ser ventajoso para el fiscal cuando solicita medidas intrusivas e incluso cautelares, ya que sería una suerte de declaración previa de que se trata de un caso serio²⁴⁰.

En definitiva, pareciera que el fuero parlamentario efectivamente ha constituido una barrera adicional a la persecución de estos delitos, aun cuando no ha sido un obstáculo total, sino más bien una institución que ha agregado dificultades adicionales a las propias de estos casos y que deja en una mejor situación estratégica a los imputados para el ejercicio de su defensa. En todo caso, como se apuntó, esta medida representa alargamientos de los procesos en los casos de corrupción de entre seis meses y un año, según se constata en la mayoría de las peticiones que se tramitaron en los casos recogidos en detalle en esta investigación.

Si bien no se detectó en ninguno de los casos de estudio, es necesario señalar que existen protecciones similares a la de los parlamentarios para otras autoridades. Por de pronto, el presidente de la república cuenta con el mismo fuero, establecido en el artículo 30 inciso cuatro de la Constitución. El artículo 81 de la Constitución establece una protección especial para miembros de tribunales superiores de justicia, fiscales judiciales y jueces letrados del Poder Judicial, quienes “no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante”. Luego, el artículo 90 lo hace extensivo al fiscal nacional, los fiscales regionales y fiscales adjuntos del Ministerio Público²⁴¹. El CPP regula el procedimiento para hacer aplicable esta protección especial en los artículos 424 a 430, en la “querrela de capítulos”, y opera en una lógica similar al desafuero al exigir que una vez cerrada la investigación en contra de algunos de estos funcionarios judiciales o del Ministerio Público, se presente una solicitud ante la Corte de Apelaciones respectiva para admitir los capítulos de la acusación en caso de que halle mérito suficiente. Este mecanismo operó recientemente en el caso de los jueces de la Corte de Apelaciones en Rancagua objeto de una investigación por delitos de cohecho y prevaricación.

²⁴⁰ Íd.

²⁴¹ De todas formas, el Ministerio Público, a través del Oficio FN N°1111-2019, recuerda que la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción ha recomendado adoptar medidas legislativas tendientes a disminuir la aplicación de inmunidades que imposibiliten las investigaciones y enjuiciamientos.

1.2.4. Debilidades y demoras en el uso de prueba pericial

Es indispensable encarar la capacidad institucional para producir prueba pericial de calidad, ya que ello permitirá mejorar las posibilidades reales de cualquier sistema de justicia penal de aclarar y sancionar delitos. Tal como lo demuestra la experiencia comparada y, crecientemente, la realidad nacional, la investigación moderna descansa cada vez más en la capacidad del sistema de generar evidencia científica y peritajes de todo tipo, ya que permiten esclarecer delitos que de otra forma es muy difícil investigar. La prueba pericial se ha ido transformando así en una evidencia decisiva en los sistemas de justicia penal contemporáneos (Duce, 2018). En consecuencia, se requiere un sistema científico y pericial robusto, de alta calidad y confiable. Estas afirmaciones generales son particularmente ciertas tratándose de la investigación de delitos de corrupción, que, como hemos visto, presentan dificultades para acceder a información mediante los medios de pruebas más tradicionales.

Lamentablemente, cuando se examina la realidad nacional a la luz de la evidencia disponible (DECS, 2017; Duce, 2018; González, 2018), se detecta que todavía está lejos de ser óptima. Falta mucha especialización en disciplinas forenses, es decir, áreas en las que no se cuenta con comunidades profesionales especializadas o en que son muy débiles. Se observan defectos en los incentivos para especializarse, incorporarse y luego mantenerse en la planta de las instituciones. También se identifican problemas de diseño y ubicación institucional de las unidades que producen prueba pericial, hoy repartidas en varias agencias y con estándares de funcionamiento y control muy diversos. La acreditación de laboratorios acorde con normas internacionales es la excepción. Los recursos son escasos y las demoras en las entregas de resultados en diversas áreas son significativas, con lo que la prueba pericial se transforma en el cuello de botella del sistema. Por otra parte, los controles de calidad de las comunidades disciplinares son escasos o nulos, al igual que el control ético del ejercicio de la función en la mayoría de las disciplinas, entre muchas otras falencias.

Estos problemas generales descritos por la literatura disponible en Chile se reproducen cuando se trata de la investigación de delitos de corrupción. Se mencionan especialmente carencias de auditoría forense y de pericias sobre evidencia digital²⁴²,

²⁴² Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

que en parte estarían dadas por tratarse de informes de recopilación de antecedentes más que de opiniones útiles para la persecución penal²⁴³. Además, se identifica un colapso de los organismos encargados de hacer los peritajes sobre evidencia digital, los cuales demoran en confeccionarlos, lo que se constituye muchas veces en la razón del retraso en la investigación de estos casos²⁴⁴.

En la otra cara, se identifican serios problemas de los litigantes para trabajar con la prueba pericial que permite colaborar con su presentación en el juicio. De esta forma, una dificultad sería también la forma como se aprovecha esta información cuando ya está disponible²⁴⁵.

1.2.5. Utilización de recursos intermedios

En los últimos años, para tramitar casos penales en Chile se recurre de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el TC mediante una norma que está en cuestión en el proceso respectivo (penal sustantiva o procesal), de manera que se le solicita al mismo TC que decrete la suspensión de la causa penal en tanto no resuelva la cuestión requerida. Esto ha generado un enorme debate por la posibilidad de que se utilice esta instancia, más que como un litigio constitucional genuino, para dilatar estos procesos y lograr otros objetivos procesales.

En esta dirección, evidencia reciente publicada por *La Tercera* muestra que en el 81% de los casos vigentes ante el TC a julio de 2019 se ordenó la suspensión del proceso originario (670 casos). Los mismos datos muestran que el promedio de duración de las suspensiones es de seis meses (182 días)²⁴⁶.

Otros recursos al interior del proceso podrían generar un efecto equivalente, por ejemplo, apelaciones de decisiones intermedias de un juez de Garantía que se soliciten con lo que en Chile se denomina “orden de no innovar”, es decir, con una decisión de que no se pueda avanzar en el punto apelado mientras no se resuelva el recurso pendiente.

²⁴³ Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019.

²⁴⁴ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019 y Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

²⁴⁵ Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019.

²⁴⁶ Sebastián Vedoya, “Cerca de 670 causas están suspendidas por el Tribunal Constitucional”, *La Tercera*, 12 de julio de 2019, www.latercera.com/nacional/noticia/cerca-670-causas-están-suspendidas-tribunal-constitucional/738088/

En este escenario, en la presente investigación se indagó si efectivamente mecanismos como la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el TC han sido una barrera u obstáculo en la persecución de los delitos de corrupción. El análisis de los cinco casos seleccionados demuestra que efectivamente ocurre este fenómeno: en cuatro se han presentado recursos ante el TC (casos Penta, SQM, Corpesca y Basura) e identificado ocho requerimientos distintos, lo que da un promedio de dos por caso.

Además, se estableció que en cinco de esos ocho requerimientos se dio lugar a una suspensión del proceso y en un sexto se trató de una suspensión parcial para el imputado que hizo uso de este mecanismo. Solo en dos no hubo suspensión del todo.

A su vez, los plazos de suspensión varían enormemente, ya que van desde los 6 a los 330 días. Esto se explica por la causal de término. Los plazos más breves se encuentran en casos en que el requerimiento fue declarado inadmisibles y el más extenso concluye con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Finalmente, en cuanto a su forma de término, seis fueron declarados inadmisibles, uno rechazado en el fondo y solo uno acogido.

En las Tablas 2A-2D se resumen los datos principales de lo que ocurrió con los requerimientos ante el TC, organizados por cada uno de los cuatro casos de esta investigación.

Tabla 2A

Requerimientos ante el TC caso Penta

ROL	Recurrente	Normas impugnadas	Ingreso recurso	Inicio suspensión	Término proceso	Total suspensión	Resolución
3374-17	Laurence Golborne	Artículo 64 inciso primero de Ley 16.271, sobre impuesto a donaciones	27/02/2017	07/03/2017 (solo para imputado)	14/03/2017	7 días	Inadmisibles
4010-17	Felipe de Mussy	Artículo 418 CPP (Desafuero)	26/10/2017	31/10/2017	26/09/2018	330 días	Rechaza, por empate
4696-18	Parlamentarios Partido Socialista	Artículos 407 y 408 CPP	07/05/2018	12/06/2018	18/06/2018	6 días	Inadmisibles

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2B

Requerimientos ante el TC caso SQM

ROL	Recurrente	Normas impugnadas	Ingreso recurso	Inicio suspensión	Término proceso	Total suspensión	Resolución
2808-15	Patricio Con- tesse	Artículos 180, 205, 2012, 217 inciso dos CPP	16/03/2015	No	25/03/2015	No	Inadmisible
6215-19	Ministerio Público	Artículo 162 inciso uno y tres Código Tributario	05/03/2019	No	28/03/2019	No	Inadmisible
6028-19	Jorge Pizarro	Artículo 418 CPP (Desafuero)	25/01/2019	29/01/2019	19/06/2019	141 días	Acoge

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2C

Requerimientos ante el TC caso Corpesca

ROL	Recurrente	Normas impugnadas	Ingreso recurso	Inicio suspensión	Término proceso	Total suspensión	Resolución
5604-18	Jaime Orpis	Artículo 277 inciso dos CPP	08/11/2018	13/11/2018	04/12/2018	21 días	Inadmisible

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 2D

Requerimientos ante el TC caso Basura

ROL	Recurrente	Normas impugnadas	Ingreso recurso	Inicio suspensión	Término proceso	Total suspensión	Resolución
4013-17	José Miguel Gutiérrez	Artículo 88 de Código de Procedimiento Civil	28/10/2017	05/12/2017	02/01/2018 (31/01/2018 se alzó la suspensión)	57 días	Inadmisible

Fuente: Elaboración propia.

A partir de este conjunto de datos es posible afirmar que efectivamente en estos casos se ha producido una tendencia a usar los recursos ante el TC más allá de su sentido original y como una instancia que ha impuesto nuevas barreras y obstáculos a la investigación no tanto en el resultado, sino en alargar los procesos producto de las suspensiones y en la necesidad de agregar litigios adicionales a los ya propios del proceso penal. Con todo, como se indicó al inicio, parece ser una tendencia generalizada en el caso chileno, más allá de si se trata de delitos de corrupción. En la contracara, no se identifica que otros mecanismos hayan generado un efecto similar.

1.3. Cooperación entre países en casos de corrupción transnacional

Un fenómeno extendido en la persecución penal de delitos de corrupción en América Latina es la generación de grandes casos en los que la investigación se ha llevado en forma paralela en diversos países de la región. El ejemplo por excelencia de este tipo de casos es Odebrecht, u operación Lava Jato, que supuso investigaciones de corte transnacional. Para intercambiar información relevante entre países, las agencias de persecución penal desarrollaron diversas herramientas de cooperación internacional.

En el caso nacional, a la fecha este fenómeno se ha presentado con mucha menor intensidad que en otros países y, por lo mismo, la cooperación internacional no parece haber cumplido el rol crítico que se identifica en otros lugares. Con todo, se ha acumulado alguna experiencia en la materia, con evaluaciones disímiles de parte de quienes han tenido oportunidad de trabajar en ese ámbito.

La cooperación internacional se concreta mediante “canales institucionales formales” y “canales informales”. Los primeros corresponden a convenios de cooperación multinacionales o entre agencias. Si bien algunos entrevistados mencionan que estas vías funcionan, normalmente son lentas²⁴⁷. Los canales informales, en cambio, estarían constituidos por redes de trabajo de distintas instituciones que incluso se comunicarían por WhatsApp. Estas vías son expeditas y orientan la investigación local. Por este motivo, se habría generado la práctica de recurrir primero a los canales informales, los que, en caso de arrojar resultados positivos, se traducirían luego en solicitudes por los canales formales²⁴⁸.

²⁴⁷ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019 y Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

²⁴⁸ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019 y Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

De lo anterior puede concluirse que los actores que tienen por su rol y cargo una mayor cercanía con estos temas no advierten grandes dificultades, sobre todo porque estas vías informales permiten avanzar. De todas formas, se debe reconocer que —en la práctica— en las causas de corrupción chilenas no ha sido necesaria la cooperación transnacional, como sí ocurrió con las aristas vinculadas, por ejemplo, a la operación Lava Jato.

2. Negociación y otras formas de término de los casos de corrupción

En esta sección se revisan las herramientas legales con que cuentan los fiscales y las prácticas para incentivar o favorecer la colaboración de los imputados con las investigaciones de delitos de corrupción. Para estos efectos se examinan las reglas de cooperación eficaz y se analizan los procedimientos negociados.

2.1. Cooperación eficaz y delación compensada

La experiencia comparada muestra que la cooperación eficaz o la delación compensada han sido cruciales en la investigación y esclarecimiento de delitos de corrupción complejos (Vargas, 2019). Esas herramientas suelen operar en una lógica de negociación por medio de la cual el responsable de la persecución penal ofrece rebajas sustanciales de las penas, e incluso la no persecución penal, a cambio de información clave para la investigación (Vargas, 2019).

Como se señaló, no existe una regulación especial de una institución análoga en Chile para los delitos de corrupción²⁴⁹. Sin embargo, una norma general del Código Penal contemplada en el artículo 11 N° 9 permite atenuar la sanción a quien “colabora sustancialmente” en el esclarecimiento de los hechos (Mera y Couso, 2011: 305-306). Por tratarse de una circunstancia atenuante general tiene un efecto limitado en la rebaja de la pena y, por regla general, es de discreción judicial si la aplica al momento de dictar sentencia. En consecuencia, esta facultad no les permite a los fiscales hacer ofertas muy atractivas, sin perjuicio de que en la práctica pueden reforzarlas invocando otras atenuantes que podrían redundar en rebajas más sustanciales de las penas.

²⁴⁹ Existe en otros ámbitos, por ejemplo, en libre competencia. Ver Andrea Chaparro, “¿Puede la delación compensada ser útil para el sistema de justicia penal chileno?”. El Mercurio Legal, noviembre de 2019, pp. 11-15.

Por su parte, el CPP regula un procedimiento especial, denominado procedimiento abreviado (artículos 406 y siguientes), en el cual Legislador refuerza la posibilidad del Ministerio Público de utilizar esta atenuante para obtener información. En efecto, este procedimiento procede cuando existe un acuerdo entre fiscal e imputado, por medio del cual el fiscal se compromete a solicitar una pena determinada, la que, por regla general, no puede exceder de los cinco años de privación de libertad, y el imputado, a cambio, renuncia a su derecho a ser juzgado en un juicio oral y acepta los hechos de la acusación del fiscal, con lo que valida los antecedentes recopilados en la investigación (Riego, 2017). El artículo 407 inciso tercero del CPP regula que el fiscal pueda considerar suficiente la aceptación de los hechos del imputado para proceder de conformidad a este procedimiento especial y estimar la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. Es más, tratándose de ciertos delitos en contra de la propiedad, el CPP le entrega un valor calificado a esta atenuante. Esta regulación general de los procedimientos abreviados ha abierto un espacio de negociación que se podría asemejar a las delaciones compensadas. Con todo, está muy lejos de tener el alcance e impacto de instituciones de este tipo, que sí se contemplan en la legislación comparada, como se verá más adelante.

Debido al diagnóstico crítico sobre esta materia, la reforma introducida por la Ley 21.121 de noviembre de 2018 estableció una regla especial de “cooperación eficaz” para los delitos de corrupción regulados en el Código Penal (artículo 260 quáter del Código Penal)²⁵⁰. Esta regla representa un avance por varias razones. Primero, precisa el objetivo o fin de la cooperación y su alcance respecto de cuándo se entiende como eficaz en relación con la regla actual de “colaboración sustancial”²⁵¹. Segundo, le entrega en principio un efecto atenuatorio más intenso que el artículo 11 N° 9 (rebaja hasta en dos grados de la pena) y le da más poder al Ministerio Público para otorgarla. Con todo, sigue siendo una regla relativamente acotada en comparación a sus equivalentes funcionales en otros países de la región (Vargas, 2019). Por de pronto, se sigue concibiendo como una atenuante de responsabilidad

²⁵⁰ De acuerdo con el artículo transitorio de esta ley, se aplicará solo a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Ello impide aplicar esta regla de cooperación eficaz a los casos objeto del presente análisis, que aún se encuentran pendientes, y ni siquiera a los procesos nuevos por hechos acaecidos con anterioridad al 20 de noviembre de 2018.

²⁵¹ El inciso primero de la norma citada señala que los fines o propósitos de la cooperación eficaz es que “conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la investigación de sus responsables, o sirva para prevenir la perpetración o consumación de estos delitos, o facilite el comiso de bienes, instrumentos, efectos o productos del delito”. El inciso segundo señala que esta cooperación es eficaz cuando suministra “datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso anterior”.

que finalmente el juez o tribunal respectivo determina en la sentencia, de modo que la oferta del fiscal no es vinculante jurídicamente para el juez; la regulación para hacerla operativa es prácticamente nula; y existe una exclusión amplísima de quienes podrían beneficiarse con ella²⁵², entre otros límites y defectos de la regulación. Se agrega el hecho de que, aun con posterioridad a la reforma introducida a las penas de los delitos de corrupción por esta misma reforma de 2018, estas seguirían siendo relativamente bajas (no asegurarían, por ejemplo, el cumplimiento de penas privativas de libertad efectivas), lo que haría más difícil a los fiscales formular ofertas atractivas a los imputados por delitos de corrupción²⁵³. Debido a estos factores, diversos expertos han manifestado su disconformidad con esta nueva norma, sobre todo porque se necesita contar con una herramienta más fuerte y sólida en estos delitos²⁵⁴. También explica que, a pesar de esta reforma reciente, en la actualidad existan propuestas específicas para introducir un sistema efectivo de cooperación eficaz en estas materias²⁵⁵.

2.2. Procedimientos negociados: aspectos jurídicos y algunos datos generales

Más allá de la delación compensada, el sistema procesal chileno contempla para la generalidad de delitos algunas vías “negociadas” para la conclusión del proceso, las que han sido ampliamente utilizadas en los casos de corrupción, especialmente en aquellos que son el foco de análisis de esta investigación. Esta tendencia es consistente en el ámbito comparado, en el cual estos mecanismos también han aumentado exponencialmente (Langer, 2019). Los principales son el “procedimiento abreviado” y la “suspensión condicional del procedimiento” (artículos 237 y siguientes del CPP)²⁵⁶.

²⁵² El inciso final de la regla en estudio no permite aplicarla a empleados públicos que desempeñen cargos de elección popular o de exclusiva confianza de estos, o de alta dirección pública en el primer nivel jerárquico, entre otros.

²⁵³ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019 y Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019. Hay quienes se manifiestan más reacios a que la gravedad de las penas esté solo en función de hacer operativa esta institución. En esta línea se manifiesta el profesor Héctor Hernández (ver Andrea Chaparro, “¿Puede la delación compensada ser útil para el sistema de justicia penal chileno?”. *El Mercurio Legal*, noviembre de 2019, p. 15.).

²⁵⁴ En esta dirección, por ejemplo, se orientaron las conclusiones de los panelistas del foro “Delación compensada: ¿mecanismo efectivo para combatir la corrupción?”, realizado en Espacio Público el 17 de julio de 2019, twitter.com/EsPublicoCL/status/1151479697718632448. Coinciden las opiniones de Gonzalo Guerrero, secretario ejecutivo de la Comisión de Probidad y Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, expresadas en el seminario del lanzamiento del libro *Reformas anticorrupción en Chile (2015-2017): Cómo se hizo para mejorar la democracia* (Aris, Engel y Jaraquemada, 2019), realizado el 6 de agosto de 2019 en Espacio Público, www.facebook.com/espaciopublicochile/videos/908304846187783/.

²⁵⁵ Ver Consejo para la Transparencia, “Propuestas sobre un estatuto de integridad pública y anticorrupción”, 2019, Recomendación N° 15, p. 20, www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2019/07/Propuesta-anticorrupcion.pdf

²⁵⁶ La suspensión condicional del procedimiento es una salida alternativa al proceso en virtud de la cual se puede detener provisoriamente la persecución penal a favor de un imputado, que queda sometido, dentro de un plazo, al cumplimiento de un conjunto de condiciones impuestas judicialmente, al término del cual —si estas son cumplidas satisfactoriamente— se extingue la acción penal (Duce y Riego,

Si bien en ambos casos la negociación entre fiscal e imputado es central, las consecuencias de cada vía negociada son muy distintas. Los procedimientos abreviados derivan en una sentencia en contra del imputado que por regla generalísima es condenatoria, lo que implica que, además de cumplir la pena respectiva que se le imponga, la persona quedará con un registro penal formal que le impedirá beneficiarse de varias instituciones jurídicas en casos futuros²⁵⁷. La suspensión, en cambio, significa una paralización temporal del proceso mientras se cumplen las condiciones impuestas por el juez, las que normalmente son una respuesta mucho más “blanda” que una pena (por ejemplo, deberes de firma mensual). En caso de cumplirse dichas condiciones en el período establecido, se extingue la acción penal y el imputado queda sin registros penales formales. Como se aprecia, hay diferencias significativas en el tipo de respuesta que representa cada una y, por lo mismo, incentivos muy distintos para el imputado.

La evidencia compilada permite concluir que, si bien en algunos casos estos mecanismos de negociación se utilizan para obtener información relevante para la investigación, en la mayoría los propósitos se orientan a asegurar algún tipo de respuesta o resultado jurisdiccional. En efecto, frente a un conjunto de factores que se mencionan en la próxima sección, estos mecanismos de negociación parecen haberse transformado en la principal vía a través de la cual los fiscales entienden pueden llevar los casos de corrupción a algún puerto. El objetivo central sería entonces obtener alguna respuesta o reacción de corte punitivo, aun cuando sea blanda, como es la suspensión condicional, y no servir de estrategia para construir otras investigaciones o casos. Cabe preguntarse si este comportamiento es consecuencia de la estructura de incentivos que llevan a los fiscales a buscar “términos judiciales” de los casos, o una estrategia para fortalecer la persecución de algunos delitos más graves.

En este contexto, cabe analizar estadísticamente este fenómeno. Dado que no existen cifras desagregadas por delitos de corrupción específicos, se trabajará con

2007: 306). Un tercer mecanismo, conocido como “acuerdo reparatorio” (artículos 241 y siguientes del CPP), también consiste en salidas alternativas en virtud de las cuales se puede extinguir la acción penal, siempre que se trate de ciertas categorías de delitos, cuando existe entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación aprobado judicialmente (Duce y Riego, 2007: 306). Su uso en delitos de corrupción debiera ser marginal, ya que en principio no cabe dentro de las categorías en las que el CPP los autoriza. Además, estas negociaciones dejan fuera en principio al Ministerio Público, dado que se producen entre imputados y víctimas. Como en estos casos no hay víctima individual, no pareciera darse un supuesto básico para su procedencia. No obstante, como se verá, ha sido una salida articulada en algunos casos de corrupción, normalmente usada en figuras accesorias que se han imputado a involucrados en estos casos.

²⁵⁷ Las estadísticas de 2016 del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública del Chile coinciden en que la tasa de condena en procedimientos abreviados fue del 99,5% de los casos.

una categoría más genérica, que incluye una diversidad de figuras, como los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o, simplemente, delitos funcionarios. Las cifras del Ministerio Público tampoco desagregan el porcentaje de casos del total de sentencias que emanan de un procedimiento abreviado o de los otros procedimientos que contempla el sistema²⁵⁸. En cambio, sí se reportan los antecedentes de las suspensiones condicionales del procedimiento. En 2018 se registró un 21% del total de salidas judiciales del período, muy cercano al 25% de las sentencias (condenatorias y absolutorias) obtenidas en todo tipo de procedimientos en el mismo lapso. Cabe destacar que en el mismo año las suspensiones condicionales representaron el 14,7% de los términos judiciales en todos los delitos, es decir, casi un tercio menos que en los delitos funcionarios (Boletín Anual del Ministerio Público, 2018). Este dato, aun con sus limitaciones, da cuenta de la relevancia de las soluciones negociadas en estos casos.

De los cinco casos objeto de seguimiento en esta investigación, a la fecha de redacción de este informe se identificaron 286 imputados. De estos, 94 se habían acogido a una suspensión condicional del procedimiento, es decir, el 32,9% de los imputados. Debido a que varios casos todavía están en un estado de desarrollo en el que se permite acordar una suspensión condicional del procedimiento, es altamente probable que este porcentaje aumente. Destaca especialmente el uso de esta salida en los casos Fragatas y SQM, en los que el porcentaje de imputados acogidos a esta medida fue cercano al 50%.

Por su parte, el procedimiento abreviado ha sido utilizado por 18 imputados, que representan el 6,3% del total. Es también altamente probable que dicho porcentaje aumente debido a los casos aún pendientes en los que no ha vencido el momento procesal en que se puede optar por ese camino²⁵⁹. Otro dato de interés es que en

²⁵⁸ Datos publicados en otras investigaciones sobre el procedimiento abreviado obtenidos del Ministerio Público en general indican que del total de sentencias definitivas dictadas en 2016 el abreviado explicó el 13,4%. De acuerdo con cifras del propio Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública del año 2016, del total de sentencias dictadas en procedimientos abreviados el 99,5% fueron condenatorias y el 0,4% absolutorias (Duce, 2019).

²⁵⁹ Los acuerdos reparatorios representaron un porcentaje marginal de imputados en estos casos. Se trató de dos imputados que representan el 0,69% del total, ambos en el contexto del caso Fragatas. Los hechos imputados estaban relacionados con la emisión de boletas ideológicamente falsas, las que se entregaban señalando prestación de servicios legales; sin embargo, lo que se ocultaba era que se le entregaba dinero a un funcionario de la embajada coreana para que favoreciera negocios de empresarios extranjeros. La salida alternativa se refirió a un imputado y una imputada. El primero debió pagar 20 UTM y ella 10 UTM. El imputado era Jong Pak Lee, trabajador de la Embajada de Corea, asesor del agregado del Ministerio de Defensa. En su calidad de funcionario de la embajada, contactaba a agentes o representantes de empresas coreanas para favorecer sus negocios en Chile. Durante 2005, surgió la posibilidad de que se concretaran negocios de empresas coreanas tanto con la Armada como con el Ejército de Chile en diversas licitaciones. Con el fin de incentivar a Jong Pak Lee, Ibieta y Lizárraga le pagaron mensualmente \$600.000. La imputada era Francesca Andrea Botto Villablanca, abogada y cónyuge de Pak Lee. El pago a Lee se hacía mediante cheques de la empresa Serlog, a nombre de ella. Para

todos estos procedimientos se dictó sentencia condenatoria en contra de los imputados, pero ninguna se trató de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. El único caso que concluyó con pena privativa de libertad que efectivamente generó como consecuencia el encierro se produjo en el caso Fragatas debido a que se llevó a cabo un juicio oral ordinario²⁶⁰.

2.3. Prácticas en torno a los procedimientos negociados

El 22 de septiembre de 2014 el fiscal nacional del Ministerio Público dictó un instructivo (Oficio FN N° 699/2014) para los fiscales con el objeto de impartir criterios de actuación en delitos de corrupción. El oficio fija directrices o recomendaciones generales, pero no son obligatorias para los casos concretos debido a la imposibilidad legal del fiscal nacional de dictar instrucciones específicas para su persecución penal, salvo en aquellos que por excepción sean llevados por él. En concreto, estableció recomendaciones para adoptar las suspensiones condicionales del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

El oficio permitió llegar a suspensiones condicionales del procedimiento en casos de corrupción, aun sin el consentimiento del CDE en su calidad de querellante, si se cumplían los requisitos legales en el caso. Con todo, considerando el bien jurídico involucrado en estos delitos, las repercusiones de esta salida en relación con los fines de la pena y la señal que podría implicar su uso para la ciudadanía, debía aplicarse en “forma excepcional, limitada y prudente”. Además, su solicitud debía ser aprobada por el fiscal regional respectivo y contar, como requisito previo, con un “informe técnico favorable a ella confeccionado por la Unidad Especializada Anticorrupción”²⁶¹. Tratándose de los acuerdos reparatorios, recomienda a los fiscales, como regla general, oponerse a su aprobación por estar en presencia de delitos que afectan bienes jurídicos no disponibles y por existir un interés público en la

justificar la operación entregaban boletas por una supuesta prestación de servicios profesionales como abogada a Serlog. El juzgado de Garantía aprobó el acuerdo reparatorio (Rol 6059-2012 del 8o Juzgado de Garantía de Santiago, 13 de noviembre de 2012) y la Corte de Apelaciones de Santiago lo confirmó (Rol 3190-2012, 22 de diciembre de 2012). El Ministerio Público adujo que existía un interés público prevalente en la causa y que por tanto no era posible finalizar la causa a través de esta salida alternativa. Argumentó que se trataba de delitos reiterados por la existencia de más de cuarenta boletas ideológicamente falsas, las que ocultaban pagos de sobornos al funcionario de la embajada. La Corte, sin embargo, señaló que no existía dicho interés público prevalente, ya que el que haya incurrido reiteradamente en el mismo delito no lo convierte en tal. Además, se trató solo de delitos tributarios, que afectaron a la misma víctima y el acuerdo versó sobre un bien patrimonial jurídicamente disponible.

²⁶⁰ Se trata de la sentencia dictada en el caso Fragatas tras el segundo juicio oral (luego de que el primero fuera anulado). Sentencia causa RIT 60-2016 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, 10 de noviembre de 2016.

²⁶¹ Oficio FN N°699/2014, p. 11.

persecución penal de los mismos. Con todo, se permite de modo “absolutamente” excepcional evaluar no oponerse en casos particulares en que los bienes jurídicos afectados sean de menor intensidad, lo que siempre requerirá aprobación previa del fiscal regional respectivo²⁶².

Como se demostró en la sección anterior, en estos delitos el uso de la suspensión condicional del procedimiento ha estado lejos de ser excepcional, como sugiere el Oficio FN N° 699/2014. Por otra parte, como se señaló, no ha cumplido funciones similares a las de la delación compensada, es decir, ser una oferta atractiva para ciertos imputados a cambio de información que pudiera ser utilizada en los casos de otros, sino que se ha usado simplemente como una opción u alternativa para dar respuesta a los casos que se tramitan, aun cuando se trata de una de muy baja intensidad punitiva (por no ser condena no genera un registro penal).

La revisión de los casos objeto de estudio y la opinión de varios entrevistados coincide en que, en un principio, el criterio seguido por los fiscales para usar la suspensión condicional del procedimiento fue otorgarla a imputados “accesorios” o “secundarios”, por ejemplo, a quienes habían contribuido con los principales a través de la prestación de boletas u otros que servían para recibir pagos indebidos. Esto habría ocurrido, por ejemplo, con varios de los imputados en los casos Penta y SQM. Si bien podría haberse discutido su uso en varios de ellos, la oferta de usar la suspensión condicional del procedimiento representó una rebaja importante respecto de la expectativa inicial generada por el propio Ministerio Público, en lo que parece haber sido una política racional para intentar focalizar las persecuciones penales de casos complejos en los protagonistas.

En este contexto, a poco andar esta salida fue concedida a algunas de las principales figuras imputadas en estos casos de alto perfil público. Un ejemplo claro fue la concesión de esta salida al senador Iván Moreira en el caso Penta, o al imputado Fernando León en el caso Basura, en el que incluso el fiscal regional Pérez Calaf ofreció suspensión sin considerar la opinión negativa del informe técnico elaborado de acuerdo con el Oficio FN N° 699/2014. También forma parte de este fenómeno un conjunto de suspensiones acordadas con el fiscal regional Pablo Gómez en el caso SQM. Todos estos casos generaron serias dudas acerca de la forma como el

²⁶² *Id.*, p. 12.

Ministerio Público lleva adelante sus casos y mostraron un apartamiento relevante de los criterios formulados en el oficio analizado. Estas salidas suscitaron especulaciones de todo tipo en la prensa y en círculos especializados acerca de las verdaderas razones para usarlas en estos casos y temores acerca de influencias indebidas para ello, como se expuso en el capítulo anterior²⁶³. También ha generado decepción y crítica frente a las expectativas generadas en la opinión pública, dado que las imputaciones iniciales “prometían” penas altas o persecuciones penales hasta las últimas consecuencias. Por lo mismo, en parte importante el propio Ministerio Público ha sido responsable de fijar expectativas que luego demostraron ser poco realistas o desmesuradas. Esta inflación de expectativas obedece por lo menos a tres razones: obtener una posición favorable para solicitar medidas cautelares personales como la prisión preventiva, ya que se muestra la gravedad de los delitos; ponerse en una posición ventajosa para obtener medidas intrusivas; e instalar presión en la opinión pública por el avance de estos casos²⁶⁴.

Ahora bien, durante la investigación se identificaron varios factores adicionales que han llevado a privilegiar esta salida en vez de una persecución penal tradicional o incluso los procedimientos abreviados. Existe mucha coincidencia entre los entrevistados en la débil posición negociadora en la que se encuentran los fiscales producto de las dificultades para construir una “amenaza creíble” de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo en estos casos. Esta imposibilidad parte por la relativa baja penalidad asignada a los delitos de corrupción en el Código Penal chileno con anterioridad a la reforma de noviembre de 2018. Este obstáculo es reforzado por dos factores. En primer lugar, una práctica bastante generosa de atenuación judicial de penas frente a la concurrencia de circunstancias como una conducta irreprochable anterior o de colaboraciones no tan sustanciales en el procedimiento. El efecto de estas atenuantes se traduce en rebajas significativas de las penas no muy altas que contemplaba la legislación penal chilena. En segundo lugar, un régimen dádivo de cumplimiento alternativo de penas privativas de libertad regulado por la Ley 18.216 para todo tipo de delitos, especialmente tratándose de primeras condenas a penas inferiores a los cinco años. La sumatoria de penas

²⁶³ Especialmente en el caso SQM, se otorgaron muchas suspensiones condicionales, las que han sido percibidas como impunidad en casos de corrupción. Ver *El Dinamo*, “Daniel Matamala y pedido de suspensión condicional para Moreira: ‘Es impunidad’”, www.eldinamo.cl/nacional/2018/01/16/daniel-matamala-y-pedido-de-suspension-condicional-para-moreira-es-impunidad/; *El Mostrador*, “Acuerdo entre Fiscalía y SQM sella impunidad: Corte de Apelaciones confirma salida alternativa y propina duro revés al CDE”, www.elmostrador.cl/noticias/pais/2018/02/14/acuerdo-entre-fiscalia-y-sqm-sella-impunidad-corte-de-apelaciones-confirma-salida-alternativa-y-propina-duro-reves-al-cde/

²⁶⁴ Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019 y Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019.

bajas, rebajas potenciales y sistemas de cumplimiento en libertad ha debilitado el poder negociador de los fiscales²⁶⁵.

Además, como señaló un entrevistado, la concesión de suspensiones condicionales a algunos de los principales imputados en casos de alto impacto público generó y proyectó estándares y expectativas más allá de esos casos, lo que debilitó aún más la posición negociadora de otros fiscales más reacios al uso de esta salida, por ejemplo, a través de la invocación de argumentos vinculados a principios como un tratamiento igualitario en casos similares²⁶⁶. Este punto se relaciona estrechamente con otro fenómeno ampliamente reconocido por los entrevistados y que se aprecia en los casos estudiados: la enorme disparidad de criterios y discrecionalidad de las fiscalías regionales para decidir si usar este tipo de salidas²⁶⁷. Al parecer, el oficio mencionado no logró establecer un criterio común para las distintas fiscalías y de hecho se incumple, lo que no genera consecuencias importantes a quienes no lo respetan. Pero más allá de eso, estas prácticas reflejarían la falta de criterios públicos claros y controlables de persecución penal en estos delitos. Por lo mismo, las posibilidades de exigir rendición de cuentas por el uso de estas facultades son escasas. Esto se debería en parte al diseño del sistema de persecución penal chileno, que le da mucha autonomía a los fiscales regionales para tomar decisiones de persecución penal para los casos revisados en este informe, pero también a que institucionalmente no se ha decidido encauzar la persecución penal en estos casos. En esta línea, la crítica a la falta de una política de persecución penal más específica del Ministerio Público se viene formulando hace tiempo y no solo a propósito de este tipo de delitos²⁶⁸.

Algunos entrevistados reconocieron que en el último tiempo estos problemas han sido objeto de preocupación en la Fiscalía Nacional²⁶⁹ y también que en momentos los

²⁶⁵ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019; Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019; Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019; Entrevista N° 12, 24 de julio de 2019 y Entrevista N° 14, 25 de julio de 2019.

²⁶⁶ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²⁶⁷ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019; Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019; Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019; Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019 y Entrevista N° 12, 24 de julio de 2019.

²⁶⁸ Recién a fines de 2018 el Ministerio Público adoptó por primera vez una Política Nacional de Persecución Penal. Dentro de las categorías de delitos que prioriza esta política, en cuarto lugar aparecen los de corrupción (p. 30). Por otra parte, el documento anticipa que la priorización llevará a una revisión de los criterios de actuación desarrollados por la institución en varias materias, incluyendo las condiciones para salidas alternativas y la elección de tipos de procedimientos (p. 39). Esa revisión no ha sido completada. A pesar del enorme avance que representa la elaboración de esta política, está todavía lejos de representar criterios específicos, claros y transparentes para la persecución de delitos de corrupción (Ministerio Público, 2018).

²⁶⁹ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

fiscales regionales se esforzaron por aunar criterios²⁷⁰. Con todo, hasta el momento no se habría generado un cambio de escenario significativo.

A ello se agregarían las debilidades probatorias, debido, entre otros motivos, a deficiencias en la calidad técnica de algunas investigaciones. Por eso, como los fiscales perciben el riesgo de una absolución, ofrecen suspensiones condicionales que en principio parecen extremadamente generosas a la luz de las imputaciones formuladas originalmente.

En su evaluación de 2018 sobre la persecución penal de corrupción internacional en Chile, la OCDE recopiló algunas de las razones que tienen los fiscales a la vista al momento de ofrecer suspensiones condicionales del procedimiento. Se constató que cada uno aplica sus propios criterios, dado que no disponen de directrices institucionales, y que se apartan además del oficio ya reseñado sobre salidas alternativas en este tipo de casos. Entre las razones que mencionan los fiscales se identifica (1) la fuerza del caso, que es lo que habría ocurrido en el caso Asfaltos, Moreira y Wagner, estos últimos en el contexto del caso Penta, el cual fue precisamente objeto de estudio; (2) la cooperación del imputado, como habría ocurrido en los casos Asfaltos, Ceresita y SQM; (3) la disposición del infractor a pagar una multa, como ocurrió en el caso de Moreira en Penta y en Caval; (4) la sanción probable, criterio que se habría utilizado también con Moreira; y (5) el impacto beneficioso que la suspensión trae a la comunidad, como ocurrió en el caso Ceresita. Además, se señaló que los primeros imputados en casos de corrupción casi siempre podrán ser beneficiados con dicha salida alternativa.

Esta dispersión de criterios es conflictiva porque muchas decisiones se consideran arbitrarias, en especial porque muchas veces no se entregan los argumentos claros de por qué en algunos casos sí se ofrece la salida alternativa y en otros no. Se toman como ejemplo casos estudiados en este informe; así, en el caso Corpesca se habría argumentado la oposición a una suspensión condicional del procedimiento por la cantidad de delitos imputados; sin embargo, en el caso SQM, donde se repetía la misma circunstancia, no fue obstáculo para aplicarla. O en el caso Penta, para el imputado Moreira no se mencionó la ausencia de algún factor, como la cooperación del acusado con las autoridades (OCDE, 2018: 40)²⁷¹.

²⁷⁰ Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

²⁷¹ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

A diferencia de la suspensión condicional, los procedimientos abreviados parecen ser una salida negociada que ofrece una respuesta más favorable para la persecución penal de estos delitos, ya que siempre concluyen, como se mostró, con una condena, aun cuando no se trate de penas privativas de libertad de cumplimiento efectivo. Esta apreciación coincide con la opinión de varios entrevistados que valoran esta forma de llegar a condena para ciertos casos²⁷². Con todo, a la fecha esta salida es mucho menos utilizada en los casos observados (6,3% de los imputados en los casos foco de la investigación). Esto se explicaría en parte por problemas similares a los de las suspensiones, especialmente la baja capacidad negociadora de los fiscales, que se quedan sin herramientas de “presión” para llegar a acuerdos²⁷³. Un factor relevante sería la prisión preventiva, materia que por su importancia es objeto de análisis en una sección posterior. En suma, es necesario enfatizar que falta una política de persecución penal más específica en estas materias, que oriente una práctica más homogénea en los distintos casos²⁷⁴.

Otro factor que puede haber afectado un uso más intenso del procedimiento abreviado es la falta de una regulación y de una práctica robusta en lo que respecta a la formalización de los acuerdos y que cumpla el rol de garantizar los resultados comprometidos de la negociación. Según lo demuestra la experiencia comparada en América Latina, para que los sistemas de delación compensada funcionen es fundamental que tanto el acuerdo como las condiciones bajo las que se presta se registren en un documento formal que luego sirve para verificar su cumplimiento (Vargas, 2019). En Chile, en cambio, las negociaciones y acuerdos que se realizan en el contexto de los procedimientos abreviados se llevan de manera

²⁷² Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019; y, Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

²⁷³ En un caso masivo de corrupción producido al interior de Carabineros de Chile, conocido como “Pacogate” y que no fue objeto de estudio en este trabajo, pareciera que los procedimientos abreviados sí se han usado de manera mucho más masiva, mientras que se ha recurrido a las suspensiones condicionales de manera más marginal. Según información entregada por el director de la ULDECCO, Mauricio Fernández, al 30 de agosto de 2019 de los 127 formalizados en el caso se habría condenado a 65 por medio de procedimientos abreviados. Información entregada en su presentación en las VII Jornadas Chilotas de Derecho, 30 de agosto de 2019, Castro-Chiloé, panel “Corrupción y persecución penal”. Esto tendría que ver aparentemente con dos variables: (1) el delito imputado en ese caso ha sido malversación de caudales públicos, que tiene asociada una pena mayor que figuras como el cohecho y, por tanto, ha elevado la capacidad negociadora del Ministerio Público, lo que ratificaría la importancia de este factor; y (2) la crítica pública generada al uso excesivo de suspensiones condicionales del procedimiento en estos casos estaría cambiando el comportamientos y políticas de los fiscales a cargo de la persecución. Información más reciente obtenida del fiscal regional a cargo del caso indica que el número de procedimientos abreviados es ahora de 95 imputados.

²⁷⁴ En el mismo sentido se pronunció la OCDE en su evaluación sobre la persecución penal de los delitos de cohecho internacional a fines de 2018, en que recomienda elaborar instrumentos que guíen las decisiones de los fiscales en materias de suspensiones condicionales del procedimiento y procedimientos abreviados. Se establece que dichos instrumentos deben ser públicos y permitir contrastar las decisiones de los fiscales en los casos concretos a la luz de estas directrices. También se manifiesta preocupación por la falta de transparencia de cómo se deciden las suspensiones condicionales y los procedimientos abreviados, junto a dificultades generales para una rendición de cuentas adecuada respecto del uso de estos procedimientos, todo lo cual habría mermado la legitimidad de las decisiones del Ministerio Público en varios casos que citan (OCDE, 2018: 39-44).

completamente informal²⁷⁵. En esta dirección, la inexistencia de un marco formal se ha prestado para discusiones y generado incertidumbre en los imputados, lo que podría afectar su disposición a negociar²⁷⁶.

El caso paradigmático de este problema y sus potenciales consecuencias, que además tuvo una alta exposición pública, fue el caso Penta. La defensa de los dos imputados principales (Carlos Lavín y Carlos Délano) reclamó que sus clientes, luego de una negociación con el fiscal, habrían aceptado proceder de conformidad a un procedimiento abreviado y que luego dicho acuerdo había sido desconocido por los fiscales, lo que los dejó en una clara situación de perjuicio al haber reconocido ciertos hechos como parte del acuerdo y renunciado a su derecho a guardar silencio. El Ministerio Público reconoció la existencia de tratativas y de un acuerdo inicial, pero sostuvo que el descubrimiento posterior de información de delitos no contenidos en la negociación (la arista del caso conocida como *forwards*) habría cambiado el escenario bajo el cual estaban dispuestos a utilizar el procedimiento abreviado, con lo que no se habían cumplido las condiciones básicas para su ejecución. Esta disputa fue altamente publicitada en los medios de comunicación. Luego, se tradujo en un litigio de la defensa de los imputados para excluir el contenido de las declaraciones de sus clientes que incluyó, incluso, la citación de los fiscales como testigos de que fueron prestadas como parte de un acuerdo no ejecutado o cuyos términos fueron violados. Más allá del litigio, este hecho generó debate en la comunidad jurídica y una cierta conciencia de la necesidad de avanzar en un régimen de formalización de las negociaciones, e incluso se sugirieron reformas al CPP para ello²⁷⁷. Por ejemplo, Francisco Cox, abogado penalista, escribió una columna de opinión en la que argumentó que la escrituración de estos acuerdos es necesaria para que todos los actores tengan claridad de lo que se ha acordado y sus consecuencias en el proceso. Señaló, además:

Al establecer por escrito el compromiso, se evitan interpretaciones o malos entendidos. Sumado a lo anterior, el escrutinio público se hace más fácil cuando los acuerdos constan por escrito y no estamos obligados a creerle a un lado u el otro para ver quién incumplió un acuerdo alcanzado. Por último,

²⁷⁵ Un entrevistado lo atribuye a cierto pudor en la comunidad jurídica nacional de reconocer el carácter transaccional de la verdad en estos casos, lo que habría fomentado su informalidad (Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019).

²⁷⁶ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019 y Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

²⁷⁷ Estas ideas se discutieron en un coloquio realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en abril de 2015 (Riego, 2015).

un acuerdo escrito es más fácil de hacer cumplir contra quien lo incumple. Esta falencia, a diferencia de otras aparentes que han motivado reforma tras reforma, sí requiere una reforma legislativa²⁷⁸.

Otra herramienta que se detectó en la investigación y que se ha utilizado en la práctica para favorecer negociaciones es lo que en Chile se denomina “reformatización de la investigación”, institución no regulada en el CPP, pero ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, y que básicamente consiste en una modificación posterior de los cargos formulados inicialmente en la formalización de la investigación (Falcone, 2014: 203- 214). El origen de esta institución está en la necesidad de ampliar los hechos o las personas objeto de una formalización cuando el proceso de investigación arroja nuevos antecedentes, ya que el principio de congruencia regulado en el artículo 259 inciso final del CPP impide incorporarlos derechamente a la acusación. Entonces, la única vía posible para ampliar una imputación inicial es esta práctica de reformatizar la investigación.

Desde la hipótesis anterior se comenzó a ampliar la práctica, que se utiliza también para excluir hechos de la formalización, lo cual no es muy problemático, aunque es innecesario cuando no hay dudas de que un hecho originalmente imputado se desvirtúa plenamente en la investigación. Esta posibilidad abrió la puerta para utilizar esta herramienta en negociaciones de procedimientos abreviados que permitían a los fiscales “bajarse” de imputaciones iniciales que incluían más hechos o personas. Es lo que ocurrió finalmente en el caso Penta, lo que generó otro debate público, ya que se percibió que este acuerdo habría derivado en impunidad frente a estos delitos.

En efecto, en el caso Penta se recurrió a esta práctica con el propósito de excluir la participación y control de los querellantes, especialmente al CDE y a Fundación Ciudadanía Inteligente (antes Ciudadano Inteligente) frente a las decisiones del fiscal. En dicho caso, la Fiscalía llegó en 2018 a un nuevo acuerdo con los principales imputados, los controladores de la empresa Penta (Lavín y Délano), por medio del cual se pactó un procedimiento abreviado que estableció penas máximas más bajas. Como el CDE era querellante dada la existencia de delitos funcionarios, específicamente el de cohecho, tenía derecho a oponerse a la rebaja de penas necesaria para concretar

²⁷⁸ Francisco Cox, “Dejemos los acuerdos por escrito”, *La Tercera*, 11 de julio de 2018, www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/dejemos-los-acuerdos-escrito/238859/

el acuerdo. El fiscal procedió entonces a reformular la investigación excluyendo los hechos constitutivos de cohecho de sus imputaciones y, consecuentemente, solicitando la exclusión del CDE de su condición de querellante por falta de legitimación activa, con lo que le impidió oponerse al procedimiento abreviado. El juez de Garantía aceptó la solicitud de exclusión y finalmente se aceptó el procedimiento abreviado.

Como se observa, fue una maniobra discutible y polémica que dio nuevamente cuenta de los enormes espacios de discrecionalidad de los fiscales en materia de negociación y abrió un flanco importante de dudas acerca de la voluntad real de perseguir con intensidad estos delitos. Debe tenerse presente que esto ocurrió, además, en un contexto de cambio de criterio del fiscal regional del caso, quien con anterioridad se había manifestado públicamente decidido a perseverar en la persecución del cohecho hasta las últimas consecuencias²⁷⁹.

3. Uso y rol de la prisión preventiva en los casos de corrupción

En esta sección se describe el uso práctico de la prisión preventiva en los procesos penales por delitos de corrupción. En primer lugar, se revisa el uso general de esta institución en el proceso penal nacional.

3.1. Aspectos generales sobre la prisión preventiva en el proceso penal chileno

La implementación del nuevo sistema acusatorio en Chile a partir de 2000 tuvo un impacto significativo en la manera como se usaba la privación de libertad durante el desarrollo del proceso. En efecto, las cifras de los primeros años de funcionamiento de este sistema daban cuenta de que, a pesar de que había algunos problemas, se “racionalizó” esta medida cautelar en comparación a como se hacía en el sistema inquisitivo previo. Este fue un objetivo explícito del Legislador al aprobar el CPP. Así, cuando el nuevo sistema logró funcionar en régimen, por ejemplo, en 2008, se identificó una disminución significativa del número de personas sometidas a prisión preventiva en las tasas por cada 100.000 habitantes, especialmente en el porcentaje

²⁷⁹ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019 y Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 3853-2018, 17 de julio de 2018, con que se rechazó recurso de queja interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, el cual se presentó en contra del juez del 8° Juzgado de Garantía, Daniel Aravena, por excluir las querellas en contra de Délano y Lavín. Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de enero de 2019, Rol 4133-2018, rechaza apelación de querellantes respecto a Pablo Wagner, quien fue reformulado y condenado en procedimiento abreviado, excluyéndose el delito de cohecho.

de presos sin condena respecto de los condenados, de acuerdo con las cifras de promedio diario de reclusos de que dispone Gendarmería. Por ejemplo, el 31 de diciembre de 2008 solo el 21,9% de los presos en las cárceles chilenas estaba en prisión preventiva, mientras que en años previos esta cifra superó el 50%²⁸⁰.

Cuando se observa qué ha ocurrido desde ese momento de mayor racionalización del uso de esta medida cautelar, se concluye que este impacto se ha ido revirtiendo en el tiempo. Por ejemplo, al 31 de julio de 2019 la cifra de presos en prisión preventiva en las cárceles se había elevado al 33,5%. Estos números también dan cuenta de un aumento significativo de la cantidad absoluta de imputados presos en prisión preventiva. Así, en 2007 había un promedio diario de 10.478 personas en esa condición y al 31 de julio de 2019 había 14.247, es decir, un 36% más. Finalmente, también se incrementó la tasa de encarcelados preventivamente por cada 100.000 habitantes. En 2007 la tasa era de 63,1, mientras que al 31 de julio de 2019 subió a 74,6 presos por cada 100.000 habitantes, es decir, un 18,2% más²⁸¹.

Este fenómeno se explica, en primer lugar, por varias reformas legales introducidas al CPP que han cambiado sustancialmente el diseño normativo original, lo que ha facilitado el uso de la prisión preventiva. En efecto, el CPP comprendía la prisión preventiva como una medida estrictamente cautelar, es decir, cuyo uso solo se justificaba cuando existían buenas razones de que la libertad de una persona generara un riesgo para la realización del proceso (por ejemplo, su fuga). Luego de sucesivas reformas, en cambio, la legislación actual entiende que esta medida es una consecuencia casi necesaria y automática de una persecución penal en ciertos delitos, especialmente por cómo se comprende la causal “peligro para la seguridad de la sociedad”, que se configura por la concurrencia objetiva de una o algunas de las circunstancias enumeradas en los incisos tercero y cuarto del artículo 140 del CPP (por ejemplo, que el delito tenga asignada pena de crimen, sea un delito grave o el número de ellos).

También ha influido la enorme presión pública al sistema para recurrir a esta medida como respuesta inmediata ante la comisión de delitos. La delincuencia se ha transformado en los últimos años en la principal preocupación de la ciudadanía, según

²⁸⁰ Mauricio Duce, “Retrosesos en materia de prisión preventiva en Chile”. *The Clinic*, 11 de octubre de 2017.

²⁸¹ Las cifras del 31 de julio de 2019 se obtuvieron de la página web de Gendarmería de Chile, www.gendarmeria.gob.cl/estadisticaspp.html. La población se calcula sobre la base de las estimaciones oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas.

muestran varias encuestas (por ejemplo, Encuesta Espacio Público-IPSOS 2017 y 2018). En consecuencia, la opinión pública y los líderes de opinión demandan evitar el fenómeno que se suele denominar “puerta giratoria”, es decir, que los detenidos queden en libertad en el proceso. Es probable también que el retroceso en el uso de esta medida cautelar se deba a que los distintos actores del sistema dejan de comportarse con rigor en temas como este.

3.2. Usos de la prisión preventiva en los delitos de corrupción

El hallazgo principal con respecto a la prisión preventiva es que la tendencia general en los casos estudiados ha sido usarla de manera acotada. Por regla general, el sistema ha privilegiado otras medidas cautelares personales, que van desde las más intensas, como arresto domiciliario, hasta firmas periódicas ante las autoridades. En gran cantidad de casos eso ha ocurrido incluso contra petición expresa de los fiscales.

Las razones principales de este bajo uso, al menos desde el punto de vista formal, es que en la mayoría de los casos las imputaciones involucran delitos con penas bajas asociadas, por lo que a los jueces les parece improcedente utilizarla. Un entrevistado sugiere también que en un plano informal esta tendencia da cuenta de la posición de privilegio de las personas que se encuentran en situaciones de poder y que habitualmente el sistema trata “mejor” que cuando se trata de delitos comunes y, por otro lado, que cuentan también con recursos para contratar defensas de mejor calidad²⁸². En el otro extremo, un entrevistado reconoce el enorme impacto simbólico del uso aún escaso de la prisión preventiva tratándose de personas poderosas, como los controladores del grupo Penta, ya que la señal fue que “antes no había prisión preventiva para estos delitos y ahora sí la hay”²⁸³.

La revisión de los principales casos objeto de este estudio muestra claramente una baja tendencia a usar esta medida cautelar. Así, en el caso SQM no se identificó prisión preventiva para ninguno de los imputados, en el caso Corpesca se utilizó con un imputado (senador Jaime Orpis), al igual que en el caso Basura (imputado Torres). En el caso Penta, por su parte, este número se elevó a seis (imputados Álvarez, Bravo, Castro, Délano, Lavín y Wagner). Finalmente, en el caso Fragatas hubo tres imputa-

²⁸² Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019.

²⁸³ Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

dos en prisión preventiva (Basili, Ibierta y Tapia). En total se identificaron 11 prisiones preventivas respecto de 286 imputados (3,84%). Estos números hablan por sí mismos.

En los casos en que sí se decretó prisión preventiva se detectan algunos elementos comunes. Un factor que incidió fue la gravedad de la pena asignada a los delitos originalmente imputados, lo que se lograba debido a su reiteración o porque se imputaron distintas figuras penales al mismo tiempo. El caso del senador Orpis en Corpesca constituye un buen ejemplo de ello. El segundo factor que explica el uso de la prisión preventiva en estos casos es la enorme presión pública. El caso Penta constituye un buen ejemplo, en el que además se decretó la mayor cantidad de prisiones preventivas identificadas. Finalmente, en algunos casos esta medida cautelar no fue concedida por el juez de Garantía en la solicitud original, sino por la Corte de Apelaciones luego de la apelación presentada por el Ministerio Público y los querellantes al rechazo original. Fue lo que ocurrió con el imputado Orpis en el caso Corpesca y con Torres en el caso Basura. Cabe señalar que estos tres elementos suelen estar presentes en los delitos comunes en los que se decreta prisión preventiva, por lo que, más allá del juicio que se pueda realizar acerca de su corrección, parecen formar parte de las prácticas habituales del sistema (Duce y Riego, 2011).

Una vez decretada la prisión preventiva, un fenómeno extendido fue su corta duración. En unos pocos casos la prisión preventiva decretada por jueces de Garantía fue revertida muy rápidamente por las Cortes de Apelaciones respectivas (imputados Bravo y Castro en el caso Penta, para quienes esta medida cautelar no pasó de una semana). En general la prisión preventiva se extendió por entre un poco más de un mes hasta un poco más de dos meses (por ejemplo, el senador Orpis en el caso Corpesca; los imputados Délano, Lavín y Wagner en el caso Penta, y Basili, Tapia e Ibierta en el caso Fragatas). Solo con el imputado Torres, del caso Fragatas, superó el año.

En todos los casos de prisión preventiva se observa el mismo patrón. Una vez que se revocó, se sustituyó por arresto domiciliario total y luego la medida se fue “ablandando” cada vez más, pasando por arrestos domiciliarios nocturnos, arraigo nacional y concluyendo la mayoría de ellos con firma mensual. Las trayectorias de los imputados Délano, Lavín y Wagner en el caso Penta reflejan con claridad esta lógica. Este patrón mostraría que en estos casos no se requería una cautelar tan intensa como la prisión preventiva. Desde esta perspectiva, pareciera que la función central de la prisión preventiva es ser una pena simbólica, en la medida en que podría haberse utilizado como castigo para satisfacer las enormes expectativas de

la opinión pública. Como se adelantó, más allá de la visión crítica respecto de este uso, parece ser una respuesta habitual del sistema en delitos graves y de impacto público, por lo que no sería un comportamiento “anómalo”.

Un segundo aspecto de la prisión preventiva que se investigó fue su función como parte de las negociaciones para llegar a procedimientos abreviados. Al respecto, los entrevistados estuvieron de acuerdo en la relevancia de esta medida cautelar²⁸⁴. Como se revisó, cuando el poder de negociación es escaso, solicitar y decretar la prisión preventiva fue crucial para favorecer la posición del Ministerio Público y la posibilidad de que los fiscales y las defensas llegaran a acuerdo.

De todas formas, los entrevistados difieren en lo que respecta a la importancia de este fenómeno. Algunos lo describen simplemente como un elemento sobre la mesa que permite a las partes evaluar mejor sus posiciones²⁸⁵, mientras que otros la mencionan como una herramienta de negociación “brutal”²⁸⁶ o incluso como un “arma extorsiva”²⁸⁷. Un entrevistado mencionó que los imputados se “asustaron”, lo que facilitó la opción de llegar a un procedimiento abreviado²⁸⁸.

La relevancia de la prisión preventiva en el avance de las negociaciones por procedimientos abreviados se observó con claridad al analizar los casos. En efecto, la mayoría de las personas que estuvieron en prisión preventiva concluyeron sus casos con procedimientos abreviados, como ocurrió con los imputados Basili y Tapia en el caso Fragatas o con Álvarez, Délano, Lavín y Wagner en el caso Penta²⁸⁹. Tratándose del caso Fragatas, los acuerdos con los imputados Basili y Tapia involucraron también su participación posterior como testigos en el juicio oral contra Víctor Lizárraga, quien fue finalmente condenado.

En definitiva, parece que el uso que se ha dado a esta medida cautelar no escapa de los patrones de comportamiento habitual del sistema en delitos o situaciones

²⁸⁴ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019; Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019 y Entrevista N° 12, 24 de julio de 2019.

²⁸⁵ Por ejemplo, Entrevista N° 1, 14 de mayo de 2019.

²⁸⁶ Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

²⁸⁷ Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019.

²⁸⁸ Entrevista N° 12, 24 de julio de 2019.

²⁸⁹ Cabe recordar que la defensa de Délano y Lavín sostuvo que se incumplió un acuerdo con el Ministerio Público para proceder de conformidad al procedimiento abreviado al inicio del caso, según se relató. Igualmente, el caso de estos tres imputados terminó por esta vía, aunque mucho tiempo después y luego de varias polémicas.

análogas. Con todo, ha permitido fortalecer la negociación de procedimientos abreviados que, como se ha visto, en la persecución penal de estos delitos es limitada.

4. Desarrollo de los juicios orales en los casos de corrupción

En esta sección se aborda el desarrollo del juicio oral en los delitos de corrupción y su preparación, aspectos que pueden incidir en las decisiones que se adoptan en la persecución de estos delitos. También se hará referencia en forma muy breve a la impugnación de las decisiones adoptadas en los casos que han concluido con juicio oral.

4.1. Juicio oral

El proceso penal chileno se diseñó para que un porcentaje menor de los casos llegara a ser juzgado en un juicio oral en un procedimiento ordinario ante un Tribunal Oral en lo Penal. Este objetivo se ha cumplido en la mayoría de los delitos. Por ejemplo, estadísticas del Ministerio Público de 2016 muestran que del total de sentencias definitivas obtenidas ese año solo el 11,2% fue consecuencia de un juicio oral (Duce, 2019), sin considerar todos los casos concluidos por salidas alternativas y otras vías como los sobreseimientos o la decisión de no perseverar. Considerando los flujos generales del sistema, las cifras son aún más extremas. Así, en 2018 ingresaron al Ministerio Público 1.379.642 delitos (617.469 con imputado conocido) y se aplicaron 1.445.243 términos (Boletín Anual del Ministerio Público, 2018: Tabla 2). De ellos, solo 14.088 fueron en juicio oral en procedimiento ordinario (Boletín Anual del Ministerio Público, 2018: Tabla 10).

De acuerdo con datos del Ministerio Público, el total de delitos funcionarios ingresados en 2018 fue de 3.439, es decir, el 0,25% del total de ingresos (1.544 imputados conocidos) (Boletín Estadístico MP, 2018: Tabla 3). Ese mismo año hubo solo 70 juicios orales por procedimiento ordinario en materia de delitos funcionarios, lo que representa el 0,5% del total de los juicios del año (14.088) (Boletín Anual del Ministerio Público, 2018: Tabla 9)²⁹⁰.

²⁹⁰ Se podría considerar que la mayor proporción de juicios por delitos funcionarios en relación con sus ingresos da cuenta de un tratamiento especial de estos delitos en razón de su posibilidad de llegar a juicio oral. Con todo, se trata de resultados demasiado agregados para sacar alguna conclusión sólida, ya que, como se señaló, la categoría de delitos funcionarios incluye también a muchas figuras distintas a los delitos de corrupción.

Estas estadísticas generales coinciden con los hallazgos de la presente investigación tanto en lo que respecta a la opinión de los entrevistados como en la revisión de los casos objeto de estudio. La excepción es que los imputados hayan sido llevados a juicio oral en procedimiento ordinario. En efecto, como se revisó en secciones previas, la mayoría de los casos de delitos de corrupción se está resolviendo en procedimientos especiales, mediante salidas alternativas u otras vías como los sobreseimientos o la decisión del Ministerio Público de no perseverar. En el caso Fragatas solo un imputado fue llevado a juicio. También en el caso Basura se han desarrollado a la fecha dos juicios en contra de dos imputados en la denominada “arista Ñuñoa” y otros cuatro en la “arista Colina”. Finalmente, en la actualidad se está llevado a efecto el juicio oral contra el senador Orpis en el caso Corpesca. En los casos Penta y SQM, que tienen la mayor cantidad de imputados del total, 210 de 286, no ha habido a la fecha juicio oral en contra de ninguno y casi todos están concluidos por otras vías.

En relación con los resultados de estos juicios, todas las sentencias dictadas a la fecha han sido absolutorias, salvo la del caso Fragatas respecto de un único imputado, Víctor Lizárraga, quien fue condenado por la figura de cohecho a funcionario público internacional. Si bien las estadísticas generales del sistema muestran un aumento paulatino desde 2006 del porcentaje de absoluciones en los juicios orales —en 2018 llegó al 28,56% (Boletín Anual del Ministerio Público, 2018: Tabla 8.1)—, lo que ha ocurrido en estos casos está muy por sobre los promedios generales. Con todo, al tratarse de una muestra pequeña es difícil aventurar una conclusión determinante en este ámbito.

Otro dato de interés es que los casos por delitos funcionarios que llegan a juicio oral duran en promedio mucho más que el resto de los delitos. En efecto, las cifras del Ministerio Público señalan que los delitos funcionarios con juicio oral toman 825 días en promedio versus los 545 días del resto de los delitos, es decir, el 51% más (Boletín Anual del Ministerio Público, 2018: Tabla 10).

Se intentó indagar en las razones que explicarían la mayor probabilidad de absolución en los juicios por delitos de corrupción, tema que ha generado debate público cada vez que se pronuncia una sentencia de este tipo en los casos de más alto perfil.

Uno de los elementos en los que pareciera existir mayor consenso entre los entrevistados es la extensa duración de los juicios en los casos de corrupción más

importantes, que se extienden por meses, lo que haría muy difícil su tramitación y fallo²⁹¹. Esto se complejizaría aún más porque el actual sistema no estuvo ni diseñado ni preparado para enfrentar juicios complejos de larga duración, lo que genera muchos problemas, para los cuales los actores no están preparados²⁹².

En la dirección descrita, hay defectos de funcionamiento del juicio que los entrevistados mencionan reiteradamente. Por ejemplo, sostienen que es común que largas porciones de estos juicios se gasten en lecturas interminables de documentos, sin que realmente sean un aporte y sin que se exploren vías más eficientes para su introducción. Contribuye también al alargamiento de los juicios el horario especial de trabajo que varios tribunales orales establecen para los juicios de larga duración, que concluye a las 14:00 horas y no a las 16:30, como en otros juicios, con la justificación de que deben dedicar tiempo desde temprano a redactar documentos que luego podrían incorporarse a la sentencia. A ello se agrega otro fenómeno que también se ha detectado en juicios por otros delitos, como que avanzan a un ritmo mucho más lento que el habitual producto de que el juez redactor del fallo toma notas detalladas de lo que va ocurriendo en la audiencia. En general, los entrevistados aprecian niveles de formalismo importantes en la realización de los juicios y poca ductilidad de los tribunales en la producción de la prueba, todo lo que alargaría más de lo debido las audiencias.

Si a esto se suma una saturación por la enorme cantidad de información que se produce en estos juicios, se puede comprender que a los jueces les cueste más hacerse una idea clara de los casos. Esta saturación se explica también por el pobre trabajo de selección y filtro de prueba que estaría cumpliendo la audiencia de preparación de juicio oral (APJO), tema al que se hará referencia en la próxima sección.

Varios entrevistados mencionan que los altos porcentajes de absoluciones se explican por déficits de los intervinientes en los juicios, especialmente porque algunos fiscales

²⁹¹ Consciente de este problema, en diciembre de 2019, a través del Oficio FN N° 1111-2019, el Ministerio Público propuso alternativas para mejorar estas complejidades. Así, respecto de la nulidad del juicio oral debido a su suspensión por más de diez días, señala que los jueces deberían ser más flexibles y no obligar a anular un juicio por esa razón. También se propuso incluir la figura del testigo hostil, a través de la cual se podrán utilizar las herramientas de la conainterrogación en el examen directo, ya que algunos testigos son reacios a responder preguntas del Ministerio Público en juicios, e incluso cambian declaraciones hechas anteriormente por escrito. Además, se propone aumentar el plazo para interponer recursos de nulidad en juicios excepcionalmente largos, en que incluso los fallos pueden superar las mil páginas de extensión; de este modo, se sugiere aumentar progresivamente el plazo de diez días, sumando un día más por cada mes de extensión del juicio oral.

²⁹² Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019; Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019; Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019; Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019; Entrevista N° 10, 4 de julio de 2019 y Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019.

no preparan los casos²⁹³. En el Capítulo I de este informe se revisó este problema a nivel general. En específico, en el juicio oral el mal trabajo de los fiscales partiría con una inadecuada selección de la prueba que presentarán en el juicio, luego de darle muy poco valor agregado a la organización de la información que se presenta en el juicio y también por algunas carencias para identificar los elementos legales que es necesario satisfacer con la prueba, todo lo cual se vincularía a aspectos de formación y disponibilidad de los fiscales. Otros explican este problema porque los fiscales tienen altas cargas de trabajo, mientras que los defensores en general son profesionales con abundantes recursos para prepararse tanto por la naturaleza de los casos como de sus clientes²⁹⁴.

Por su parte, el fiscal regional Pérez Calaf, a cargo de la persecución penal del caso Basura (en el cual a la fecha solo ha habido absoluciones), ha enfatizado las dificultades de obtener condenas debido a las altas exigencias probatorias y de estándar que habrían impuesto los tribunales orales. Así, al conocerse el veredicto en la “arista Ñuñoa”, por el cual se absolvió a los dos imputados, sostuvo: “Alguna vez, la Asociación de Magistrados se molestó por una frase que dije yo: Los jueces ponderan de una manera distinta algunos casos versus otros. Los jueces no tienen mucha complicación con condenar en delitos de robo... Una imagen, un testigo son suficientes para eso. Los jueces no tienen la misma profundidad para ponderar otro tipo de casos”²⁹⁵. Luego, en una entrevista a Radio Bío-Bío en enero de 2019, después de conocer la absolución de la “arista Colina” de dicho caso, manifestó: “Sentí que no habíamos logrado ese estándar que el tribunal había querido, pero es un tema de estándar probatorio que en los delitos comunes que afectan a nuestra sociedad, los tribunales hacen una ponderación más simple (...) en este tipo de casos, la ponderación sube. Es un tema que está pendiente en nuestro sistema (...). El tribunal exige elementos probatorios muy difíciles de justificar”²⁹⁶. Esta línea de argumentación dio lugar a la presentación de un recurso de nulidad en contra de la sentencia ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el cual fue rechazado el

²⁹³ Entrevista N° 3, 27 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019 y Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019.

²⁹⁴ Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

²⁹⁵ Cooperativa.cl, “Caso Basura: Pedro Sabat fue absuelto de cargos de fraude al fisco y malversación”, 24 de enero de 2019, www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/denuncias-de-corrupcion/caso-basura-pedro-sabat-fue-absuelto-de-cargos-de-fraude-al-fisco-y/2019-01-24/101326.html

²⁹⁶ María José Villarroel, “Fiscal Pérez Calaf e indagatoria de Caso Basura: Exigen elementos probatorios difíciles de justificar”, 29 de enero de 2019, www.biobiochile.cl/noticias/opinion/entrevistas/2019/01/29/fiscal-perez-calaf-e-indagatoria-de-caso-basura-exigen-elementos-probatorios-dificiles-de-justificar.shtml

15 de julio de 2019, dado que las pruebas presentadas en el juicio no habían sido suficientes para condenar a los cuatro acusados²⁹⁷.

Esta explicación se vincula con el sistema probatorio establecido en el CPP, que requiere una breve explicación. El CPP establece un sistema de libertad probatoria según la cual se permite la introducción de cualquier medio apto para producir fe sin necesidad de que esté regulado de manera específica en forma previa. Así, el artículo 295 del CPP señala: “Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”. Además, estableció un sistema de valoración de la prueba basado en la sana crítica o sana crítica racional, en el que se les entrega libertad a los jueces para ponderar el valor de las pruebas que reciben, respetando las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Este modelo se expresó, entre otras reglas, en el artículo 297 del CPP: “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”. Concluye este sistema con la regulación de un estándar de prueba o convicción, es decir, con la fijación del nivel de persuasión acerca de los hechos que debe ser alcanzado por el tribunal para poder tomar una decisión o aplicar alguna sanción. Al respecto, el artículo 340 del CPP señala que, para que una persona sea condenada, el tribunal que lo juzgue debe adquirir “más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable penada por la ley”. La norma agrega que esta convicción se debe formar sobre la base de la prueba producida en juicio.

En este contexto, la tesis del fiscal Pérez Calaf es que las exigencias probatorias para estos delitos y de aplicación del estándar de prueba o convicción dificultan la condena de los casos de corrupción, ya que en la práctica serían más altas que para los delitos comunes. Debe acotarse que se ha identificado que esta es una dificultad potencial en la persecución penal de delitos complejos en general y que, por lo mismo, no se trata de una dificultad particular de los delitos de corrupción. Tal vez en este ámbito

²⁹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 2556-2019, 15 de julio de 2019. La misma Corte de Apelaciones rechazó también, en abril de 2019, el recurso de nulidad presentado en contra de la absolución por la arista Nuñoa del caso en causa Rol N° 1002-2019, del 25 de abril de 2019.

se perciba con cierta intensidad debido a las dificultades probatorias propias de la acreditación de elementos legales contenidos en la regulación de las figuras como el cohecho con anterioridad a la reforma de noviembre de 2018. Con todo, algunos actores entrevistados señalaron su impresión de que en estos casos los problemas no radican en ello, sino más bien en debilidades en la presentación de los casos en el juicio²⁹⁸. Esta percepción estaría ratificada por los rechazos de los tribunales superiores a los recursos presentados en contra de las absoluciones.

Más allá de estas explicaciones, es difícil conocer con precisión las razones que explican la mayor cantidad de absoluciones en juicios por casos de corrupción. Así, por ejemplo, no debieran descartarse factores asociados a la natural selección de casos que llegan a juicio, probablemente aquellos en que los defensores estiman tienen más chances de ganar, entre otros.

A la realización de juicios orales en estos casos se vincula el uso de la regla que regula la unión o separación de las acusaciones (artículo 274 del CPP) y que permite, en principio, que el fiscal tenga bastante discrecionalidad para decidir si acusa conjunta o separadamente a varios involucrados en un delito o a los mismos en varios delitos. Las excepciones están reguladas en la regla en comento. En su inciso primero, le permite al juez someter a un mismo juicio varias acusaciones separadas cuando estuvieren vinculadas por “referirse a un mismo hecho, a un mismo imputado o porque debieran ser examinadas unas mismas pruebas”. El inciso segundo permite, en cambio, dictar autos de apertura separados para distintos hechos o imputados que estuvieren incluidos en una misma acusación cuando en el caso que se lleven en un solo juicio “pudiere provocar graves dificultades en la organización o desarrollo del juicio o detrimento al derecho de defensa”.

Esta segunda excepción fue discutida en el caso Basura. La idea original del Ministerio Público fue acusar conjuntamente las cuatro aristas investigadas para que se realizara un solo juicio oral. Con todo, las defensas solicitaron, aun antes de la APJO, su separación. Las defensas consideraban que llevar conjuntamente las causas a juicio afectaría severamente sus derechos. La decisión de separar las acusaciones y llevar los juicios por separado fue adoptada por el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago en abril de 2018 y finalmente fue ratificada por la Corte de Apelaciones de

²⁹⁸ Entrevista N° 4, 27 de mayo de 2019, y Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019.

Santiago en julio de ese mismo año²⁹⁹. En una entrevista a *El Mercurio* en mayo de 2019, el fiscal Pérez Calaf manifestó que haberlas llevado en conjunto hubiera sido lo óptimo y que su separación podría explicar los resultados obtenidos a la fecha³⁰⁰.

4.2. Falta de preparación de los juicios orales en la APJO

Más arriba se señaló que uno de los problemas que enfrentan los juicios orales en contra de los delitos de corrupción es su larga extensión y la enorme saturación de información que se produce en su desarrollo. Uno de los factores que influye en ello es el poco trabajo de depuración previa de la prueba que finalmente debe acompañarse a juicio. Esto se explica en gran medida por la poca importancia que se le asigna a la APJO.

Una de las innovaciones más relevantes introducidas por el CPP de Chile en relación con otros países en la región fue darle un rol marcadamente probatorio a la etapa intermedia o de preparación del juicio oral, al elevar esta materia a uno de los objetivos principales de la APJO. El Legislador chileno quiso apartarse explícitamente del modelo de procedimiento intermedio centrado en el control sustantivo de la acusación, que era el imperante al momento de discutirse el CPP, y prefirió entregarle a la APJO un rol focalizado en lo que su nombre indica, es decir, en resolver aquellas cuestiones básicas para que el juicio oral se pudiera desarrollar de manera organizada y efectiva (Vera, 2017: 158-159). Uno de los aspectos centrales fue determinar las pruebas que debían rendirse en juicio a partir del análisis de las solicitudes respecto de ellas presentadas por los intervinientes. Por lo mismo, el control probatorio se transformó en el debate principal cuando se diseñó el procedimiento intermedio chileno³⁰¹.

²⁹⁹ Cooperativa.cl, “Caso Basura es separado en cuatro casos: uno por cada alcalde involucrado”, 31 de julio de 2018, <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/corrupcion/caso-basura-es-separado-en-cuatro-juicios-uno-por-cada-alcalde-involucrado/2018-07-31/160402.html>

³⁰⁰ Maximiliano Vega, “Fiscal metropolitano occidente: ‘Lo lógico hubiera sido un solo juicio en el caso Basura’”, *El Mercurio*, 26 de mayo de 2019, p. C15, <http://portal.nexnews.cl/showN?valor=MzE2NjgyNU42RzE2MzZmM1MjQyMDcyNTEwMTI0ODE5MjUzOTUxMzY1MDE0NTQ0MTU3NjlxNjk1MDE1MTM1MjAwMTMxMzY0NEU1NTU1NTU1NTU1>

³⁰¹ Esta idea es destacada por diversos autores, quienes la mencionan como: “El aspecto más novedoso y relevante de la APJO” (Bofill, 2002: 277); “La etapa crucial de la audiencia” (Blanco *et al.*, 2005: 122); “La función principal junto con la determinación de hechos a ser debatidos” (Horvitz y López, 2004: 21). También se ha señalado: “Se busca de este modo evitar la realización de juicios eternos y la producción en ellos de pruebas ilícitas” (Horvitz y López, 2004: 273). Ideas similares se plantean desde la perspectiva de la depuración de la calidad de la información que se presentará al juicio (Moreno, 2013: 135) y al citar el debate legislativo contenido en la historia de la ley (Vera, 2017: 158-159). Se reconoce, además, que desde el punto de vista estructural del sistema esta es la función que le da importancia a la etapa intermedia (Vera, 2017: 163, 173). Ideas similares ha recogido la jurisprudencia de tribunales superiores. Así, se ha señalado: “Una de las principales finalidades de la audiencia de preparación del juicio oral es la probatoria, que conlleva el debate acerca de la procedencia de la prueba” (Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 701-2016, considerando 4°).

A pesar de ello, con el tiempo se ha identificado una serie de problemas de la APJO, los que, si bien son generales, vale la pena tener presente. Una investigación de corte empírico da cuenta de varias de estas dificultades. En primer lugar, el tiempo invertido en la realización de estas audiencias, que en promedio duran entre 13 y 16 minutos, lo que parece insuficiente si se consideran todas las actividades posibles de realizar: el juez de Garantía puede resumir las presentaciones de los intervinientes, la defensa puede dar a conocer la teoría del caso si no lo hizo antes, se pueden corregir vicios formales de la acusación, resolver eventuales excepciones de previo y especial pronunciamiento, generar una eventual conciliación sobre la responsabilidad civil, discutir y aprobar convenciones probatorias y, finalmente, los intervinientes pueden presentar la prueba y las respectivas solicitudes de exclusión. Además, el desarrollo técnico de las discusiones planteadas por los intervinientes sería escaso. Así, el Ministerio Público presenta deficiencias al momento de ofrecer la prueba y los defensores penales públicos la discuten escasamente. Existiría un comportamiento pasivo de los jueces, quienes no se esforzarían en solicitar información adicional al momento de admitir o no la prueba presentada (Duce, 2020).

Estos hallazgos generales se reproducirían en los casos de corrupción. Varios entrevistados reconocieron que la APJO en general no estaba cumpliendo ningún rol de control y filtro probatorio en los delitos de corrupción³⁰². Las explicaciones incluyen la poca preparación de los litigantes y la falta de proactividad de jueces de Garantía para asumir un papel más preponderante durante la audiencia. En la contracara, se mencionan algunas experiencias positivas de coordinación previa entre jueces y litigantes y algunos jueces más proactivos, lo que se habría traducido en mejores resultados en casos específicos. En suma, se trata de un problema general del sistema chileno que tiene también un impacto en este tipo de delitos.

Dentro de las soluciones propuestas a estos problemas generales se pueden mencionar reformas relevantes a la organización judicial chilena, así como al Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, de modo que conozcan mejor los casos que litigan. Así también, se proponen mejoras en las capacitaciones tanto de destrezas como de conocimiento jurídico de los actores del sistema (Duce, 2020).

³⁰² Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019; Entrevista N° 7, 14 de junio de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

De esta forma, diversos datos empíricos indican que la APJO se ha transformado en una instancia meramente formal en que se cumple de manera muy superficial el rol de determinar las pruebas que se rendirán en el juicio oral y, por consiguiente, que prácticamente no se hace ningún filtro probatorio (Duce, 2018, 2019)³⁰³.

4.3. Recursos en contra de las sentencias de juicio oral

Se quiso determinar si las vías de impugnación en contra de las decisiones obtenidas en juicio oral podían constituir un obstáculo para la persecución de estos delitos. Como se revisó, los casos que han llegado a juicio oral representan un porcentaje muy menor, por lo que el impacto de los recursos también fue menor o marginal. En este escenario, en los tres casos en que se dictó sentencia en juicio oral se han interpuesto recursos de nulidad. Como se mencionó, en las dos aristas del caso Basura (Ñuñoa y Colina) dichos recursos fueron rechazados por la Corte de Apelaciones de Santiago.

En el caso Fragatas, la primera sentencia en contra del acusado Lizárraga dictada por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago fue recurrida de nulidad por el Ministerio Público y acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago en agosto de 2016. Dicha nulidad permitió que se realizara un segundo juicio, en el cual finalmente se obtuvo condena³⁰⁴. Dicha sentencia fue objeto de recurso de nulidad por parte de la defensa, pero fue rechazado y se confirmó la decisión de condenar a cinco penas de 41 días de prisión en su grado máximo cada una, a cinco penas de multa de \$600.000 cada una, y a la pena única de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos temporales de siete años y un día, como autor de cinco delitos reiterados de cohecho contemplados en el artículo 250 bis A) del Código Penal en relación con el artículo 248 bis del mismo cuerpo legal, vigentes en 2007 y 2008³⁰⁵.

Con la poca evidencia disponible es posible concluir que las vías de impugnación a las sentencias de juicio oral no han dificultado la persecución de estos delitos, sino que más bien han cumplido la función que se espera de las mismas: ser un sistema de control razonable de las decisiones de los tribunales orales.

³⁰³ Para un análisis detallado y actualizado de los problemas de la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, ver "Seminario interinstitucional sobre el aspecto probatorio en el proceso penal en Punta Arenas", noviembre de 2019, www.youtube.com/watch?v=mL2NgUrEJQk&t=1387s

³⁰⁴ Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, 10 de noviembre de 2016, RIT 60-2016.

³⁰⁵ Corte Suprema, Rol 94972-2016, 17 de diciembre de 2018.



CAPÍTULO III

Ámbito penal sustantivo

En este capítulo se analizan las variables que inciden en la persecución y sanción de los delitos de corrupción, asociadas al diseño normativo de las reglas penales sustantivas o contenidas en los cuerpos legales que los tipifican y sancionan. Primero se revisan las normas contenidas en el Código Penal y luego las establecidas en otros cuerpos legales.

1. Normas del Código Penal

Cuando se trata de hechos relacionados con la corrupción no existe solo un delito, por el contrario, es posible utilizar diversos tipos penales. En lo sucesivo se hará referencia a las principales dificultades de las distintas figuras vigentes en los casos de corrupción incluidos en este informe y que se invocaron en la persecución de estos hechos, tales como los delitos de cohecho, soborno, delitos tributarios, delitos electorales, lavado de activos, fraude al fisco, etcétera.

Cabe señalar que algunas de las dificultades que se describen a continuación se han superado gracias a reformas posteriores, las que precisamente han prosperado por las necesidades y presiones que se han generado a raíz de estos casos de corrupción. Por lo mismo, aún no es posible evaluar si estas modificaciones son suficientes para conseguir una efectiva persecución de los delitos de corrupción o si realmente son un incentivo para que hechos como estos no vuelvan a ocurrir. Con todo, sobre la base de las razones que se exponen más adelante, es posible sostener que las reformas no se vislumbran como suficientes para enfrentar adecuadamente los hechos de corrupción.

1.1. Figuras de cohecho y soborno: el problema general

En relación con los delitos de cohecho y soborno, se observaron diversas dificultades que muchas veces explican la impunidad asociada a la corrupción. Por un lado, se aprecian problemas para describir la conducta que configuran los delitos y, por el otro, las bajas penas establecidas para ellos.

Respecto de la descripción de las acciones para configurar los delitos de cohecho y soborno se identificaron tres dificultades. Primero, que para configurar el delito de cohecho, en cualquiera de sus modalidades, era necesario verificar una conexión entre el beneficio económico entregado por el sobornante y la acción desplegada

por el funcionario público, al tener que realizar el acto propio de su cargo precisamente motivado por el beneficio adquirido u ofrecido. Contar con los antecedentes para probar esta conexión ante un tribunal imparcial era muy complejo, por lo que varias de estas imputaciones incluso fueron desechadas por el Ministerio Público. Debido a obstáculos como estos, en noviembre de 2018 dichas figuras se reformaron a través de la Ley 21.121, que estableció un tipo penal básico de cohecho que no exige aquella conexión, sino que solo basta con que el funcionario público solicite o acepte el beneficio para que se entienda cometido el delito, sin mención a ninguna otra acción. La antigua descripción típica quedó catalogada como una figura calificada de cohecho y sancionada con una pena más alta.

La segunda dificultad identificada era lo complejo de acreditar el beneficio económico que recibieron los funcionarios públicos, lo cual era necesario para establecer que se cometió el delito de cohecho y soborno. Además, un obstáculo normativo provenía de la poca claridad sobre las reglas de deberes de los miembros del Congreso Nacional, que no estaban estrictamente determinados, como sí ocurre, por ejemplo, con los funcionarios públicos o fiscales, lo que repercutió en la posibilidad de formular la imputación penal. Como estos problemas no fueron objeto de reformas legales, el Ministerio Público debió recurrir a diferentes técnicas para sortearlos, las cuales se desarrollan a continuación.

Por último, se identificaron dificultades relativas a las penas contempladas para los ilícitos de corrupción. En los delitos de cohecho las penas máximas no exceden los tres años de privación de libertad, lo que en el derecho chileno las excluye de casi cualquier posibilidad de aplicación efectiva de penas privativas de libertad. Junto a ello, y dado que normalmente se trata de personas que no tienen condenas anteriores, estas penas generalmente terminan disminuyendo aún más en la sentencia por la aplicación de la atenuante de irreprochable conducta anterior, con lo cual quedan reducidas a una expresión mínima, muchas veces puramente simbólica, en tanto el sistema de determinación de penas permite bajarlas por debajo del mínimo legal.

Producto de problemas como los descritos, en noviembre de 2018 tuvo lugar una reforma en la materia. A continuación se desarrollan los problemas esbozados a partir de su ocurrencia en los casos concretos de corrupción estudiados y se da cuenta de la reforma a que dichos problemas dieron lugar.

1.2. Cohecho y soborno: un análisis aplicado a casos y la reforma de 2018

En lo que sigue se analizan en detalle las complejidades advertidas y se muestra su impacto en algunos de los casos en estudio en esta investigación, junto con las modificaciones introducidas con la reforma de 2018, comenzando por las figuras de cohecho y soborno³⁰⁶.

Los delitos de cohecho y soborno, vigentes en la época de comisión de los distintos casos de corrupción, permanecieron prácticamente inalterables³⁰⁷ desde la dictación de la Ley 19.645 de 1999, la que se erigió en ese entonces como una modernización considerable de ese tipo de delitos respecto de la regulación anterior³⁰⁸ hasta la reforma de 2018, por la Ley 21.121.

A la fecha de la comisión de los casos de corrupción estudiados en este informe se encontraban tipificadas distintas modalidades de cohecho, contempladas en los artículos 248, 248 bis y 249, mientras que el de soborno se encontraba regulado en artículo 250, todos del Código Penal³⁰⁹.

³⁰⁶ En la literatura especializada se les denomina cohecho pasivo y cohecho activo, respectivamente (Matus y Ramírez, 2019: 452-455).

³⁰⁷ También es posible mencionar que la Ley 19.829, del 8 de octubre de 2002, añadió delitos de soborno de funcionario público extranjero, estableciéndose el artículo 250 bis A y 250 bis B, y que se aplicaron en el caso Fragatas. Sin embargo, luego fueron derogados en virtud de la Ley 20.341, del 22 de abril de 2009, que agregó el párrafo 9 bis, denominado Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros, dentro del título V del libro II del Código Penal, y se añadieron los artículos 251 bis y 251 ter, donde las penas para estos hechos se elevaron un tanto. Esta última reforma también agregó la pena de reclusión menor en su grado mínimo a al delito de cohecho, del artículo 248.

³⁰⁸ Así se señaló en la Entrevista N° 14 del 25 de julio de 2019; también consta en la moción parlamentaria del proyecto de ley que el objetivo era "introducir rápidas reformas en aquellos preceptos del Código Penal más directamente con la protección de la probidad, como bien propio del ejercicio de toda función pública, cualesquiera que esta sea, así como agregar algunos tipos de conductas que, siendo reprobables, hoy no constituyen delitos".

³⁰⁹ **Artículo 248:** El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados.

Artículo 248 bis: El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargo u oficio público, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

Artículo 249: El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación absoluta, temporal o perpetua, para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado.

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido por el empleado público, la que no será inferior, en todo caso, a la de reclusión menor en su grado medio.

Artículo 250: El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

El principal problema de la tipificación vigente al momento de la comisión de los delitos de que trata este informe dice relación con exigencias contenidas en los tipos penales, que resultan difíciles de probar y que abren muchas posibilidades de plantear defensas exitosas, aun en casos en que el mal comportamiento del funcionario público es evidente. Como se anticipó, era necesario establecer un vínculo entre el beneficio otorgado por el privado al funcionario y los favores realizados por este último (en cohecho y soborno). También ha sido problemática la exigencia de que los actos realizados u omitidos por el funcionario sean aquellos propios del cargo (artículos 248 y 248 bis), lo que da lugar a exigencias formales en el sentido de que los actos deben estar descritos en reglas legales o administrativas. Así, por ejemplo, en el caso Corpesca, por estar involucrado un parlamentario, al momento de solicitar el desafuero el Ministerio Público debió recurrir de formalización y de acusación a distintos cuerpos legales para fundamentar estos deberes de los parlamentarios, tales como la Constitución, la Ley Orgánica del Congreso Nacional y el reglamento del Senado³¹⁰.

Para ejemplificar lo inadecuado de los tipos penales de ese entonces, se puede mencionar la imputación realizada a Pablo Wagner en el contexto del caso Penta. Él fue ejecutivo del grupo empresarial Penta y fue formalizado, entre otros, por el delito de cohecho. Según los hechos imputados, recibía dinero del grupo empre-

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última.

³¹⁰ En la solicitud del Ministerio Público respecto del desafuero de Jaime Orpis, en sentencia de la Corte de Apelaciones (destacados en el original), se lee: *"En primer término, el Art. 6° de la Constitución Política de la República, dispone que 'Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley'. Por su parte, el Art. 8° inc. 1° de la Carta Fundamental, señala que 'El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones'. Estos deberes de rango constitucional se ven refrendados en los Artículos 5° A y 5° B de la Ley Orgánica sobre Congreso Nacional y a su vez replicados en el Artículo 8° del Reglamento del Senado, sujetando a los senadores al deber de ejercer sus funciones con pleno respeto al principio de probidad, que mandata un desempeño honesto y leal, con preeminencia del interés general sobre el particular, debiendo abstenerse de promover o votar cualquier asunto en que tengan interés directo.*

En particular, el Art. 5°B de la norma de carácter orgánico constitucional, establece que 'Los miembros de cada una de las Cámaras no podrán promover ni votar ningún asunto que interese directa o personalmente a ellos o a sus cónyuges, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, inclusive, o a las personas ligadas a ellos por adopción. Con todo, podrán participar en el debate advirtiendo previamente el interés que ellas, o las personas mencionadas, tengan en el asunto.

No registró este impedimento en asuntos de índole general que interesen al gremio, profesión, industria o comercio a que pertenezcan, en elecciones o en aquellas materias que importen el ejercicio de alguna de las atribuciones exclusivas de la respectiva Cámara'.

Sin perjuicio de tener un deber general de cumplimiento de esta normativa, una vez proclamado por el Tribunal Calificador de Elecciones, al inicio de cada legislatura, se le tomó juramento en los términos del Artículo 4° de la Ley Orgánica ya referida, *asumiendo así el deber de consultar en el ejercicio de sus funciones sus verdaderos intereses, según el dictamen de su conciencia."*

sarial mientras se desempeñaba como subsecretario de Minería, a cambio de lo cual habría realizado algunas gestiones favorables a las empresas del grupo y sus dueños. Según su defensa, este dinero era un pago adeudado como expleado, que la empresa pagó en cuotas como una forma de subsidiar el salario público, que era menor al que recibía en el sector privado. Luego, como el Ministerio Público no fue capaz de probar la conexión entre el dinero entregado y algún hecho realizado por Wagner, a través de un uso cuestionable de la reformalización se eliminó la imputación por el delito de cohecho. Finalmente, a través de un procedimiento abreviado, se le condenó en virtud del artículo 421 bis del Código Penal, que tipifica el incremento patrimonial relevante e injustificado, el cual solamente trae aparejado penas de multa e inhabilitaciones³¹¹.

Otro ejemplo para ilustrar lo insuficiente de la regulación es el voto de minoría en la sentencia de la Corte Suprema, Rol 20063-2016, del 4 de mayo de 2016³¹², en el contexto del desafuero de Jaime Orpis en el caso Corpesca:

3°) Desde luego, el solo hecho de solicitar financiamiento para campañas o deudas políticas a privados, no implica, por sí mismo, el inicio de ejecución de un delito semejante. *Esa conducta puede ser muy reprobable y hasta antiética, pero no es antijurídica penalmente en los términos propuestos por el persecutor principal y sus afluentes. Para que ello hubiera sido posible era necesario determinar con toda precisión los actos comprometidos a cambio*

³¹¹ Este tipo penal, además, está sujeto a otros cuestionamientos, como que constituiría un delito de sospecha indeterminada respecto de la comisión de otros delitos; se cuestiona su constitucionalidad, toda vez que infringiría el principio de legalidad al solamente señalar un hecho fáctico, el incremento patrimonial, y no una descripción de una conducta. Ver Matus y Ramírez (2019: 442-443), quienes, en todo caso, no consideran inconstitucional dicha figura.

³¹² En el mismo sentido se expresó un voto de minoría en la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, respecto del mismo desafuero, Rol 1823-2015, del 10 de marzo de 2016: “En efecto, los antecedentes acompañados por el Ministerio Público en el capítulo antes mencionado permiten concluir que durante el mes de marzo de 2009 hasta abril de 2013, el senador Jaime Orpis Bouchon, aceptó y recibió pagos de la empresa Corpesca S.A., ascendentes a \$ 264.254.120, suma que empleó para financiar irregularmente su campaña política y aprovechó en beneficio personal, empleando para el ingreso a su patrimonio subterfugios que configuraron el delito tributario, reiterado, establecido en el N° 4 del artículo 97 del Código Tributario.

» Sin embargo, los antecedentes acompañados, denominados ‘instrucciones’ por parte de Corpesca S.A., ellos son insuficientes para tener por configurado los delitos de los artículos 248 y 248 bis del Código Penal, pues tales elementos no permiten concluir que el congresal haya incurrido en determinado acto o en alguna omisión concertada en el ejercicio de las funciones y deberes de su cargo, con la empresa Corpesca S.A., que constituyan incumplimiento de las funciones y los deberes propios de su cargo.

» En efecto, de la descripción típica de esos delitos debe excluirse toda ampliación de punibilidad determinada legalmente en ellos, en consecuencia, además por ello no es típica la conducta del senador Orpis el haber omitido comunicar formalmente al Senado su relación con Corpesca S.A.; ni el haber dirigido oficio la Contraloría General de la República, en relación a la interpretación de normas legales aplicables a la empresa Corpesca S.A.; enseguida, en cuanto la intervención del senador Orpis de haber votado leyes aplicables a dicha empresa, de tal conducta parlamentaria no se desprenden antecedentes suficientes para colegir —aún por vía de presunciones— que hubo de parte del senador Orpis una oferta determinada a cambio del aporte económico que admita la calificación de una solicitud o aceptación del soborno, acto malicioso propio del incumplimiento de los deberes del cargo con favorecimiento para dicha empresa, tal como en forma precisa lo requieren las disposiciones penales antes analizadas que exigen dolo directo en el aspecto subjetivo del tipo”.

de la dádiva, sin que baste enunciar genéricamente algunos trámites y una ley supuestamente favorables —esto no ha pasado de ser una afirmación, porque no se ha aportado ni siquiera bajo la fórmula de una oferta, que esas actuaciones torcieron la voluntad del parlamentario. Porque ellas pudieron ser realizadas, a pesar de todo, sin faltar a la independencia de su actuar y de su deber político [destacado propio].

Este voto disidente no plantea dudas respecto de que la empresa Corpesca entregó más de 260 millones a un senador de la República mientras se encontraba en el ejercicio de sus funciones. Así también, que al mismo tiempo se encontraba en discusión una ley que afectaba directamente los intereses de aquella empresa. Dichas conductas no serían constitutivas de cohecho puesto que no habría antecedentes que den cuenta de la relación causal entre las dos acciones de los involucrados, así, “era necesario determinar con toda precisión los actos comprometidos a cambio de la dádiva”.

Esto claramente resultaba indeseable, puesto que se daba lugar a que ocurriera una “captura” por parte del particular externo hacia el funcionario público. Al ofrecerle un beneficio económico constante, el funcionario pasa a estar a su servicio, ya no en un hecho puntual por el cual recibe una retribución económica, sino que está completamente a su disposición para lo que necesite. Como se expresó en una entrevista³¹³,

en el fondo se empieza a coimear a un funcionario sin decirle nada, tenerlo contento nomás, a cambio de nada, no se le pide nada, absolutamente nada, tenerlo contento y de algún modo tenerlo contento es tener su simpatía, pero sin nada concreto. (...) Y aunque, ojo, no haga nada ilícito, ya no es imparcial, lo tienen capturado, y, es más, lo tienen tan capturado que el fulano podría hacer algo indebido si se lo piden. Entonces eso faltaba en el derecho chileno³¹⁴.

La reforma de 2018 cambió los tipos penales en el sentido de que ahora basta con que una persona ofrezca un beneficio económico para que se entienda consumado

³¹³ Entrevista N° 14, 25 de julio de 2019.

³¹⁴ En las actas de la historia de la Ley 21.121, en el primer trámite constitucional ante el Senado, Hernández señalaba “que el beneficio que se logra penalizando la entrega de un estipendio a un funcionario por el solo hecho de ser funcionario es doble; por un lado se soslaya un importante problema probatorio, que hoy exige acreditar el vínculo entre la prebenda y una acción u omisión específica propia del cargo del funcionario sobornado; y por el otro porque evita los fenómenos de corrupción estructural, en los que áreas enteras del Estado son capturadas por los particulares regulados”.

el delito, a lo menos para el tipo básico de cohecho por el lado del sobornante, mientras que por el lado del funcionario es suficiente la solicitud del beneficio económico, aunque la otra persona no acepte el ofrecimiento. Con la Ley 21.121 se eliminó la relación causal que se exigía para configurar el delito, y ahora el artículo 248 señala: “El empleado público que en razón de su cargo solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero, será sancionado”. De esta manera, quedó consignada una especie de cohecho residual, o figura básica, en el inciso primero de dicho artículo, mientras que en el inciso dos y en artículos sucesivos se tipifican figuras calificadas de cohecho.

Con todo, un entrevistado hizo constar cierta preocupación por la nueva redacción en ciertos tipos penales. En primer lugar, respecto del cambio del término “beneficio económico”, que servía para configurar el cohecho y el soborno, que ahora se amplió a “beneficio económico o de otra naturaleza”, lo que sería demasiado amplio³¹⁵. Ahora, señaló, quizás un homenaje podría ser considerado beneficio de otra naturaleza, o reportajes en que se le halague por algo en especial. Sin embargo, es necesario mencionar que se agregó también el artículo 251 sexies, que señala que “dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación”. Queda pendiente definir cómo se interpretará esta disposición.

Una segunda crítica está referida al artículo 251 quinquies, que dispone que se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de las penas respecto de algunos funcionarios que allí se indican. Esta inclusión obedeció a un acuerdo entre el Gobierno y los parlamentarios que insistían en aumentar aún más las penas para estos delitos³¹⁶, aquellos más cercanos a partidos políticos de la coalición Frente Amplio y Nueva Mayoría. En este escenario, el Gobierno propuso este artículo para que en algunos casos sea posible aplicar penas más altas a través de este método. No obstante,

³¹⁵ Entrevista N° 14, del 25 de julio de 2019: “No había ningún problema con que fueran beneficios económicos a mi juicio, ¿por qué?, porque beneficio económico nunca fue solo plata. Viajes son beneficios económicos, seminarios sin pagarlos, etc. O sea, si yo lo interpreto bien, todo es más o menos reconducible a plata, hasta favores sexuales; en la prostitución hay plata de por medio. O sea, yo lo podría llevar a la plata”.

³¹⁶ Por ejemplo, en la Comisión Mixta el diputado Giorgio Jackson proponía que el cohecho en su forma agravada, vale decir, en que se necesita la conexión entre ambas conductas de los involucrados, fuera aun sin dicha conexión. Luego, el profesor Hernández le hace presente que eso no tendría sentido, puesto que justamente lo que se quería establecer en ese caso era una figura agravada, en la que entonces era necesario que existiera dicha conexión.

La diputada Catalina Pérez, también en la Comisión Mixta, manifestó que las penas establecidas para el delito de soborno eran insuficientes y que por lo tanto se debía discutir nuevamente el esquema general de las penas de cohecho para solucionar problemas de coherencia. Sin embargo, los demás miembros de la comisión le recordaron que eso ya se había discutido con anterioridad y que era altamente inconveniente volver a hacerlo.

el catálogo de personas calificadas sería demasiado amplio³¹⁷; tanto así, que finalmente diversos funcionarios calificarían para el tipo penal. En este mismo sentido, otra pretensión estaba referida a que los que colaboraren con el autor, así como los sobornantes, también se les aplicara dicha disposición; sin embargo, el entrevistado indicó que, por cómo quedó redactada la norma, habría buenas razones para defender que aquello no es posible³¹⁸.

Sin embargo, el tópico que más repitieron los entrevistados para este informe respecto de los problemas de los tipos penales de cohecho y soborno fueron las bajas penas asociadas³¹⁹. Esta falencia incidió en varios puntos de la persecución, tales como la imposibilidad de solicitar medidas de investigación más intensas, la insuficiencia de invocar estos delitos para solicitudes de prisión preventiva, la baja expectativa de conseguir penas efectivas, entre otros. Las penas del delito de cohecho y soborno se encontraban en el rango desde 61 días hasta tres años, además de otras sanciones asociadas, como inhabilitaciones y multas.

En la reforma de 1999, el delito de cohecho del artículo 248 se materializó sin pena de presidio o reclusión, solamente con inhabilitaciones y multas. Luego, desde 2009, con pequeñas reformas introducidas por la Ley 20.341, se agregó la pena de 61 a 540 días de presidio. Los demás artículos fueron incluidos con penas de hasta tres años.

³¹⁷ *Artículo 251 quinquies*. En el caso de los delitos previstos en los artículos 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el mínimo o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos:

1° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de estos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción; por los comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el general director de Carabineros o el director general de la Policía de Investigaciones, o

2° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público con ocasión de su intervención en cualquiera de los siguientes procesos:

- a) La designación de una persona en un cargo o función pública;
- b) Un procedimiento de adquisición, contratación o concesión que supere las mil unidades tributarias mensuales en que participe un órgano o empresa del Estado, o una empresa o asociación en que éste tenga una participación mayoritaria; o en el cumplimiento o la ejecución de los contratos o concesiones que se suscriban o autoricen en el marco de dichos procedimientos;
- c) El otorgamiento de permisos o autorizaciones para el desarrollo de actividades económicas por parte de personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento, o
- d) La fiscalización de actividades económicas desarrolladas por personas naturales cuyos ingresos anuales sean superiores a dos mil cuatrocientas unidades de fomento; o jurídicas con o sin fines de lucro, cuyos ingresos anuales sean superiores a cien mil unidades de fomento.

Para los efectos de este artículo, se determinará el valor de la unidad de fomento considerando el vigente a la fecha de comisión del delito.

³¹⁸ Entrevista N° 14, 25 de julio de 2019, donde se señaló que debería haber quedado como un tipo calificado solamente para algunos funcionarios, para quienes se consideraría más grave su actuar.

³¹⁹ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019; Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019; Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019; Entrevista N° 11, 9 de julio de 2019 y Entrevista N° 12, 24 de julio de 2019.

Se recogieron diversas opiniones acerca de las bajas penas, pero en general apuntan a una incomprensión de la verdadera lesividad de estos delitos. No se entendería el verdadero daño que generan estas conductas, las que afectan finalmente a la economía y la estabilidad institucional³²⁰. La situación se vuelve más escandalosa al comparar estos delitos con los de robos, para los cuales las penas son muy elevadas, estableciéndose incluso una forma especial de determinación de la pena de aquellos; y en cambio, en estos hechos relacionados con funcionarios públicos, que también atacan el bien jurídico de la propiedad, donde además existe corrupción de funcionarios, daño al sistema en general y daño a las instituciones, las penas son muy inferiores³²¹.

Dado que los fiscales del Ministerio Público pretenden perseguir este tipo de delitos con todas las herramientas y posibilidades que permite la ley, lamentan no poder hacer uso de, por ejemplo, medidas intrusivas intensas como las escuchas telefónicas, que solo tienen cabida cuando se trata de delitos que contengan penas de crimen o las que existen en leyes especiales, como la ley de drogas.

Sumado a las bajas penas contenidas en abstracto en los tipos penales, se añade el punto de la determinación y aplicación de las penas en concreto. Para la determinación se encuentra el párrafo cuatro del título III del Libro I del Código Penal, donde a las atenuantes se les da amplia cabida, lo que permite rebajar la pena respecto de las señaladas en cada tipo penal. Las atenuantes, en su mayoría, se encuentran presentes en el artículo 11 del Código Penal.

Por regla general, los imputados de los casos de corrupción estudiados nunca habían tenido contacto con el sistema penal, por lo que les fue posible acumular varias atenuantes, como la irreprochable conducta anterior y la colaboración sustancial con la investigación. De todos modos, esta colaboración también era deseable para el desarrollo de las labores investigativas³²² y los fiscales estaban dispuestos a aceptar que se otorgara, siempre y cuando fuera una real colaboración³²³.

De esta manera, conseguir penas efectivas con los marcos penales de aquellos delitos y la acumulación de atenuantes era muy difícil, lo que explica por qué el

³²⁰ Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019

³²¹ Entrevista N°5, 6 de junio de 2019

³²² Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019.

³²³ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019.

Ministerio Público accedió a negociar con los imputados, ya que, aun en juicios orales, con las condiciones descritas no era posible arribar a penas efectivas³²⁴.

También se debe tener en cuenta la Ley 18.216, que establece penas sustitutivas a las privativas de libertad, y que se constituye en una de las principales razones por las cuales en Chile no se aplican las penas de cárcel efectivamente, al menos para aquellos que por primera vez cometen algún delito, y que además son condenados a penas inferiores a cinco años y un día. En suma, dadas las bajas penas de los delitos de cohecho y soborno, sumado a la ley que sustituye las penas privativas de libertad, el panorama es bastante insatisfactorio³²⁵.

Una posible solución, entregada por un entrevistado, y que se ajusta a los nuevos proyectos de Código Penal³²⁶, se relaciona con que la determinación de la pena, y en definitiva si el imputado se envía efectivamente a la cárcel, esté consignado directamente en el tipo penal, sin recurrir a una ley externa. Así, las penas se pueden entender más racionales y en directa relación con el tipo penal³²⁷.

Con la modificación efectuada a través de la Ley 21.121, las penas de cohecho y soborno fueron elevadas. Ahora, el rango de pena fluctúa entre los tres años y un día y los diez años, además de las penas de inhabilitaciones y multas, que también aumentaron. Así también, se modificó la norma sobre su prescripción mediante el artículo 260 bis, que establece que el “plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr desde que el empleado público que intervino en ellos cesare en su cargo o función. Sin embargo, si el empleado, dentro de los seis meses que siguen al cese de su cargo o función, asumiere uno nuevo con facultades de dirección, supervigilancia o control respecto del anterior, el plazo de prescripción empezará a correr desde que cesare en este último”. Antes de las reformas introducidas por la Ley 21.121 no existían normas especiales de prescripción para esta clase de delitos,

³²⁴ Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019.

³²⁵ Entrevista N° 14, 26 de julio de 2019.

³²⁶ Al mes de noviembre de 2019 se había trabajado en tres proyectos para reformar el Código Penal, los que, sin embargo, no se han discutido en el Congreso. Para el detalle de cada uno, ver www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/anteproyecto-codigo-penal-2013 (2013); www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/anteproyecto-codigo-penal-2015 (2015); www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal (2018).

³²⁷ En ese sentido, Entrevista N° 14, del 26 de julio de 2019, donde también se planteó lo dramático de algunos fallos del Tribunal Constitucional, en tanto dan a entender que la Ley 18.216 es prácticamente inderogable.

por tanto, estaban regidos por las reglas generales contenidas en los artículos 93 y siguientes del Código Penal, sobre prescripción de la acción penal y de la pena.

En suma, los delitos relacionados con la función pública fueron notoriamente reformados, lo que se considera un avance. Sin embargo, aún no está claro si ello mejorará la persecución penal de estos delitos.

En la Tabla 3 se comparan los tipos penales antes y después de la reforma en comentario. Luego, en la Tabla 4, se exponen las modificaciones que se realizaron a las disposiciones generales.

Tabla 3

Tipos penales antes y después de la reforma por Ley 21.121

Tipo penal	Antes de la reforma	Reforma Ley 21.121
Malversación (233 CP)	Penas se establecen por tramos según el monto de lo sustraído, de presidio, multa e inhabilitaciones.	Aumento de penas en cada tramo , pero se mantiene el rango de pena total. Multas se configuran en virtud de la mitad de lo sustraído. Se mantiene la inhabilitación.
Malversación por uso propio o ajeno (235 CP)	Se aplican mismas penas que artículo 233, si es que no se reintegra lo sustraído. Agrega inhabilitaciones y multas.	Aumento de multa. Se configura con la mitad de lo sustraído. Lo demás se mantiene.
Fraude al fisco (239 CP)	Aumento de pena facultativo para el juez, pena de presidio, multa e inhabilitaciones.	Aumento de penas. El aumento de pena ya no es facultativo para el juez, se aumenta rango de presidio y aumenta la multa según la mitad de lo sustraído. Se mantienen inhabilitaciones.
Negociación incompatible (240 CP)	Tipo penal solo para empleados públicos. Pena de presidio, multa e inhabilitaciones.	Sujetos activos añadidos. Tipo penal se amplió a sujetos del ámbito privado. Aumento de penas. Aumentó pena de presidio, multa de la mitad respecto del interés y se mantienen inhabilitaciones.

<p>Exacciones ilegales (241 CP)</p>	<p>Solo sanción de inhabilitaciones y multa respecto del beneficio obtenido.</p>	<p>Aumento de pena. Se añade pena de presidio.</p>
<p>Cohecho simple (248 CP)</p>	<p>Realización del acto por el funcionario público motivado por el beneficio económico recibido u ofrecido.</p> <p>Beneficio económico o derechos es lo que puede recibir el funcionario.</p> <p>Pena de reclusión en su grado mínimo, multa de la mitad del beneficio e inhabilitaciones.</p>	<p>Figura calificada. Lo regulado anterior pasa a constituirse como una figura calificada de cohecho, aumentándose las penas y multas. Presidio menor en su grado máximo</p> <p>Se establece, en el inciso primero de 248 CP, nueva figura residual de cohecho. Se elimina la motivación de actuar.</p> <p>Se agrega el beneficio de cualquier naturaleza.</p> <p>Aumento de pena. Aumenta en un grado respecto de la pena que existía antes, multa elevada e inhabilitaciones.</p>
<p>Cohecho por infracción de los deberes del cargo (artículo 248 bis CP)</p>	<p>Beneficio económico para sí o para un tercero es lo necesario para la configuración del delito.</p> <p>Pena de reclusión menor en su grado medio (541 días a tres años), inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.</p>	<p>Se agrega el beneficio de cualquier naturaleza, además de la económica.</p> <p>Aumento de penas. Aumenta grado de pena de reclusión y de inhabilitación. Multa según lo solicitado o aceptado, o 100 a 1.000 UTM si no es económico.</p>
<p>Soborno (artículo 250 CP)</p>	<p>Ofrecer o consentir dar a un empleado público el beneficio económico, en provecho de este o de un tercero.</p> <p>Mismas penas que cohecho, pero además se agregan penas dependiendo del delito al que se relacione, dependiendo si el beneficio es solo ofrecido o consentido.</p>	<p>Agrega verbo rector y beneficio ya no solo económico. Se agrega la palabra "Dar".</p> <p>Aumento de penas en relación al delito con que se relaciona el soborno.</p>
<p>Soborno a funcionario público extranjero (251 bis CP)</p>	<p>Ofrecer, prometer o dar al funcionario público extranjero un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza para que este favorezca en el ámbito de transacción internacional.</p> <p>Pena de reclusión, inhabilitación y multa del duplo del provecho.</p>	<p>Agrega verbo rector e hipótesis. Consentir dar un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza. Se agrega cualquier actividad económica extranjera.</p> <p>Aumento de pena. Aumenta presidio, multa e inhabilitaciones.</p>

Fuente: Elaboración propia. CP: Código Penal.

Tabla 4

Modificaciones normas generales, Ley 21.121

Tipo penal	Antes de la reforma	Reforma Ley 21.121
Escala de penas (artículos 21 y 39 CP)		Agrega nuevas inhabilitaciones para trabajar en empresas que contraten con el Estado.
Nuevo párrafo 9 ter "Normas comunes a los párrafos anteriores", en el Título V del Libro II del Código Penal, tres nuevos artículos.		Sanción para aquellos condenados por delitos funcionarios, en orden a no poder trabajar en empresas que contraten con el Estado. Determinación de pena especial para funcionarios públicos especiales, en general de alto rango o elección popular, a los cuales se les excluye el mínimo o grado mínimo de la pena. Se establece que no será constitutivo de cohecho o soborno el aceptar, dar u ofrecer regalos de escaso valor económico o que autorice la costumbre.
Agrega al párrafo 13 "Disposición general" del título V del Libro II del Código Penal tres nuevos artículos.	Plazo de prescripción de la acción penal común para todos los delitos. Agravantes comunes para delitos funcionarios. No existe una forma especial de rebajar las penas, solo sistema general.	Plazo de prescripción de la acción penal especial para delitos de malversación, fraude al fisco, cohecho y soborno. Empieza a correr desde que el funcionario cesa en el cargo. Nueva agravante. Para mismos delitos anteriores, agravante por haber actuado en grupo. Especie de delación compensada. Atenuante permite bajar hasta dos grados después de haber determinado la pena, en casos de cooperación eficaz que permita esclarecer hechos, identificar a más responsables, impedir nuevos delitos, etc. Con todo, no se aplicará en caso de algunos sujetos especiales, que corresponden a altos cargos o a los elegidos popularmente.
Ley 20.393 sobre responsabilidad de las personas jurídicas.	Responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de soborno, soborno de funcionario extranjero y receptación.	Se añade negociación incompatible, corrupción entre particulares, apropiación indebida y administración desleal. Se aumentan las multas y la posibilidad de disolver o cancelar a la persona jurídica.

Fuente: Elaboración propia. CP: Código Penal.

2. Otros delitos tipificados en distintos cuerpos legales

2.1. Delitos del Código Tributario

Como se señaló, en varios casos de corrupción el Ministerio Público recurrió a las infracciones descritas en el artículo 97^o 4 y, en ocasiones, a la del N° 5 del Código Tributario³²⁸. Las imputaciones en virtud de estos delitos fueron numerosas y tuvieron como justificación la emisión de boletas de honorarios “ideológicamente falsas”, vale decir, que consignaban hechos que en la realidad no ocurrieron, por ejemplo, asesorías a empresas que estaban realizando un aporte a campañas políticas, al margen de la ley. Estas prácticas, además, eran utilizadas por dichas empresas para rebajar impuestos al señalar estas asesorías como gastos, con lo que las deducían de su base imponible.

2.2. Lavado de activos

El delito de lavado de activos “busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control de dinero y/o bienes obtenidos ilegalmente. Implica introducir en la economía activos de procedencia ilícita, dándoles apariencia de legalidad al valer-se de actividades lícitas, lo que permite a delincuentes y organizaciones criminales disfrazar el origen ilegal de su producto, sin poner en peligro su fuente”³²⁹.

³²⁸ **Artículo 97:** Las siguientes infracciones a las disposiciones tributarias serán sancionadas en la forma que a continuación se indica:

4° - Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con multa del cien por ciento al trescientos por ciento de lo defraudado.

El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado.

Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.

El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 unidades tributarias anuales.

5° - La omisión maliciosa de declaraciones exigidas por las leyes tributarias para la determinación o liquidación de un impuesto, en que incurran el contribuyente o su representante, y los gerentes y administradores de personas jurídicas o los socios que tengan el uso de la razón social, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del impuesto que se trata de eludir y con presidio menor en sus grados medio a máximo.

³²⁹ Definido en Unidad de Análisis Financiero, “¿Qué es el lavado de activos?”, www.uaf.cl/lavado

La polémica en torno a este tipo penal surgió por la reforma a la Ley 9.913, donde se encuentra tipificado el delito, a través de la Ley 20.818 de febrero de 2015, misma época en la que estaba comenzando el desarrollo judicial del caso Penta. Antes de la reforma, la ley de lavado de activos contemplaba penas que iban de los cinco años y un día hasta los 15. Luego, se estableció que la pena aplicable no podría exceder de la pena mayor asignada por ley al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado.

Durante las formalizaciones en el caso Fragatas se logró invocar la ley que contenía las penas de crimen, por tanto, la prisión preventiva fue más fácil de conseguir para el Ministerio Público³³⁰. Sin embargo, en los casos de corrupción que sobrevinieron no se pudo acudir a aquello, puesto que las penas bajaron considerablemente después de la reforma. Se debe tener en cuenta que los delitos que se imputaban en relación con el lavado de activos correspondían a cohecho, las que, como se revisó, tenían penas muy bajas.

Como describe CIPER, la modificación a la ley se inició porque en 2006 el Grupo de Acción Financiera para el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (GAFISUD) señaló que Chile no cumplía con estándares internacionales respecto de estos hechos, y que era necesaria la adecuación legal para ser parte de la OCDE. Estas críticas a la ley no se referían al monto de las penas. Sin embargo, estas se redujeron bajo el argumento de que como las penas eran desproporcionadas, los tribunales finalmente no las estaban aplicando, por lo que el sentido de la reforma también se erigió con el propósito de que los tipos penales fueran aplicados efectivamente³³¹.

³³⁰ En ese sentido, Entrevista N° 2, del 14 de mayo de 2015: “En los casos que se perseguía por lavado de activos, llevábamos un récord de que trabajábamos más o menos igual, la prisión preventiva la pedíamos y los tribunales la decretaban porque las penas eran altas, en ese tiempo el lavado además tenía pena de cinco y uno. Después nos modificaron la pena y eso provocó el abreviado en el caso CNA y de ahí para adelante fue siempre así”. Así también, en Entrevista N° 5, del 6 de junio de 2019, respecto de las antiguas penas del lavado de activos: “Entonces eso te da una pena privativa de libertad y por eso muchas personas en casos de corrupción en otras causas estuvieron privados de libertad, a través de medidas cautelares, por la prognosis de pena que tenía y otras circunstancias de necesidad de cautela. Pero con esto, con esa modificación, ya cometer delitos de corrupción, cohecho, soborno y lavar esos bienes que se obtenían estaban en la pena del cohecho, entonces no enfrentabas tanta”.

³³¹ Entrevista N° 14, 25 de julio de 2019: “Esta era una alternativa de modificación que además no es inédita. Si uno lo ve con detenimiento, esto es lo mismo que hicieron con el microtráfico en la Ley 20.000. Lo que pasó con el microtráfico era, el tráfico tiene las penas del infierno, los jueces no la están aplicando, hay unos casos groseros de tráfico, pero claro, no son toneladas, pero son groseros, ¿y qué dicen los jueces?, consumo personal, y es un escándalo. Y a alguien se le ocurrió, no con fines benéficos digamos, o sea, no con altruismo, o sea, por una razón práctica, dijeron, a ver, te dejamos un delito entremedio, en virtud del cual se pueda condenar a estos gallos como traficantes efectivamente, que lo son, pero con penas más bajas. Yo diría que la definición del microtráfico no ha hecho disminuir el grado de persecución ni de castigo del tráfico de drogas, sino que lo ha intensificado, en ese sentido no fue una ley, ok, favoreció a ese fulano en particular. En términos globales el sistema se hizo más deficiente”. En las actas de la historia de la Ley 20.818 se constata que el Ministerio Público dio su opinión en las distintas etapas legislativas del proyecto. Así, apoyó la proposición parlamentaria, señalando que “con ella se buscaba mantener la proporcionalidad de la sanción cuando el delito base o precedente tiene una penalidad más baja que la del lavado de activos, con lo que se viabilizaba la aplicación de la norma y se resguardaba la autonomía del delito de lavado de dinero, en el sentido de no quedar limitado a la sanción establecida para el delito base o precedente”.

En la tramitación de la ley se discutió cuáles debían ser los delitos que se incluirían en el catálogo del tipo penal, así como sus penas. Al abogado Juan Domingo Acosta se le menciona como el principal académico que abogó por disminuir las penas y limitarlas al delito base, como también por insistir en reducir los delitos asociados al lavado de activos. Esta postura generó diversas polémicas, pues el abogado en cuestión era socio de un estudio de abogados con el senador Alberto Espina, quien a su vez era miembro de la comisión que justamente revisó esta ley. Además, fue defensor de ejecutivos de Farmacias Cruz Verde en un juicio por colusión de precios, y también de la familia de Carlos Alberto Délano y de Pablo Wagner^{332,333}.

Esta reforma es principalmente criticada por aquellos interesados en la persecución penal, puesto que mermó las posibilidades de obtener altas penas por este tipo de hechos. Un entrevistado comentó que el lavado de activos es un delito especialmente grave, considerando que se relaciona con los delitos de corrupción y que es una forma de ocultarlos³³⁴.

El Ministerio Público imputó esta figura principalmente cuando estaba relacionada con fraude al fisco o cohecho. Solo en juicios abreviados se consiguieron condenas en virtud de la imputación de este delito³³⁵, sin perjuicio de lo que aún está pendiente de resolución respecto de Jaime Orpis y Marta Isasi en el juicio oral del caso Corpesca.

2.3. Otros delitos

En algunos casos estudiados se formularon cargos por malversación de caudales públicos y fraude al fisco (artículos 233 y siguientes del Código Penal). En el caso Basura, en el juicio oral ya realizado, las imputaciones por estos delitos fueron desestimadas por el Tribunal, así como por la Corte de Apelaciones de Santiago, en razón de no considerarse suficiente la prueba ofrecida para acreditar las imputaciones.

³³² Juan Pablo Figueroa, “Lavado de activos: Cómo se cocinó el cambio legal que eliminó el riesgo de cárcel para el delito de cuello y corbata”, CIPER, 12 de enero de 2016, <https://ciperchile.cl/2016/01/12/lavado-de-activos-como-se-cocino-el-cambio-legal-que-elimino-el-riesgo-de-carcel-para-el-delito-de-cuello-y-corbata>

³³³ Entrevista N° 2, del 14 de mayo de 2019, comentó que fue a partir del caso CNA, el cual involucró cohecho y lavado de dinero, que surgió la reforma al lavado de activos, puesto que Juan Domingo Acosta fue abogado defensor de uno de los imputados. Por tanto, sospecha de esta situación. En la misma línea en la Entrevista N° 5, del 6 de junio de 2019, se manifestó que es inexplicable que se hayan reducido las penas, y más aún que el propio Ministerio Público haya abogado por esto.

³³⁴ Entrevista N° 5, 6 de junio de 2019.

³³⁵ En el caso Penta, al menos una condena en este sentido. En el caso Corpesca, al menos tres personas fueron condenadas en virtud de estos delitos.

Luego, en el caso Corpesca se dictaron sentencias condenatorias en relación con la figura de fraude al fisco, pero siempre a través de procedimientos abreviados. Una situación especial ocurrió con uno de los imputados, a quien el Ministerio Público acusó por este delito en procedimiento abreviado, pero fue rechazado por el juez de Garantía por no poseer la calidad de funcionario público, de modo que fue condenado finalmente por el delito de estafa³³⁶, que, según ha entendido la doctrina, es el tipo penal aplicable a quien comete estos hechos pero no es funcionario público, ya que se trata de un delito especial propio, es decir, que solo puede cometer la persona que ostenta el cargo (Matus y Ramírez, 2019: 449).

No se apreciaron especiales dificultades en relación con estos tipos penales. Una de las razones puede ser que, como señaló un entrevistado, en temas de malversación de caudales públicos Chile cuenta con penas muy altas, a diferencia de lo que ocurre con el cohecho y el soborno, en que está más abajo que otros países³³⁷.

De todas formas, a través de la Ley 21.121 se introdujeron reformas a estos tipos penales, incluyendo la elevación de penas. Así, el delito de malversación, del artículo 233, pasó de tener penas de 541 días a 5 años y multas, a penas desde 541 días a 10 años, con multas en relación con lo sustraído y con inhabilitación a cargos públicos. Por su parte, el delito de fraude al fisco, del artículo 239, pasó de tener penas que podían llegar hasta los 10 años, a tener ahora la amenaza de hasta 15 años, también con un aumento de las multas.

Finalmente, respecto del delito de negociación incompatible, regulado en el artículo 240 del Código Penal, que también se podría mencionar dentro de este conjunto de

³³⁶ Sentencia causa RIT 8347-2014, 4° Juzgado de Garantía de Santiago: “DÉCIMO TERCERO: Que atendido lo razonado precedentemente, teniendo por sentado que el acusado Candia Zlater no tuvo la calidad de empleado público al momento de la comisión del delito, no es posible subsumir su conducta en el tipo penal descrito en el artículo 239 de Código Penal, como lo sostiene el Ministerio Público y el querellante. DÉCIMO CUARTO: Que no obstante lo anterior, el tribunal estima que los hechos se encuadran en el tipo penal previsto en el artículo 468 del Código Penal, esto es, constituyen un delito de estafa reiterado, en la medida que el encartado Candia Zlater en concierto con empleados públicos del Senado, desplegó una conducta mañosa, realizando una serie de operaciones ficticias con la intención positiva de defraudar económicamente al fisco, en la medida que tales actos fueron ejecutados premeditadamente, instaurando todo un procedimiento artificioso para engañar y soslayar los controles administrativos del Senado, suscribiendo contratos de prestación de servicios de asesorías, las cuales nunca realizó, y no obstante ello, emitió boletas de honorarios creándose un crédito en razón de los supuestos servicios, obteniendo el pago de los mismos, con lo cual aumentó su patrimonio y a su vez ocasionó un desmedro en el del fisco, lo cual se acreditó mediante la declaración de testigos, prueba documental e informes, entre otros, que dan cuenta de la existencia de estos contratos de prestación de servicios a honorarios, como el encartado en concierto con funcionarios públicos, hizo creer al Senado, en forma reiterada y sostenida en el tiempo, que los servicios fueron realmente ejecutados, extendiéndose los respectivos pagos por dicho concepto y recibidos éstos por el encartado, en virtud de boletas de honorarios emitidas y visadas, existiendo un nexo de causalidad entre todos los actos ejecutados y el perjuicio ocasionado; concurriendo de este modo, todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, encontrándose el delito en grado de desarrollo consumado, toda vez que efectivamente se ocasionó un perjuicio económico al fisco; desestimando el tribunal lo sostenido por la defensa, quien solo se limitó a señalar que los hechos no configuran el delito de estafa, por no reunirse los requisitos para ello, sin fundamentar de ningún modo su alegación”.

³³⁷ Entrevista N° 14, 25 de julio de 2019.

tipos penales ligados a la corrupción, fue aplicado marginalmente y solo a través de procedimientos abreviados, más en concreto, en el caso *Fragatas*³³⁸. Igualmente, este delito fue objeto de reformas por la Ley 21.121, de modo que se aumentaron las penas, que iban desde los 541 días a tres años, pasando a contar con un máximo aplicable de cinco años, manteniéndose la inhabilitación para cargos públicos y elevándose un poco la multa, ahora a la mitad del valor del interés que hubiere tomado en el negocio. Además, las conductas del tipo penal fueron ampliamente extendidas, puesto que ya no solo se puede encontrar el funcionario público en esta situación, sino también el liquidador comercial, el perito, el director y el gerente de una sociedad anónima, entre otros³³⁹.

³³⁸ En causa RIT 6059-2007 del 8° Juzgado de Garantía de Santiago, se condenó a Juan Alberto Tapia Villalón por los delitos de cohecho, negociación incompatible, delitos tributarios, lavado de dinero y porte de arma de fuego; a Juan Hugo Patricio Basili Esbry por cohecho, negociación incompatible, delitos tributarios y lavado de dinero, ambos a penas de cinco años de presidio menor en su grado máximo, pena accesoria del artículo 29 del Código Penal, esto es, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, y la inhabilitación de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; además, el comiso de los fondos incautados en cuentas de bancos, correspondiente a US\$16.707,40. Se les condenó también a la multa de \$105.000.000 y se les concedió la libertad vigilada por el término de cinco años.

³³⁹ El delito se encuentra redactado de la siguiente forma:

Artículo 240. Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio:

1° El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en razón de su cargo.

2° El árbitro o el liquidador comercial que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes, cosas o intereses patrimoniales cuya adjudicación, partición o administración estuviere a su cargo.

3° El veedor o liquidador en un procedimiento concursal que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes o intereses patrimoniales cuya salvaguardia o promoción le corresponda.

En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 465 de este Código.

4° El perito que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con los bienes o cosas cuya tasación le corresponda.

5° El guardador o albacea que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con el patrimonio de los pupilos y las testamentarias a su cargo, incumpliendo las condiciones establecidas en la ley.

6° El que tenga a su cargo la salvaguardia o la gestión de todo o parte del patrimonio de otra persona que estuviere impedida de administrarlo, que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión en la cual hubiere de intervenir en relación con ese patrimonio, incumpliendo las condiciones establecidas en la ley.

7° El director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades.

Las mismas penas se impondrán a las personas enumeradas en el inciso precedente si, en las mismas circunstancias, dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo, a su cónyuge o conviviente civil, a un pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta en el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad.

Lo mismo valdrá en caso de que alguna de las personas enumeradas en el inciso primero, en las mismas circunstancias, diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo, a terceros asociados con ella o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que ella misma, dichos terceros o esas personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social, el cual deberá ser superior al diez por ciento si la sociedad fuere anónima.



CAPÍTULO IV

Otros elementos

En este capítulo se hará referencia a todas aquellas variables investigadas que tienen relación con otros aspectos no cubiertos en los anteriores y que pueden haber tenido incidencia relevante en facilitar u obstaculizar la persecución penal de los delitos de corrupción. Para estos efectos, el capítulo se divide en dos secciones en que se revisan los principales hallazgos obtenidos: (1) elementos estatales, donde se analiza la Unidad de Análisis Financiero, y (2) elementos no estatales, con foco en el rol de la opinión pública y las organizaciones de la sociedad civil.

1. Elementos estatales

Esta sección incluye a aquellos órganos del Estado que, si bien no cumplen una función formal en la investigación y persecución penal de delitos de corrupción, pueden contribuir a ello. En el Capítulo I se analizó el rol del SII, por lo que acá solo se revisará la Unidad de Análisis Financiero (UAF).

La UAF fue creada en Chile a partir de la Ley 19.913 de diciembre de 2003, con el objetivo de “prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de alguno de los delitos descritos en el artículo 27 de dicha ley, y en el artículo 8° de la Ley 18.314³⁴⁰”. Con ello, la ley busca evitar que se oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, lo que se denomina lavado de activos, que provengan de los delitos descritos en ella. Entre estos se encuentran los relacionados con tráfico de drogas, terrorismo, armas, mercado de valores, propiedad intelectual, prevaricación, malversación de caudales públicos, cohecho, entre otros.

Para ello se estableció, entre otras, la obligación de ciertas personas naturales y jurídicas de informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades³⁴¹, definidas como

todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación

³⁴⁰ Así lo establece el artículo primero de la Ley 19.913 de diciembre de 2003.

³⁴¹ Entre ellas se encuentran los bancos e instituciones financieras, empresas de factoraje, de arrendamiento financiero, de securitización, administradoras de fondos de pensiones y de inversión privados, compañías de seguros, notarios, entre muchas otras detalladas en los artículos tercero y cuarto de la ley.

económica o jurídica aparente o pudiera constituir alguna de las conductas contempladas en el artículo 8° de la Ley 18.314, o sea realizada por una persona natural o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea que se realice en forma aislada o reiterada.

Para el cumplimiento de sus objetivos, la ley le entrega a la UAF la facultad de solicitar, verificar, examinar, disponer de exámenes periciales, emitir recomendaciones, impartir instrucciones, imponer sanciones, entre otras, respecto de los obligados a informar de sus operaciones sospechosas.

Actualmente, la UAF mantiene en su página web las instrucciones impartidas de carácter general, las cuales actualiza constantemente³⁴². Dentro de estas destaca la circular N° 49, del 3 de diciembre de 2012, donde se hace referencia a las personas expuestas políticamente (PEP), es decir, “aquella que es o ha sido encomendada a una función pública prominente”. En este sentido, “se reconoce que muchas PEP están en posiciones que potencialmente pueden ser utilizadas indebidamente para la comisión de lavado de activos y los delitos relacionados, entre ellos la corrupción y el soborno, o actividades conducentes al financiamiento del terrorismo”³⁴³. Finalmente,

se incluyen en esta categoría a jefes de Estado o de un Gobierno, políticos de alta jerarquía, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alta jerarquía, altos ejecutivos de empresas estatales, así como sus cónyuges, sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, y las personas naturales con las que hayan celebrado un pacto de actuación conjunta, mediante el cual tengan poder de voto suficiente para influir en sociedades constituidas en Chile³⁴⁴.

El director de la ULDECCO del Ministerio Público, Mauricio Fernández, destaca algunas ventajas de la legislación sobre lavado de activos en fortalecer la persecución penal de los delitos de corrupción. Dentro de ellas menciona que potencia las posibilidades de detectar este tipo de delitos (por ejemplo, por medio de los

³⁴² www.uaf.cl/legislacion/norm_generales.aspx

³⁴³ www.uaf.cl/legislacion/politica.aspx

³⁴⁴ *Id.*

deberes de información a la UAF), que facilita el uso de algunas herramientas de investigación que no tienen otras figuras (por ejemplo, acceso a información protegida por secreto bancario y plazos especiales de reserva de la investigación), y que favorece la sanción de conductas de corrupción al ampliar el alcance punitivo de las reglas tradicionales de estos delitos a otros comportamientos que quedan cubiertos bajo las figuras de lavado de activos³⁴⁵.

A pesar de estas ventajas, en la práctica son pocos los delitos de corrupción que finalmente se investigan amparados en el paraguas de la legislación de lavado de activos.

2. Elementos no estatales

En esta sección se hará referencia brevemente a otros actores no estatales que apoyan, facilitan, obstaculizan o dificultan la persecución penal de los delitos objeto del estudio, con énfasis en la opinión pública y el rol de determinadas organizaciones no gubernamentales.

2.1. Política y opinión pública

Como se vio en capítulos anteriores, los casos analizados tuvieron enorme cobertura de prensa y convocaron diversos niveles de atención pública. Con todo, este no fue un fenómeno uniforme.

Si bien los casos Fragatas y Basura fueron informados regularmente por la prensa, no alcanzaron la cobertura de muchos otros casos judiciales de interés público. No se detectaron elementos que permitan pensar que factores externos al sistema judicial, como la atención pública o movimientos sociales, afectaron su evolución y sus resultados.

Distinto es lo que ocurrió con los casos Corpesca, Penta y SQM, que estuvieron siempre rodeados de atención pública debido, principalmente, a las imputaciones de figuras centrales de la política, y a que develaron prácticas generalizadas de

³⁴⁵ Información entregada en su presentación en las VII Jornadas Chilotas de Derecho, 30 de agosto de 2019, Castro-Chiloé, panel "Corrupción y persecución penal".

financiamiento ilegal de la actividad política y algunas influencias indebidas de empresas respecto del proceso legislativo o de toma de decisiones por parte de funcionarios. Así, la prensa informó permanentemente cada una de las decisiones por medio de noticias destacadas y con información detallada acerca de lo ocurrido. Pero, junto con lo anterior, las partes utilizaron los medios de comunicación para difundir sus planteamientos y convocar el apoyo del público en favor de sus visiones. Estas defensas públicas provinieron en general de los imputados, por ejemplo, el senador Moreira, tras conocer la decisión de la Corte de Apelaciones de dar lugar a su desafuero, señaló: “Sabemos que es una cuestión política, no es necesario que me haga la víctima, que hay persecución, todos sabemos que aquí hay un abuso, una desprolijidad, una arbitrariedad, un abuso político de parte de la Fiscalía, porque tuvo dos años para haber requerido cualquier cosa de mí”³⁴⁶. Por su parte, Marco Enríquez-Ominami indicó: “Por fin, después de tres años de filtraciones y abusos de poder, comienza la cuenta regresiva. Tendremos un juicio frente a un tercero imparcial. Eso hemos pedido siempre: justicia para la verdad”³⁴⁷.

También utilizaron los medios de esta forma los asociados políticos de los imputados, quienes participaron en el debate defendiendo a sus personeros. Por ejemplo, la UDI, a través de una declaración pública y tras la querrela presentada por el SII en contra de Jovino Novoa, sostuvo: “Denunciamos que el señor Jovino Novoa, dirigente de nuestro partido y expresidente del Senado, es hoy víctima de una persecución política. Ha recibido un trato discriminatorio y se han tergiversado los hechos a su respecto”³⁴⁸.

Es relevante saber hasta qué punto la cobertura mediática afectó en cualquier sentido la evolución de los casos. Más allá de presiones directas ejercidas sobre fiscales, jueces u otros funcionarios, interesa la atención pública y las expectativas creadas en torno a los casos.

Parece claro que la presión pública generada por la enorme difusión de estos casos en los medios de comunicación y el escrutinio permanente de los mismos jugó algún rol, especialmente en las primeras etapas de los casos Penta y SQM, dado

³⁴⁶ RadioADN.cl, “Moreira tras desafuero: ‘Aquí hay abuso político por parte de la Fiscalía’”, 24 de mayo de 2017, www.adnradio.cl/noticias/nacional/moreira-tras-desafuero-aqui-hay-un-abuso-politico-de-parte-de-lafiscalia/20170524/nota/3472814.aspx

³⁴⁷ *El Dinamo*, “Enríquez-Ominami y caso SQM: ‘Mi total inocencia quedará demostrada más temprano que tarde’”, 9 de julio de 2018, www.eldinamo.cl/nacional/2018/07/09/enriquez-ominami-y-caso-sqm-mi-total-inocencia-querada-demostrada-mas-temprano-que-tarde

³⁴⁸ “UDI acusa ‘persecución política’ y ‘trato discriminatorio’ contra Novoa tras querrela del SII”, 22 de mayo de 2015, www.emol.com/noticias/nacional/2015/05/22/718107/declaracion-publica-de-la-udi-y-jovino-novoapor-formalizacion-en-caso-penta.html

que en algunos actores del sistema judicial, especialmente los fiscales, se generó una sensación de respaldo público a su trabajo, que les dio más seguridad para llevar adelante un proceso de persecución penal bastante inédito en el país a esa fecha, al menos en la experiencia del sistema de justicia penal instaurado en el año 2000. Se trata de una percepción que, con distintos matices, comparten varios de los entrevistados durante la investigación³⁴⁹.

Probablemente el momento más intenso de la presión pública en pro de la persecución penal de estos delitos se produjo durante la formalización de los imputados principales del caso Penta. En esa ocasión, la televisión (varios canales abiertos y del cable, así como diversos medios digitales, incluidos Poder Judicial TV) transmitió las audiencias en directo, ya que había una enorme expectativa pública frente a los cargos formulados respecto de poderosos empresarios por actos fraudulentos de financiamiento político. Estas transmisiones no estuvieron exentas de polémica. Los defensores cuestionaron su transmisión por la manera en que podría afectar derechos individuales como la presunción de inocencia³⁵⁰.

Como consecuencia de estas audiencias, los principales imputados en el caso fueron sometidos a prisión preventiva, lo que no es común en este tipo de causas dada la baja expectativa en cuanto al monto de las penas y al hecho de tratarse de personas que daban bastantes garantías en cuanto a la posibilidad de fuga o comisión de nuevos delitos. Como se sugirió en páginas anteriores, esta enorme exposición pública fue probablemente decisiva en esta decisión poco usual del sistema de justicia penal para casos e imputados del perfil que tuvo Penta³⁵¹.

El impulso inicial de los fiscales fue percibido positivamente por la población, aunque sectores de la comunidad legal fueron desde el principio críticos debido a las dificultades para sustentar esas expectativas en las etapas posteriores de los casos³⁵². Por

³⁴⁹ Entrevista N° 1, 6 de mayo de 2019; Entrevista N° 2, 14 de mayo de 2019; Entrevista N° 3, 23 de mayo de 2019; Entrevista N° 6, 6 de junio de 2019 y Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

³⁵⁰ Escribió en contra Miguel Luis Amunátegui, “Justicia televisiva”, *El Mercurio*, 14 de abril de 2015, p. A2. A favor, Mauricio Duce, “Publicidad y transmisión de la audiencia en el caso Penta: más ganancias que problemas”, *El Mercurio Legal*, 13 de marzo de 2015.

³⁵¹ En esta línea, un entrevistado señaló: “Yo creo que esto pasa, de hecho, en conversaciones cotidianas de casos no bullados, a uno le consta que los fiscales en audiencia se ven, qué sé yo, un desacato de la farándula, no tengo idea, que el día de ayer pasó algo similar y quedó con prohibición de acercarse a la víctima, en el fondo se genera un poquito de sobreexpectación y el fiscal, para no pasar el mal rato, pide la prisión preventiva. Además... tienes por una parte el riesgo de que un fiscal puede haberse intimidado o determinado por el factor opinión pública de actuar de una forma u otra”. Entrevista N° 8, 24 de junio de 2019.

³⁵² “Siento que muchas veces se pueden tomar decisiones por fiscales apresuradas, por la presión que existe, se busca, creo, generar

otra parte, es claro que, pasados los primeros tiempos y el entusiasmo inicial con los casos, diversos actores del sistema político, junto con los imputados y su entorno, incrementaron su participación en apariciones públicas planteando diversos argumentos orientados a justificar las conductas, a disminuir su gravedad o a manifestar que por tratarse de una práctica generalizada no era razonable castigar solo a algunos³⁵³.

También se ha planteado que hubo una estrategia destinada a desactivar las investigaciones debido al grado de involucramiento generalizado de políticos en el financiamiento ilegal. Un entrevistado informó:

Desde la política, diría yo. Más amplio que del Gobierno, desde la política diseñó en ese sentido. Ya determinado que el asunto podía cerrarse con la no presentación de querrela por parte del Servicio, o de limitar eso a ciertos hechos. Y después en la Fiscalía seguir esa misma ruta, y en definitiva con eso se iba a terminar... Yo creo que es una estrategia que se manejó a todo nivel, alguien me dijo por ahí, no sé si será cierto o no, no tengo antecedentes, pero que el exministro Correa estuvo en el diseño de esto porque fue parte del comité de crisis de Penta³⁵⁴.

No se dispone de evidencia para sostener que hubo una campaña organizada para deslegitimar la persecución de los delitos vinculados al financiamiento de la política, no obstante, es interesante constatar que el mencionado Enrique Correa manifestó que los casos investigados no constituían corrupción política, con lo que se instaló esa noción comunicacional³⁵⁵.

En el largo plazo, la defensa mediática de los imputados logró instalar, al menos en la comunidad legal, la noción de que los casos no tenían demasiado futuro y que deberían ser cerrados, lo que a su vez tuvo un impacto en el ámbito judicial, dado

expectativas en la ciudadanía. No de mala fe, están pensando en que tendrán resultados exitosos, pero no tienen soporte en las penas, estas permiten llegar a abreviados y suspensiones que, si bien son mecanismos reconocidos por la ley, la ciudadanía lo percibe como impunidad, esperan juicio oral como la única vía que permite hacer justicia. Por ejemplo, se solicita prisión preventiva en primera audiencia, y luego el caso termina con suspensión. Eso no es bien visto, y la presión inicial puede haber incidido de decisiones y estas se van deslegitimando en el camino". Entrevista N° 9, 4 de julio de 2019.

³⁵³ En ese sentido, Daniel Matamala, "Ganaron los corruptos", CIPER, 22 de enero de 2018, <https://ciperchile.cl/2018/01/22/ganaron-los-corruptos>

³⁵⁴ Entrevista N° 13, 25 de julio de 2019.

³⁵⁵ Francisco Artaza, "Enrique Correa: 'El financiamiento irregular de la política no es corrupción'", *La Tercera*, 6 de diciembre de 2015, www.latercera.com/noticia/enrique-correa-el-financiamiento-irregular-de-la-politica-no-es-corrupcion

que paralelamente fueron saliendo a la luz interpretaciones y criterios legales que disminuyeron la gravedad de los hechos. Destaca la reiterada aparición en la prensa del exdirector del SII Ricardo Escobar, quien cuestionó que el servicio presentara querellas que habilitaban la persecución penal³⁵⁶. En el mismo sentido lo hizo el exdirector Gonzalo Torres, quien también cuestionó las querellas presentadas por el SII³⁵⁷.

Otro ejemplo de instalación de nociones jurídicas favorables a la no persecución de los casos fue la evolución de la tendencia en la cortes respecto de los desafueros relacionados con los delitos de otorgamiento de boletas falsas como delito tributario, analizados en el Capítulo I.

De esta forma, se aprecia que, aun en diferentes niveles y en el contexto del conocimiento de los casos de corrupción estudiados, la opinión pública jugó un rol en su persecución penal, fundamentalmente gracias a la cobertura de los propios medios de comunicación, sobre todo al comienzo de la persecución de los casos Penta y SQM. Ello habría permitido impulsar y darle fuerza a la investigación de estos hechos, lo que, sin embargo, no se mantuvo en el tiempo. Dado que los medios de comunicación sirvieron de plataforma para dar a conocer la defensa y los planteamientos de los imputados, en múltiples ocasiones se deslegitimó la persecución penal, lo que le habría quitado sustento a la persecución que con tanta fuerza se había iniciado. Además, permitió que se instalara la idea de que los casos estudiados no tenían mayor sustento, lo que podría haber afectado su desenlace jurídico.

2.2. Sociedad civil

En los delitos investigados no hubo un proceso de movilización popular que acompañara la persecución de los delitos, pero sí algunas ONG que manifestaron opiniones y querellas respecto de los casos³⁵⁸.

³⁵⁶ En ese sentido, ver *La Tercera*, "Ricardo Escobar: 'Los casos de financiamiento a la política no son delitos tributarios'", 12 de abril de 2015, www.latercera.com/noticia/ricardo-escobar-los-casos-de-financiamiento-a-la-politica-no-son-delitos-tributarios

³⁵⁷ "Ex subdirector del SII sobre vuelco en caso de platas políticas: 'Me parece muy valiente volver a la recta doctrina'", *El Líbero*, 19 de abril de 2017, <https://ellibero.cl/actualidad/ex-subdirector-del-sii-sobre-vuelco-en-caso-de-platas-politicas-me-parece-muy-valiente-volver-a-la-recta-doctrina>

³⁵⁸ La principal fue la Fundación Ciudadanía Inteligente (FCI), organización que lucha por la justicia social y por la transformación de las democracias. Investiga los obstáculos que impiden el empoderamiento ciudadano, crea herramientas tecnológicas para fiscalizar autoridades, acerca las comunidades a sus gobiernos, contribuye a la lucha contra la corrupción, y a fortalecer el trabajo de activistas y la incidencia en políticas públicas. Participó como querellante en los casos Penta, SQM y Corpesca.

A pesar de lo anterior, el conjunto de la población se mantuvo informada por los medios de comunicación, y manifestó su molestia y rechazo a la corrupción por medio de redes sociales y encuestas, con lo que la corrupción pasó a ser una de las principales preocupaciones de la ciudadanía. La presión pública generada permitió que se dieran las condiciones para modificar aspectos de la institucionalidad que la hacían vulnerable a la corrupción (Aris, Engel y Jaraquemada, 2019: 11).

Tras el impacto de los nuevos casos, la en esa entonces presidenta Bachelet creó en marzo de 2015 el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción (en adelante Consejo),

con el objetivo de proponer un nuevo marco normativo, que permita el cumplimiento efectivo de los principios éticos de integridad y transparencia, tanto en sus aspectos legales como administrativos, para lograr el eficaz control del tráfico de influencias, prevención de la corrupción y de los conflictos de interés en los ámbitos de los negocios, la política y el servicio público, así como en la relación entre estos³⁵⁹.

En un plazo de 45 días, el Consejo elaboró un informe con 236 medidas concretas, organizadas en 21 áreas temáticas, agrupadas en cinco grandes capítulos: prevención de la corrupción, regulación de conflictos de interés, financiamiento de la política, confianza en los mercados, e integridad, ética y derechos ciudadanos. Se entregó en abril del mismo año a la mandataria, quien anunció una agenda de probidad y transparencia. En mayo y junio de 2015 se ingresaron 21 iniciativas legales y 14 iniciativas administrativas, que abarcan 18 de las áreas temáticas del informe. De esta forma se cubrió la mitad de las áreas temáticas y hoy se cuenta con 13 leyes publicadas³⁶⁰.

Este proceso fue ampliamente seguido por la sociedad civil, que no solo contribuyó posicionando el fenómeno de la corrupción como un tema central, sino también a través de la participación por medio del Observatorio Anticorrupción³⁶¹. El Observatorio se instaló como una instancia mediadora entre la actividad legislativa y la

³⁵⁹ Ver <https://consejoanticorrupcion.cl/sobre-nosotros>

³⁶⁰ Para conocer en detalle las áreas abordadas y las materias de ley de que se tratan, ver Aris, Engel y Jaraquemada, 2019.

³⁶¹ Creado en noviembre de 2015 por la sociedad civil Fundación Espacio Público y Ciudadano Inteligente con el objetivo de monitorear la discusión relativa a la puesta en marcha de las propuestas del Consejo. Ver el sitio oficial en <https://observatorioanticorrupcion.cl/nosotros.html>

ciudadanía, que acercó las discusiones que se daban en el Congreso a los líderes de opinión, medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil y ciudadanos en general, lo que permitió también advertir a tiempo falencias en los proyectos de ley en trámite, socializándolas en el debate público y contribuyendo a su corrección (Aris, Engel y Jaraquemada, 2019: 13).

De esta forma, y aun sin dar lugar a un gran proceso de movilización social comparable con lo ocurrido en, por ejemplo, Guatemala, la sociedad civil (y la opinión pública en general) cumplió un rol clave al permitir avances importantes en el nivel normativo, pero además, y producto del constante seguimiento y participación en el debate, que se realizaran las modificaciones necesarias y pertinentes para enfrentar efectivamente la corrupción.

2.3. Otros actores

Es claro que el Poder Ejecutivo y el Congreso obstaculizaron el avance de las investigaciones, lo que ya se ha descrito a propósito de la participación del SII y del proceso de designación del fiscal nacional. No obstante, en forma paralela esos mismos actores colaboraron con algunos avances legislativos que sí favorecen la persecución penal de los delitos de corrupción, aunque esta nueva legislación solo afecta a casos futuros y no es todo lo vigorosa que algunos grupos de la sociedad civil habrían deseado. Se trata de la Ley 21.121 de 2018, que estableció nuevos tipos penales y aumentó las penas de algunos de ellos, tema que se ha expuesto en detalle en este informe.



BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

Arellano, J., M. Fandiño, G. Rúa, L. Moreno y G. Fibla (2017). *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: Análisis retrospectivo a más de una década*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

Aris, M., E. Engel y M. Jaraquemada (2019). *Reformas anticorrupción en Chile (2015-2017). Cómo se hizo para mejorar la democracia*. Santiago: Espacio Público.

Blanco, R., M. Decap, L. Moreno y H. Rojas (2005). *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago: Lexis Nexis.

Bofill, J. (2002). “Preparación del juicio oral”. *Revista Chilena de Derecho*, 29(2), 273-281.

Boletín Anual del Ministerio Público (2018). Recuperado de www.fiscalia.dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do

CEP (2010, 2012, 2013 y 2016). Estudio Nacional de Opinión Pública. Recuperado de www.cepchile.cl/cep/site/edic/base/port/revistacep.html

Cerda, R. (2016). *Segunda Ley de Agenda Corta Antidelincuencia N° 20.931*. Santiago: Librotecnia.

Consejo para la Transparencia (2019). “Propuestas sobre un estatuto de integridad pública y anticorrupción”. Recuperado de <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2019/07/Propuesta-anticorrupcion.pdf>

DECS (División de Estudios de la Corte Suprema) (2017). *Peritajes en Chile*. Santiago.

——— (2018). *Percepción social y Poder Judicial*. Recuperado de <http://decs.pjud.cl/download/percepcion-social-y-poder-judicial>

Duce, M. (2000). “Problemas en torno a la reconfiguración del Ministerio Público en América Latina.”. *Informes de Investigación*, 6. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

——— (2011). “Diez años de reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su

Bibliografía

desarrollo, logro y objetivos”. *Diez años de reforma procesal penal* (pp. 23-75). Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

——— (2017a). “Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”. *Política Criminal*, 12(23): 291-379.

——— (2017b). “En busca de un nuevo equilibrio: alternativas para regular el inicio de la persecución penal de los delitos tributarios”. *Debates de Política Pública*, 23. Recuperado de www.cepchile.cl/cep/site/docs/20170804/20170804113344/dpp_022_agosto2017.pdf

——— (2018). “Prueba pericial y condena de inocentes: antecedentes comparados para el debate en América Latina”. En Z. García, F. López y L. Gostinga (coords.). *Temas de vanguardia en ciencia forense* (pp. 41-68). Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.

——— (2019). “Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica”. *Revista de Derecho Coquimbo*, 26. Recuperado de <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0012>

——— (2020). “La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile”. *Quaestio Facti*, 1, Marcial Pons (en prensa).

Duce, M., y J. E. Vargas (2000). *Informe sobre independencia judicial en Chile*. Santiago: Due Process of Law Foundation.

Duce, M., y C. Riego (2007). *Proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Duce, M., y C. Riego (2011). *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Duce, M., y R. Escobar (2017). “¿Quién debe iniciar la acción penal en materia tributaria?”. *Debates de Política Pública*, 23. Recuperado de www.cepchile.cl/cep/site/docs/20170804/20170804113344/dpp_022_agosto2017.pdf

Dutto, G., y S. Martínez (2008). “El verdadero exceso en la legitimación procesal de la víctima: el Estado querellante”. En D. Pastor (dir.) y N. Guzmán (coord.), *Neopunitivismo y neoinquisición* (pp. 309-337). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bibliografía

Falcone, D. (2014). “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 21(2), 183-224.

Fluxá, R. (2019). *Usted sabe quién. Notas sobre el homicidio de Viviana Haeger*. Santiago: Catalonia.

García, G., P. Contreras y V. Martínez (2016). *Diccionario constitucional chileno*. Santiago: Hueders.

González, L. (2018). *Prueba pericial, litigación con peritos y medicina legal*. Santiago: Thomson Reuters.

Horvitz, M. I., y J. López (2004). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Langer, M. (2019). “Las implicancias de la expansión del procedimiento abreviado y las condenas sin juicio en el derecho comparado y chileno”. Coloquio. Universidad Diego Portales. Recuperado de <https://derecho.udp.cl/coloquio-las-implicancias-de-la-expansion-del-procedimiento-abreviado-y-las-condenas-sin-juicio-en-el-derecho-comparado-y-chileno>

Maturana, C., y R. Montero (2010). *Derecho procesal penal*. Santiago: Legal Publishing.

Matus, J. P., y C. Ramírez (2019). *Manual de derecho penal chileno, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mera, J., y J. Couso (2011). *Precedente y justicia penal*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Ministerio Público (2018). *Política de persecución penal*. Recuperado de www.fiscaliadechile.cl/politica_persecucion_penal.pdf

Moreno, L. (2013). “Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la reforma procesal penal”. En M. Decap, M. Duce, L. Moreno y J. E. Sáez, *El modelo adversarial en Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal* (pp. 67-218). Santiago: Thomson Reuters.

Bibliografía

OCDE (2017). *Government at a Glance 2017*. París: Autor.

——— (2018). *Chile Phase 4 Report. Implementing the OECD Anti-Bribery Convention*. Recuperado de www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Chile-Phase-4-Report-ENG.pdf

Riego, C. (2015). “Coloquio debatió temas procesales penales emergentes a partir del caso Penta”. Recuperado de www.reformasprocesales.udp.cl/index.php/opinion/item/158-coloquio-debatio-temas-procesales-penales-emergentes-a-partir-del-caso-penta

——— (2017). “El procedimiento abreviado en la Ley 20.931”. *Política Criminal*, 12(24), 1085-1105.

Transparency International (2009). “Guía del lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción”. Recuperado de <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>

UNCAC (2018). “Diagnóstico del cumplimiento del Estado de Chile ante la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción”. Recuperado de www.alianzaanticorrupcion.cl/AnticorrupcionUNCAC/wp-content/uploads/2015/12/Iniciativas-Legislativas-priorizadas-y-anexo-11-06.pdf

Vargas, J. E. (2019). *Elementos legales generales relevantes para la provisión de proyectos de infraestructura pública*. Santiago: Espacio Público. Recuperado de www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/06/Doc_Ref_3ElementosLegales.pdf

Vera, J. (2017). “Naturaleza jurídica de la fase intermedia del proceso penal chileno: un breve estudio a partir de elementos comparados”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIX, 141-184.

Vila, M. (2015). “Titularidad de la acción penal en los delitos tributarios”. *Anuario de derecho tributario* (pp. 61-77). Santiago: Universidad Diego Portales.

ENCUESTAS

Encuesta Espacio Público-Ipsos (2017 y 2018). Recuperado de www.ipsos.com/es-cl/encuesta-espacio-publico-ipsos

Encuesta Nacional Bicentenario 2015.

Encuesta Plaza Pública CADEM 2015 y 2016. Recuperado de www.cadem.cl/encuestas

Encuesta Plaza Pública CADEM: Estudio N° 61, 16 de marzo de 2015. Recuperado de www.cadem.cl/encuestas/plaza-publica-cadem-estudio-n-61/

Índice Paz Ciudadana-Adimark, 2010-2019.

Informe Latinobarómetro 2018. Recuperado de www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf

PNUD, IV Encuesta Auditoría a la Democracia, 2016.

NORMAS

Circular N° 49 de la Unidad de Análisis Financiero. Personas Expuestas Políticamente (PEP). 3 de diciembre de 2012.

Constitución Política de la República de Chile. Decreto Supremo N° 1150. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 24 de octubre de 1980.

Código Penal. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1874.

Código Procesal Penal. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 12 de octubre de 2000.

Código Tributario. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 31 de diciembre de 1974.

Bibliografía

Decreto con Fuerza de Ley 3 (DFL 3), ley general de bancos. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 19 de diciembre de 1997.

Decreto con Fuerza de Ley 29 (DFL 29), estatuto administrativo. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 16 de marzo de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley 707 (DFL 707), sobre cuentas corrientes bancarias y cheques. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 7 de octubre de 1982.

Ley 17.798, sobre control de armas. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 13 de abril de 1978.

Ley 18.216, sobre régimen de penas sustitutivas. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 14 de mayo de 1983.

Ley 18.314, sobre conductas terroristas. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 17 de mayo de 1984.

Ley 18.883, estatuto administrativo para funcionarios municipales. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 19 de diciembre de 1989.

Ley 19.519, crea el Ministerio Público. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 16 de septiembre de 1997.

Ley 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 15 de octubre de 1999.

Ley 19.806, normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. z, Santiago, Chile, 31 de mayo de 2002.

Ley 19.829, modificaciones respecto a delito de cohecho. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 8 de octubre de 2002.

Ley 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 5 de agosto de 2003.

Ley 19.913, crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones

Bibliografía

en materia de lavado y blanqueo de activos. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 18 de diciembre de 2003.

Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 16 de febrero de 2005.

Ley 20.900, para el fortalecimiento y transparencia de la democracia. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 14 de abril de 2016.

Ley 20.931, facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 5 de julio de 2016.

Ley 21.000, crea la Comisión para el Mercado Financiero. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 23 de febrero de 2017.

Ley 21.121, modifica normas para la prevención, detección y persecución de la corrupción. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, Chile, 20 de noviembre de 2018.

Mensaje Código Procesal Penal, 1995. Recuperado de www.leychile.cl/Navegar?id-Norma=1086244

Oficio FN N° 699-2014 de Ministerio Público. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción. 3 de noviembre de 2014.

JUDICIAL

Corte Suprema, Rol N° 20063-2016, 4 de mayo de 2016.

———, Rol N° 94972-2016, 17 de diciembre de 2018.

———, Rol N° 2996-2017, 28 de marzo de 2017.

———, Rol N° 38488-2017, 8 de noviembre de 2017.

———, Rol N° 60-2016, 17 de diciembre de 2018.

———, Rol N° 11815-2019, 7 de mayo de 2019.

Bibliografía

Tribunal Constitucional, Rol N° 349-2002, 30 de abril de 2002.

———, Rol N° 2808-2015, 25 de marzo de 2015.

———, Rol N° 2981-2016, 31 de marzo de 2016.

———, Rol N° 3374-2017, 14 de marzo de 2017.

———, Rol N° 4013-2017, 2 de enero de 2018.

———, Rol N° 4696-2018, 18 de junio de 2018.

———, Rol N° 4010-2017, 25 de septiembre de 2018.

———, Rol N° 5604-2018, 4 de diciembre de 2018.

———, Rol N° 6215-2019, 28 de marzo de 2019.

———, Rol N° 6028-2019, 19 de junio de 2019.

———, Rol N° 6126-2019, 8 de octubre de 2019.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 701-2016, 30 de septiembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 127-2016, 16 de enero de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3190-2012, 22 de diciembre de 2012.

———, Rol N° 1823-2015, 10 de marzo de 2016.

———, Rol N° 2271-2016, 16 de agosto de 2016.

———, Rol N° 429-2017, 3 de julio de 2017.

———, Rol N° 3853-2018, 17 de julio de 2018.

———, Rol N° 3847-2018, 17 de enero de 2019.

———, Rol N° 4133-2018, 22 de enero de 2019.

———, Rol N° 1002-2019, 25 de abril de 2019.

———, Rol N° 1923-2019, 6 de mayo de 2019.

———, Rol N° 2556-2019, 15 de julio de 2019.

Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, RIT N° 60-2016, 9 de junio de 2016 (primer fallo, anulado).

———, RIT N° 60-2016, 10 de noviembre de 2016 (segundo fallo).

Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 8347-2014, sentencia del 28 de noviembre de 2017.

Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 6059-2007, 18 de octubre de 2013.

———, RIT N° 6059-2012, 13 de noviembre de 2012.

———, RIT N° 6873-201, querrela de enero de 2015.

Bibliografía

- , RIT N° 6873-201, querrela de junio de 2015.
- , RIT N° 6873-201, querrela de octubre de 2015.
- , RIT N° 6873-2014, 9 de julio de 2018.



ANEXOS

ANEXO 1.

Metodología

La metodología de este estudio se orientó a detectar las debilidades y fortalezas del sistema de justicia penal chileno para procesar y juzgar los casos de corrupción. Con esa finalidad, se examinaron en detalle cinco casos que involucran a funcionarios públicos y que han afectado de manera relevante el funcionamiento de instituciones importantes en Chile en la última década.

Estos cinco casos representan más de la mitad del total de casos identificados que corresponden al perfil planteado. De todos modos, se podría criticar que la sistematicidad y representatividad del presente informe no es suficiente. Sin embargo, esa limitación es inevitable dado el objeto de estudio. Esos casos dieron lugar a una crisis institucional que desafió al sistema de justicia penal de un modo particularmente intenso, por lo tanto, no queda otra opción que estudiarlos lo más objetivamente posible. Por otra parte, a pesar de que son pocos casos, tuvieron un impacto fundamental en las reformas legales, en la designación de diversas autoridades y en la opinión pública, y, además, estas experiencias seguirán siendo consideradas por su importancia entre los factores a tener en cuenta para cualquier cambio futuro.

Para evaluar los elementos que condicionan positiva o negativamente la capacidad del sistema de abordar los casos elegidos, se utiliza la noción de variable. Cada variable corresponde a la definición de alguna característica, un valor operativo o un mecanismo del sistema de justicia penal cuya presencia o ausencia, funcionamiento, vigor o debilidad puede afectar la eficacia del sistema en el tratamiento de los casos. Se trata de elementos de distinta naturaleza, algunos fundamentalmente normas legales, mientras que otros se refieren a complejas prácticas institucionales que integran normas, junto a elementos de cultura legal, prácticas y las expectativas sociales que las condicionan.

Debido a los condicionantes mencionados, los resultados contienen inevitablemente datos verificables, regulaciones legales, opiniones de los actores involucrados y valoraciones de los investigadores. Es evidente que la sola selección de los hechos y la interpretación de sus relaciones implica que el resultado refleje la opinión de los autores, por lo cual queda abierto al cuestionamiento de otras opiniones. En la medida en que se ha detectado este fenómeno se ha intentado explicitar que existen otras interpretaciones acerca de los hechos descritos.

Para determinar las variables que se examinarían se revisó toda la información disponible acerca de los casos de corrupción procesados en los cuatro países y se sistematizaron todos los elementos planteados como influyentes en el resultado ya sea en la prensa, en el debate público o en las opiniones de los expertos. A partir de ese examen se construyó un listado de variables relevantes para el análisis.

Una vez determinados los casos objetos de análisis y las variables, se definió una metodología de investigación que consideró la revisión de los registros judiciales de los casos, trabajos académicos referidos a los mismos y todas las publicaciones de prensa que se pudo pesquisar. Además, se entrevistó a dieciséis profesionales que han trabajado directamente en los casos en calidad de fiscales, jueces, policías o abogados litigantes.

Con toda la información revisada se intentó explicar el comportamiento de las variables previamente determinadas para cada uno de los casos estudiados.

El primer borrador del texto se presentó a un conjunto de profesionales expertos, entre los que se incluyeron buena parte de los entrevistados. En la segunda versión se procuró corregir errores y dar cuenta sobre todo de opiniones discrepantes acerca de la interpretación.

ANEXO 2.

Criterios para la selección de casos

El objetivo final de este proyecto es desarrollar una agenda de reformas y propuestas que permitan fortalecer la lucha contra la corrupción del sistema de justicia criminal. Para lograrlo, se analizó la experiencia de los países en estudio en el proceso de persecución penal en casos emblemáticos de corrupción, evaluando cómo operan las variables organizacionales, legales y procedimentales que facilitan u obstaculizan el enjuiciamiento y sanción de estos hechos.

En ese contexto, en una etapa inicial de la investigación se levantó información a partir de la aparición en prensa de nueve casos investigados por corrupción en Chile, a saber: caso Penta, caso Soquimich, caso Caval, caso Milicogate, caso Tata, caso Fragatas, caso Corpesca, caso Pacogate y caso Basura. Con esos antecedentes se construyó una base de datos y se sistematizó principalmente la siguiente información:

- Revelación del caso
- Delitos de corrupción cometidos
- Cantidad de personas involucradas
- Tipo de personas involucradas, es decir, si se trataba de políticos, empresarios, autoridades de elección popular, funcionarios públicos, etc.
- Monto aproximado de dineros comprometidos
- Estado de la investigación y/o del proceso judicial
- Aplicación de herramientas como delación compensada o protección de informantes
- Órganos e instituciones involucradas en la investigación y persecución penal, incluyendo querellantes
- Condenas impuestas
- Existencia y aplicación de medidas cautelares
- Duración de la causa

De todos los casos que se incluyeron a la base de datos, se seleccionaron preliminarmente aquellos que, en principio, permiten obtener un reflejo lo más completo posible del funcionamiento del sistema de justicia criminal, en atención a las variables que en esta investigación se busca medir. Para dicha selección se definieron seis criterios:

1. Existencia de juicio terminado y sentencia. Se entendió necesario que al menos en uno de los casos seleccionados por país hubiese habido juicio y dictación de sentencia, fuera esta condenatoria o absolutoria, sin necesidad de que se encuentre ejecutoriada ni se haya comenzado a cumplir en caso de que sea condena.

2. Que estén involucrados altos cargos de Gobierno, políticos o empresariales. Es necesario que los involucrados en hechos de corrupción hayan detentado altos cargos de Gobierno, sean políticos o expolíticos que hayan cometido delito mientras se encontraban ejerciendo un cargo público, o bien, empresarios de renombre en el país de estudio.

3. Existencia de una organización para cometer el delito. Para cometer los delitos de corrupción debe existir una estructura dispuesta para ello, un entramado diseñado para incurrir en estos hechos. Por ejemplo, la División de Operaciones Estructuradas que tenía la empresa Odebrecht para negociar las licitaciones.

4. Impacto sobre una actividad económica o de alta connotación social. Que la comisión de hechos de corrupción provoque impacto en una actividad económica determinada o tenga alta connotación social, ya sea en el nivel local o nacional. No basta cualquier repercusión, es necesario que tenga cierta magnitud, por ejemplo, el caso IGSS de Guatemala, en el que se favoreció a determinados proveedores de medicamentos a cambio de comisiones, generó un detrimento a la idoneidad del servicio que debía prestarse y efectos económicos negativos a los usuarios del servicio. Respecto de la connotación social, existen ejemplos como el caso Odebrecht, que debido al involucramiento de varios países de Latinoamérica y la cantidad de personas involucradas alcanzó alto impacto social tanto en Brasil como en los otros países. Otro ejemplo es el caso La Línea, por la calidad de las personas involucradas y las consecuencias que acarreó, como la destitución del presidente.

5. Patrón sistemático. Tiene que haber sistematicidad en el caso, lo que comprende tanto la reiteración en el tiempo de los hechos de corrupción, como de los involucrados y, finalmente, el ámbito dentro del cual se producen los hechos corruptos. Se excluyeron casos aislados o que corresponden a

un comportamiento muy específico que no necesariamente da cuenta de aspectos estructurales de funcionamiento del sistema institucional.

6. Involucramiento amplio del aparato de persecución penal. La investigación y persecución penal de estos casos debe haberse llevado adelante utilizando diversos componentes del aparato de persecución penal (policía especializada, fiscalía especializada, por ejemplo) y en lo posible alguna de las herramientas especiales que el sistema contempla para la persecución de la corrupción (delación compensada, cooperación internacional, por ejemplo), y no simplemente como cualquier otro delito común. Se espera se trate de casos que, considerando la naturaleza del delito investigado, han supuesto el despliegue de un plan de persecución elaborado y coordinado por parte del aparato persecutor.

Los casos que mejor satisficieron estos seis criterios fueron cinco: caso Penta, caso SQM, caso Fragatas, caso Corpesca y caso Basura.

Tabla 1

Aplicación de criterios en los casos de Chile

Casos de Chile	Existencia de juicio y sentencia	Calidad de involucrados: altos cargos de Gobierno, políticos o expolíticos, empresarios	Existencia de organización destinada a la comisión de ilícitos	Impacto sobre actividad económica determinada o alta connotación social	Patrón sistemático (tiempo, involucrados, ámbito)	Involucramiento amplio del aparato de persecución penal
Caso Penta	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Caso Soquimich	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Caso Caval	Sí	Sí	NO	Sí	NO	NO
Caso Milicogate	Sí	NO	Sí	Sí	Sí	NO

Anexos

Casos de Chile	Existencia de juicio y sentencia	Calidad de involucrados: altos cargos de Gobierno, políticos o expolíticos, empresarios	Existencia de organización destinada a la comisión de ilícitos	Impacto sobre actividad económica determinada o alta connotación social	Patrón sistemático (tiempo, involucrados, ámbito)	Involucramiento amplio del aparato de persecución penal
Caso Tata	SÍ	SÍ	NO	SÍ	NO	NO
Caso Fragatas	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Caso Corpesca	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Caso Pacogate	NO	NO	SÍ	SÍ	SÍ	NO
Caso Basura	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ	NO

Fuente: Elaboración propia.

Tinker
Foundation

 **ESPACIO
PÚBLICO**