



Revista de Derecho (Valdivia)

ISSN: 0716-9132

revider@uach.cl

Universidad Austral de Chile

Chile

Calderón, Guillermo Oliver

¿Aplicabilidad en el actual sistema procesal penal de las medidas cautelares personales especiales en materia de delitos contra la indemnidad sexual?

Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIX, núm. 1, junio, 2016, pp. 257-274

Universidad Austral de Chile

Valdivia, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173746326012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿Aplicabilidad en el actual sistema procesal penal de las medidas cautelares personales especiales en materia de delitos contra la indemnidad sexual?

*Guillermo Oliver Calderón**

RESUMEN

El presente trabajo examina la naturaleza jurídica de las medidas de protección del ofendido por ciertos delitos de significación sexual, contempladas en el artículo 372 ter del Código Penal. Analiza también la procedencia o improcedencia de aplicar tales medidas en la sustanciación de causas conforme al Código Procesal Penal, cuestión que es respondida negativamente.

Medidas cautelares – protección a la víctima – delitos sexuales

Applicability in the current penal procedural system of the special personal precautionary measures respect of offenses against the sexual indemnity?

ABSTRACT

This paper examines the legal nature of the measures of protection of the victim of certain crimes of sexual significance, referred to in article 372 ter of the Penal Code. Also analyzes the appropriateness or inappropriateness of the implementation of such measures in the substantiation of cases according to the Penal Procedural Code, a question that is answered negatively.

Precautionary measures – protection of the victim – sexual offenses

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: guillermo.oliver@ucv.cl.

Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación Fondecyt N° 1130422, “Formulación de una teoría general de las medidas coercitivas contra el imputado en el proceso penal con base en el derecho procesal penal chileno: estudio dogmático y crítico”, en el que su autor se desempeña como investigador responsable.

Artículo recibido el 4 de marzo de 2015 y aceptado para su publicación el 21 de enero de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 372 ter del Código Penal establece la posibilidad de disponer medidas de protección para la víctima y su familia en procesos por ciertos delitos de significación sexual. Según su tenor:

“En los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél”.

Del tenor de esta disposición, ubicada en el Párrafo 7 del Título VII del Libro Segundo del Código Penal, se colige que su ámbito de aplicación está constituido por procesos penales seguidos por delitos de violación (arts. 361 y 362), estupro (art. 363), sodomía (art. 365), abuso sexual directo agravado (art. 365 bis), abuso sexual directo simple (arts. 366 y 366 bis), abuso sexual indirecto (art. 366 quáter), producción de pornografía infantil (art. 366 quinquies), favorecimiento de la prostitución de menores de edad (art. 367) y obtención de servicios sexuales de menores de edad por precio (art. 367 ter). Como se puede ver, el precepto es aplicable en procesos penales por los impropriamente denominados “delitos sexuales”¹. Sin embargo, en atención a la ubicación de las disposiciones que los tipifican, algunos de dichos delitos no quedan cubiertos, a saber: violación con homicidio (art. 372 bis), ultrajes públicos a las buenas costumbres (arts. 373, 374 y 495 Nº 5), difusión y almacenamiento de pornografía infantil (art. 374 bis) e incesto (art. 375).

La finalidad de este breve trabajo es doble: por un lado, examinar la naturaleza de las medidas contempladas en el artículo 372 ter del Código Penal y la consistencia de este precepto con el régimen de las medidas cautelares personales del Código Procesal Penal, y por otro, decidir si es o no correcto aplicar tal disposición en el actual sistema procesal penal.

¹ Respecto de lo incorrecto del uso de la expresión “delitos sexuales”, utilizada por el Código Penal en el epígrafe del Párrafo 6 del Título VII de su Libro Segundo, véase De Rivacoba y Rivacoba, M., “Prólogo a la primera edición”, en Rodríguez, L., *Delitos sexuales*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pp. 9-10; Etcheberry, A., “Presentación”, en Tobar, J. C., *Violencia sexual. Análisis de la nueva ley*, Pehuén – Universidad Católica de Temuco, Santiago, 1999, p. 9.

II. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 372 TER DEL CÓDIGO PENAL

En general, la doctrina atribuye a las medidas previstas en el artículo 372 ter del Código Penal la naturaleza de medidas cautelares personales². Aceptando la definición de medidas cautelares personales que las entiende como “aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento”³, en principio, podría estimarse de recibo aquella calificación, ya que es evidente que las medidas contempladas en el citado artículo 372 ter suponen una restricción de la libertad ambulatoria del imputado.

Sin embargo, la calificación de tales medidas como medidas cautelares resulta problemática, porque para ello es necesario admitir que la protección de la víctima es un fin del procedimiento penal, afirmación no compartida por la generalidad de los autores. La mayor parte de la doctrina acostumbra señalar que solo dos son los fines del procedimiento penal, ninguno de estos se identifica con la protección del ofendido por el delito: la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal⁴. Por eso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aludiendo a la prisión preventiva, ha sostenido que solo son fundamentos legítimos de esta medida cautelar “los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial”⁵.

En atención al primer fin del procedimiento (*correcta averiguación de la verdad*), sería legítimo imponer una medida cautelar si existiera un riesgo de que el imputado destruyera medios de prueba, pero en tal evento la medida tendría que durar el tiempo estrictamente necesario para poder asegurar la evidencia, tras ello el imputado debería recuperar su plena libertad. Además, dicho peligro tendría que ser concreto, de modo que el tribunal que imponga la medida pueda precisar la determinada diligencia que corre riesgo⁶.

² Así, Politoff, S.; Matus, J. P.; Ramírez, M. C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, reimpresión 2012, p. 292; Balmaceda, G., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Librotecnia, Santiago, 2014, p. 247; González, M. A., *Regulación penal del meretricio*, Librotecnia, Santiago, 2009, p. 186; Aguilar, C., *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2014, pp. 108-110. Véase, sin embargo, del mismo autor, *Delitos sexuales*, 2ª edición, Editorial Metropolitana, Santiago, 2012, p. 242, donde denomina a estas medidas, simplemente, como “medidas de protección a favor de la víctima”. De esta última forma también las denomina Tobar, J. C., *Violencia sexual. Análisis de la nueva ley*, Pehuén – Universidad Católica de Temuco, Santiago, 1999, p. 73.

³ López, J., en Horvitz, M. I.; López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 344-345.

⁴ *Idem*, pp. 346-347. Similar, Tavorari, R., *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 405-406.

⁵ Véase el informe N° 35/07 de la mencionada Comisión, párrafo 81.

⁶ Cfr. Maturana, C.; Montero, R., *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 439.

En todo caso, bien podría cuestionarse la legitimidad de una medida cautelar fundada en un peligro para el éxito de la investigación, ya que, en general, el Estado cuenta con medios idóneos para evitar que el imputado destruya material probatorio⁷. No es casual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9 N° 3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7 N° 5) no hagan alusión alguna a esta hipótesis y que solo se refieran al peligro de fuga del imputado, como supuesto de aplicación de la prisión preventiva.

El segundo fin del procedimiento (*actuación de la ley penal*) es el que mayor nivel de adhesión concita, como objetivo posible de alcanzar mediante una restricción de derechos del inculpado. La existencia de un peligro de fuga del imputado es el supuesto de aplicación de medidas cautelares que menos discusión suscita⁸. Por algo los recién mencionados tratados internacionales se refieren expresamente a esta hipótesis como un supuesto en que puede afectarse la libertad personal del imputado.

A pesar de todo, algunos autores afirman que también es un fin del procedimiento penal la *prevención inmediata del hecho concreto objeto del proceso*⁹. Por ejemplo, la evitación de la consumación si el proceso penal se lleva adelante por un delito tentado, o de las consecuencias posteriores de un delito consumado. De aceptarse esta idea, una medida cautelar podría fundarse en la existencia de un peligro para la seguridad de la víctima, por lo que las medidas del artículo 372 ter del Código Penal bien podrían ser catalogadas como medidas cautelares.

En las legislaciones procesales penales de distintos países, especialmente en la regulación de la prisión preventiva o provisional, es posible hallar también otros supuestos de procedencia de esta medida que nada tienen que ver con los fines del procedimiento penal, como la alarma pública que el hecho investigado haya producido o el riesgo de que el imputado cometa otros delitos (por ejemplo, el artículo 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España).

Con todo, un sector de la doctrina defiende la posibilidad de vincular el peligro de comisión de nuevos delitos con fines del procedimiento, señalando que “la reiteración delictiva también puede frustrar las expectativas de una sentencia de condena que pretenda dictarse por el primer delito cometido, razón por la que lo cierto es que dicha posible reiteración crea una situación cautelable [...]. [L]a reiteración delictiva solamente puede ser un presupuesto de la prisión provisional en los casos en que efectivamente dicha reiteración vaya a producir la frustración de esa sentencia, básicamente porque el nuevo delito provoque situaciones irreversibles, o bien que hacen ilusoria la primera condena que llegue a dictarse”¹⁰.

⁷ Así, Binder, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 199.

⁸ Lo reconoce, a propósito de la prisión preventiva, Chahuán, S., *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, LegalPublishing, Santiago, 2012, p. 257.

⁹ En este sentido, Maier, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Vol. I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 281.

¹⁰ Nieva, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer – B de F, Buenos Aires, 2012, p. 190.

En el caso de la regulación chilena, es posible colegir, a partir de lo dispuesto en el Código Procesal Penal, que para el legislador las medidas de privación o restricción de la libertad personal del imputado que el tribunal puede disponer para proteger a la víctima no se orientan a alcanzar fines del procedimiento, por lo que mal podrían ser consideradas por la doctrina como verdaderas medidas cautelares¹¹. En efecto, tras indicar el primer inciso del artículo 122 que “[l]as medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento”, el segundo inciso del artículo 139 agrega que la prisión preventiva podrá imponerse “cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”. La contraposición que la ley hace entre, por un lado, las finalidades del procedimiento y, por otro, la seguridad del ofendido (o de la sociedad) abona la idea de que la protección a la víctima no forma parte de dichos fines.

No obstante, el hecho de que las medidas privativas o restrictivas de la libertad personal del imputado que el tribunal puede decretar para proteger a la víctima aparezcan reguladas junto con otras medidas que claramente se orientan a asegurar auténticos fines del procedimiento, dentro de un mismo título (Título V del Libro Primero del Código Procesal Penal), cuyo epígrafe reza “Medidas cautelares personales”, sugiere que la expresión “medida cautelar” puede ser tomada en más de un sentido, tal como un sector de la doctrina lo ha puesto de relieve.

En efecto, desde hace ya varios años se ha constatado y criticado un fenómeno que puede considerarse parte del llamado “expansionismo penal”. Como es sabido, con esta denominación se pretende aludir a una tendencia neocriminalizadora presente en las legislaciones penales de muchos países en el último tiempo, que consiste en la creación de nuevos tipos penales, agravación de tipos penales existentes, excesiva utilización de elementos normativos en los tipos penales, anticipación de la tutela penal, creación de nuevos bienes jurídico-penales, flexibilización de las reglas de imputación penal, proliferación de delitos de peligro abstracto y restricción de garantías penales y procesales penales, entre otras notas características de dicho fenómeno¹². Pues bien, una proyección de esta tendencia expansiva podría ser apreciada en la regulación de las medidas cautelares, toda vez que en las últimas décadas se ha constatado una suerte de expansión de la concepción cautelar al interior del proceso penal. Bajo la denominación “medidas

¹¹ Lo sugieren Marín, J. C., “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, 2002, pp. 18, 38-39: “En estricto rigor es discutible que todas encuadren en lo que en doctrina se reconocen como medidas cautelares personales” (p. 18); Maturana, C.; Montero, R., *Derecho Procesal Penal*, tomo I, p. 426: “Desde esta perspectiva si la medida se aleja de los fines de aseguramiento, ya sea de la comparecencia, ya de la fuga, ya del éxito de la investigación, no corresponde hablar de medidas cautelares”. Lo mismo sugiere Carocca, Á., *Manual El nuevo sistema procesal penal chileno*, 4ª edición, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 113-114, aunque lo hace respecto de las medidas que apuntan a conjurar un peligro para la seguridad de la sociedad, especialmente la prisión preventiva.

¹² Cfr. Silva, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 20-21.

cautelares”, las legislaciones procesales penales de distintos países han incluido medidas que apuntan a alcanzar fines completamente desvinculados de la eficacia del proceso, tales como “la satisfacción de un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (medida de prevención general, en el sentido de pretender dar ejemplo para tranquilizar a la sociedad o amedrentar a los posibles delincuentes) o de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculpado (prevención especial), o incluso medidas específicas destinadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida o a su familia (preventivas personales)”¹³.

Conviene precisar que estas otras medidas que no tienen naturaleza cautelar y que pueden ser tanto preventivas como prohibitivas tienen en común con las medidas verdaderamente cautelares el hecho de que son lesivas de derechos fundamentales¹⁴ y poseen un carácter coercitivo, en cuya virtud el imputado puede verse obligado a padecerlas mediante el uso de la fuerza. En este sentido, se trata de especies de un género más amplio integrado por todas las medidas coercitivas que en un proceso penal pueden ser decretadas, género en el que también se incluyen las diligencias de investigación de carácter intrusivo y el arresto de testigos o peritos¹⁵.

En todo caso, en honor a la verdad, al menos en nuestra legislación, siempre se ha contemplado la posibilidad de disponer en el proceso penal una afectación de derechos del imputado desvinculada de los clásicos fines del procedimiento. Por ejemplo, el primer inciso del artículo 386 del texto original del Código de Procedimiento Penal establecía que “[n]o se concederá la libertad provisional al detenido o preso, cuando la detención o prisión sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad de la persona del ofendido”¹⁶. En consecuencia, no parece que la mencionada expansión a fines no cautelares sea una auténtica novedad entre nosotros. Lo que, en cambio, sí resulta novedoso es el uso, por parte del legislador, de la expresión “medidas cautelares” para aludir a aquellas medidas que no apuntan a alcanzar los fines

¹³ Barona, S., “Las medidas cautelares”, en Montero, J.; Gómez, J. L.; Montón, A.; Barona, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 22ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 478-479. Véase también, de la misma autora, “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares penales?”, en *Revista del Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, p. 239. Para una visión sintética de distintas opiniones emitidas en la doctrina española acerca de las diferencias entre las verdaderas medidas cautelares y estas otras medidas, puede verse Pujadas, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 22-25. En particular sobre la concurrencia de fines cautelares y preventivos en la prisión preventiva, véase Guerra, C., *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 65-72.

¹⁴ Destaca esta última característica, a propósito de las medidas del artículo 372 ter del Código Penal, Garrido, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 369.

¹⁵ Cfr. Barona, S., “Las medidas cautelares”, pp. 479-481. Véase también López, J., en Horvitz, M. I.; López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, p. 345. Cfr. Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Córdoba G. y Pastor, D., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 250, quien clasifica las medidas coercitivas que pueden adoptarse en un proceso penal en distintos grupos, en atención a los diversos derechos fundamentales que pueden ser objeto de intromisión.

¹⁶ El destacado en cursivas es mío.

del procedimiento, como las que procuran conjurar un peligro para la seguridad del ofendido o de la sociedad; eso lo hizo el Código Procesal Penal¹⁷⁻¹⁸.

En suma, las medidas destinadas a proteger al ofendido y su familia, contempladas en el artículo 372 ter del Código Penal, no constituyen verdaderas medidas cautelares, sino que se trata de medidas coercitivas que pueden decretarse en procesos penales por ciertos delitos de significación sexual; concretamente, son medidas de coerción de carácter preventivo. Pero en atención a su similitud con algunas de las medidas previstas en el artículo 155 del Código Procesal Penal –semejanza que examino a continuación– y al hecho de que este último cuerpo normativo utiliza la expresión “medidas cautelares personales” para referirse a todas las medidas reguladas en tal disposición, bien puede la doctrina seguir llamándolas medidas cautelares (*lato sensu*), cuidando, eso sí, no incurrir en el error de confundir su verdadera naturaleza jurídica.

III. COMPARACIÓN DE LAS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 372 TER DEL CÓDIGO PENAL CON LAS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 155 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como ya lo he adelantado, las medidas mencionadas en el artículo 372 ter del Código Penal son muy parecidas a algunas de las reguladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal. Así, la “sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal”, es idéntica a la medida prevista en la letra b) del citado artículo del Código Procesal Penal. A su turno, “la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido” constituye una especificación de la medida contemplada en la parte final de la letra e) del mencionado artículo 155¹⁹, que consiste en la “prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares”. Por último, “la prohibición de aproximarse al ofendido o a su

¹⁷ Esto no quiere decir que el Código de Procedimiento Penal no utilice la expresión “medidas cautelares personales”. Si bien su texto original no la contenía –el epígrafe del Título IV de su Libro II rezaba, simplemente, “De la citación, detención y prisión preventiva”, y tras la modificación efectuada por la Ley N° 18.288, de 21 de enero de 1984, pasó a rezar “De la citación, detención, prisión preventiva y del arraigo”–, la Ley N° 19.503, de 5 de junio de 1997, modificó su artículo 363, incorporando un nuevo inciso segundo que incluía criterios que el juez podía considerar para estimar la libertad del imputado peligrosa para la seguridad de la sociedad, dentro de los cuales estaba “el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal”. Tras la modificación que a dicho artículo hizo la Ley N° 19.661, de 10 de febrero de 2000, el referido criterio pasó a estar mencionado en su inciso tercero.

¹⁸ Según un sector de la doctrina, la incorporación del término “medidas cautelares” en el Código Procesal Penal se hizo para recalcar “el carácter asegurativo, excepcional e instrumental de estas medidas, derivado de la presunción de inocencia –establecida en el art. 4° del Código–, y además por ser un concepto más moderno y comúnmente utilizado a nivel de derecho comparado”. Durán, R., *Medidas cautelares personales en el proceso penal*, 2ª edición, Librotecnia, Santiago, 2007, p. 109, nota 62.

¹⁹ Así lo consideran Guzmán, K.; Soto, F., “Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 40, septiembre 2009, p. 143.

familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél” es igual a la medida de la letra g) del mismo artículo 155. Esta similitud ha hecho que alguna jurisprudencia aplique a las medidas del artículo 372 ter del Código Penal lo dispuesto en el inciso final del artículo 155 del Código Procesal Penal, especialmente lo relativo a la impugnación de tales medidas, entendiendo que cabe respecto de aquellas el recurso de apelación²⁰.

Sin embargo, saltan a la vista tres importantes diferencias entre la regulación de las medidas contempladas en el artículo 372 ter del Código Penal y la de las medidas previstas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, más allá de los distintos delitos a los que unas y otras pueden aplicarse (solo a ciertos delitos “sexuales” las primeras, a cualesquiera delitos las segundas): en primer lugar, mientras aquellas pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso, estas solo pueden ser impuestas después de formalizada la investigación; en segundo término, mientras aquellas pueden ser dispuestas de oficio o a petición de parte, estas solo pueden ser ordenadas a petición del fiscal, del querellante o de la víctima, y por último, mientras aquellas no son taxativas, pudiendo el juez imponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, estas configuran un listado cerrado, sin que puedan decretarse medidas que no estén previstas expresamente en la ley.

La existencia de estas importantes diferencias entre unas y otras medidas invita a reflexionar acerca de la corrección de aplicar en el actual sistema procesal penal lo dispuesto en el artículo 372 ter del Código Penal.

IV. INAPLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 372 TER DEL CÓDIGO PENAL EN EL ACTUAL SISTEMA PROCESAL PENAL

En la sustanciación de las causas penales sometidas a la regulación del Código Procesal Penal es frecuente que se soliciten y decreten medidas de protección de la víctima y su familia, en aplicación de lo previsto en el artículo 372 ter del Código Penal. Ello ha permitido la imposición de tales medidas aun antes de la formalización de la investigación, e incluso ha sido usual su aplicación junto con la sentencia condenatoria, brindando protección al ofendido más allá de ella, especialmente cuando el condenado ha sido beneficiado con medidas alternativas al cumplimiento efectivo de penas privativas o restrictivas de libertad (hoy penas sustitutivas a penas privativas o restrictivas de libertad), según la Ley Nº 18.216²¹.

Según mi opinión, es muy discutible la constitucionalidad del artículo 372 ter del Código Penal, por lo que resulta dudoso que sea correcto aplicarlo, tanto en el sistema

²⁰ Véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 23 de agosto de 2012, dictada en la causa rol Nº 1133-2012, citada por Vargas, T. (dir.), *Código Penal*, 3ª edición, LegalPublishing/Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 384.

²¹ Lo corroboran Guzmán, K.; Soto, F., “Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales”, p. 144.

del Código de Procedimiento Penal como en el regulado por el Código Procesal Penal. En todo caso, lo que sí parece evidente es que no puede ser aplicado en el actual sistema procesal penal, porque ha sido tácitamente derogado con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.

Por lo que respecta a la constitucionalidad del precepto, debe tenerse en cuenta que la Carta Fundamental establece en la letra b) de su artículo 19 N° 7°, que “[n]adie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. La inadecuación del precepto legal a la normativa constitucional se manifiesta en el hecho de que permite al juez disponer las medidas de protección del ofendido y su familia *que estime convenientes*. Como la ley tolera que el juez pueda, para proteger a la víctima y su grupo familiar, adoptar cualesquiera medidas restrictivas de la libertad del imputado, se vulnera la Constitución, porque la *forma* de dicha restricción de libertad no está en la Carta Fundamental ni en la ley, sino que queda completamente entregada a la decisión del juez²².

Tal vez la única manera de sostener la constitucionalidad de la parte cuestionada del artículo 372 ter del Código Penal sea interpretándola con arreglo a la Carta Fundamental, entender que la adopción de otras medidas distintas de las expresamente mencionadas en el precepto solo es posible cuando no se traduzcan en una privación o restricción de libertad del inculpado. Pero en tal evento, como es obvio, la medida que se impusiera no sería una medida cautelar personal, ni siquiera en el sentido lato que se ha expuesto más arriba, sino solo una medida de coerción, porque no afectaría la libertad personal del imputado.

En relación con la derogación tácita del artículo 372 ter del Código Penal (precepto que fue incorporado por la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999) a partir de la entrada en vigor del Código Procesal Penal (lo que ocurrió en forma gradual para las distintas regiones del país en diversas fechas entre los años 2000 y 2005), esta conclusión se obtiene con claridad al contrastar aquella disposición con algunos aspectos de este último cuerpo normativo. En primer lugar, es evidente la discordancia normativa en cuanto al momento en que pueden decretarse las medidas cautelares. Varios son los preceptos de este último Código de los que se desprende la exigencia de que la investigación esté formalizada para que puedan disponerse medidas cautelares personales, como el artículo 132 incisos segundo y tercero, el encabezado del artículo 140, el artículo 142 incisos primero y segundo, el encabezado del artículo 155 y el artículo 230 inciso segundo. Es manifiesta la contradicción entre estos preceptos y el artículo 372 ter del Código Penal, el que permite la imposición de las medidas que prevé “en cualquier momento”, razón por la que este último precepto debe estimarse tácitamente derogado o, al menos, inaplicable en el actual sistema procesal penal. Parafraseando al

²² Cfr. Cea, J. L., *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012, p. 263, quien comentando la letra b) del artículo 19 N° 7° de la Constitución Política de la República, señala que “[l]as formas de practicar las restricciones y privaciones aludidas se hallan previstas, principalmente, en los artículos [...] del Código Procesal Penal”. Véase también Silva, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XII, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 28-29.

legislador del Código Civil (art. 52), la nueva ley (el Código Procesal Penal) contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior (el artículo 372 ter del Código Penal).

Esta contradicción normativa es idéntica a la que existe entre los recién citados artículos del Código Procesal Penal y el artículo 15 de la Ley Nº 20.066, de 7 de octubre de 2005, sobre violencia intrafamiliar. Este último precepto establece que “[e]n cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la ley Nº 19.968 y las aludidas en el artículo 7º de esta ley”. Sin embargo, esta discordancia normativa no conduce a la misma conclusión que en el caso anterior, porque la Ley Nº 20.066 es posterior al Código Procesal Penal, sino que se resuelve conforme al adagio según el cual la ley especial posterior prevalece sobre la ley general anterior²³.

Lo mismo puede decirse respecto del contraste entre dicho Código y el artículo 27 letra a) de la Ley Nº 20.000, de 16 de febrero de 2005, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Esta disposición faculta al Ministerio Público para solicitar al juez de garantía, sin comunicación previa al afectado, antes de la formalización de la investigación, que se impida la salida del país, por un plazo máximo de sesenta días, de quienes se sospeche fundadamente que se encuentran vinculados con alguno de los delitos previstos en dicha ley. Se trata de una ley especial posterior, que prevalece sobre el Código Procesal Penal.

En segundo lugar, es patente la contradicción en cuanto a la legitimación activa. Son varios los preceptos del Código Procesal Penal de los que emana la exigencia de que para que se decreten medidas cautelares, debe solicitarse su imposición, sin que puedan ser ordenadas de oficio, como el artículo 127 (a propósito de la detención), el artículo 132 (en relación con cualquier medida cautelar), el encabezado del artículo 140, el artículo 141 inciso final última parte y el artículo 142 (a propósito de la prisión preventiva), el encabezado del artículo 155 (a propósito de las otras medidas cautelares personales), el artículo 156 bis (a propósito de la medida cautelar especial de suspensión de la facultad de emitir licencias médicas) y el artículo 157 (a propósito de las medidas cautelares reales). El artículo 372 ter del Código Penal, que permite al juez disponer de oficio las medidas que prevé, pugna con todas las disposiciones recién citadas del Código Procesal Penal, razón por la que debe verse aquí otro motivo para considerarlo tácitamente derogado o, por lo menos, inaplicable en el actual sistema procesal penal.

Por último, es evidente la discordancia en cuanto a la taxatividad del listado de medidas susceptibles de decretarse. El artículo 155 del Código Procesal Penal permite imponer al imputado una o más de las medidas allí mencionadas. Se trata de un catálogo cerrado, lo que guarda armonía con lo que dispone el artículo 5º del mismo Código, el

²³ Nótese, en todo caso, que el artículo 15 de la Ley Nº 20.066 incurre en el mismo vicio de inconstitucionalidad que el artículo 372 ter del Código Penal.

que, parafraseando al constituyente, establece que “[n]o se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”. El hecho de que el artículo 372 ter del Código Penal no fije un listado taxativo de medidas y mencione algunas solo a título ejemplar, constituye otra razón más para estimarlo derogado tácitamente o, por lo menos, inaplicable en el juzgamiento de las causas sustanciadas conforme al Código Procesal Penal.

Las constatadas diferencias entre el artículo 372 ter del Código Penal y el Código Procesal Penal demuestran que el campo de aplicación de dicho precepto es exclusivamente el del sistema de enjuiciamiento regulado en el Código de Procedimiento Penal²⁴. Varios argumentos adicionales refuerzan la misma idea.

Por un lado, no parece compatible con una pretendida aplicación general de tal disposición en el actual sistema procesal penal, el hecho de que su tenor literal aluda únicamente al *juez*, porque ello pugna con lo que establece el artículo 69 del Código Procesal Penal, según el cual, cuando este último Código hiciera referencia al juez, se entenderá que se alude exclusivamente al juez de garantía, salvo que se disponga expresamente lo contrario. Frente a ello solo caben tres posibilidades interpretativas: a) la primera es entender que el artículo 372 ter del Código Penal es aplicable en el actual sistema procesal penal, pero que únicamente el juez de garantía puede decretar las medidas allí previstas. Esta alternativa debe descartarse, porque conduce al absurdo de que un tribunal de juicio oral en lo penal no podría proteger al ofendido y a su familia con aquellas medidas, restringiendo en buena parte el ámbito de aplicación del derecho de la víctima a “[s]olicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia” [art. 109 letra a) CPP], al limitarlo solo a las etapas de investigación y de preparación del juicio oral. b) La segunda posibilidad es derechamente prescindir de lo que dispone el artículo 69 del Código Procesal Penal y entender que el artículo 372 ter del Código Penal es aplicable sin limitaciones en el actual sistema procesal penal, por lo que tanto el juez de garantía como el tribunal de juicio oral en lo penal podrían imponer las mencionadas medidas. Esta alternativa también debe descartarse, no solo porque importa desatender el artículo 69 del Código Procesal Penal, sino también porque implica pasar por encima del artículo 5° de este mismo cuerpo normativo, que consagra el principio de legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad, establece un mandato de interpretación restrictiva de las disposiciones que permiten restringir la libertad u otros derechos del imputado y proscribire su aplicación por analogía²⁵. c) La tercera alternativa es entender que la referencia al juez

²⁴ Parece sugerir lo contrario Rodríguez, L., *Delitos sexuales*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 420, al sostener que “[e]n cuanto a los sujetos aludidos por la norma, es claro que al hablar de *implicado* se hace referencia, desde un punto de vista procesal, tanto al *imputado* como al *formalizado*” (las cursivas se encuentran en el original).

²⁵ Por eso discrepo del planteamiento de Guzmán, K.; Soto, F., “Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales”, p. 144, según quienes, “atendiendo a lo ya dicho a propósito de la importancia de la dictación de estas medidas después de la sentencia definitiva y a

solo puede significar una alusión al juez del crimen, por lo que el artículo 372 ter del Código Penal únicamente resulta aplicable en los procesos penales que se llevan adelante según el Código de Procedimiento Penal. Esta última posibilidad interpretativa es, a mi juicio, la correcta, porque no suscita las críticas que generan las dos anteriores y toma en cuenta las diferencias explicadas más arriba entre dicho precepto y la regulación de las medidas cautelares personales del Código Procesal Penal.

Además, un argumento sistemático también apoya esta conclusión. El artículo 369 bis del Código Penal, que fue intercalado en dicho cuerpo normativo por la misma ley que agregó el artículo 372 ter (Ley Nº 19.617, de 1999), establece que “[e]n los procesos por los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica”. Dicho artículo 369 bis, que obligaba a los jueces del crimen a apreciar la prueba según los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados²⁶, supuso en su momento un importante cambio en la forma de valorar la prueba en procesos penales por los denominados delitos “sexuales”, ya que alteró la regla general contenida en el Código de Procedimiento Penal, según la cual los medios probatorios debían ser apreciados del modo que en cada caso indicaba dicho Código, conforme al sistema de prueba legal o tasada. Pero, como es sabido, actualmente tal disposición carece de utilidad práctica, ya que según el Código Procesal Penal, “[l]os 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” (art. 297 inc. 1º); solo puede ser aplicada en las causas penales que continúan tramitándose según el Código de Procedimiento Penal. Pues bien, así como es obvio que el artículo 369 bis solo puede aludir al juez del crimen, también lo es que el artículo 372 ter únicamente puede referirse al mismo juez, máxime si ambas disposiciones fueron incorporadas en el Código Penal *por una misma ley*. Para que este último precepto sea aplicable en el actual sistema procesal penal, sería necesario que se le modificara y se le introdujera alguna referencia expresa al nuevo proceso penal. Por algo el artículo 369 ter del Código Penal, disposición de evidente naturaleza procesal que regula ciertas diligencias de investigación de carácter intrusivo y que fue incorporada *después* de la publicación del Código Procesal Penal, mediante la Ley Nº 19.927, de 14 de enero de 2004, hace alusiones explícitas al nuevo sistema, al hacer referencia, por ejemplo, al “Ministerio Público” y a “lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal”.

Finalmente, un argumento de índole histórica reafirma la inaplicabilidad del artículo 372 ter del Código Penal en el actual sistema procesal penal. El proyecto de ley, presentado por mensaje presidencial de 3 de agosto de 1993, que dio inicio a la tramitación parlamentaria de la que llegó a ser la Ley Nº 19.617, contemplaba en el

lo desfasado que es el señalamiento al ‘juez’ que hace al (sic) art. 372 ter, [...] no existen inconvenientes prácticos ni legales para sostener la competencia de los tribunales orales en esta materia”.

²⁶ Cfr. Vargas, T. (dir.), *Código Penal*, pp. 378-379. En relación con el sistema probatorio del Código Procesal Penal, véase, por todos, Castro, J., *Introducción al Derecho Procesal Penal chileno*, 2ª edición, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 479.

número 5 de su artículo 1º, un nuevo artículo 372 bis, que fue el antecedente del actual artículo 372 ter y cuyo tenor era el siguiente:

“El Juez, de oficio o a petición de parte, podrá adoptar, por resolución fundada, alguna de las siguientes medidas:

- a) Suspender la habitación del presunto agresor en la vivienda que constituye el hogar del grupo familiar, si estima que la continuación de la convivencia constituye un grave riesgo para la integridad física o psíquica de alguno de sus integrantes.
- b) Prohibir el acceso del presunto agresor al domicilio o lugar de trabajo del ofendido, o al establecimiento educacional de los menores.
- c) Ordenar la asistencia del presunto agresor a programas educativos o terapéuticos.
- d) Ordenar la realización de trabajos de servicio a la comunidad, en la Municipalidad correspondiente al domicilio del agresor.

Las medidas anteriores podrán decretarse por el Juez en cualquier estado de la causa como medidas de protección del ofendido, o como alternativas a la pena privativa de libertad, cuando fundadamente en su sentencia estimare que la privación de libertad del agresor resulta más perniciosa para su rehabilitación y para los intereses de la parte ofendida. La libertad decretada bajo estos fundamentos podrá dejarse sin efecto por el Juez para el caso de que el agresor no cumpla con las medidas alternativas a que se refiere este artículo.

El presunto agresor que no cumpla con las medidas alternativas descritas precedentemente no podrá solicitar beneficios alternativos para el cumplimiento de la pena. Las medidas alternativas se cumplirán en la forma que indique el reglamento respectivo”.²⁷

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en su informe de 5 de julio de 1995, acordó reformular la disposición para, entre otros fines, distinguir adecuadamente entre las medidas cautelares que el juez puede ordenar durante la tramitación del proceso y las medidas alternativas a las penas privativas de libertad que puede imponer en la sentencia. De este modo, propuso a la Cámara de Diputados aprobar el siguiente texto:

“En los delitos establecidos en los tres párrafos anteriores, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado de la causa y como medida de protección del ofendido y demás miembros del grupo familiar, disponer su concurrencia a programas terapéuticos o educativos, u ordenar la suspensión de la cohabitación o de la vida en común, por el tiempo que estime necesario, debiendo el inculcado, procesado o acusado hacer abandono de la vivienda común.

²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.617*, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=138814>, p. 12.

Asimismo y con la misma finalidad, podrá prohibir el acceso del presunto agresor al domicilio o lugar de trabajo del ofendido, o al establecimiento educacional de los menores.

El juez podrá conmutar las penas privativas de libertad por la asistencia del presunto agresor a programas educativos o terapéuticos bajo el control de la institución que estime más idónea o conveniente, o por la realización, a petición expresa del ofensor, de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, o para la municipalidad o para las corporaciones municipales existentes en la comuna correspondiente a su domicilio, análogos a la actividad, profesión u oficio del condenado o relacionados con ellos, sin que estos trabajos alteren sus labores habituales.

Las medidas indicadas en el inciso anterior podrán decretarse por el juez cuando estimare fundadamente que la privación de libertad del agresor resulta más perniciosa para su rehabilitación o para los intereses de la parte ofendida.

Su incumplimiento dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley y deberá cumplirse cabalmente la sanción primitivamente aplicada”.²⁸

Dicho texto fue aprobado por la Cámara de Diputados, pero fue rechazado en segundo trámite constitucional por el Senado. Por lo que respecta a la concurrencia a programas terapéuticos o educativos, se la desestimó, porque se pensó que tal medida no podía cumplir su finalidad si la asistencia del inculcado no era voluntaria, y porque se consideró que su imposición importaba una pena anticipada *para el inculcado o procesado*, quien aún no resultaba condenado. Y en cuanto a la suspensión de la cohabitación o de la vida en común y a la prohibición de acceso al domicilio o lugar de trabajo del ofendido, o al establecimiento educacional de los menores, se las desechó, porque *su consagración podía interpretarse como una insuficiencia de las facultades de los jueces del crimen para, tratándose de delitos contra la indemnidad sexual, dentro de las primeras diligencias de instrucción del sumario, dar protección a los perjudicados, conforme a lo previsto en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal*, disposición que permitía a los jueces adoptar cualesquiera medidas de protección a la víctima, y no solo las que el texto propuesto por la Cámara mencionaba. En todo caso, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordó modificar la Ley Nº 18.216 para condicionar el otorgamiento de los beneficios que dicha ley entonces preveía, al hecho de que el condenado no ingresara ni accediera a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido, lo que el Senado también aprobó²⁹.

La Cámara de Diputados rechazó la supresión que el Senado había hecho del texto que había propuesto. Y en tercer trámite constitucional, la Comisión Mixta que debió formarse, acordó “[d]esarrollar, tratándose de delitos sexuales, la regla general que obliga al tribunal a prestar protección al ofendido, *como una de las primeras diligencias del sumario*, mencionándose algunas de las medidas que puede disponer en cualquier momento,

²⁸ *Ídem*, pp. 122-123, 137.

²⁹ *Ibídem*, pp. 277-278.

a petición de parte o de oficio por razones fundadas”³⁰. Estimó que “la gravedad de estos delitos, en cuanto a la forma en que se ve afectada la víctima, hace conveniente consultar una regla sobre la protección que debe brindársele, *aunque sea reiterativa de las normas generales*”. Acordó también utilizar la nomenclatura que se daba a las medidas respectivas en el artículo 185 del proyecto de Código Procesal Penal que entonces se tramitaba en el Congreso³¹.

Por otra parte, la citada Ley N° 19.617 modificó el artículo 30 de la Ley N° 18.216, para permitir que los tribunales que dictaran condenas por delitos “sexuales” impusieran como condición para el otorgamiento de los beneficios alternativos que preveía esta última ley “que el condenado no ingrese ni acceda a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido”. Tras la reforma hecha por la Ley N° 20.603, de 27 de junio de 2012, dicha facultad ha desaparecido, pero se ha incorporado la posibilidad de decretar, entre otras condiciones, la prohibición de acudir a determinados lugares y la de aproximarse a la víctima, o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal, o de comunicarse con ellos, cuando se cumplen los requisitos para imponer la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva (art. 17 ter Ley N° 18.216).

Del examen de la historia del establecimiento del artículo 372 ter del Código Penal se desprende que la finalidad del precepto era, simplemente, explicitar algunas de las medidas de protección al ofendido por un delito de significación sexual, que los jueces del crimen podían adoptar como primeras diligencias del sumario, según lo dispuesto en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal. El uso de la nomenclatura propia de las medidas del artículo 155 del Código Procesal Penal solo buscó uniformar la terminología legal en materia de medidas cautelares, no ampliar el ámbito de aplicación del mencionado artículo 372 ter ni permitir su imposición a tribunales de juicio oral en lo penal o a jueces de garantía. Hay aquí, entonces, otra razón más para sostener la improcedencia de aplicar dicha disposición en el actual sistema procesal penal.

La constatada imposibilidad jurídica de aplicar el artículo 372 ter del Código Penal en las causas que se tramitan conforme al Código Procesal Penal, conduce a afirmar no solo que no pueden imponerse en estas las medidas previstas en tal disposición mientras la investigación no esté formalizada —aunque en este caso, como es obvio, se estará aplicando el artículo 155 del Código Procesal Penal—, sino también que no es correcto invocar aquella norma para justificar la imposición de dichas medidas, como “sanciones accesorias”, en las condenas dictadas por jueces de garantía o tribunales de juicio oral en lo penal en juicios por delitos “sexuales”. Esto último, que en el actual sistema procesal penal se observa con frecuencia, según mi opinión, configura un motivo de recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo [art. 373 letra b) CPP], al imponerse al condenado más pena(s)

³⁰ *Ibidem*, p. 632 (las cursivas son mías).

³¹ *Ibidem*, pp. 667-668 (el destacado en cursivas también es mío).

que la(s) que legalmente corresponde. Repárese en que el citado artículo 372 ter no contempla *sanciones* susceptibles de ser impuestas en la sentencia condenatoria, sino *medidas* “cautelares” que pueden decretarse durante la tramitación del procedimiento (sustanciado conforme al Código de Procedimiento Penal). La única posibilidad de imponer medidas de protección al ofendido y su familia en sentencias condenatorias por delitos “sexuales” —dictadas tanto por tribunales del actual sistema procesal penal como del antiguo— es mediante condiciones decretadas al aplicar la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, conforme a la Ley Nº 18.216. Ello es así, salvo que el delito de significación sexual constituya, a la vez, un acto de violencia intrafamiliar, en cuyo caso los tribunales, al dictar sentencias condenatorias, pueden imponer, entre otras medidas, la obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima y la prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que esta concurra o visite habitualmente (arts. 9º y 16 Ley Nº 20.066, sobre violencia intrafamiliar).

V. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo dejo resumidas, a modo de conclusiones, las principales afirmaciones efectuadas a lo largo del mismo:

1. Las medidas privativas o restrictivas de la libertad personal del imputado que conforme al Código Procesal Penal los tribunales pueden adoptar para proteger al ofendido, no se orientan a alcanzar fines del procedimiento, por lo que no constituyen verdaderas medidas cautelares.
2. Las medidas contempladas en el artículo 372 ter del Código Penal no son medidas cautelares, sino medidas coercitivas que pueden imponerse en procesos penales por ciertos delitos contra la indemnidad sexual; específicamente se trata de medidas de coerción de carácter preventivo.
3. La constitucionalidad del artículo 372 ter del Código Penal es muy dudosa, porque parece pugnar con lo que dispone el artículo 19 Nº 7 letra b) de la Constitución Política de la República.
4. Las medidas del artículo 372 ter del Código Penal son muy parecidas a algunas de las contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal. Pero las regulaciones de unas y otras difieren en la oportunidad en que pueden ser decretadas, en su legitimación activa y en su taxatividad.
5. Tales diferencias abonan la idea de que el artículo 372 ter del Código Penal no resulta aplicable en el actual sistema procesal penal.
6. Razones de índole gramatical, sistemática e histórica reafirman la misma conclusión.
7. Es improcedente que las medidas previstas en el artículo 372 ter del Código Penal sean impuestas, como sanciones accesorias, en sentencias dictadas por juzgados de garantía o tribunales de juicio oral en lo penal en juicios por delitos “sexuales”,

so pena de incurrir en el motivo de recurso de nulidad de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, C., *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2014.
- AGUILAR, C., *Delitos sexuales*, 2ª edición, Editorial Metropolitana, Santiago, 2012.
- BALMACEDA, G., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Librotecnia, Santiago, 2014.
- BARONA, S., “Las medidas cautelares”, en Montero, J.; Gómez J.L.; Montón, A.; Barona, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 22ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BARONA, S., “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares penales?”, en *Revista del Poder Judicial*, número especial XIX, 2006.
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.617*, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=138814>.
- BINDER, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
- CAROCCA, Á., *Manual El nuevo sistema procesal penal chileno*, 4ª edición, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- CASTRO, J., *Introducción al Derecho Procesal Penal chileno*, 2ª edición, LegalPublishing, Santiago, 2008.
- CEA, J.L., *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012.
- CHAHUÁN, S., *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, LegalPublishing, Santiago, 2012.
- DE RIVACOBA y Rivacoba, M., “Prólogo a la primera edición”, en Rodríguez, L., *Delitos sexuales*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.
- DURÁN, R., *Medidas cautelares personales en el proceso penal*, 2ª edición, Librotecnia, Santiago, 2007.
- ETCHEBERRY, A., “Presentación”, en Tobar, J.C., *Violencia sexual. Análisis de la nueva ley*, Pehuén-Universidad Católica de Temuco, Santiago, 1999.
- GARRIDO, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- GONZÁLEZ, M.Á., *Regulación penal del meretricio*, Librotecnia, Santiago, 2009.
- GUERRA, C., *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GUZMÁN, K.; Soto, F., “Penas accesorias especiales y medidas cautelares del Código Penal en materia de delitos sexuales”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 40, septiembre 2009.
- LÓPEZ, J., en Horvitz, M.I.; López, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- MAIER, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Vol. I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MARÍN, J.C., “Las medidas cautelares personales en el nuevo Código Procesal Penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, 2002.
- MATURANA, C.; Montero, R., *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Abeledo Perrot/LegalPublishing, Santiago, 2010.
- NIEVA, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer - B de F, Buenos Aires, 2012.
- POLITOFF, S.; Matus, J.P.; Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, reimpresión 2012.
- PUJADAS, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

- RODRÍGUEZ, L., *Delitos sexuales*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014.
- ROXIN, C., *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Córdoba, G.; Pastor, D., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SILVA, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XII, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- SILVA, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.
- TAVOLARI, R., *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- TOBAR, J.C., *Violencia sexual. Análisis de la nueva ley*, Pehuén - Universidad Católica de Temuco, Santiago, 1999.
- VARGAS, T. (dir.), *Código Penal*, 3ª edición, LegalPublishing/Thomson Reuters, Santiago, 2014.