ISSN: 0718-6479

FISCALIA
MINISTERIO PUBLICO DE CHILE

Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº46 - Marzo 2011

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°46 - Marzo 2011

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz
Coordinador

Sandra Luco Castro
Ricardo Mestre Araneda
María Cecilia Ramírez Guzmán
Manuel Zárate Campos

Colaboradora:

Andrea González Leiva

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Toda solicitud de canje o donación de la Revista debe dirigirse a la Biblioteca de la Fiscalía Nacional.

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 965 9693

Las sentencias publicadas en esta Revista, se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual o violencia intrafamiliar, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, casos en el cuales los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Exigencia de firma de la acusación 9
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Violación de norma constitucional o legal. Derecho a no declarar contra sí mismo. Declaración voluntaria del imputado 17
Corte Suprema

Recurso de amparo rechazado. Incumplimiento de acuerdo reparatorio 31
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Naturaleza del procedimiento simplificado. Admisión de responsabilidad. Rol del querellante 34
Corte Suprema

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

El modelo de intervención inmediata para víctimas de violencia intrafamiliar del Ministerio Público 45
Luz María Fernández Saldías

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Delito de tortura previsto en el artículo 150 letra a) del Código Penal 67
Yelica Lusic Nadal

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

El delito de "Microtrafico" en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la "pequeña cantidad" 81
Nicolás Arrieta Concha

Sentencias Comentadas

Comentario a dos fallos dictados por la Corte Suprema en materia de Ley N°20.000 111
Ximena Marcazzolo Awad

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

El agente encubierto y la interceptación o grabación de telecomunicaciones en las investigaciones de delitos sexuales 143
Catalina Duque González

Sentencias Comentadas

Comentario a la sentencia condenatoria del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA) 154
Macarena Car Silva

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y CRIMEN ORGANIZADO

Artículos

La figura de ocultamiento en el delito de lavado de dinero 167
Antonio Segovia Arancibia

Sentencias Comentadas

El denominado caso "Schwager": análisis de histórica condena por uso de información privilegiada y manipulación bursátil 185
Verónica Rosenblut Gorodinsky

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

El delito de femicidio en Chile 213
María José Taladríz Eguiluz y Roberto Rodríguez Manríquez

Sentencias Comentadas

Efectos de las condenas dictadas respecto de adolescentes en relación a la Ley 18.216 230
María Angélica San Martín Ponce

PRÓLOGO

En este nuevo número de la Revista Jurídica del Ministerio Público, que corresponde al primer trimestre de 2011, damos la bienvenida a una nueva Sección en la que, en lo sucesivo, los lectores podrán encontrar valiosa información relativa a un ámbito que constituye uno de los objetivos y lineamientos primordiales de la Fiscalía de Chile, cual es la atención de víctimas y testigos.

En efecto, a partir de este número la División de Atención a Víctimas y Testigos (DAVT) y, por su intermedio, las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT) de todo el país, tendrán un espacio para dar a conocer su trabajo multidisciplinario e iluminar a los lectores respecto del trato que la jurisprudencia y la doctrina brindan a estas materias.

Sin duda nuestros lectores serán los más beneficiados con esta nueva sección, ya que podrán encontrar información que se genera directamente en el órgano que, por mandato constitucional, debe adoptar las medidas para proteger a las víctimas y testigos en los procesos penales.

Esta vez, la División de Atención a Víctimas y Testigos nos da a conocer el modelo establecido por el Ministerio Público, de la Intervención Inmediata para Víctimas de Violencia Intrafamiliar.

Por su parte, y gracias al esfuerzo de los funcionarios de las distintas Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional, en esta edición se contienen diversos artículos y comentarios de sentencias relevantes, entre los que cabe destacar aquel relativo al delito de microtráfico de drogas y que se refiere específicamente a los criterios para determinar lo que debe entenderse por "pequeñas cantidades de droga".

También destacamos los artículos sobre la figura del ocultamiento en el lavado de dinero y el presentado por la Unidad Especializada en Delitos Sexuales, que desde un punto de vista multidisciplinario, nos ilustra sobre la nueva figura del delito de femicidio.

Como siempre, en la Sección de Materias de Interés General, podrán encontrar referencias a sentencias en las que nuestros más altos tribunales se pronuncian sobre temas que cruzan de forma transversal el proceso penal y que, por lo mismo, son relevantes para todas y cada una de las especialidades.

Sabas Chahuán Sarrás
Fiscal Nacional

MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. EXIGENCIA DE FIRMA DE LA ACUSACIÓN

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

En los artículos 248 y 259 del Código Procesal Penal no se hace referencia a que la acusación deba contener la firma de quien la suscribe, por lo que no cabe sino concluir que la acusación fue presentada dentro del plazo fatal de diez días, aunque haya sido firmada después de expirado dicho plazo.

Proceder a efectuar exigencias inexistentes, supondría el cumplimiento de formalidades que no están establecidas en nuestro ordenamiento, de tal forma que ninguna consecuencia podría derivarse de ellas.

Si bien la defensa estima como de la mayor trascendencia la exigencia de firma en toda presentación, su propio recurso de nulidad no contiene firma alguna.

Texto completo:

Santiago, veinticinco de enero de dos mil once.

Vistos:

Por sentencia pronunciada por los integrantes del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, Sras. Nelly Villegas Becerra, Marcia Fuentes Castro y Carmen Troncoso Ubilla, el día cuatro de diciembre de dos mil diez, se condenó a Jorge Luis Suarez Milla, como autor de los delitos de homicidio simple, amenazas y porte ilegal de arma de fuego, cometidos todos el 21 de febrero de dos mil nueve, debiendo cumplir los siguientes castigos: siete años de presidio mayor en su grado mínimo, tres años de presidio menor en su grado medio y trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, respectivamente, además de las accesorias legales pertinentes en cada caso, sin que se le otorgara ninguno de los beneficios que se indican en la Ley N°18.216, debiendo cumplir efectivamente las sanciones impuestas, comenzando por la más grave.

Contra dicha sentencia, la defensa del condenado dedujo recurso de nulidad asilado en tres causales, las dos primeras fundadas en el artículo 373 letra a), en tanto que la restante, en el artículo 374 letra c), del Código Procesal Penal.

Por resolución de f s. 23, se ordenó pasar los antecedentes al Sr. Presidente de esta Corte para fijar audiencia de conocimiento del recurso, lo que se hizo a fs. 24, encontrándose agregada a fs. 28 el acta de la referida audiencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso de nulidad, se invocaron tres motivos, los dos primeros fundados en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código

Procesal Penal, esto es, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, denunciando la vulneración del debido proceso y del derecho a defensa. En cuanto al primero, se denuncia la vulneración del artículo 247 del Código Procesal Penal, en atención a que el Ministerio Público habría presentado su acusación fuera del plazo legal de diez días que le concede dicho cuerpo legal, ello porque si bien se acompañó el escrito en dicho término, el Tribunal de Garantía ordenó que previo a ser proveído debía ser suscrito, lo que se cumplió indebidamente por el persecutor penal al acompañar una copia de la anterior presentación, en esta oportunidad debidamente firmada, pero cuando ya el término se encontraba vencido.

SEGUNDO: Que lo que debió hacer el Ministerio Público -a juicio del recurrente- para corregir adecuadamente su omisión, era apersonarse dentro de plazo a las dependencias del tribunal y ante un Ministro de Fe proceder a suscribir ese mismo escrito, y no como ocurrió en la especie, en que se presentó en una data tardía copia del anterior, ahora debidamente suscrita.

Se destaca por el impugnante, que no existe norma alguna que facultara al tribunal para validar lo ocurrido, a lo que cabe agregar que el plazo está claramente establecido en favor del imputado, por lo que ante esta inactividad operó la preclusión por el ejercicio erróneo de la acción penal, ello por falta de un requisito de forma, por lo que correspondía en la especie decretar el sobreseimiento definitivo. Por ello es que lo denunciado tuvo como efecto vulnerar la garantía del debido proceso, en especial en su manifestación de procedimiento legalmente tramitado.

TERCERO: Que, en cuanto a la preparación del recurso, se explica en el mismo libelo, que ello se encuentra sobradamente cumplido de conformidad a lo que dispone el artículo 377 del Código Procesal Penal, toda vez que lo anterior fue objetado oportunamente, y se interpusieron sendos recursos de reposición y apelación, a lo que cabe agregar que al inicio de la presente audiencia ambos intervinientes llegaron al acuerdo de que el recurso se encontraba debidamente preparado, renunciando la defensa a rendir las pistas citadas en el primer otrosí de su libelo de fojas 9, bajo los numerales 1. y 2., que perseguían ese mismo objetivo.

CUARTO: Que, en lo que toca a la segunda causal de nulidad que se invoca, se construye también al amparo de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 8, 104, 263 y 276, todos del Código Procesal Penal.

En un primer aspecto hace referencia a la afectación del derecho a defensa, ello de conformidad a la teoría del caso desarrollada para desvirtuar la

credibilidad de los ofrecidos por la contraria, lo que se produjo el día 29 de septiembre del año pasado, ante el 11° Juzgado de Garantía de Santiago, en la respectiva audiencia de preparación de juicio oral, en la que se solicitó que se le autorizara a presentar como prueba documental la solicitud de formalización del persecutor penal en contra de tres testigos que aparecían ofrecidos por esa misma parte, así como el acta por la que se suspendió condicionalmente a esos imputados (testigos en esta causa), respecto de los delitos de amenazas no condicionales y lesiones sufridas por hechos diferentes a los actuales, ante lo cual el Ministerio Público se opuso, solicitando su exclusión por ser prueba impertinente, lo que fue acogido por el tribunal.

QUINTO: Que el restante tópico de la segunda motivación de nulidad dice relación con el derecho a presentar prueba que sea revisada y valorada por el tribunal oral, y el que la determinación de su eventual impertinencia debe relacionarse en el presente caso en la teoría del caso de la defensa, máxime si importa una propuesta fáctica diferente, ya que estaba destinada a desacreditar a algunos de los testigos presentados por el Ministerio Público, quienes ya habían sido investigados por el propio persecutor penal, si bien por hechos posteriores a los del presente juicio, igualmente era relevante probar que fueron formalizados por ilícitos similares, por lo que excluir de antemano esos dos documentos ofrecidos para el juicio oral, supuso mejorar de manera indebidamente privilegiada la posición probatoria de su contraparte; en cuanto a la preparación, se reproduce lo expresado en el motivo tercero de la presente sentencia.

SEXTO: Que, en cuanto a la tercera y última causal de nulidad, se denuncia la infracción al artículo 374 letra c), en relación al artículo 309, ambos del Código Procesal Penal, toda vez que durante el desarrollo del contrainterrogatorio de la madre de la víctima, ella declaró que había conocido a la pareja del enjuiciado en tribunales, momento en que la defensa pidió que se hiciera mayor referencia a ello, lo que el Ministerio Público estimó impertinente, lo que fue aceptado por el tribunal. Al respecto, se sostiene que el reconocimiento de la testigo de haber sido anteriormente imputada era -a juicio de la defensa-, de la mayor trascendencia dilucidar, impidiéndole el tribunal realizar su labor de defensa técnica de examinación del testigo para su posterior acreditación, contraviniendo las disposiciones citadas al inicio del motivo.

SÉPTIMO: Que en lo que respecta a las peticiones, se solicita para la primera causal, que se declare de acuerdo al artículo 386 del Código Procesal Penal, la nulidad de la sentencia y del juicio oral, determinando el estado en que habrá de quedar el procedimiento, debiendo ser el de audiencia de preparación de juicio oral, ordenando al tribunal no inhabilitado que corresponda que decrete el sobreseimiento definitivo de acuerdo al artículo 247 del mismo texto ya citado; para el caso de la segunda, se declare de acuerdo la nulidad de la sentencia y del juicio oral, determinando el estado en que

habrá de quedar el procedimiento, debiendo ser el de audiencia de preparación de juicio oral; y, finalmente, en la tercera motivación, se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral, y se ordene la remisión al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

OCTAVO: Que al inicio de la audiencia y con el objeto de acreditar sus argumentos, el representante del condenado solicitó que se es cucharan segmentos de audio que había individualizado previamente en escrito incorporado a los autos, limitándose a rendir solamente la correspondiente al numeral 3.-, esto es, la atinente al juicio oral, pista Test. Elza Gonzalez Ibarra, minutos 23 a 26 y 26.41 a 30.12; toda vez que respecto de las pistas singularizadas bajo los numerales 1.- y 2.-, referidas ambas a la audiencia de preparación del juicio oral de 29 de septiembre de 2010, denominada la primera como apjo_ TRIB RES SOBRE DEF FINAL, minuto 00.01 al 3.39, circunscrita a la resolución que niega el sobreseimiento definitivo, y la restante como apjo_trib res exc prueba def, minuto 00.01 al 1.23, que contiene la resolución que excluye prueba documental presentada por la defensa, ambos intervinientes acordaron no reproducirlas, dando por probado que el recurso interpuesto fue debidamente preparado, que era el objeto de dichos audios. Asimismo, se rindió la prueba documental, consistente en copia del escrito de acusación fiscal de fecha 2 de julio, sin firmar; resolución de 6 de julio que resuelve la presentación fiscal; copia del escrito del Ministerio Público donde cumple con lo ordenado por el tribunal y acompaña documento; y resolución de fecha 9 de julio que tiene por cumplido lo ordenado.

NOVENO: Que, en lo que dice relación con la garantía del principio del debido proceso, debe señalarse previamente que como ya ha tenido oportunidad de expresar este tribunal en los roles N°s. *4954-08, 1414-09, 4164-09 y 9255-09,* constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 19, N°3°, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.

En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están con formes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial

y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye, por cierto, la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del incriminado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa.

DÉCIMO: Que, en relación a lo anterior se dirige el primer reproche del recurso de fojas 9, circunscrito al hecho de la presentación de la acusación por parte del Ministerio Público fuera del plazo fatal señalado por el legislador. Sin embargo, el artículo 247 del Código Procesal Penal, referido al plazo máximo para declarar el cierre de la investigación, dispone en directa relación con el asunto aquí propuesto, que transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla, agregando en su inciso cuarto, que si el persecutor penal se allana a la solicitud de cierre de la investigación efectuada por el imputado o el querellante (para el caso de no haberlo hecho de propia iniciativa), deberá formular en la audiencia decretada la declaración correspondiente en tal sentido y se le otorga el plazo de diez días para deducir acusación.

UNDÉCIMO: Que, más adelante, el artículo 248 del mismo código, dispone en su letra b), que declarado el referido cierre, ahora por el propio persecutor penal puede, dentro del plazo de diez días formular su acusación, cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma. A su tiempo, el artículo 259 del mismo texto ya citado, se refiere al contenido que debe cumplir la acusación, estableciendo una a una sus exigencias entre las letras a) y h), pero en ninguna de ellas hace obligatorio a que deba contener firma alguna la presentación; tan sólo su penúltimo inciso, menciona como otro requerimiento, referido a su materialidad, al expresar que: "*En el mismo escrito deberá*", de todo lo cual se infiere que no tiene ningún sustento legal lo reclamado como omisión por la defensa.

DUODÉCIMO: Que, a mayor abundamiento, debe considerarse que la acusación aparece presentada en estos antecedentes por el Ministerio Público el día 2 de julio de dos mil diez, sin que se alegara por la defensa en su intervención oral efectuada ante

este tribunal, que aquella se hubiere acompañado fuera de plazo fatal de diez días, de lo que cabe concluir como consecuencia de que no hay dudas que dicho escrito se incorporó dentro del término establecido por la ley para tales efectos.

Sin embargo, la defensa desvía su análisis al hecho de que el tribunal ordenó que se suscribiera ese libelo para proveerlo, lo que se habría cumplido indebidamente acompañando fuera de oportunidad, otro escrito, ahora debidamente rubricado; pero lo cierto es que acompañados como prueba, se aprecia de toda evidencia que ambos registran el mismo timbre de cargo del 11° Juzgado de Garantía de Santiago, el del 2 de julio del año pasado, lo que refrenda lo concluido en el primer párrafo de la presente reflexión.

DÉCIMO TERCERO: Que, por otro lado, en la resolución adoptada por el tribunal de requerir su suscripción, no se estableció apercibimiento alguno, ni se fijó plazo para su cumplimiento, de forma tal que tratándose de sanciones, sabido es que corresponde a asuntos de interpretación restrictiva sin que corresponda efectuar aplicaciones analógicas ni extensivas, máxime si ni siquiera han sido previstas por el legislador.

DÉCIMO CUARTO: Que, de todo lo expresado no cabe sino concluir que la acusación fue presentada dentro del plazo fatal de diez días, y proceder a efectuar exigencias inexistentes, supondría el cumplimiento de formalidades que no están establecidas en nuestro ordenamiento, de tal forma que ninguna consecuencia podría derivarse de ella, y en lo que interesa, está demostrado que se presentó en tiempo.

Finalmente, no deja de extrañar que la propia defensa que, estima -erróneamente-, como de la mayor trascendencia dicha exigencia a toda presentación, su propio recurso de nulidad que aparece acompañado a fojas 9, no contenga firma alguna, de lo cual aparece en evidente contradicción con lo aquí sustentado, aspectos que, en conjunto conllevan al rechazo del primer motivo de nulidad.

DÉCIMO QUINTO: Que, en lo que se refiere a la segunda motivación, respecto de prueba ofrecida en la audiencia de preparación del juicio oral para controvertir la ofrecida por el Ministerio Público, la que fue rechazada por impertinente, cabe hacer notar que el libelo no consigna circunstanciada y coherentemente quienes serían los testigos ofrecidos por una y otra (ni siquiera se los nombra); cuáles serían las vinculaciones con las probanzas ofrecidas; tampoco se señala sobre qué habrían declarado ni su contenido; ni se entregan los datos de la investigación de que proceden; en tanto que su desarrollo es francamente confuso, lo que se refleja de frases tales como: "*presentó como prueba documental, escrito de solicitud de formalización del Ministerio Público en contra de tres testigos ofrecidos como prueba por parte del entre persecutor, en esta causa, en que se reverenciaban como víctimas tres de los testigos de la defensa*.", más adelante indica: "*Del mismo modo se ofreció como prueba el acta de formalización de la causa antes mencionada, en la que se suspendía con-*

dicionalmente a los imputados (testigos en esta causa) por los delitos de amenazas no condicionales y lesiones sufridas por las víctimas que en esa audiencia fueron ofrecidos como testigos de la defensa."

Sin embargo, tal como ya se destacó, no se aportó la prueba necesaria para acreditar fehacientemente esas afirmaciones ni se contienen de la sentencia atacada, toda vez que lo ocurrido fue en la audiencia de preparación del juicio oral, que no se acompañó, y si bien en la lectura resumida efectuada al inicio de la presente audiencia se pudo conocer la decisión de rechazo del tribunal por impertinente, ella aparece absolutamente descontextualizada de sus extremos conforme ya se dijo al inicio del presente motivo, aspectos deficitarios que no se condicen con un medio de impugnación como el presente, que es de derecho estricto, sin que pueda este tribunal entrar a suponer los fundamentos del mismo; en tal virtud, al no haberse acreditado ante este tribunal los motivos de la impugnación, ésta no puede prosperar.

DÉCIMO SEXTO: Que, por último, en cuanto a la tercera causal, referida a la imposibilidad de requerir más detalles de la testigo Elsa González Ibarra, madre del occiso, en relación a antecedentes penales anteriores de ella, construida al amparo de un motivo absoluto de nulidad de la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal, tal como lo sostuvo el persecutor penal en la presente audiencia, el motivo de presentación de la testigo era para declarar sobre los hechos investigados, no sobre circunstancias personales de la testigo vivida en otros procesos, por ello aparece como consecuente su rechazo por impertinente, sin que por ello automáticamente se materialice la causal, entenderlo en sentido contrario supondría que toda la prueba que solicita la defensa incluir o excluir en el juicio oral debiera ser aceptada en términos absolutos, bastando para configurar la causal, con no acceder a cualquiera de esas pretensiones, por mínima que esta sea, lo que a todas luces resulta ilógico y falto de sustento, dado el carácter adversarial y congruente del nuevo proceso penal regido por el Código Procesal Penal, conclusión que impide que el presente reclamo pueda prosperar.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de todo lo anteriormente expuesto, aparece de relieve que dada la constatación de la inexistencia en autos de los vicios denunciados por el recurso de fojas 9, dejando sin sustento sus afirmaciones efectuadas con el objetivo de que se acogiera su reclamo, aspectos todos que conllevan a su absoluto rechazo.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por el Abogado Mario Araya Flores de la Defensoría Penal Pública, actuando en representación del acusado Jorge Luis Suárez Milla, contenido en lo principal de fs. 9 y siguientes, dirigido en contra de la sentencia dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de cuatro de diciembre de dos mil diez, cuya copia corre agregada a fs.

1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le sirvió de antecedente, los que por consiguiente, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Nibaldo Segura Peña.

Rol N°9596-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C. No firma el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. VIOLACIÓN DE NORMA CONSTITUCIONAL O LEGAL. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO. DECLARACIÓN VOLUNTARIA DEL IMPUTADO

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

No todo quebranto que apunte a las reglas del debido proceso tiene necesariamente el carácter de violación de norma superior, y ello se percibe claramente cuando se ha legislado mediante normas procesales expresas que tratan precisamente la materia en que se inserta el reproche.

Si bien la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a no declarar contra sí mismas, no existiendo ninguna obligación para el imputado de colaborar en la tarea de esclarecer los hechos, y considerando que se trata de una garantía establecida en favor de la dignidad e integridad psíquica y física de las personas, respecto de las cuales no puede obtenerse coactivamente un testimonio, nada obsta que ella lo preste libremente, toda vez que el relato del imputado a los funcionarios policiales acerca de los hechos por los cuales se le enjuició se ajustó plenamente a la legalidad vigente, desde que su espontáneo testimonio se prestó por delegación expresa de facultades del fiscal del Ministerio Público, sin que como ya se advirtiera, se reclamara respecto de apremios o coacciones.

La intención de los dos acusados, no solo encaminada a matar, sino que además, a provocar previamente un mayor sufrimiento al ofendido, cumple los dos elementos del dolo directo, esto es, por un lado el conocer del innecesario sufrimiento que se causa, y por otro el de querer su realización.

Texto completo:

Santiago, veinticinco de enero de dos mil once.

VISTOS:

En estos autos Rol Único de causa 1000229734-0 e Interno del tribunal 41-2010, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, fechada el veinticuatro de noviembre de dos mil diez, la que en lo decisorio condenó a Patricio Orlando Huilitraro Millagual y a Pablo Roberto Huilitraro Millagual, respecto de las acusaciones que les fueran formuladas por el Ministerio Público y el querellante particular, resolviendo castigarlos como autores del delito de homicidio calificado de Mario Naguil Manquel, perpetrado el 8 de marzo de 2010, en la comuna de San Juan de la Costa, estableciendo como castigos penas de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo y la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, respectivamente, accesorias legales pertinentes y al pago proporcional de las costas del juicio.

En contra de la anterior decisión, a fojas 16 y siguientes, el defensor penal público, señor Cristián Rozas Dockendorf, en representación del imputado Pablo Huilitraro Millagual, dedujo un recurso de nulidad fundado en tres causales, como principal, la de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal; y subsidiariamente las del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letras c), d) y e), todos del mismo texto ya citado.

A fojas 47, la defensora penal pública Carol Munzenmayer Machado actuando en representación de Patricio Huilitraro Millagual, dedujo su propio recurso de nulidad basado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Este tribunal estimó admisibles los dos recursos y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 64.

La audiencia pública se verificó el doce de enero pasado, con la concurrencia y alegatos de los letrados señora Pamela Pereira, por los dos recurrentes; y a continuación intervino el abogado Sr. Hernán Ferrera, que lo hizo por el Ministerio Público, todo lo cual consta en el acta de fojas 69, en la cual aparece que se citó a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 62.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el primer recurso de nulidad interpuesto en lo principal del libelo de fojas 16 a 46 de estos antecedentes se invocan tres causales: la primera se construye a partir de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, denunciando como normas infringidas el artículo 8 N°2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referido a la asistencia letrada irrenunciable.

SEGUNDO: Que, sobre lo anterior, se cuestiona por el impugnante el que la sentencia no se edifica a partir de un proceso previo legalmente tramitado, el que en su criterio dejó de ser racional y justo respecto de su representado. Ello aconteció al valerse el veredicto de declaraciones policiales obtenidas sin la debida asistencia letrada de su defendido Pablo Huilitraro Millagual efectuada el 19 de abril de dos mil diez en sede policial, en la que reconocía su participación en los hechos. Lo anterior se encuentra comprobado por los propios dichos de los funcionarios de la Policía de Investigaciones Jaime Quiroz Caro y Cristián Huili Vargas, quienes reconocieron en el juicio oral que al momento de tomarle su declaración, no se encontraba presente su abogado defensor y que tampoco intentaron requerir uno de la defensoría respectiva, a todo lo cual cabe sumar el escaso nivel cultural del declarante, lo que habría creado una suerte de indefensión material deter-

minante en la convicción de condena del tribunal.

Más adelante, se agrega que tampoco se le informó respecto de la existencia de antecedentes que arrojaba la investigación en su contra, vulnerando de paso los artículos 7, 91 y 194 del Código Procesal Penal, lo que se tradujo en incluir en el juicio un elemento de prueba fundamental para acreditar su participación por el cual se le terminó condenando.

Finalmente, en relación a la primera causal, se solicitó como petición concreta que se acoja su recurso, se anule la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenando que tribunal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral, excluyendo toda referencia a la declaración en sede policial de su representado Pablo Huilitraro Millahual.

TERCERO: Que, como primera causal subsidiaria de la anterior, se deduce la contenida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando la sentencia hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e) del mismo texto, en dos aspectos: El primero, al no contener las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar cada uno de los hechos y sus circunstancias, en particular al fundar la calificante del ensañamiento, ello porque su faz subjetiva no tiene sustento alguno en la sentencia, toda vez que si bien se puede sustentar respecto de Patricio Huilitraro Millagual a través de su declaración judicial, debía de todas formas sustentarse la comunicabilidad respecto de Pablo Huilitraro Millagual, conforme lo establece el artículo 64 del Código Penal, lo que significó calificar el homicidio, en circunstancias que era simple, con la consecuente diferencia de sanción.

CUARTO: Que, como segundo aspecto de la causal subsidiaria, se circunscribe a la omisión de las razones legales y doctrinales al otorgar valor a una declaración obtenida con infracción de garantías constitucionales, y en todo caso a sostener que esa sola declaración tampoco era suficiente para fundar una sentencia condenatoria. Lo anterior se demostraría con el solo hecho de que su hermano Patricio, en ninguna parte de su declaración refirió la intervención en el ilícito de ambos, en tanto que el perito Céspedes Herrera concluyó que pudo ser perfectamente posible que una sola persona interviniera en el homicidio. Esos dos antecedentes no fueron valorados por el tribunal, y constituían una importante prueba de descargo, que originaba una duda razonable, que no fue considerada ni siquiera en lo expositivo del veredicto, con lo que se vulneró el artículo 297 del Código Procesal Penal, pues por el contrario debió llevarlos a dictar otra absolutoria.

QUINTO: Que, en la petición respectiva se solicita que se acoja su recurso de nulidad, dejando sin efecto la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que se realice un nuevo juicio oral.

SEXTO: Que, como tercera y última causal del primer recurso de nulidad se plantea la contenida en la letra b) del artículo 373, esto es, la errónea aplicación del derecho, al no encontrarse descrita en los hechos establecidos por el tribunal la calificante del ensañamiento, pues no se indica en ellos la intensificación inhumana del dolor que sufre la víctima y que dicho elemento se encuentre recogido por el ánimo de los autores del hecho, tan solo se describe un homicidio simple, vicio cuya trascendencia provocó la determinación de una pena de un delito diferente, perjudicando al acusado de autos, solicitando que se acoja su recurso de nulidad, anulando la sentencia y el juicio oral, dictando sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conforme a la ley, fijándola en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

SÉPTIMO: Que en lo que respecta al segundo de los recursos de nulidad, correspondiente al enjuiciado Patricio Huilitraro Millagual, de fojas 47 y siguientes, se construye al amparo de una sola motivación, que es la de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistente en la errónea aplicación del derecho, vinculándola con el artículo 390 N°1 circunstancia cuarta del Código Penal, por haber considerado concurrente el dolo directo de su representado y de existir la calificante del ensañamiento.

Al respecto, explica que la afirmación contenida en el fallo del tribunal de existir ensañamiento, se contradice con la prueba rendida, toda vez que no pudo existir dolo directo si fue la propia víctima la que se apersonó en el sitio del suceso; fue quien a gritos y garabatos instó por que saliera el acusado del interior de su vivienda; según el Servicio Médico Legal los golpes no fueron por sí solos mortales; a todo lo cual cabe agregar que el acusado dijo que siempre pensó que el ofendido estaba herido y no tuvo intención de matarlo, tan solo quería que sufriera, ello en referencia al dolor propio de las lesiones.

En cuanto al abandono del afectado como fundamento incriminatorio, cree que ello vulneró el non bis in idem, pues tipifica el homicidio simple, no pudiendo, además, configurar la calificante, lo que trajo como secuela que se determinara la pena de un delito diferente, perjudicando al acusado de autos a quien le beneficiaban dos atenuantes.

OCTAVO: Que, en su respectivo petitorio, se pide que se acoja su recurso de nulidad, anulando la sentencia declarando que en su pronunciamiento ha existido errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, procediendo a dictar sentencia de reemplazo conforme al artículo 385 del Código Procesal Penal, en la que se proceda a adecuarla a la de un homicidio simple, considerando la rebaja por la concurrencia de dos minorantes y conceder alguno de los beneficios de la ley N°18.216.

NOVENO: Que, para la acreditación de las causales invocadas por el recurrente, la defensa de Pablo y Patricio Hulitraro Millagual fue asumida por la abogada Sra. Pamela Pereira, quien

rindió la prueba que fuera ofrecida en el otrosí de fojas 16, respecto del primero de los libelos, circunscribiendo la documental a copia de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Osorno en el R.I.T. 41-2010, R.U.C. 1000229734-0; copia simple de oficio N°1609 de 19 de marzo de 2010 emanado del Fiscal Local de Osorno, Rodrigo Oyarzún Marte; acta de intimación de orden de detención de 24 de mayo de dos mil diez respecto del acusado Pablo Huilitraro Millagual; acta de declaración policial de Pablo Huilitraro Millagu al de 19 de abril de dos mil diez; y acta de audiencia de control de detención, formalización, deniega prisión preventiva y concede recurso de apelación de 25 de mayo de dos mil diez, respecto de Pablo Huilitraro Millagual ante el Juzgado de Garantía de Osorno en el R.I.T 1246-2010, R.U.C. 1000229734.

En lo que respecta a los audios, sólo se pidió que se escucharan los señalados en los numerales 7.-, 8.- y 18.-, esto es, Pista denominada 1000229734-0-1257-101118-04-08- decl. Tes. Fiscal Jaime Quiroz, minutos 21.14 a 21.40, referidas a la declaración del testigo Jaime Quiroz Caro en causa Rit 41-2010 del TOP de Osorno, respecto de si su representado estaba asistido por abogado defensor; Pista denominada 1000229734-0-1251-101118-06-03- decl. Tes. Fiscal Cristián Huili, minutos 4.50 a 5.10, referente a la declaración del testigo Cristián Huili Vargas en juicio oral Rit 41-2010 del TOP de Osorno, respecto de la asistencia letrada en la declaración policial del acusado y si habría llamado a la Defensoría para subsanar el vicio; y Pista denominada 1000229734-0-1251-101118-06-03- decl. Tes. Fiscal Cristián Huili, minutos 3.47 a 4.28, referente al testigo Cristián Huili Vargas en juicio oral Rit 41-2010 del TOP de Osorno, respecto a no firmar el acta de declaración policial del acusado Huilitraro Millahual; sin que se hiciera efectiva la prueba documental y de audio ofrecida respecto de la causal e) del artículo 374, ni la documental relativa a la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal

DÉCIMO: Que, en lo que toca al análisis de la primera causal, debe expresarse preliminarmente que en lo que atañe a la vulneración de las reglas del debido proceso, la doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista "un proceso racional y justo" incluye el que siempre exista un procedimiento que ostente la presencia de un contradictor y que las partes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones. La garantía se satisface con diversos principios como son, entre otros: (1) derecho a juez natural, (2) juez independiente e imparcial, (3) derecho a un juicio previo y público, (4) derecho a presentar pruebas de descargo y a examinar la prueba de cargo, (5) derecho a ser juzgado en proceso tramitado conforme a la ley; y, (6) derecho a una defensa técnica. Por otro lado, puede decirse también que ello se resume en cuatro características: a) audiencia, b) bilateralidad, c) igualdad y d) celeridad.

UNDÉCIMO: Que, por otro lado, no todo quebranto de esta naturaleza puede tener el carácter de violación

de norma superior y ello se percibe claramente cuando se ha legislado mediante normas procesales expresas que tratan precisamente la materia en que se inserta el reproche. Y, en todo caso, el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte. Esto es, entrabe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (Miguel Otero, Código Procesal Penal, Editorial Conosur, 2002, p. 109). Son las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el juicio las que deben verse efectivamente menoscabadas o entrabadas.

DUODÉCIMO: Que, de lo anteriormente anotado, cabe concluir que la infracción a la referida garantía constitucional no se subsume en los hechos que expone el primer recurrente, pues de los fundamentos del recurso no se divisa en la actuación realizada por la Policía de Investigaciones el día 19 de abril de 2009, la que se enmarcó en la legalidad vigente, y tuvo como antecedente primigenio la delegación de facultades efectuada por el propio Fiscal, Rodrigo Oyarzún Martel, mediante su oficio N°1609-10 de 16 de marzo del año pasado, ello de conformidad a lo que disponen los artículos 79, 91 y 180, todos del Código Procesal Penal, para ubicar, al acusado Pablo Huilitraro Millagual, facultando expresamente a tomarle declaración voluntaria en calidad de imputado. Posteriormente, con fecha 19 de abril de 2010, se procedió a practicarla en la Brigada de Homicidios de la ciudad de Osorno, donde advertido de sus derechos declaró, reconociendo su intervención en los hechos investigados, la que se encuentra debidamente firmada.

Cabe hacer notar al respecto, que no se ha efectuado ningún cuestionamiento referido a la obtención de la anterior información en cuanto a que se hubiera ejercido alguna presión, amenaza o intimidación a efectuarla, o de que no se le hubieran leído sus derechos, pues como se consigna en el fallo a ese momento de la investigación esta apuntaba más bien al otro imputado, y sólo genéricamente a sus hermanos; y en cuanto a las exigencias relativas a un bajo nivel cultural del perseguido, ellas no aparecen probadas con ningún antecedente concreto ni se aportaron elementos probatorios al respecto, constituyendo una mera afirmación.

DÉCIMO TERCERO: Que, se debe tener además en cuenta, que si bien la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a no declarar contra si mismas, no existiendo ninguna obligación para el imputado de colaborar en la tarea de esclarecer los hechos, garantía establecida en favor de la dignidad e integridad psíquica y física de las personas, de quienes no puede obtenerse coactivamente un testimonio, nada obsta que ella lo preste libremente como ocurrió con el acusado, toda vez que el relato del imputado a los funcionarios policiales acerca de los hechos por los cuales se le enjuició se ajustó plenamente a la legalidad vigente, desde que su espontáneo testimonio se prestó por delegación expresa de facultades del Fiscal del Ministerio Público, sin que

como ya se advirtiera, se reclamara respecto de apremios o coacciones, con lo que queda huérfana de soporte la eventual anomalía que se denuncia, todo lo cual conduce al rechazo del recurso por la causal principal.

DÉCIMO CUARTO: Que, en otro orden de ideas, se debe destacar que el recurso de nulidad es de "carácter absolutamente extraordinario, especial y de derecho estricto que ha sido establecido por nuestro legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, por violaciones precisas y categóricas cometidas, ya sea en la tramitación de la litis criminal o en el pronunciamiento del veredicto, abriendo paso a una solución de ineficacia de los actos procesales que se han ejecutado sin cumplir con aquellas formalidades que amparan el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento o investigación racionales y justos."

"El referido medio de impugnación debe entenderse regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de ésta, entre los cuales se encuentra el llamado "principio de trascendencia" que, por lo demás, recoge el artículo 375 de la recopilación procesal criminal.

"En virtud de dicho axioma para que la transgresión denunciada pueda servir de soporte al arbitrio de marras debe constituir un atentado de tal magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado, que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de toda eficiencia, en otras palabras, se exige que el vicio sea sustancial, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de suerte que el defecto entrabe, limite o elimine el derecho preterido" (Sentencia de esta Corte, de fecha 22 de mayo de 2007, dictada en la causa Rol N°1300-07).

DÉCIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, cabe considerar que dicha prueba no reviste la relevancia necesaria para estimar que tendrían influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que no fue la única que condujo a los sentenciadores a formarse la convicción necesaria para condenar al imputado Pablo Huilitraro Millagual, conforme se indicará a propósito de las restantes causales, por lo que de ninguna manera se aprecia que se haya verificado la privación de derecho alguno de aquellos reconocidamente integrantes de la garantía que se supone conculcada.

DÉCIMO SEXTO: Que, en lo que se refiere a la segunda causal de nulidad, circunscrita al artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letras c), d) y e), ambos del Código Procesal Penal; debe expresarse en primer término, que se cuestiona por el recurrente la falta de razonamientos legales como doctrinales para establecer la procedencia de la calificante del ensañamiento en el homicidio investigado, en particular respecto de la tipicidad subjetiva en relación a Pablo Huilitraro Millagual; y, en un segundo aspecto, la omisión de la valoración de toda la prueba producida.

Al respecto, debe aclararse que las señaladas omisiones o ausencias no son tales, lo que se concluye con la sola lectura del fallo impugnado, de lo cual fluye de manifiesto que la molestia real del primer recurrente está circunscrita a la valoración efectuada por los jueces del fondo, la que no comparte.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, lo anterior se aprecia en especial del motivo décimo del veredicto en análisis, en particular de sus tres últimos párrafos, en donde el fallo se encarga de indicar pormenorizadamente los diversos elementos de convicción que le sirvieron para resolver lo propuesto, reproduciendo los razonamientos que se tuvieron en consideración para llegar a las conclusiones que allí mismo se consignan.

Así, se indica que la prueba rendida se orientó inequívocamente a un ensañamiento en el actuar de los acusados, toda vez, que la dinámica de los hechos dio cuenta necesaria de dolo directo de matar, ello a raíz de la multiplicidad de golpes, intensidad de los mismos, lugar donde fueron dirigidos, existiendo en la especie un plus de injusto superior al necesario para únicamente lograr la muerte del occiso.

Lo anterior, agregan los jueces, se encuentra refrendado por los dichos del propio acusado, Patricio Huilitraro Millagual, quien reconoció en el juicio oral que parte de sus intenciones era que el sujeto pasivo sufriera, al cual se suma como otro antecedente, el abandono de la víctima a su suerte, luego de la agresión sufrida por parte de los dos acusados, por ello es que las lesiones provocadas a la víctima ilustran un acometimiento salvaje, de gran intensidad y menosprecio por su persona.

DÉCIMO OCTAVO: Que, a continuación se señala que la doctrina nacional postula que al elemento objetivo de causar sufrimientos innecesarios en la víctima, la dinámica de los hechos ya expuesta, se estableció una multiplicidad e intensidad de golpes contundentes, sin respuesta o defensa, que consideraron un exceso en el accionar propio de dolo directo, que, con todo, posiciona el escenario en que operó este plus mayor propio de la calificante. En cuanto al elemento subjetivo, cual es, que se actúe inhumana y deliberadamente, esto es, con conocimiento del innecesario sufrimiento que se causa y con la voluntad de su realización, se expresó en tres hechos acreditados, el diálogo acontecido al culminar los golpes homicidas, en los que la víctima pide su muerte y el acusado Patricio Huilitraro que le responde negativamente, manifestando su intención de que sufra; en el número y entidad de los golpes sufridos por la víctima y su posterior abandono en agonía, a su suerte, en absoluto despoblado.

Ese conjunto de antecedentes, hablan de la intención de los dos acusados, no solo encaminada a matar, sino que además, a provocar previamente un mayor sufrimiento al ofendido, con lo que se cumplen los dos elementos del dolo directo, esto es, por un lado el conocer del innecesario sufrimiento que se causa, y por otro el de querer su realización.

DÉCIMO NOVENO: Que, por último, respecto del análisis y conclusión que se contienen en el veredicto, se agrega que: "*Así, los hechos que se han tenido por probados y referidos al inicio del presente motivo, en base a los razonamiento expuestos al analizar individualmente y en conjunto cada una de las probanzas aportadas en juicio, permiten configurar, más allá de toda duda razonable, un delito de HOMICIDIO CALIFICADO en la persona de Mario Naguil Manquel, en grado de CONSUMADO, ocurrido el día 08 de marzo del año 2010, en la comuna de San Juan de la Costa de esta jurisdicción, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N°1, circunstancia cuarta del Código Penal, toda vez, que concurren todos y cada uno de los elementos objetivos del referido tipo penal, a saber; a) un comportamiento humano, representado por la conducta voluntaria desplegada por los acusados; b) un resultado material, como fue la muerte de la víctima Naguil Manquel; c) un nexo causal entre el comportamiento y el resultado, encarnado por el vínculo de unión que hace depender la muerte del hacer de los agentes y d) un actuar de los acusados con el ánimo de hacer más vivo y accesible el sufrimiento de la víctima.*"

VIGÉSIMO: Que, en cuanto al restante tópico de la segunda causal, consistente en la ausencia del análisis total de la prueba producida, en particular la afirmación de que al momento de establecer su participación punible, no bastaba para ello ni siquiera con el único antecedente incriminatorio existente, consistente en su confesión en sede policial, lo que sumado a los dichos de su hermano Patricio, que no lo mencionó interviniendo en la conducta; y los del perito Céspedes, quien concluyó que era perfectamente posible que las lesiones pudieran haber sido causadas por un solo sujeto, permitían arribar a un fallo absolutorio a su respecto.

Sin embargo, el tenor del veredicto también es claro en este aspecto, así en el extenso motivo décimo se cita, describe y analiza, uno a uno los elementos de la investigación, y en lo que aquí interesa destacar, además de lo expresado por el propio enjuiciado en palabras de los dos funcionarios policiales que la presenciaron (Jaime Quiroz Caro y Cristián Huili Vargas); los dichos del otro acusado, Patricio Huilitraro Millagual, quien ubica a su hermano Pablo en el espacio físico y temporal de ocurrencia de los hechos; los de José Huilitraro Millagual, quien involucra a Pablo Huilitraro Millagual, en el sentido de haber observado que sus dos hermanos se alejaron con la víctima hasta un lugar donde los perdió de vista; a todo lo cual se agrega el análisis, ahora global de las probanzas, señalando expresamente que efectivamente nadie puede ser condenado por el solo mérito de su confesión, pero que en la especie los dichos de los acusados están concadenados y respaldados por evidencias e indicios independientes, así ambos acusados reconocieron en sede investigativa haber intervenido conjuntamente en los hechos; el que la víctima concurriera al deslinde del predio sosteniendo una discusión verbal; que a ese momento se encontraban en su domicilio los dos acusados y su hermano Juan Huilitraro Millagual; éste

último indicó que los observó cuando salían de su vivienda en dirección a la víctima, perdiéndolos de vista más tarde; el que el occiso fuera encontrado en un lugar relativamente cercano al domicilio de los imputados y que las lesiones que registraba fueran compatibles con las que dijeron haberle causado los querellados de autos.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, la circunstancia de no compartir el recurrente las conclusiones del tribunal en cuanto a la fundamentación, es decir, la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por esta vía, en donde se ha denunciado como fundamento la falta de razones legales o doctrinales respecto del establecimiento de la calificante, así como la ausencia de un análisis completo de la prueba rendida, extremos que no son tales, por haberse demostrado en las consideraciones anteriores que fueron efectivamente consideradas y valoradas, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, límites que en todo caso no han sido cuestionados.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que como se advierte en el caso en estudio, la sentencia recurrida no omitió los requisitos previstos en el artículo 342, letra c), que exige como contenido de ella, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por proba dos, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297; así como su letra d), respecto de las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo; al contrario, el tribunal se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que desestimó, indicando en tal caso las razones que tuvo en cuenta para hacerlo, aspectos que fueron cumplidos en la especie, conforme ya se expresó en los motivos anteriores, aspecto que permite perfectamente la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el veredicto, todo lo cual impide que el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del código ya mencionado pueda prosperar, lo que conlleva el rechazo de la segunda causal del primer recurso interpuesto en sus dos aspectos.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, por último, ambos arbitrios procesales comparten como motivo de nulidad la consignada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, desarrollada en relación a un mismo aspecto, por un lado en el libelo de Pablo Huilitraro Millagual (tercera causal), destaca que no se indicó en los hechos acreditados por los jueces del fondo, que dicho acusado se ensañara con el ofendido, esto es, no se cumplen a su respecto, ni se indican los elementos típicos de la calificante citada, por lo que no existe congruencia entre el hecho acreditado por la sentencia y el tipo penal por el cual se le condenó; en

tanto que en el libelo de Patricio Huilitraro Millagual (única causal), se arguye que esa conclusión se contradice con la prueba rendida, por lo que no existió en la especie dolo directo de matar, efectuando una serie de inferencias en ese sentido respecto de las pruebas producidas, y que uno de los elementos, como fue el abandono del ofendido, al ser considerado supuso afectar el principio del non bis in idem, en primer lugar para configurar el homicidio, y luego para calificarlo.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, al efecto, los hechos asentados en el fallo en análisis y contenidos en su considerando 10°, son los siguientes: "*Que, el día 08 de marzo de 2010 , siendo aproximadamente las 19.00 horas, en el sector Purrehuin de la Comuna de San Juan de la Costa, Patricio Orlando Huilitraro Millagual y Pablo Roberto Huilitraro Millagual agredieron con múltiples golpes de pies, puños y con un objeto contundente a Mario Naguil Manquel , quien se encontraba en estado de ebriedad.*

A raíz de la agresión expuesta anteriormente, Naguil Manquel resultó con un traumatismo cráneo encefálico y toraco abdominal, producto de lo cual falleció en el mismo lugar."

VIGÉSIMO QUINTO: Que, como ya se tuvo oportunidad de advertir, principalmente en los tres últimos párrafos del motivo décimo del fallo en estudio, se tuvo por probado el ensañamiento, a partir de la convicción de que los dos acusados procedieron en forma voluntaria a provocarle al ofendido las heridas descritas anteriormente, las que le causaron la muerte, conforme a lo expresado en los motivos décimo octavo a vigésimo, ambos inclusive, del presente fallo, los que se dan por reproducidos.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los hechos precedentemente descritos fueron tipificados como de homicidio calificado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N°1°, circunstancia cuarta del Código Penal, en grado de consumado, correspondiéndole a los recurrentes una participación culpable en calidad de autores, por haber intervenido de una manera inmediata y directa en su ejecución, de acuerdo a lo señalado en el artículo 15 N°1 del mismo estatuto legal.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, como se aprecia de lo expresado en los motivos precedentes, la calificante fue debidamente analizada y probada, y para demostración de ello, el tribunal procedió a explicar en forma detallada por qué lo resolvió de ese modo, lo que fluye de la sola lectura de los considerandos respectivos, examinando con el rigor exigible, toda la prueba rendida en el juicio oral, la que fue apreciada libremente, sin contradecir los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, concluyendo más allá de toda duda razonable, que se acreditó el hecho materia de la investigación, cumpliendo la sentencia con los requisitos previstos en las letras c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal; la circunstancia de que los

recurrentes no estén de acuerdo con la decisión de condena adoptada respecto de los enjuiciados, no es idónea para fundar un recurso como el que nos ocupa, por la causal esgrimida, la que, según las directrices fijadas por la doctrina y jurisprudencia, concurre en los siguientes casos:

a) cuando existe una contravención formal del texto de la ley, es decir cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal.

b) cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia.

c) cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta evidentemente pertinente su aplicación. (Andrés Rieutord Alvarado, El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal, Editorial Jurídica, 2007,p. 47)

VIGÉSIMO OCTAVO: Que ninguna de las tres hipótesis señaladas se ha configurado en la especie, por lo que, de lo relacionado, aparece de manifiesto que los sentenciadores no incurrieron en la errónea aplicación del derecho que se les atribuye, por lo que la causal en examen, planteada por ambos recurrentes, ha de ser rechazada.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, a mayor abundamiento, cabe destacar que como lo manifiesta la lectura de la argumentación de los dos oponentes, en particular las causal del artículo 374 letra e) y la de la letra b) del artículo 373, ambas del Código Procesal Penal, lo que en realidad cuestionan es la valoración que se ha hecho de la prueba rendida en el juicio, y en particular la que guarda relación con el establecimiento de la calificante del ensañamiento en el homicidio calificado de Naguil Manquel, a este respecto es conveniente tener presente que, como lo precisa la doctrina, "A nuestro juicio, esta es una de las causales más importantes y más utilizadas por los intervinientes a la hora de recurrir de nulidad. Lamentablemente la amplitud de la misma ha llevado en general a abusar de su invocación, confundiéndose generalmente la falta de valoración de un medio de prueba con la valoración distinta que tiene el recurrente y que por cierto difiere de la dada por el tribunal que apreció la evidencia." (Rieutord, cit., p. 64)

El examen atento de los fundamentos de la causal de nulidad en análisis, demuestra que precisamente lo que la parte hace es objetar o controvertir la valoración que los juzgadores hicieron de las probanzas puestas a su disposición, la que aquella no comparte, situación ésta, que no puede configurar un motivo legalmente previsto para anular una sentencia.

"Valorar" es "reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de una persona o cosa"; la segunda parte del artículo 297 obliga al tribunal a señalar expresamente la apreciación y en definitiva el valor que le otorgó a los medios de prueba presentados. Esta valoración debe constituirse en un nexo lógico entre la evidencia rendida y las conclusiones efectivamente arribadas por el tribunal, de manera

de permitir al lector verificar el objetivo antes expuesto referido a la comprensión del razonamiento que efectuó el tribunal, para arribar a las conclusiones expresadas en la parte resolutiva de la sentencia. (Rieutord, cit., p. 67)

Que un somero examen del fallo permite apreciar que en él se señalan los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados los hechos y circunstancias que se dieren por probados, permitiendo esta fundamentación la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó la sentencia, todo con apego al artículo 297 del Código del Ramo. El motivo Décimo del veredicto, da cuenta del adecuado cumplimiento de las exigencias legales y permiten contradecir la impugnación de los recurrentes.

Que en la especie se ha producido lo que previene la doctrina, esto es, una confusión entre la ausencia de valoración de las probanzas y la valoración distinta que tiene el recurrente, la que difiere de la dada por el tribunal que apreció esas evidencias, de manera que la causal de invalidación esgrimida no puede configurarse.

TRIGÉSIMO: Que, de todo lo antes relacionado, se puede concluir que en el fallo se consignan los medios de prueba, su ponderación y las conclusiones que de ellos dimanan, como asimismo los hechos que con tales antecedentes se han tenido por probados y no probados y las consideraciones que al efecto han tenido presente los jueces, lo cual permite perfectamente reproducir el razonamiento conforme al cual arribaron a la decisión adoptada y que se contiene en su conclusión.

Cabe advertir, además, que la prueba rendida en la audiencia respectiva ante esta Corte, atendida su naturaleza y alcance, en nada altera lo razonado y resuelto precedentemente.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en conclusión, al no haber demostrado los recurrentes la existencia, en el fallo censurado, de los vicios que le atribuyen, deben ser desestimadas sus reclamaciones, por carecer de fundamento.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 342, letra c), 360, 372, 373 letras a) y b), 374, letra e) y 384, todos del Código Procesal Penal, se decide: Que, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad promovidos en los libelos de fojas 16 y 47, por los letrados Cristián Rozas Dockendorf y Carol Munzenmayer Machado, en representación de los imputados Pablo y Patricio Huilitraro Millagual, de conformidad a lo razonado en los basamentos que anteceden, los que fueran dirigidos en contra de la sentencia emanada del Tribunal Oral de la ciudad Osorno, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil diez, que rola de fojas 1 a 15, ambas inclusive, del presente cuaderno, la que en consecuencia, no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Chaigneau.

Rol N°9377-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C. No firma el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSO DE AMPARO RECHAZADO. INCUMPLIMIENTO DE ACUERDO REPARATORIO

Tribunal: Corte Suprema (Corte de Apelaciones de San Miguel)

Resumen:

Si no se cumple el acuerdo reparatorio, no se extingue la responsabilidad penal, continúa vigente la causa en sede penal y es posible seguir persiguiendo la responsabilidad penal del imputado, lo que no obsta a que la víctima persiga la responsabilidad civil en sede civil o ante el tribunal de garantía, mediante el procedimiento que señala el artículo 243 del Código Procesal Penal.

Texto completo:

Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol N°125-2011

San Miguel, diecisiete de marzo de dos mil once.

Proveyendo a fojas 20:

A lo principal y primer otrosí: Téngase presente.

Al segundo otrosí: Por acompañado.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que a fojas 1 comparece doña Viviana González Trabol, abogado, Defensor Penal Público, domiciliada en Mac Iver 370, piso 11, comuna de Santiago, quien deduce recurso de amparo preventivo a favor de S. A. U. C., y en contra del Juez Titular del Undécimo Juzgado de Garantía de Santiago, don Roberto Guzmán Concha, quien mediante resolución de siete de marzo del presente año, dictada en causa RUC 1000363124-4, RIT 3277-2010, revocó el acuerdo reparatorio celebrado entre la víctima y el imputado el nueve de noviembre de 2010, fijando fecha para audiencia de preparación de juicio oral y citando al imputado conforme lo dispone el artículo 33 del Código Procesal Penal, bajo apercibimiento de detención o prisión preventiva, a fin de que se deje sin efecto la revocación del acuerdo reparatorio, o bien, se deje sin efecto la citación al imputado bajo apercibimiento de detención o prisión preventiva.

Funda la acción constitucional en que, con fecha 14 de abril de 2010, se realizó audiencia de procedimiento simplificado en contra de S. U. C. por el delito de robo en lugar no habitado en carácter de frustrado, oportunidad en la cual el imputado no aceptó responsabilidad fijándose audiencia de preparación de juicio oral, que se realizó el 9 de noviembre del año pasado, en la que imputado y víctima llegaron a un acuerdo reparatorio consistente en el pago de $80.000 en 3 cuotas que debían depositarse en la cuenta corriente del Tribunal, la primera de ellas pagadera los últimos días de noviembre.

El 7 de enero del presente año la víctima, don C. R. F., solicitó se certificara si los dineros habían sido depositados y en caso negativo pidió audiencia, sin solicitar la revocación del acuerdo reparatorio. Sin embargo, una vez efectuada la certificación de que no existían depósitos, el tribunal fijó audiencia para discutir dejar sin efecto el acuerdo reparatorio, cuestión que finalmente ocurrió el 7 de marzo de 2011, fecha en que sin la presencia de la víctima ni el imputado y con oposición de la defensa, el magistrado Roberto Guzmán revocó la salida alternativa y fijó audiencia de preparación de juicio oral citando al imputado bajo apercibimiento de detención o prisión preventiva.

De este modo se ha infringido el derecho a la libertad personal consagrada en el artículo 19 N°7 de la carta fundamental, pues la ley no contempla la revocación de los acuerdos reparatorios, sino sólo la posibilidad de exigir su cumplimiento. Con tal revocación, el juez de garantía ha reanudado un proceso penal que se encontraba legalmente paralizado producto del acuerdo civil alcanzado por las partes del cual nació un título ejecutivo actualmente exigible, y con ello prosigue la persecución penal, poniendo al amparado en la situación de sufrir la privación de su libertad personal, ya sea por la aplicación de una medida cautelar más intensa que la citación de la cual ya ha sido objeto, o de una pena.

Sostiene por último, que el acuerdo reparatorio es una convención entre la víctima y el imputado en la que no interviene el Ministerio Público, de manera que mal puede este organismo encontrarse facultado para solicitar su revocación.

Segundo: Que a fojas 14, el señor Juez Titular del Undécimo Juzgado de Garantía de Santiago, don Roberto Guzmán Concha, informa que resolvió dejar sin efecto el acuerdo reparatorio celebrado entre la víctima y el imputado S. U. C., por no haber dado este último cumplimiento al mismo, y ordenó seguir la tramitación de la causa fijando audiencia de preparación de juicio oral, a la que se citó bajo apercibimiento del artículo 33 al amparado, atendido que no existe norma expresa que determine lo que ocurre en caso de incumplimiento del acuerdo reparatorio.

Sostiene que del artículo 242 del Código Procesal Penal se desprende que si no se cumple el acuerdo reparatorio, no se extingue la responsabilidad penal, continúa vigente la causa en sede penal y es posible seguir persiguiendo la responsabilidad penal del imputado, lo que no obsta a que la víctima persiga la responsabilidad civil en sede civil o ante el tribunal de garantía, mediante el procedimiento que señala el artículo 243 del cuerpo legal en comento.

Tercero: Que en virtud de los antecedentes que obran en autos y la petición hecha por la recurrente, no aparece que exista algún hecho actual que constituya privación, perturbación o amenaza del derecho a la libertad personal y seguridad individual del amparado, razón por la cual esta Corte no está en situación de adoptar medidas protectoras en los términos

de los artículos 21 de la Constitución Política de la República.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **SE RECHAZA** el recurso de amparo deducido a fojas 1 por la Defensora Penal Pública doña Viviana González Trabol en favor de S. A. U. C.

Regístrese y en su oportunidad archívense los antecedentes.

N°125-2011 – AMP.

Corte Suprema. Ingreso N°2554-2011

Santiago, veinte de abril de dos mil once.

Vistos:

Se confirma la sentencia apelada de cuatro de marzo de dos mil once, escrita a fojas 24.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

N°2554-2011.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Hugo Dolmestch, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y los Abogados Integrantes Sr. Luis Bates y Sr. Nelson Pozo. Santiago, 20 de abril de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO. ADMISIÓN DE RESPONSABILIDAD. ROL DEL QUERELLANTE

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El procedimiento simplificado configura un método suscinto, concentrado y sumario de enjuiciar ante los jueces de garantía, por el carácter menos grave de los ilícitos penales que son perseguidos a través de esta ritualidad y por decisiones de política criminal.

La hipótesis excepcional prevista en el artículo 395 del ordenamiento persecutorio criminal, que se denomina resolución inmediata, importa un modelo de sanción consagrado con el designio de evitar la realización de un juicio, y su entidad encierra el reconocimiento que se ha hecho, precisamente, a la renuncia de las garantías que ilustran el proceso penal.

Al procederse inmediatamente a dictar sentencia, no cabe rendir prueba, porque se torna absolutamente innecesaria, desde que el acusado reconoce su responsabilidad en los hechos, autoincriminándose, para obtener como contrapartida una franquicia que se refleja en la pena más benévola que sufrirá.

La comunicación que efectúa el tribunal al imputado, del contenido del requerimiento y la querella, tiene por finalidad que el ejercicio del derecho de opción se materialice del modo más informado factible, en otras palabras, que el requerido tome cabal conocimiento de los hechos materia de la imputación. Cualquier omisión que en esta fase pudiere ocurrir, tiene como único perjudicado al imputado, quien pudiere ser conducido a una admisión de responsabilidad sobre la base de elementos incriminatorios incompletos, alteración que en este caso no se advierte y que, por lo demás, el hechor no ha reclamado.

En tales circunstancias, no es procedente que la parte querellante alegue una presunta afectación de derechos fundamentales respecto de su parte, escudada para ello en una norma establecida en exclusivo interés y protección del enjuiciado.

La intervención del querellante en este estadio, y que el juez de garantía debe resguardar, se limita a la exploración de acuerdos reparatorios o una suspensión condicional del procedimiento, que pudiere comprometer sus intereses, como expresamente reglamenta el artículo 394 del Código Procesal Penal.

Texto completo:

Santiago, veintiocho de marzo de dos mil once.

VISTOS:

En esta causa Rol Único 1000764947-4 e Interno del Tribunal 10252-2010, se registra el fallo emitido en procedimiento simplificado por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, de cuatro de noviembre último, que rola de fojas 63 a 68, mediante el cual se castigó a Andrés Gustavo Rencoret Klein a purgar treinta días de prisión en su grado medio, por su responsabilidad de autor del cuasidelito de homicidio en la persona de Macarena Pinochet Avalos, descrito en los artículos 490, N°1°, y 490 (sic) del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado en la comuna de Las Condes, el veinte de agosto de dos mil diez. Se le inflingió, además, la suspensión de su licencia para conducir vehículos motorizados por el plazo de un año y accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena; se le otorgó la remisión condicional de la sanción corporal por el lapso de dos años.

En contra de esta decisión, el abogado Cristián Letelier Aguilar, por la querellante, dedujo un recurso de nulidad sustentado en las siguientes motivaciones y de la manera que a continuación se detalla:

A) Causal principal: artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal en concordancia con el artículo 19, N°3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República;

B) Causal conjunta: artículo 373, letra b), del Estatuto procedimental criminal en conexión con los artículos 68, inciso segundo, y 490, N°1°, del Código Penal; y,

C) Artículo 374, letra e), del Código Adjetivo Criminal, en consonancia con los artículos 342, letras c), d) y e), y 396 del mismo texto normativo.

Este tribunal estimó admisible el recurso y ordenó pasar los antecedentes al señor Presidente, para fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 71.

La audiencia pública se celebró el ocho de marzo recién pasado, con la asistencia y alegatos de los letrados señora María José Muñoz, por la querellante, Marcelo Morales, en representación del enjuiciado y Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público. Luego de la vista del arbitrio se citó a los intervinientes a la lectura del edicto para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 78.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en estos antecedentes, en su segmento preliminar, se asila en la motivación del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, define el defecto en la inobservancia a las normas del debido proceso.

Aduce el oponente que en la audiencia de reformalización de la investigación y discusión de medida cautelar,

verificada el cuatro de octubre de dos mil diez, se fijó una nueva comparecencia para el cuatro de noviembre del mismo año, a fin de realizar un procedimiento abreviado.

Sin embargo, al comienzo de dicha audiencia, atendida la extensión de la pena pedida por el fiscal, sin que su parte fuera oída, se optó por uno simplificado, determinación que el tribunal adoptó con arreglo al artículo 388 del estatuto procedimental. Explica que el sostén de la pretensión punitiva del persecutor consistió en la posible concurrencia de tres minorantes de responsabilidad penal que favorecían al imputado, a saber, las de los numerales 6°, 7° y 9° del artículo 11 del Código de Castigos. No obstante, al momento de resolver, la jurisdicente desestimó dos de ellas, consignó en su resolución que aún cuando procedía determinar una pena mayor, la ley procesal se lo impedía, dado los términos del requerimiento del Ministerio Público.

Asevera el impugnante que lo acertado en una situación como la de marras era declarar ilegal e improcedente el procedimiento observado y abrir debate sobre el punto, lo que no se hizo. Añade que la juzgadora no acató el artículo 396 del compendio procesal del ramo, pues tampoco dio lectura a su querella, todo lo cual irrogó un perjuicio a su representado, por cuanto, tratándose de un procedimiento abreviado, bien pudo haber ejercido la facultad que le confiere el artículo 408 de la recopilación adjetiva del ramo.

SEGUNDO: Que en lo concerniente a la causal conjunta instaurada, como es, la del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, expresa que el dictamen condenatorio inflingió a Rencoret Klein, como autor del homicidio culposo de Macarena Pinochet Avalos, treinta días de prisión en su grado medio, cuando la compilación punitiva reprime la conducta con reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio, esto es, de sesenta y un días a tres años, de suerte que, por aprovechar al encartado una morigerante de responsabilidad criminal, como reconoce el laudo, la sentenciadora debió acudir al artículo 68 del ordenamiento penal para determinar el castigo, lo que habría conducido a una condena entre sesenta y un y quinientos cuarenta días, pero en ningún caso, a la entidad a que en definitiva se arribó. Expone que era indispensable disputar acerca del dolo eventual que subyace en la acción del incriminado, desplazando el ilícito a una figura dolosa. Afirma que de no mediar tal yerro, no era viable el procedimiento simplificado, puesto que una conducta constitutiva de crimen envuelve una pena muy superior a la regulada en definitiva.

TERCERO: Que, para finalizar, el recurrente apoya su libelo en el motivo absoluto de nulidad del artículo 374, letra e), del cuerpo procedimental penal, sección por la que refuta la abstención de la lectura de la querella de la víctima, por aplicación analógica del artículo 396 del mismo estatuto legal, cuyas motivaciones fueron obviadas en el veredicto,

falencia que conlleva la nulidad del juicio y la sentencia.

En lo petitorio, por las causales expuestas, insta por la declaración de nulidad del juicio y el pronunciamiento para que se ordene la ejecución de un nuevo litigio, determinando el estado en que queda el procedimiento y el tribunal no inhabilitado ante quien se proseguirá la tramitación arreglada a derecho.

CUARTO: Que en lo que incumbe al recurso y en la presentación que corre a fojas 72 de este cuaderno, el compareciente ofreció como prueba de las causales esgrimidas, los cinco minutos postreros del registro de audio atinentes al procedimiento simplificado que procura anular, y documental consistente en copia del acta de la audiencia del cuatro de octubre de dos mil diez, practicada ante el Cuarto Juzgado de Garantía de esta ciudad, así como una copia de la lista de audiencias correspondiente al cuatro de noviembre retropróximo pasado, del mismo tribunal, donde figura la que debió efectuarse en esta litis individualizada como procedimiento abreviado.

QUINTO: Que analizada esta prueba en lo que resulta ser la esencia de la controversia, fluye que el cuatro de octubre del año pasado, a petición de los intervinientes, en la causa RUC 1000764947-4, RIT 10252-10, rol del Cuarto Tribunal de Garantía de Santiago, se fijó audiencia de procedimiento abreviado para el cuatro de noviembre, a las diez y media horas. En la nómina de las audiencias de ese tribunal pertinentes a esta data aparece el proceso RUC 1000764947-4, RIT 10252-10, como "audiencia de procedimiento abreviado".

En la conclusión de ese pleito, quedó constancia en el registro de audio que la juez indica a los intervinientes que la pena determinada es atribuible al persecutor y que, por omisión, no leyó el texto de la querella promovida por la víctima.

SEXTO: Que previo a resolver los diversos tópicos formulados por el impugnante, es menester recordar que el recurso de nulidad reglado en el Código Procesal Penal ha sido instituido para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente contempladas en la ley, es decir, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del fallo, abriendo paso a una solución de ineficacia de todos aquellos actos en que se hubieren violentado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se hallen en vigor -artículo 373, letra a)-, o cuando en la dictación de la decisión se hubiere hecho una inexacta aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto -artículo 373, letra b)-; o, en fin, cuando se incurriere en transgresiones explícitas que dieren lugar a los motivos absolutos de nulidad consagrados en el artículo 374 del mentado estatuto.

SÉPTIMO: Que, por lo pronto, como se desarrolló en el escrito de impugnación y se lucubró precedentemente, conviene aclarar si el laudo cuestionado conculcó disposiciones

de rango superior, como se enuncia en el recurso, por la motivación inaugural intentada, conforme a la cual se proclama desconocida la garantía del debido proceso.

OCTAVO: Que, al respecto, el debido proceso, tal como ya ha tenido ocasión de dilucidar este máximo tribunal, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, en cuya virtud toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, N°3°, inciso 5°, le entrega al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Es así que en torno a los aspectos que entroniza el derecho a un debido proceso, no hay pareceres discrepantes en cuanto lo conforma un conjunto de garantías que la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Chile vigentes, y las leyes, proporcionan a las partes de la relación procesal, asegurándose que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan protestar cuando no están de acuerdo con la decisión, que se respeten los procedimientos establecidos en la ley, se dicten resoluciones motivadas o fundadas, entre otras.

NOVENO: Que, en el acontecimiento sub lite, en consideración a lo criticado, si bien es cierta la convocatoria a los intervinientes a un juicio abreviado, lo que determina el procedimiento aplicable, no es la mera proposición de los litigantes y el dictamen en ella recaído, sino la propia ley. Así a propósito de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.074, entre otros preceptos, en lo que atañe al procedimiento simplificado, se decretó que si el acusador estatal requiriere la imposición de una pena que se enmarque en el presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o sea, entre sesenta y uno a quinientos cuarenta días, los cargos que formalice se tendrán por requerimiento, hipótesis en la cual el procedimiento se desplegará ceñido a la normativa que gobierna el simplificado.

De ello se infiere que existe hoy en día un imperativo legal ineludible para el juez y los intervinientes de someter el asunto y la decisión del conflicto al procedimiento simplificado si, como en la especie, la sanción solicitada es de treinta días de prisión.

DÉCIMO: Que en el curso inicial de este procedimiento simplificado se consulta al encausado acerca de su aceptación de los hechos materia del requerimiento, y sobre la base de esta noticia el requerido, informado de sus derechos y los colofones de su opción, puede dimitir al juicio oral, público y contradictorio, expresión máxima del ejercicio de las prerrogativas y garantías que le aseguran la Constitución y las leyes, impulsado por la retribución consistente en una reducción de pena como contrapartida a su renuncia al litigio propiamente dicho.

En esta coyuntura el Ministerio Público disminuye su pretensión punitiva sobre la base de la conducta delictiva específica objeto de la indagación, los antecedentes particulares del inculpado y otras circunstancias

que rodean al injusto y que vienen a constituir modificatorias de responsabilidad penal. La prognosis del castigo surge entonces a instancias del fiscal y, conforme a ello, la jueza accedió a someter el asunto al procedimiento simplificado.

UNDÉCIMO: Que en esta particular situación, es la propia ley procesal, en su artículo 395, la que determina la sanción máxima que el juez puede imponer, cuestión que no es permitido obviar por el tribunal cuando ya ha acordado proceder ajustándose a la normativa aludida, ya que de otro modo implica atentar en forma flagrante contra los derechos del procesado quien, motivado por una rebaja sustancial de pena, como aquí ocurre, admitió responsabilidad en los hechos materia del requerimiento, optó por una decisión inmediata, donde la única certeza radica, en el evento de condena, en la pena más benigna de la que pudiere ser merecedor.

DUODÉCIMO: Que el silencio sobre el contenido de la querella, en este período del procedimiento, no tiene los alcances que le asigna el oponente. La comunicación que efectúa el tribunal al convicto del contenido del requerimiento y la querella, en su caso, como manda el artículo 394, tiene por finalidad que el ejercicio del derecho de opción se materialice del modo más informado factible, en otras palabras, que el requerido tome cabal conocimiento de los hechos materia de la imputación. Entonces, cualquier omisión que en esta fase pudiere ocurrir, tiene como único perjudicado al agente, quien pudiere ser conducido a una admisión de responsabilidad sobre la base de elementos incriminatorios incompletos, alteración que en este caso no se advierte y que, por lo demás, el hechor no ha reclamado.

En tal entendimiento, no es dable a la querellante censurar una presunta afectación de derechos fundamentales respecto de su parte, escudada para ello en una norma establecida en exclusivo interés y protección del enjuiciado. La intervención de este litigante, en este estadio, y que el juez de garantía debe resguardar, se limita a la exploración de asequibles acuerdos reparatorios o una suspensión condicional del procedimiento, que pudiere comprometer sus intereses, como expresamente reglamenta el artículo 394 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO TERCERO: Que como corolario de estas disquisiciones en el suceso sub judice, esta Corte, luego de escuchar atentamente la prueba de audio ofrecida por el oponente y la intervención de los litigantes en estrados, ha arribado al convencimiento que no se han quebrantado las disposiciones que aseguran un debido proceso, consagradas en la Carta Magna, por lo que esta fracción del recurso carece de asidero.

DÉCIMO CUARTO: Que el reproche conjunto que alza el impugnante reposa en el artículo 373, letra b), de la recopilación procesal penal, fiel al cual desaprueba la aplicación de un castigo al margen de la ley.

Como se anticipara al resolver la causal precedente, el mencionado compendio adjetivo regula en forma

perentoria el alcance de la penalidad para el evento de someter la resolución de un asunto al procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad. Basta la lectura de los preceptos atingentes al tema para constatar que al juez, en la conjetura de acoger la aplicación de dichas reglas, le está vedado superar la extensión del castigo requerido por el acusador estatal.

DÉCIMO QUINTO: Que como ya se ha pronunciado esta Corte, el procedimiento especial simplificado configura un método suscinto, concentrado y sumario de enjuiciar ante los jueces de garantía, por el carácter menos grave de los ilícitos penales que son perseguidos a través de esta ritualidad y por decisiones de política criminal. Aquí la hipótesis excepcional prevista en el artículo 395 del ordenamiento persecutorio criminal, que se denomina resolución inmediata, importa un modelo de sanción consagrado con el designio de evitar la realización de un juicio, y su entidad encierra el reconocimiento que se ha hecho, precisamente, a la renuncia de las garantías que ilustran el proceso penal.

Al procederse inmediatamente a dictar sentencia, no cabe rendir prueba, porque se torna absolutamente innecesaria, desde que el acusado reconoce su responsabilidad en los hechos, autoincriminándose, para obtener como contrapartida una franquicia que se refleja en la pena más benévola que sufrirá (En este mismo sentido SCS Rol N°2693-05, de tres de agosto de dos mil cinco).

DÉCIMO SEXTO: Que, por consiguiente, no se aprecia por esta magistratura infracción de ley en el proceder del tribunal, desde el momento que guardó estrictamente el proceso contemplado en ella para el caso de delitos de la entidad de que se trata. La pena, magra en concepto de la querellante, es resultado de la admisión de responsabilidad del imputado y del imperativo dirigido al juez por el artículo 395 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que a pesar de lo anotado, no escapa a la consideración de este tribunal la manifiesta contradicción que arroja el estudio de estas causales conjuntas, toda vez que por la primera de ellas, lo que se persigue es sustraer el asunto de las reglas del procedimiento simplificado, empero, al amparo del artículo 373, letra b), del Código Adjetivo Criminal, pretexta equivocación en la imposición de una condena que en su opinión debió determinarse entre los sesenta y un días y quinientos cuarenta días de reclusión o relegación menores en su grado mínimo, lo que significa la consolidación del mismo procedimiento que rebate.

DÉCIMO OCTAVO: Que tales reflexiones son suficientes para desechar este capítulo de nulidad, contenido en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO NONO: Que por lo que toca al artículo 374, letra e), del cuerpo jurídico en análisis, bajo cuyo respaldo la querellante urge por la nulidad del juicio y del veredicto, como consecuencia de la absten-

ción de lectura de la querella de su mandante.

VIGÉSIMO: Que el trámite que se dice preterido, en los términos planteados en el libelo, no es impugnable por esta vía, porque, aunque tal deficiencia concurre, ella no encuadra en los presupuestos de los literales c), d) y e), del artículo 342 del Código Procesal Penal , vale decir, aún sin atender a la vaga fórmula en que se propone este motivo absoluto de nulidad, lo argüido por la querellante se construye sobre una normativa que no es apta, y que probablemente pudiere responder a otras exigencias de la disposición alegada que, de no satisfacerse, no generan este vicio absoluto de nulidad.

Por lo demás, la presunta vulneración al artículo 396, parte de la premisa de la realización del litigio oral simplificado propiamente dicho, irregularidad que aquí no se presenta.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que estos raciocinios autorizan concluir que el dictamen cuestionado no ha incurrido en los ordinales de nulidad que delata la querellante, y no comprobándose las anomalías denunciadas, el recurso queda desprovisto de fundamentación, por lo tanto, la decisión dubitada y el procedimiento que le sirve de soporte, se han llevado a cabo con recta aplicación a las normas constitucionales, sustantivas y procesales que los rigen y que no aparecen ignoradas, lo que conduce necesariamente a denegar en todos sus extremos el recurso de nulidad entablado.

Por estas consideraciones y visto también lo prevenido en los artículos 372, 373, letras a) y b), 374, letra c), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad de fojas 33 a 39, presentado por el profesional Cristián Letelier Aguilar, en representación de la querellante María Loreto Avalos Torres, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Cuarto Tribunal de Garantía de Santiago, el cuatro de noviembre de dos mil diez, que se lee de fojas 63 a 68, y, por ende, se declara que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro señor Rodríguez.

N°10.150 - 2010.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

EL MODELO DE INTERVENCIÓN INMEDIATA PARA VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luz María Fernández Saldías[1]

I. El desafío estratégico del Ministerio Público respecto de la atención de usuarios en general y de las víctimas de violencia intrafamiliar, en particular

La misión encomendada al Ministerio Público por la Constitución Política de la República, abarca, como es conocido, no sólo la investigación de los hechos constitutivos de delitos y su persecución penal, sino también la protección de víctimas y testigos de tales hechos, según se lee en su artículo 83. El Código Procesal Penal establece, en sus artículos 6 y 78, el deber del Ministerio Público y específicamente de los fiscales, de dar protección a las víctimas de delito. Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público contempla dentro de su estructura orgánica, la División de Atención a Víctimas y Testigos (DAVT), encargada de velar por el cumplimiento de las tareas que a ese respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal, y Unidades Regionales homólogas cuya función es el cumplimiento de las referidas tareas, según el mismo cuerpo legal[2].

Desde el principio del funcionamiento del nuevo sistema procesal penal la atención de víctimas y testigos estuvo concentrada por parte del Ministerio Público en las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT), focalizada en el segmento de víctimas con mayores necesidades de apoyo psicosocial o con mayor daño y caracterizada por una perspectiva de intervención amplia determinada por un modelo de "atención integral", que pretendía hacerse cargo de la contención, apoyo psicosocial y, en no pocas ocasiones, de aspectos de reparación del daño sufrido por la víctima del delito, en un intento de subsidiar la escasa oferta pública en la materia, yendo más allá del ámbito de apoyo y protección a la víctima para su participación en el proceso penal. Cabe señalar que un modelo de atención como el descrito, sólo permitía llegar a un 3% de las víctimas y testigos usuarios del Ministerio Público.

Si bien el modelo de intervención referido fue sustentable en una primera etapa de funcionamiento del nuevo sistema, cuya implementación fue gradual, una vez que este entró en régimen y se fue asentando, la creciente cantidad de casos ingresados, como asimismo la complejidad de determinados fenómenos

1 Abogada de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Artículos 20 letra f) y 34 letra d) de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

delictivos, fue revelando por una parte, las limitaciones del modelo de atención adoptado para hacerse cargo de la atención y protección de los casos de víctimas de mayor vulnerabilidad o de delitos graves y, por otra, la omisión de una respuesta diferenciada de acuerdo a sus necesidades para la generalidad de las víctimas y testigos, que no cabían en el segmento de atención de las Unidades Regionales, todo lo cual indicaba claramente la necesidad de producir un cambio de enfoque en el modelo de atención de víctimas y testigos del Ministerio Público.

El año 2008, al inicio de su gestión, el nuevo Fiscal Nacional definió para el Ministerio Público un Plan Estratégico para los años 2009-2015, en el cual incluyó dentro de sus lineamientos estratégicos el "Potenciar la Atención y Protección a Víctimas y Testigos, generando una política que promueva y facilite la participación de estos usuarios en el proceso penal, a través de la entrega de servicios de orientación, protección y apoyo, mediante la implementación de procesos de trabajo orientados a la detección temprana de las necesidades individuales de víctimas y testigos en el proceso penal. En concordancia con lo anterior, se definió como un Objetivo Estratégico dentro del Plan, "m*ejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, especialmente a las víctimas y testigos*"[3].

Como se puede apreciar, el Ministerio Público aborda como un proyecto estratégico para toda la institución el asegurar un contacto oportuno y permanente con las víctimas, satisfaciendo sus necesidades de orientación, protección y apoyo. Esa visión estratégica de relevar la atención de víctimas y testigos recoge la importancia de la participación de estos usuarios en el proceso penal y su incidencia en el éxito de la misión global de la Fiscalía. Busca generar confianza en el sistema por parte de la ciudadanía, logrando la adhesión y participación de víctimas y testigos en el proceso penal, en beneficio del sistema en su conjunto.

En concordancia con lo anterior, la DAVT fue encargada de desarrollar un modelo de atención general para víctimas y testigos usuarios del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos referidos: Orientación, Protección y Apoyo, el que pasó a ser denominado y conocido por sus siglas: "OPA". El modelo tiene por objeto asegurar a sus usuarios la entrega de servicios de orientación, protección y apoyo, adecuados a la etapas del proceso en que se encuentran, como asimismo el desarrollo de modelos de atención especializados y diferenciados de acuerdo a las necesidades de las víctimas y testigos más vulnerables, favoreciendo la optimización de los recursos existentes en función de la misión y objetivos institucionales. El nuevo modelo plantea la transversalización de la función de atención y protección de víctimas y testigos y el

3 Plan Estratégico Ministerio Público 2009-2015, Ministerio Público de Chile, p. 39.

aumento de cobertura de atención, la estandarización de los servicios ofrecidos y de su calidad, y una atención diferenciada en situaciones de vulnerabilidad[4]. Asimismo, el modelo de atención debió precisar los servicios que a la Fiscalía le corresponde entregar a víctimas y testigos, establecer los procesos de trabajo para su implementación y desarrollar los protocolos de atención para garantizar su eficiencia y calidad.

Si bien no desarrollaremos el contenido del modelo general, es necesario al menos explicar en líneas gruesas en qué consiste. En primer lugar, el modelo contempló la creación de un *call center* nacional cuyo objetivo es acercar a nuestros usuarios a la fiscalía y abrir un canal expedito de información sobre aspectos generales del proceso penal y sobre el curso de causas específicas, cuya existencia se informa a los usuarios desde la realización de la denuncia. Actualmente el *call center* se ha implementado en todo el país y ha sido muy bien evaluado por sus usuarios[5]. El modelo también consideró la estandarización de procesos de trabajo para todas las fiscalías del país, destinados a brindar información y orientación a todas las víctimas y testigos a quienes se toma declaración, como asimismo para evaluar el nivel de intimidación de esos usuarios, ya que el temor ha sido identificado como un factor determinante en la renuencia a participar en el proceso penal, permitiendo posteriormente la adopción oportuna de medidas de protección adecuadas al nivel de intimidación determinado, como un proceso de trabajo necesario y complementario del anterior. Por último, se desarrollan procesos de trabajo destinados a detectar las necesidades de apoyo y logísticas de víctimas y testigos para facilitar su participación en el proceso penal, permitiendo a la fiscalía gestionar los apoyos requeridos, según el caso.

Es dable señalar, dado que este modelo general de atención a víctimas y testigos es también el marco dentro del cual se inserta el Modelo de Intervención Inmediata en Violencia Intrafamiliar, que ambos modelos se rigen por principios orientadores que resultan interesantes para su comprensión general. Estos principios son: el principio de **participación**, que alude a la promoción de la participación de víctimas y testigos en el proceso penal como un supuesto para su eficacia; **transversalidad,** que implica que la atención de víctimas y testigos es concebida como una responsabilidad institucional, que corresponde a todos sus funcionarios en el ámbito de sus competencias, coordinadamente y no exclusivamente a una unidad en particular; **eficiencia**; que se refiere a la óptima utilización de recursos para la obtención máxima de los resultados esperados; **eficacia en la gestión,** referente a la importancia del cumplimiento de los objetivos planteados asumiendo que las intervenciones con víctimas y

4 Modelo de Atención a Víctimas y Testigos (Orientación, Protección y Apoyo), División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, año 2009, p. 6.

5 86,5% de los usuarios del *call center* entrevistados calificaron el servicio recibido con notas 5, 6 y 7. "Evaluación Empírica Estado de Avance de Metas Institucionales 2010, Consolidado Objetivos 1, 2, 3, y 4." CollectGfK. Diciembre de 2010.

testigos deben tener un carácter sinérgico y, por último, **el principio de discriminación positiva,** que considera la focalización de recursos especializados en las víctimas y testigos con mayor grado de vulnerabilidad. La vulnerabilidad, por su parte, se encuentra determinada por el tipo de delito, la relación de la víctima con el agresor, la disponibilidad para acceder a medios de asistencia y el perfil psicológico y económico de la víctima, según las "Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos"[6].

El modelo general, según queda explicitado en el principio de discriminación positiva, incorpora la necesidad de desarrollar metodologías especializadas de intervención para casos de delitos sexuales, violencia intrafamiliar, víctimas menores de edad y aquellos que requieren apoyo especial para su participación en el proceso penal.

El modelo de intervención inmediata en violencia intrafamiliar es, precisamente, la concreción del principio enunciado de discriminación positiva y se constituye en un modelo que, inserto en el modelo general, pretende atender las necesidades específicas de las víctimas de un fenómeno delictivo con particularidades y complejidades que no pueden ser resueltas sólo con los servicios y procesos de trabajo contemplados en el modelo general.

II. Antecedentes del modelo especializado en violencia intrafamiliar

La violencia intrafamiliar es un fenómeno social, multicausal y complejo, que comenzó a ser visibilizado como tal en Chile desde finales de los años 80. En 1994 se dictó la primera ley sobre la materia, Ley 19.325, que regulaba la sanción de estas conductas sólo en el ámbito de la justicia civil, haciendo aplicables al ámbito penal algunas normas principalmente de protección a las víctimas. Más de diez años después, en el 2005 se publicó en Chile una nueva normativa, la Ley 20.066, sobre violencia intrafamiliar, que estableció el tipo penal de maltrato habitual, regulando tanto para el ámbito civil como penal, un estatuto más sólido de protección para las víctimas y una regulación para la sanción de los responsables que consideraba la naturaleza y características de este tipo de ilícito.

La dictación de esta ley tuvo por objeto dar cumplimiento a los deberes internacionales asumidos por el Estado de Chile con las ratificaciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como Convención de Belem Do Pará, en 1990 y 1998, respectivamente, las que establecen derechos cuyo goce y ejercicio los Estados Partes se obligan a respetar, garantizar y a promover. La primera establece el

6 "Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos", documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) República Dominicana, 9 y 10 de julio 2008, Punta Cana.

deber de los Estados Parte de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra cualquier forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres o de cualquier otra persona. La Convención de Belem Do Pará, por su parte, establece el derecho a una vida libre de violencia para las mujeres del continente americano, obligando a los Estados Parte a sancionarla, a proteger a las víctimas y a promover las condiciones necesarias para su erradicación.

La normativa referida impuso nuevos desafíos al Ministerio Público, toda vez que estableció un tipo penal hasta ese momento inexistente y la aplicación de un estatuto especial de protección y sanción para todos los delitos en contexto de violencia intrafamiliar, visibilizando así el fenómeno delictivo y la necesidad de darle un tratamiento conforme a su especialidad. Además, la dictación de la ley produjo un incremento importante del ingreso de delitos en contexto de violencia intrafamiliar[7].

Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia acumulada por la propia Fiscalía dejaba en claro que tanto la persecución penal de la violencia intrafamiliar como la protección de las víctimas de dichos delitos, presentan particularidades que hacen necesario abordarlas con un modelo especial, como única forma de dar eficaz cumplimiento a los deberes impuestos al Ministerio Público por el ordenamiento nacional e internacional respecto de los mismos.

Ya en el año 2005 esta necesidad fue reconocida, creándose en la Fiscalía Nacional una unidad especializada encargada de asesorar al Fiscal Nacional respecto a las políticas de persecución de los delitos en contexto de violencia intrafamiliar y a los fiscales respecto de las causas que llevan adelante por esos mismos delitos.

El Fiscal Nacional, el año 2008, dentro de los lineamientos estratégicos de su gestión relacionados con la persecución penal y política criminal incluyó, como se ha dicho, el mejoramiento de la atención de víctimas, focalizando la intervención en aquellas más vulnerables, como las de violencia intrafamiliar, dando origen al Modelo Especializado de Intervención Inmediata para Víctimas de Violencia Intrafamiliar, que a continuación damos a conocer[8].

7 Estadísticas presentadas por la Unidad Especializada en RPA y VIF de la Fiscalía Nacional en Seminario "VIF y Sistema Penal: tres años de vigencia de la Ley 20.066", 22 de octubre de 2008: Ingresos VIF año 2005: 8.038; año 2006: 41.289; año 2007: 56.909; año 2008 a Septiembre: 65.276. Por su parte, el Boletín Estadístico del Ministerio Público, informa que los ingresos de casos de violencia intrafamiliar fueron los siguientes: año 2008, 94.844 casos; año 2009, 110.162 casos y el año 2010, 117.145 casos.

8 La exposición del Modelo está basada en el documento "Modelo Actualizado de Intervención Inmediata para Víctimas de Violencia Intrafamiliar", de la División de Atención a Víctimas y Testigos, de la Fiscalía Nacional, de enero de 2010.

III. El modelo de intervención inmediata para víctimas de violencia intrafamiliar

1. Proyecto piloto, diseño y pilotaje

El Modelo Especializado surgió inicialmente como un Proyecto Piloto, que se implementó el año 2008 en al menos una Fiscalía Local de ocho Fiscalías Regionales, para luego ir extendiéndose gradualmente a todo el país. Tuvo origen en la experiencia implementada desde la URAVIT de la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente, que procuraba la realización de un contacto temprano con todas las víctimas de violencia intrafamiliar para recoger información para evaluar el riesgo, conocer sus expectativas respecto del proceso penal y su intención de continuar con el mismo, para informar al fiscal de la causa y generar la adopción de medidas de protección concordantes con dicha evaluación.

La DAVT elaboró el proyecto modelo, que contenía los objetivos generales y específicos, las acciones críticas para lograr dichos objetivos y los indicadores y bandas de desempeño que permitieran monitorear sus resultados y retroalimentar a las Fiscalías Regionales. A este último efecto, debió desarrollarse un sistema especial de registro de las actividades del modelo, que no eran registradas como parte de la labor habitual de las Fiscalías.

Cada Fiscalía Regional que participó en el pilotaje del proyecto elaboró dentro del marco establecido por la DAVT, un proyecto regional propio, en el que se definieron las especificidades de los procesos de trabajo que cada una adoptaría para cumplir las acciones y objetivos del proyecto, variando por ejemplo, los actores responsables de las diversas acciones críticas y con ello los flujogramas, la modalidad de algunas acciones, de acuerdo a la disponibilidad de recursos humanos, carga de trabajo y a las características del fenómeno delictivo en la región. Lo anterior permitió un ámbito de autodeterminación de las regiones respecto de la forma de implementar el proyecto, adecuándolo a su realidad, lo que sin duda facilitó su implementación.

El Proyecto consiste, fundamentalmente, en lograr una intervención lo más cercana posible al ingreso de la denuncia a la fiscalía, contactando a la víctima para recoger información respecto de los factores de riesgo presentes en su caso y sobre sus expectativas respecto del proceso penal; concordantemente con dicha información adoptar rápidamente las medidas de protección que resulten adecuadas al nivel de riesgo evaluado y a las circunstancias del caso, evitando nuevas agresiones, lo que resulta relevante en estos delitos por la mayor desprotección en que estas víctimas se encuentran.

Esta respuesta temprana del Ministerio Público favorece la participación de la víctima en el proceso penal y disminuye las posibilidades de retractación o abandono del mismo, situación frecuente en estos casos, permitiendo además,

recoger en una etapa muy inicial del proceso, antecedentes de utilidad para la investigación y para las decisiones jurídicas que el fiscal debe adoptar, lo que facilita también un curso más apropiado y ágil del proceso.

El logro de los objetivos antes referidos conlleva una serie de acciones críticas en un breve lapso, lo que requiere la reorganización de las Fiscalías Locales con el fin de articular los procesos de trabajo que el modelo contempla. La implementación de los proyectos requirió una intensa actividad de coordinación con Carabineros y Policía de Investigaciones, que son actores muy importantes en el éxito del modelo, toda vez que dichas instituciones proveen en la denuncia los datos para el contacto temprano con las víctimas y juegan un rol preponderante en su protección. Igualmente, fue necesario desplegar una importante actividad de difusión y coordinación con otras organizaciones de la red de atención, fundamentalmente para la derivación de víctimas e implementación oportuna de medidas de protección. Por último, la difusión y capacitación de todos los funcionarios involucrados en la ejecución del proyecto, que ahora compete no sólo a profesionales de la URAVIT, sino a funcionarios administrativos, abogados asistentes, fiscales, administradores de fiscalía, jugó un papel fundamental.

2. Objetivos general y específico del modelo

El objetivo general del modelo especializado es otorgar una protección oportuna y efectiva a las víctimas de violencia intrafamiliar durante su participación en el proceso penal y mejorar la calidad de los términos de las causas.

Son objetivos específicos, los siguientes:

a) Contactar en el más breve plazo a las víctimas de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar con el fin de recoger información necesaria para evaluar el riesgo de la víctima, conocer sus expectativas y su disposición a participar en el proceso penal.

b) Adoptar oportunamente las medidas de protección adecuadas para aquellos casos definidos de riesgo vital/alto o medio.

c) Propender a mejorar la calidad de los términos de las causas de violencia intrafamiliar, considerando las necesidades de las víctimas y las características del fenómeno.

d) Propender a disminuir los tiempos de tramitación de las causas VIF.

e) Propender a mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios atendidos.

3. Público objetivo del modelo

El modelo de intervención en violencia intrafamiliar tiene como público objetivo a las víctimas adultas de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, que

tengan lugar dentro del territorio geográfico de las Fiscalías Locales definidas y que sean puestos en conocimiento del Ministerio Público. Se excluyen del modelo las víctimas de delitos sexuales en contexto de violencia intrafamiliar y los menores de edad, dado que el Modelo General de Atención OPA contempla el desarrollo de un modelo especializado de atención a menores de edad y a que el modelo no es adecuado para responder a la especificidad de delitos sexuales.

Los delitos en contexto de violencia intrafamiliar son todos aquellos que se dan entre las personas con los vínculos señalados en el artículo 5 de la Ley 20.066. También se incluye el delito de desacato de las resoluciones dictadas en una causa de violencia intrafamiliar.

4. Acciones críticas del modelo

El modelo contempla acciones críticas que constituyen su esencia y que en conjunto posibilitan el cumplimiento de sus objetivos, estas son: a) ingreso prioritario de la causa, b) evaluación de riesgo a través de un contacto prioritario con la víctima, c) adopción oportuna de medidas de protección, d) intervención especializada de la URAVIT en casos de riesgo vital/alto o de mayor complejidad.

Estas acciones se realizan para toda causa de violencia intrafamiliar, variando su forma de ejecución según la forma de ingreso de la denuncia, de modo que el modelo distingue procesos diferenciados de trabajo para a) denuncias por parte policial y denuncias directas en la Fiscalía y b) ingresos de detenidos en flagrancia con control de detención, ya que esta forma de ingreso presenta particularidades que el modelo debe contemplar a través de procesos de trabajo diferenciados.

5. Procesos de trabajo de ingresos por parte policial y por denuncia directa

Para estas vías de ingreso de las causas de violencia intrafamiliar las acciones y procesos de trabajo son los siguientes:

a) Ingreso prioritario de la causa

El modelo pretende asegurar una intervención rápida, específicamente dentro de las 24 horas posteriores al ingreso de la denuncia a la fiscalía correspondiente. Por tanto, toda fiscalía debe desarrollar un proceso de trabajo para priorizar el procesamiento de los partes por violencia intrafamiliar con el fin de permitir el cumplimiento de ese plazo.

Esta primera acción implica seleccionar diariamente las causas de violencia intrafamiliar, entre la totalidad de denuncias recibidas por la fiscalía, para realizar, prioritariamente, la labor administrativa de ingresar las causas al sistema

informático (SAF), darle número a la causa (RUC), hacer la marca de identificación del delito como delito en contexto de violencia intrafamiliar (marca VIF), hacer la carpeta incorporando los antecedentes que obran en SAF sobre causas anteriores de víctima e imputado, como asimismo de antecedentes penales del imputado y entregarla al funcionario encargado de realizar el contacto prioritario.

b) Evaluación de riesgo a través de un contacto prioritario con la víctima

Un proceso fundamental en el modelo es la evaluación de riesgo a partir del propio relato de la víctima recogido telefónica o personalmente, a través de la aplicación de una pauta de evaluación validada para estos efectos. En relación a lo anterior, el modelo entiende que la evaluación que no considera los elementos entregados directamente por la víctima, es parcial, por lo cual resulta fundamental optimizar las acciones tendientes a lograr este contacto directo con la mayor cantidad de usuarios posible.

La aplicación de la pauta de evaluación debe realizarse a través de un contacto prioritario con la víctima, en un plazo máximo de 24 horas desde que ingresa la denuncia a la Fiscalía Local.

El contacto prioritario en denuncias por parte policial es realizado por un funcionario capacitado al efecto, que puede ser un administrativo o técnico, un abogado asistente o profesional URAVIT. En la mayoría de las fiscalías este contacto es telefónico, aunque algunas tienen un modelo de atención presencial que funciona en coordinación con Carabineros, que al recibir la denuncia tiene instrucciones de dejar citada a la víctima a la fiscalía.

En este contacto presencial o telefónico, el operador aplica una pauta de evaluación de riesgo, según las orientaciones contenidas en el manual que la acompaña. La pauta se compone de 31 ítems, se encuentra disponible en el sistema de registro informático desarrollado al efecto, arroja automáticamente un puntaje que entrega como resultado un nivel de riesgo: vital/alto, medio o bajo. También recoge información sobre las expectativas de la víctima al momento de denunciar y su disposición a continuar con el proceso penal. En el contacto prioritario, junto con aplicar la pauta de evaluación de riesgo, el funcionario debe brindar información a la víctima referida al número de *call center* y el RUC de su causa.

La pauta de evaluación de riesgo fue elaborada para el modelo y validada técnicamente por el Departamento de Psicología de la Universidad Católica Raúl Silva Henríquez. El proceso de validación de la pauta tuvo lugar el año 2009 y obedeció a la necesidad de contar con un instrumento que permitiera una evaluación oportuna, objetiva y consistente con la inmediatez y la necesidad de aplicación masiva que exige el modelo, dado el volumen de casos que abarca y,

por tanto, a la imposibilidad de que esta tarea fuese cumplida sólo por profesionales altamente especializados[9].

La validación de la pauta contempló la elaboración de una batería inicial de preguntas sobre factores de riesgo, adoptados de varias pautas que estaban siendo utilizadas en las regiones al mismo efecto y que a su vez recogían los diversos factores de riesgo en violencia intrafamiliar descritos por la literatura especializada. Esos ítems fueron sometidos a un análisis de evaluación de validez de contenido por jueces expertos, para lograr la versión preliminar del instrumento, respecto del cual se hizo un análisis de validez de constructo en una muestra piloto compuesta de 536 casos de las Fiscalías Regionales IV y Metropolitana Oriente, utilizando análisis de factores. Además, utilizando el mismo universo de casos se realizó un análisis de validez de criterio concurrente, comparando los resultados de la aplicación de la pauta con la evaluación de riesgo de los profesionales de las URAVIT, lo que permitió confirmar los ítems útiles para predecir el nivel de riesgo que poseen una alta concordancia con el criterio de los expertos en la asignación del riesgo. Finalmente, el nivel de confiabilidad del instrumento fue evaluado a través del estadístico Alfa de Cronbach.

Para el éxito del contacto y la evaluación de riesgo, que son acciones críticas del modelo, es imprescindible que Carabineros y Policía de Investigaciones señalen correctamente en el parte, el o los números telefónicos de la víctima, por lo cual adquieren gran relevancia las coordinaciones y la colaboración de dichas instituciones. Con el fin de optimizar el contacto con las víctimas se ha implementado en coordinación con Carabineros e Investigaciones, un autoreporte que la víctima llena al momento de realizar la denuncia, de su puño y letra, consignando la información de todos sus datos de contacto con la mayor amplitud y precisión posible, incluyendo diversos teléfonos y la indicación en cada uno de los horarios en que es factible ubicarla. Lo anterior amplía las posibilidades de contacto ya que recoge una mayor cantidad de información a ese efecto y a la vez disminuye el efecto de los errores de tipeo en el parte[10].

Cabe señalar que, dado el alto riesgo que pueden presentar las causas de violencia intrafamiliar en aquellos casos en que la víctima no registre teléfono o bien no se logra el contacto, ya sea por realidades geográficas o socioeconómicas, se contempla que un profesional realice una evaluación de los antecedentes disponibles, los cuales han sido debidamente recopilados y forman parte de la carpeta (denuncia, SAF, extractos de filiación de víctima e imputado, registro de armas inscritas, etc.), con el fin de valorar preliminarmente la posibilidad de que exista una situación de riesgo alto.

9 La Fiscalía recibió el año 2010 117.145 casos de violencia intrafamiliar.

10 El auto reporte es una iniciativa que la Fiscalía Regional de la IX Región aplica generalizadamente y que se adoptó en el modelo de violencia intrafamiliar recientemente con el fin de mejorar los resultados de contacto.

Si el resultado de este análisis es indiciario de la existencia de riesgo vital/alto, las fiscalías deben contemplar un procedimiento para lograr un contacto en el más breve plazo posible, por ejemplo, a través de Carabineros. Esto, sin perjuicio de las medidas de protección que deban ser implementadas inmediatamente. En el resto de los casos se contempla la realización de acciones por parte de la Fiscalía tendientes a obtener el contacto, por ejemplo, a través del envío de una carta informando número de RUC de la causa, el teléfono del *call center* de la Fiscalía y citándole para la toma de declaración en el más breve plazo.

Con el fin de facilitar esta evaluación de antecedentes y hacerlo más homogéneo, se utiliza un instrumento para casos sin contacto, que es un *checklist* que da cuenta de la información más relevante sobre los elementos que se deben observar en los antecedentes recopilados, cuya presencia debe alertar para adoptar alguna medida especial de contacto.

c) Implementación de medidas de protección

Una vez evaluado el riesgo es necesario que se adopten las medidas de protección autónomas o se soliciten las medidas cautelares correspondientes, las que deben ser implementadas dentro de las 48 horas desde la evaluación, con el fin de que sean oportunas.

Respecto de los casos de riesgo vital/alto el sistema informático envía automáticamente un correo electrónico a la URAVIT dando aviso del mismo para atención especializada. Los casos de riesgo medio y bajo quedan en manos del equipo de investigación de la fiscalía.

Tanto la URAVIT como el equipo investigativo, desde su accionar específico, deben ponderar todos los antecedentes del caso, a saber: denuncia, relato de hecho, pauta de evaluación de riesgo, extracto de filiación del imputado, las causas registradas en SAF de víctima e imputado, información sobre la inscripción de armas de fuego del imputado, entre otros, y, en base a su análisis, se determinan las medidas de protección necesarias y más idóneas para cada caso particular. Los responsables de la implementación de tales medidas son el fiscal o abogado asistente de fiscal (implementación de medidas autónomas o solicitud de cautelares al Tribunal de Garantía) o el profesional de la URAVIT (implementación de medidas de protección especializadas).

Una vez realizada esta actividad se debe informar a la víctima de las medidas decretadas, para lo cual cada fiscalía debe contemplar un procedimiento específico y los funcionarios responsables de esta función.

Cabe mencionar que se han elaborado orientaciones técnicas sobre protección en relación al nivel de riesgo, cuyo objeto es establecer criterios comunes tendientes a lograr homogeneidad en la protección que brinda el Ministerio

Público a las víctimas de violencia intrafamiliar, asegurando la igualdad ante la ley y generando un piso mínimo de protección.

Finalmente, el modelo plantea la necesidad de implementar un procedimiento de trabajo para informar el cese de la prisión preventiva a la víctima por parte de la URAVIT en los casos en que ella intervenga. Esto supone se asigne a un funcionario (fiscal, abogado asistente o gestor que trabajen con el fiscal) la responsabilidad de informar diariamente a URAVIT los resultados de las audiencias de revisión de medidas cautelares relativas a causas con riesgo vital/alto. En los demás casos donde el riesgo no sea vital/alto las víctimas deben ser informadas por algún funcionario de la fiscalía.

d) Intervención especializada de la URAVIT

Este proceso hace referencia a las acciones especializadas que realizan los profesionales de la URAVIT, en aquellos casos de víctimas adultas de violencia intrafamiliar de mayor complejidad y que son coherentes con el nuevo rol que corresponde a estas unidades en el modelo de atención.

Las acciones especializadas de los profesionales de URAVIT deben estar focalizadas en la protección de las víctimas de los delitos de violencia intrafamiliar, en aquellos casos que presentan un nivel de riesgo vital/alto y en aquellos de riesgo medio que por las características de la víctima se evalúa que las medidas de protección serán de difícil implementación y que requieren de un reforzamiento por parte de un profesional especializado. Se considera que estaremos frente a esta situación cuando la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad o de afectación emocional que le impida seguir las medidas de protección que se decreten o generar conductas de autoprotección acordes a su nivel de riesgo. Asimismo, se entenderá por reforzamiento de un profesional especializado aquellas acciones que éste pueda realizar tendientes a evaluar la situación de la víctima, reevaluar las medidas de protección que se le hayan otorgado y vincularla con redes de apoyo institucional.

Estas acciones de intervención especializada que los profesionales de la URAVIT deben realizar son las siguientes:

- Profundizar la evaluación de riesgo en todos los casos de riesgo vital/alto y en aquellos de riesgo medio en que se evalúe necesario, referidos principalmente a situaciones de mayor vulnerabilidad de la víctima, por ejemplo, víctima embarazada, discapacitada, víctima con ideación suicida, etc.

  Esta actividad se realiza a través de un nuevo contacto telefónico o personal con la víctima, en la que se indaga con mayor profundidad sobre los factores de riesgo asociados a la violencia intrafamiliar, si existen nuevos antecedentes a los aportados inicialmente, sobre la implementación de las medidas de protección otorgadas, como asimismo sobre su capacidad de autoprotección y, por último, se indaga y contrasten las expectativas señaladas en la

pauta de evaluación de riesgo con aquellas declaradas en el momento de la entrevista con el profesional de URAVIT.

- En función de los resultados de la evaluación de riesgo, la URAVIT podrá implementar si resulta necesario, medidas de protección complementarias, de mayor complejidad según sean los requerimientos del caso, tales como reforzamiento domiciliario, reubicación de la víctima en una casa de acogida o en un hospedaje determinado o aquellas que involucren coordinación con otras instituciones.

  Asimismo, según la actualización de la evaluación de riesgo realizada al momento de la entrevista de la URAVIT debiera, si el caso lo amerita, sugerir al fiscal nuevas medias judiciales, tales como el abandono del ofensor/a del hogar común, la prohibición de acercarse a la víctima, el retiro de sus efectos personales en compañía policial, la incautación de las armas y la prohibición de porte y tenencia del arma de fuego, etc.

  Las medidas que se tomen o sugieran deben ser de preferencia analizadas con la víctima en la entrevista o a lo menos informadas a ellas. Es necesario dejar constancia de la negativa de la víctima a alguna medida específica de protección sugerida, especialmente a la negativa frente a una relocalización o reubicación.

- Construir con la víctima un plan de autoprotección, entendido éste como el conjunto de acciones que ella misma puede adoptar para facilitar su propia protección. Este trabajo puede ser apoyado con la entrega de la cartilla de autoprotección y debiera ser siempre complementado con orientación sobre el proceso penal en el que participa.

- Entregar orientación a la víctima sobre el proceso penal, las implicancias de su participación, las posibilidades de término, las medidas de protección a las que puede acceder, etc., de modo que cuente con los elementos necesarios para participar en el proceso.

- Realizar informes especializados al fiscal que describan la situación específica de riesgo de la víctima, su interés en participar en el proceso penal y sus expectativas frente al mismo, como asimismo, sugieran posibles salidas judiciales considerando los intereses de la víctima y las características del caso. Estos informes pueden servir de fundamento para la solicitud de medidas cautelares y debieran ser enviados a través de un correo electrónico y en un formato simple y resumido.

- El profesional en conjunto con la víctima, podrá determinar la necesidad de derivación a otra institución para atención reparatoria, social, jurídica, y/o intervenciones proteccionales, considerando los resultados de la evaluación realizada. Se entenderá por derivación a la acción de informar a la víctima respecto del tipo de atención a la cual podrá acceder en otra institución

orientándole sobre el sentido de que asista a ella e informándole del procedimiento y datos necesarios para que concurra por sí misma.

6. Proceso de trabajo para casos de ingreso de detenidos en flagrancia con control de detención

En el año 2009, en una segunda etapa de implementación del Modelo, se hizo clara la necesidad de perfeccionarlo considerando procesos especiales para este tipo de ingresos que tiene requerimientos particulares. Así, una Comisión integrada por jefes de URAVIT, profesionales de la Unidad Especializada en Violencia Intrafamiliar y de la DAVT, con participación de fiscales especializados, formuló la propuesta de procesos para flagrancia, que con algunas modificaciones forma parte del actual modelo. Este proceso inició su implementación a mediados del año 2010 y por tanto está aún asentándose y sujeto a observación y evaluación.

El procedimiento consiste, fundamentalmente, en asegurar la aplicación de una pauta que permita la evaluación de riesgo antes de la audiencia de control de detención (ACD), con el fin de que el fiscal que asiste a la audiencia cuente con la mayor cantidad de información que le permita adoptar las decisiones jurídicas de protección y procedimentales más adecuadas a las circunstancias del caso. Los procedimientos de trabajo son los siguientes:

a) Auto reporte y citación de la víctima a ACD por Carabineros

Para todo caso de flagrancia con detenido se debe procurar las coordinaciones necesarias para que Carabineros, además de los procedimientos regulares de contacto con el fiscal de turno, informe a la víctima sobre la hora y lugar de la ACD de modo que pueda asistir e implemente el auto reporte sobre datos de contacto de la víctima.

b) Evaluación de riesgo y expectativas de la víctima antes de la ACD

Recibido el parte detenido, la fiscalía debe prioritariamente preparar la carpeta con los antecedentes registrados en SAF, extracto de filiación y parte. Asimismo, se recogerán los antecedentes sobre riesgo y expectativas de la víctima a través de la aplicación de la pauta de evaluación de riesgo o de la pauta especial para flagrancia diseñada para este tipo de ingresos.

La pauta especial en cuestión fue elaborada por la Universidad Católica Raúl Silva Henríquez a partir de los datos recogidos en el proceso de validación de la pauta de riesgo para ingresos por parte o denuncia directa. Es de tipo checklist, breve, y está compuesta por ítems elegidos de aquellos que tuvieron mayor capacidad de discriminar riesgo alto y algunos, riesgo medio. Sólo

discrimina riesgo vital/alto[11]. Esta pauta también está disponible en el sistema de registro del modelo. Dadas las características del instrumento, sus resultados deben ser siempre analizados en conjunto con todos los demás antecedentes de la causa para la evaluación de riesgo por parte del fiscal.

En cuanto a la modalidad de aplicación de la pauta especial para flagrancia, las regiones pueden aplicarla en cualquiera de las modalidades que a continuación se explicitan:

- Por funcionario de la fiscalía antes de la ACD, mediante contacto telefónico.
- Por el fiscal de turno al momento de recibir el llamado.
- Por el fiscal que asiste a ACD en el Tribunal Garantía antes de la audiencia, cuando la víctima asiste a la misma. En este caso será de la mayor importancia que Carabineros cite a la víctima a dicha audiencia.
- Por Carabineros en el momento de recibir la denuncia. Al respecto, cabe resaltar que Carabineros sólo recogerá los antecedentes de riesgo a través de la pauta y será la Fiscalía quien evalúe el riesgo en función de la información levantada y los demás antecedentes con que se cuente. En esta modalidad es necesario que la Fiscalía al momento de recibir los antecedentes discrimine si la pauta ha sido aplicada o no por Carabineros, de modo que en el último caso, personal de la Fiscalía pueda contactar a la víctima antes de la ACD, aplicar la pauta de flagrancia e informar del lugar y hora de la audiencia para que pueda asistir.

En los casos en que se aplique la pauta de flagrancia, (sin importar quien la aplique), será el fiscal de turno o el fiscal que asiste a la ACD, quien determinará el nivel de riesgo, según el resultado que arroje la pauta y el análisis de los demás antecedentes que obren en la carpeta.

Cabe señalar que todos los casos de flagrancia con control de detención, se haya o no logrado la aplicación de la pauta, deben ser evaluados. En los casos en que no se logra la aplicación de pauta antes de la ACD y en que la víctima no asiste a la audiencia, por lo que no se puede aplicar la pauta, el fiscal encargado de asistir a la audiencia hará una evaluación de la situación y analizará los posibles factores de riesgo existentes, en función de los antecedentes que obren en la carpeta. Con el fin de facilitar este análisis y hacerlo más homogéneo, se propone la utilización del checklist que da cuenta de la información más relevante sobre qué elementos se deben observar en los antecedentes, ya referido en el proceso para ingresos por denuncia directa y parte policial.

11 La pauta fue ajustada en enero de 2011, con el fin de mejorar su capacidad de discriminar riesgos altos. El ajuste consistió en agregar tres preguntas y en cambiar el algoritmo de cálculo de riesgo, con base en los datos arrojados por el estudio comparativo de sus resultados con la pauta de evaluación validada.

c) Adopción de medidas cautelares o de protección

En los casos en que el resultado de la pauta sea riesgo vital/alto, los fiscales determinarán las medidas cautelares y/o autónomas que resulten pertinentes, privilegiando la obtención de medidas cautelares, que serán las únicas consideradas por el indicador especial para estos procesos de flagrancia[12]. Asimismo, decidirán sobre el término de la causa en la ACD.

Respecto de los casos que, aplicándose la pauta de flagrancia arrojen que no constituyen riesgo vital/alto, los fiscales deben evaluar el riesgo con los antecedentes obtenidos de la pauta y los demás que obren en la carpeta y adoptarán o solicitarán las medidas autónomas o cautelares que estimen adecuadas al riesgo y a las circunstancias del caso. A las causas que no arrojen riesgo alto, y no terminen en ACD, se les deberá aplicar con posterioridad a la audiencia, la pauta extendida con el fin de obtener una evaluación de riesgo más precisa, y se procederá de acuerdo al resultado, según el procedimiento normal, debiendo registrarse esta segunda evaluación en el sistema informático OPA-VIF.

d) Atención especializada de URAVIT en casos de flagrancia

Los casos de riesgo vital/alto serán atendidos por URAVIT con prioridad, según el modelo de intervención especializada antes descrito. Específicamente para los ingresos por flagrancia se estima necesario que, respecto de aquellos casos con riesgo vital/alto, la intervención especializada de URAVIT continúe aunque haya terminado en la audiencia de control de detención, para el sólo efecto de chequear los antecedentes y reevaluar el riesgo y la necesidad de adoptar alguna medida complementaria, lo cual –en la mayoría de los casos– debiera implicar no más de una acción de seguimiento.

e) Registro e información a la víctima sobre adopción de medidas cautelares

Se considera fundamental que las medidas cautelares que se soliciten en la audiencia sean registradas en el SAF o plataforma del Modelo por el propio fiscal o por personal administrativo y en los casos evaluados como riesgo vital/ alto sean informadas, diariamente, al jefe de URAVIT, correspondiéndole a esta Unidad informarlas a las víctimas, si no han asistido a la ACD. En el resto de los casos corresponde al fiscal de turno solicitar que se oficie a Carabineros para que notifique la resolución judicial que decreta la medida cautelar.

El cese de la prisión preventiva debe ser informado a la víctima por URAVIT en los casos en que intervenga. Lo anterior supone que se asigne a un funcionario (fiscal, abogados asistentes o gestores que trabajen con el fiscal que asiste a la audiencia), la responsabilidad de informar diariamente a URAVIT los resultados de las audiencias de revisión de medidas cautelares relativas a causas

12 Esta situación se debe a que la pauta, por su extensión, no permite discriminar los tres niveles de riesgo sino sólo si existe riesgo vital/alto o no.

con riesgo vital/alto. En los demás casos debe ser informado a la víctima por el fiscal o abogado asistente de fiscal que asiste a la audiencia.

7. Orientaciones generales sobre formas de término asociadas al modelo

El modelo espera producir un aumento de los términos de mayor calidad jurídica, como lo son las sentencias condenatorias y la suspensión condicional del procedimiento, ya que, en general, éstos responden más adecuadamente a las necesidades de las víctimas en este tipo de delitos. La premisa es que mientras más rápida sea la intervención existe menor probabilidad de retractación de la víctima y mayor posibilidad de obtener los términos esperados.

Igualmente, el modelo pretende incidir en los tiempos de tramitación de las causas, aumentando la rapidez en la gestión procesal al producir una intervención temprana recogiendo información vital para adoptar las decisiones jurídicas pertinentes sin dilaciones.

8. Indicadores del modelo

Con el fin de monitorear los resultados del modelo y permitir la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de sus objetivos, se diseñó un conjunto de indicadores y bandas de desempeño, los que se miden mensualmente y se reportan a las Fiscalías Regionales, junto a las correspondientes bases de datos, permitiendo que cada Fiscalía Regional pueda detectar y corregir los problemas de los que dan cuenta. Los resultados de estos indicadores son acumulativos.

Los indicadores miden:

a) Cobertura del modelo, es decir, el número de casos con marca de violencia intrafamiliar ingresados al sistema de registro del modelo.

b) Marca de violencia intrafamiliar.

c) Aplicación de pauta, para casos de denuncia directa y denuncia por parte policial.

d) Aplicación de pauta dentro de 24 hrs. de ingresada la denuncia para casos de denuncia directa y denuncia por parte policial.

e) Aplicación de pauta en caso de flagrancia.

f) Adopción de medidas de protección en caso de riesgo alto y medio, en casos de denuncia directa y por parte policial.

g) Adopción de medidas cautelares, condiciones en suspensiones condicionales y accesorias a sentencias definitivas en casos de ingreso por flagrancia.

h) Porcentaje de causas terminadas.

i) Porcentaje de causas terminadas por suspensión condicional y sentencia definitiva.

j) Satisfacción de los usuarios del modelo.

9. Cobertura territorial del modelo

Este modelo se comenzó a aplicar el mes de julio del 2008 en una fiscalía Local de las Fiscalías Regionales Metropolitanas Centro Norte, Sur, Oriente y Occidente y las Fiscalías Regionales de Tarapacá, Coquimbo, del General Libertador Bernardo O´Higgins, de la Araucanía y de Aysén.

Durante el año 2009 progresivamente se extendió la cobertura del Modelo de Violencia Intrafamiliar implementándose en todas las fiscalías regionales del país, en al menos una Fiscalía Local y en once de ellas la cobertura alcanzó a toda la región.

Durante el año 2010 el modelo se implementó con cobertura total en 16 fiscalías regionales de las 18, restando completar la cobertura en dos fiscalías regionales, que debieron retrasar su implementación, lo que se logrará en el primer semestre de este año.

Durante el período julio a diciembre del 2008 ingresaron en el marco de este modelo 12.886 víctimas. En tanto que durante el 2009 dicha cifra aumentó a 34.017 y en el año 2010, llegó a 49.380.

Para el año 2011 se proyecta que todo el país tendrá el Modelo de intervención Inmediata en violencia Intrafamiliar.

10. Resultados de los indicadores del modelo

Los resultados del modelo pueden medirse a través de los siguientes datos de desempeño que muestran sus principales indicadores durante el año 2010[13].

a) La cobertura del modelo hasta el 2010 abarcó un 68,7% de las causas de violencia intrafamiliar ingresadas al Ministerio Público[14].

b) Un 74,4% de las víctimas fueron contactadas para la aplicación de pauta en casos de denuncia por parte y denuncia directa.

c) Al 70,6%de las víctimas se aplicó la pauta de evaluación de riesgo dentro de 24 hrs. desde el ingreso del caso a la Fiscalía.

13 Los resultados de los indicadores dan cuenta de la implementación progresiva del modelo.

14 Corresponde a casos con marca VIF ingresados al Modelo VIF, es decir que tienen algún registro en el sistema informático OPA-VIF.

d) Se adoptaron medidas de protección en el 61% de los casos evaluados de riesgo vital/alto y medio en casos ingresados por parte y denuncia directa[15, 16].

e) En el 84,9% de los casos antes referidos, dichas medidas de protección fueron implementadas dentro de 24 hrs. desde la evaluación de riesgo.

f) 80,8% de los casos ingresados al modelo por flagrancia con control de detención se les ha aplicado pauta de evaluación de riesgo.

g) En un 90,8% de los casos de riesgo alto ingresados por flagrancia se decretaron medidas cautelares, accesorias a una sentencia definitiva condenatoria o condiciones de protección en una suspensión condicional[17].

h) El 85,3 % de las víctimas encuestadas califica la atención y el servicio recibido en el Modelo de Intervención Inmediata de la Fiscalía con notas 5, 6 y 7, según resultados del estudio de satisfacción realizado por una empresa externa[18]. Los resultados de este último indicador por su importancia merecen una mirada más detallada, que presentamos a continuación.

11. Satisfacción de usuarios del modelo

Es necesario destacar el excelente resultado obtenido, desde sus inicios y sostenidamente, por el Modelo de Intervención Inmediata para Víctimas de Violencia Intrafamiliar en los Estudios de Satisfacción de usuarios encargados a empresas externas para medir este indicador, realizados el año 2008, 2009 y 2010.

Según el último Estudio realizado el segundo semestre del año 2010[19], como se dijo el 85,3 % de las víctimas encuestadas califica la atención y el servicio recibido en el Modelo de Intervención Inmediata de la Fiscalía con notas 5, 6 y 7, y el 53% de ellos calificó la atención recibida con nota máxima, arrojando una evaluación promedio de nota 6,0.

15 Excluye casos de flagrancia que tienen un indicador diferente.

16 Es necesario señalar que durante el año 2010 este indicador fue ajustado con el fin de restringir las medidas de protección que resultan idóneas por sí solas para estos niveles de riesgo, excluyéndose algunas como contacto prioritario, plan de autoprotección, teléfono del plan cuadrante, etc., lo que implicó una mayor rigurosidad y especificidad en el registro de las medidas para ser reflejadas en el resultado del indicador, lo que en principio afectó sus resultados a la baja, afectando también el resultado final, dado que el indicador es acumulativo. Actualmente este indicador alcanza al 71%.

17 El proceso especial de flagrancia inició su implementación y registro a partir del segundo semestre del año 2010.

18 "Evaluación Empírica Estado de Avance de Metas Institucionales 2010, Consolidado Objetivos 1, 2, 3 y 4". CollectGfK, diciembre de 2010.

19 "Evaluación Empírica Estado de Avance de Metas Institucionales 2010, Consolidado Objetivos 1, 2, 3 y 4". CollectGfK, diciembre de 2010.

Un aspecto que debe ser relevado es el estándar de excelencia alcanzado en la evaluación de la información entregada a las víctimas de violencia intrafamiliar, que mejora en 3,5 puntos porcentuales respecto de la evaluación del año 2009.

El 88% de los usuarios evalúan la calidad y claridad de la información entregada por la Fiscalía, con nota 5, 6 ó 7, mientras que un 86% evalúa con iguales notas la utilidad de la misma. Además, tanto respecto de la calidad, claridad y utilidad de la información, más de un 75% de las notas se concentran en las más altas, esto es, 6 y 7.

La atención de los funcionarios de la Fiscalía es el factor mejor evaluado de la atención recibida: un 92,4% de los usuarios la evaluaron con nota 5, 6 y 7 y de cada diez consultados, siete evaluaron con nota máxima la atención recibida. También este ítem observó un alza de 2 puntos porcentuales respecto del año 2009.

81% de las víctimas atendidas bajo este modelo recibieron alguna medida de protección. Un 87,5% de ellas, calificó su satisfacción con las medidas adoptadas con notas 5, 6 y 7.

Lo más relevante es que 88,9%, es decir, 9 de cada 10 usuarios entrevistados, declaró que si volviera a enfrentar una situación similar estaría dispuesto a volver a denunciar y un 91,6% declaró que recomendaría a un amigo o familiar realizar la denuncia, lo que constituye un importante señal de confianza en el Ministerio Público por parte de sus usuarios.

El estudio concluye que el modelo de atención a víctimas de violencia intrafamiliar está operando óptimamente, generando satisfacción entre las personas atendidas y provocando un efecto favorable de disposición entre las víctimas a recomendar a otros presentar denuncias en casos similares.

UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

DELITO DE TORTURA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 150 LETRA A) DEL CÓDIGO PENAL

Yelica Lusic Nadal[1]

1. Introducción

Con fecha 9 de junio pasado, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta absolvió a cinco funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI)[2] de la acusación formulada en su contra por los delitos de allanamiento ilegal de morada y apremios ilegítimos agravados.

La imputación formulada por el Ministerio Público –en relación al delito de apremios ilegítimos que nos interesa– se refería al hecho de haber trasladado a un tercero hasta dependencias de la Fiscalía Local de María Elena, lugar donde lo sometieron a un interrogatorio con la finalidad de que confesara su responsabilidad en un delito de robo ocurrido en esa localidad, propinándole con tal objeto golpes de puño y pie en diversas partes del cuerpo, profiriendo insultos y amenazas en su contra e indicándole, además, que disponían de varias horas para agredirlo.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta estimó, no obstante dar por acreditadas las lesiones propinadas[3], que la figura penal de apremios

1 Abogada de la Unidad Especializada en Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 La sentencia en comento del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, fue pronunciada por los jueces don Luis Sarmiento Luarte, Guillermo Cádiz Vatcky y Paula Ortiz Saavedra, y se dictó en relación con la investigación RUC 0800877573-8 y RIT 82-2010. Dicha sentencia fue anulada por la ICA de Antofagasta y posteriormente, en nuevo juicio oral, se condenó por el delito de abusos contra particulares.

3 El TOP de Antofagasta dio por acreditados los siguientes hechos en el considerando duodécimo *"El día 29 de septiembre de 2008, los acusados ALEXIS BUTRON DORADO, YERKO YAMIL PALMA FLORES, ENZO JESÚS RODRÍGUEZ NÚÑEZ, JOSÉ TOMAS MAMANI PRADO, en su condición de detectives de la Policía de Investigaciones junto a doña NATALIA DAFNE CABRERA MAITHEWS, asistente policial de dicha institución, en cumplimiento de una orden de investigar emanada de la Fiscalía Local de Maria Elena, se trasladaron en comisión de servicios desde dicha ciudad, desde Tocopilla, en el vehículo policial Station Wagon marca Hyundai, modelo Tucson, conducido por Cabrera Matthews, llegando en horas cercanas al mediodía hasta el domicilio particular de CARLOS RODRÍGUEZ MUNDACA, ubicado en calle Caupolicán N°685 de María Elena, con el objeto de, en el marco del diligenciamiento de la referida orden de investigar, tomarle declaración. En dicho lugar los detectives BUTRÓN DORADO, PALMA FLORES, RODRÍGUEZ NÚÑEZ y MAMANI PRADO se entrevistaron con dicho individuo, informándole el motivo de su presencia en el lugar y solicitándole que los acompañara al efecto, a lo que éste accedió, ingresando con su autorización los funcionarios a su domicilio con el objeto de que aquél terminara de vestirse, saliendo todos juntos, transcurridos algunos minutos, para abordar el vehículo policial en que su conductora los aguardaba y trasladarse en éste hasta dependencias de la empresa SQM de dicha localidad, con el objeto de que se les facilitare una oficina con computa-*

ilegítimos o tortura, del artículo 150 A del Código Penal, requiere para su configuración que el ofendido se hubiese encontrado privado de libertad, situación que no se presentaba en este caso, ya que el afectado había concurrido a prestar declaración en forma voluntaria, en calidad de imputado, accediendo a la petición que en tal sentido le habían hecho los funcionarios policiales. Asimismo estimó el tribunal que tampoco constaba que se le hubiere compelido a realizar alguna de las hipótesis mencionadas por el tipo penal –el cual para configurarse requería que la víctima de los apremios confesara, prestara declaración o proporcionara información– situación que no concurría, toda vez que el afectado se había asilado en su derecho a guardar silencio[4].

dor para poder plasmar la declaración del entonces imputado, situación de ordinaria ocurrencia en María Elena atendida la falta de dependencias propias de la Policía de Investigaciones en esa ciudad.

Producto de que no prosperó dicha solicitud, optaron por trasladarse en el mismo vehículo policial, entre las 13:00 y las 14:00 horas, hasta las dependencias de la Fiscalía Local de María Elena donde, aprovechando la autorización del fiscal subrogante, que en esos momentos salía a colación, los acusados BUTRÓN DORADO, PALMA FLORES y MAMANI PRADO ingresaron a la víctima a la oficina del referido fiscal para tomarle la declaración voluntaria que había accedido a prestar –pues no se encontraba detenido ni privado de libertad por la causa investigada ni por otro motivo- cerrando su puerta de acceso principal mientras que el encartado RODRÍGUEZ NÚÑEZ permanecía en la oficina de recepción de público en compañía del funcionario administrativo Fredis Fuentes, a petición de éste último. En tanto, al interior de la oficina del fiscal los funcionarios ya especificados comenzaron el interrogatorio del ofendido, que duró aproximadamente media hora y durante el cual, con el objeto de que confesare su participación en los delitos de robo que investigaban, le propinaron golpes de pies y puños en su torso, tomándolo además del cuello, sin lograr su cometido, pues finalmente Carlos Rodríguez Mundaca hizo uso de su derecho a guardar silencio, firmando el acta respectiva, luego de lo cual todos se retiraron del lugar".

A raíz de de estos hechos, la víctima resultó policontusa, con contusiones erosivas zona costal izquierda, hombro izquierdo y precordio, lesiones de carácter leve".

4 Así señala el considerando décimo cuarto: "*Que, de acuerdo a lo razonado anteriormente, los hechos descritos en el basamento duodécimo no se estimaron configurativos del delito de apremios ilegítimos agravados propuesto en el libelo acusatorio del inciso tercero del artículo 150 A del Código Penal.*

Dicho artículo dispone, en su inciso primero, que "el empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales…" sufrirá la pena allí establecida y, en su inciso tercero, que "si mediante alguna de las conductas –ya- descritas, el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información", se le aplicará una pena más grave que la anterior.

Pues bien, el referido inciso tercero exige que el empleado público –los acusados-, mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero –vale decir, aplicar a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos- compeliere al ofendido a realizar alguna de las tres hipótesis allí contempladas (confesar, prestar declaración o entregar información).

De la prueba rendida no fluyó el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que el ofendido se hubiese encontrado privado de libertad. De su propia declaración consta que había concurrido voluntariamente a prestar su declaración a los funcionarios de la P. D. I. pues, como él mismo dijo, "no tenía nada que ocultar".

Por si alguna duda quedase, tanto de lo relatado por la víctima, como por el testigo presencial –don Fredis Fuentes- y por último, por los propios acusados, constó que nunca fue llevado a la fuerza o contra su voluntad, ni maniatado, ni le fueron puestas esposas o ninguna otra especie

Este pronunciamiento, por parte del tribunal, resulta de mucho interés porque permite constatar y evidenciar la falta de conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo de la figura que pretendemos analizar, como también la falta de comprensión de los bienes jurídicos protegidos por ella, postulando que enfrentamos una figura que no sólo protege la integridad física y síquica de los afectados, sino también la libertad de autodeterminación y seguridad individual; y que entendida así es posible darle un significado diverso a los elementos que integran el tipo penal, especialmente a la locución "privado de libertad" a que alude la disposición, no pretendiendo en este trabajo abarcar la figura en toda su magnitud, toda vez que excedería el objeto del mismo.

No obstante lo anterior, examinaremos de forma somera las diversas conductas sancionadas en el Artículo 150 A) del Código Penal, avocándonos a la construcción de una interpretación diversa de la locución privado de libertad.

2. Antecedentes de la figura penal

La figura penal de tortura se introduce en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Ley N°19.567[5], la cual plasma en nuestro ordenamiento penal la ratificación por parte del Estado chileno de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, la que entra en vigor el 26 de junio de 1987 y es ratificada por Chile el 30 de septiembre de 1988.

La mencionada Ley N°19.567, modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, dicta normas de protección a los derechos del ciudadano e introduce en su artículo segundo el actual art. 150 A del Código Penal, que se encuentra integrando el libro segundo, título tercero de ese mismo cuerpo legal, referido a los Crímenes y simples delitos

de medida de seguridad, ni se mantuvo la puerta del lugar en que estuvo cerrada con llaves o se le impidió de alguna forma irse de allí si así lo hubiese querido.
Por el contrario, quedó establecido, con las mismas pruebas de cargo, que el afectado concurrió a prestar dicha declaración voluntaria en calidad de imputado, accediendo a la petición que en tal sentido le habían hecho los funcionarios, luego de explicarle por qué la necesitaban.
b) Que se hubiere compelido a realizar alguna de las hipótesis ya mencionadas. Compeler, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española significa "obligar a alguien, con fuerza o por autoridad, a que haga algo que no quiere" y obligar significa precisamente "mover e impulsar a hacer o cumplir algo", de lo que se sigue que se requiere la materialización del resultado querido; en este caso, que confesase, prestase declaración o diere información. Se estima que se requiere la producción del resultado, pues es justamente esa la razón por la cual se agrava la pena asignada a la sola aplicación de los tormentos o apremios. En caso contrario, el verbo rector debería ser "intentar compeler", pues entonces se buscaría castigar la motivación del accionar ilícito y no el haber obtenido un resultado específico a través del mismo. Por último y en la misma línea de interpretación, no se podía aplicar la figura a quien había hecho uso de su derecho a guardar silencio y, en consecuencia, no había prestado declaración ni confesado ni proporcionado información alguna".

5 La Ley N°19.567 fue publicada en el Diario Oficial del 1 de julio de 1998.

que afectan los derechos garantidos por la Constitución, específicamente en el párrafo cuarto que se refiere a los agravios inferidos por funcionarios públicos a tales derechos.

Indica el artículo 150 A del Código Penal: "*El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.*

Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.

Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua".

Si revisamos la discusión parlamentaria que precedió a su aprobación, se puede observar que se planteó la tortura como una práctica aberrante que debía ser erradica, no siendo suficiente la normativa que existía en ese momento para sancionarla –antiguo artículo 150 del Código Penal que, como indicáramos, regulaba conjuntamente el delito de apremios ilegítimos o tormentos y el delito de detención, incomunicación o arresto ilegal– la que contemplaba penas muy bajas en relación a los bienes jurídicos que resultaban lesionados –vida e integridad física– por lo cual se sostuvo por los parlamentarios, la necesidad por contar con una legislación que sancionara más gravemente estas conductas en relación con el desvalor de la conducta y el sufrimiento producido[6].

6 Importa aclarar que la discusión de la Ley N°19.567 se da en el contexto de superar los obstáculos y perfeccionar nuestro sistema legal en orden a resguardar de mejor forma los derechos de las personas. Discutiéndose también la introducción de un nuevo trámite, la información de derechos que, en conjunto con la intimación, permita dar a conocer a una persona los delitos por los que se acusa, la situación procesal en que se encuentra y los derechos que le asisten, posibilitando que se activen las normas protectoras de los Derechos Humanos, conforme lo señala la moción de los diputados Andrés Palma, Juan Pablo Letelier, Adriana Muñoz, Mario Devaud y Carlos Montes, que da origen a la discusión de esta ley.

3. Bien jurídico protegido

Para comprender el bien jurídico protegido por el delito en comento, es relevante contar con una definición del concepto tortura, el cual encontramos en artículo 1° de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, que la define como "*todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones publicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".*

Si examinamos los textos internacionales que proscriben la tortura, encontramos que mencionan a la dignidad humana como fundamento de su prohibición; así, en este sentido, los dos primeros párrafos de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes[7], como también del primer considerando de la resolución 3.452 de la Asamblea General de las Naciones Unidas[8].

Por su parte la legislación comparada también recoge a la dignidad humana como bien jurídico protegido. Así por ejemplo, el Código Penal español de 1995 contempla esta figura en el título VII que trata la Tortura y otros delitos contra la integridad moral, siendo esta última el bien jurídico protegido por la norma. En el mismo sentido el Código Penal colombiano, tipifica la conducta en el artículo 178, reconociendo como fundamento del derecho penal el respeto a la dignidad humana[9].

7 Que indica expresamente "Los Estados Partes en la presente Convención, considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana…".

8 El reconocimiento de la dignidad inherente y de los iguales e inalienables derechos de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Agregando el considerando que estos derechos derivan de la inherente dignidad de la persona humana.

9 Código Penal Colombiano artículo178 - Tortura. El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.
En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

En la doctrina comparada se ha entendido que la dignidad moral es una manifestación de la dignidad personal de la que forma parte[10], constituyendo lesiones a la integridad moral los actos violentos que contraríen la voluntad del sujeto pasivo, produciéndole sufrimientos y humillaciones; como también aquellos que suponen, en definitiva, un atentado contra la voluntad como libre determinación de la persona o un ataque a la inviolabilidad de la persona humana y al derecho a ser tratado como un ser humano libre[11]. Asimismo, se sostiene que la integridad moral supone la libertad de resolución y de actuación, que el ser humano pueda decidir libremente lo que quiera hacer y que libre y responsablemente lo haga[12]. Se la entiende como la libertad de la voluntad. La libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido[13]. Conforme a expresión gráfica de Ferrajoli correspondería a la "inviolabilidad de la conciencia"[14].

Un sector de la doctrina nacional, representado en particular por el profesor Luis Rodríguez Collao, proporciona un concepto de dignidad humana, indicando que pese a las dificultades que existen para atribuirle un sentido estrictamente jurídico, la doctrina contemporánea afirma unánimemente que aquella locución alude al rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a cualquier otra criatura o realidad[15]. En otras palabras: la superioridad e importancia de que es merecedor el ser humano por el solo hecho de ser tal[16]. Cabe agregar que entre las múltiples concreciones que es posible extraer del concepto de dignidad humana, y basándonos únicamente en aquellos puntos que concitan un margen razonable de consenso, podemos visualizar tres aspectos en los cuales

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

10 GRIMA LIZANDRA, *Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos. Tesis doctoral*. Tirant Lo Blanch. Universitat de Valencia. 1998, p. 65.

11 CARBONELL MATEN. *J.* y CONZÁLEZ CUSSAC, *J.(En Libro Colectivo "Derecho Penal. Parte Especial"*. Segunda Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1996.) Citados por GRIMA LIZANDRA, *Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos. Tesis doctoral*. p. 67.

12 GRIMA LIZANDRA, *Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos. Tesis doctoral*. Tirant Lo Blanch. Universitat de Valencia. 1998, p. 53.

13 GRIMA LIZANDRA, *Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos*, p. 53.

14 FERRAJOLI, *L. Derecho y Razón.* Editorial Trotta. Madrid. 1995, p. 608.

15 RODRÍGUEZ COLLAO, *Luis Robo con Violación.,* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XXI, N°1. Julio 2008, pp. 75-99.

16 GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Dignidad de la Persona*, Civitas Madrid, 1986, pp. 111-112; Ruiz Miguel, C. "El significado jurídico del principio de la dignidad de la persona en el ordenamiento español", en *La Dignidad de la Persona, Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso 1995, tomo II, pp. 101-103 y Sánchez Agesta, *L. El Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, p. 74.

aquél se proyecta de modo fundamental: la subjetivización del individuo, su autonomía y su superioridad[17].

Por otro lado, otro sector de la doctrina nacional no hace una mención específica acerca del bien jurídico protegido por este delito[18], no obstante indicar que la figura en comento está contemplada entre aquellas infracciones contra los derechos garantidos por la constitución y constituir un atentado contra la libertad y seguridad individual, parecer sostenido por los profesores Politoff, Matus y Ramírez al incluir el delito de tortura entre la clasificación de delitos atentatorios contra este bien jurídico[19].

En vista de esta inclusión del delito de tortura entre aquellos que atentan contra la libertad, resulta posible entender que enfrentamos en este caso una figura penal que se encuentra en relación directa con los otros tipos que protegen la libertad en sus diversos ámbitos, como serían los delitos de coacciones, amenazas, secuestro, detención ilegal, trata de personas, entre otros, que comparten, como garantía constitucional conculcada, la contemplada en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República, correspondiente a la libertad individual y la seguridad individual, la cual requiere como presupuesto esencial de su ejercicio, que tanto el Estado como la comunidad la respeten[20].

4. Estructura interna de la figura

a) <u>Conducta sancionada</u>. En cuanto a la conducta objeto de tipificación, nuestro código punitivo castiga la *aplicación de tormentos o apremios ilegítimos*, entendiendo por tales a todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.

Por su parte el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española entiende por tormento "*acción y efecto de atormentar. Angustia o dolor físico y dolor corporal que se causaba al reo para obligarle a confesar o declarar*". Por atormentar, "*causar dolor o molestia corporal*". Por apremio, "*acción y efecto de apremiar";* y por apremiar "*oprimir, apretar*".

17 RODRÍGUEZ COLLAO, *Luis, Robo con Violación,* p. 82.

18 Esta figura modificada no es tratada por el profesor Etcheberry, quien todavía en su edición 2010, p. 234 de su libro *Derecho Penal Parte Especial,* sólo se refiere al artículo 150 del CP. Tampoco es tratada por los profesores Rodríguez Collao / Ossandón Widow en su texto *Delitos contra la función pública,* Editorial Jurídica 2005.

19 POLITOFF L, *Sergio*. MATUS A. *Jean Pierre* y RAMÍREZ G. María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Segunda Edición Editorial Jurídica de Chile, 2004, p.186.

20 POLITOFF L, *Sergio*. MATUS A. *Jean Pierre* y RAMÍREZ G. María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal,* p. 188.

En cuanto a las formas que adoptan estas prácticas, ellas son numerosas, teniendo presente que el avance de la técnica ha permitido infligir grandes sufrimientos sin dejar lesiones físicas que den cuenta de aquello.

Según sectores de la doctrina comparada, la tortura está constituida por la coacción mediante el sufrimiento[21], mientras que entre nosotros según señala el profesor Bascuñan Rodríguez, el tipo básico de tortura distingue dos hipótesis: la aplicación de tormentos y la aplicación de apremios ilegítimos; agregando que la definición de estos elementos debe satisfacer tres requisitos básicos, cuales serían: tratarse de acciones diferentes entre sí; que estén caracterizadas por la posesión de propiedades que las hagan casos especialmente graves de uso de rigor innecesario; y finalmente, que deben ser definidas del modo que mejor concuerde con la regulación internacional de la tortura[22].

b) <u>Sujeto activo</u>. El sujeto activo de esta conducta corresponde a un funcionario público, que actúa en su calidad de tal.

No obstante ello, igualmente nuestra ley sanciona al particular que participa junto al funcionario público en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos (situación tipificada en el artículo 150 letra B) Código Penal), recibiendo un tratamiento más benigno en cuanto a la magnitud de la pena aplicable a su respecto, fundado en el hecho que no recaería sobre dicho particular un deber de resguardo de garantías, que sí tienen los funcionarios públicos.

En doctrina comparada se indica que el concepto técnico y preciso de tortura exige que sea realizado por o a instigación de un funcionario público sobre un ciudadano preso o detenido. Precisándose que una de las notas que dan sustantividad al delito de tortura es el abuso de poder, entendido como ataque a las libertades y derechos consagrados por la Constitución, por parte de quienes están llamados más que nadie a defenderla[23].

c) <u>Sujeto pasivo</u>. Conforme a lo dispuesto por la norma en estudio, el sujeto pasivo de este delito no es cualquier persona, sino aquella *privada de libertad*, debiendo realizar una interpretación de dicha condición. Para lo cual resulta útil consultar la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.567, que modifica el antiguo artículo 150 del Código Penal, el cual regulaba conjuntamente el delito de apremios ilegítimos o tormentos y el delito de detención, incomunicación o arresto ilegal, y que por ello contemplaba la referencia a las "*personas privadas de libertad*" que operaba respecto de ambas hipótesis.

21 GRIMA LIZANDRA, *Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos,* p. 53.

22 BASCUÑAN RODRÍGUEZ, *Antonio. "Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución"*. Materiales de estudio. Universidad de Chile, julio de 1998.

23 GRIMA LIZANDRA, *Vicente. Los delitos de tortura y tratos degradantes por funcionarios públicos,* p. 73.

Teniendo dicha disposición presente, podría entenderse la referencia del actual texto a la "privación de libertad", como una restricción a las potenciales víctimas de torturas, comprendiendo sólo a las personas que se encontraren privadas de libertad en el contexto de una detención policial o de una investigación criminal[24].

No obstante ello, es posible ofrecer otra interpretación de la locución "*privado de libertad*", vinculándola con las otras figuras penales que también reconocen como bien jurídico protegido a la libertad y seguridad individual, entendiendo así que la privación de libertad a que alude el artículo 150 letra A) del Código Penal, en realidad estaría referida a la aprehensión de una persona a la que se priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse donde ella quiera[25], o como señalan Anton y Rodríguez –citados por el profesor Etcheberry–, que comprende toda forma de privación de libertad de movimiento que no consista en encerrar[26]. Dicha interpretación conforme a lo señalado por el profesor Bascuñan Rodríguez, sería la que sigue el sistema de la dogmática de la parte especial, que se basa en la identificación del bien jurídico protegido[27].

5. Aspectos subjetivos de la figura

En cuanto al tipo subjetivo, pareciera sólo exigirse el dolo, pero sostienen los profesores Politoff, Matus y Ramírez, al analizar los elementos subjetivos del tipo de esta figura, que la utilización de las expresiones "tormentos" o "apremios ilegítimos", en cuanto a su objetividad ella sólo es aprehensible desde el elemento subjetivo que le da sentido al dolor que se inflige y que permite diferenciarlo de las lesiones comunes. Agregando que existe por parte del sujeto activo el propósito de castigar a la víctima por un acto que ha cometido, o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación o bien con la finalidad de obtener de ella o de un tercero información o una confesión[28].

24 En este sentido, el proyecto de ley originado en un Mensaje N°1058-357 de la Presidenta de la Republica, de fecha 1 de septiembre de 2009, número de boletín 6691-07 que busca modificar el Código Penal en lo relativo al delito de tortura, adecuándolo a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, que antes mencionáramos en el pie de página 7.

25 BAJO FERNÁNDEZ, *Miguel. Compendio de derecho penal. Parte Especial Volumen II.* Colección Ceura. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998, p. 43, que recoge el parecer de una sentencia de 25 de octubre de 1983.

26 ETCHEBERRY, *Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial Tomo III,* Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 203.

27 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Antonio. El Robo como coacción.* Revista de Estudios de la Justicia N°1. Año 2002, p. 99.

28 POLITOFF L, *Sergio*. MATUS A. *Jean Pierre* y RAMÍREZ G. María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal,* pp. 217 y ss.

6. Figuras penales contemplados en el artículo 150 letra A) del Código Penal

El artículo 150 letra A) establece una figura base y otra agravada. La figura base está dada por la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos por parte del funcionario público, o bien por ordenar o consentir en su aplicación. En este caso se sanciona al funcionario público que actúa personalmente en la aplicación de tormentos y también a aquel que, sin actuar materialmente, los ordena o consiente expresamente en su aplicación, recibiendo la misma pena cualquiera sea la actuación que desarrolle, cual es la de presidio o reclusión menor en sus grados medios a máximo más la accesoria correspondiente.

También se sanciona, aun cuando con una pena atenuada, la conducta del funcionario público de "consentir tácitamente" en la aplicación de los tormentos, es decir, por incurrir en una omisión, pues teniendo la facultad para hacer cesar el tormento o impedirlo, no lo hace, siendo sancionado con una pena disminuida en un grado en relación con la figura base.

La figura agravada está contemplada en el inciso tercero del artículo 150 letra A), que se refiere sólo a la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, o a ordenarlos o consentir en su aplicación, con la finalidad de obtener una confesión, prestar algún tipo de declaración o de entregar cualquier información. En este caso, la penalidad se eleva a presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, más la accesoria legal. A este respecto, sostienen los profesores Politoff, Matus y Ramírez[29] que sólo se aplicaría esta figura agravada cuando se verificara el propósito del agente, no bastando la presencia de este elemento subjetivo para agravar la conducta, esto es se necesita según los mismos autores que mediante estos apremios, se obtenga efectivamente la confesión, la declaración o se entregue la información.

Finalmente, sería posible afirmar la existencia de una figura preterintencional en el inciso final del artículo 150 A, el que sanciona las lesiones del artículo 397 o la muerte provocada a una persona privada de libertad como consecuencia de la aplicación de tormentos, siempre que a su respecto concurra culpa, aplicándole la pena especial de presidio mayor en su grado mínimo e inhabilitación absoluta perpetua. En cambio, si los resultados de lesiones del Art. 397 o muerte de la víctima son atribuibles a dolo, ellos deben ser castigados en forma separada conforme a las reglas del concurso ideal, aplicando la pena asignada al delito más grave, para comprender de esa forma el mayor injusto de la conducta desplegada por quien infringe su deber de custodia de la seguridad individual de los ciudadanos.

29 POLITOFF L, *Sergio*. MATUS A. *Jean Pierre* y RAMÍREZ G. *María Cecilia*. *Lecciones de Derecho Penal,* p. 219.

7. Comentarios finales

La interpretación que proponemos de la locución "privado de libertad" incluida en el delito previsto en el artículo 150 A) del Codigo Penal, nos parece como aquella más adecuada a la finalidad buscada por el legislador al tipificar el delito de tortura, estimando plausible la interpretación sistematica propuesta, vinculada con las otras figuras penales que reconocen también a la libertad y seguridad individual como bien jurídico protegido, entendiendo así que la privación de libertad está referida precisamente a la aprehensión de una persona a la que se priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse donde ella quiera, o bien comprensiva de toda forma de privación de libertad de movimiento que no consista en encerrar, siguiendo de esta manera la tesis del sistema de la dogmática de la parte especial de nuestro Código, que se basa en la identificación del bien jurídico protegido.

Sostenemos, además, que la interpretación propuesta no violenta el principio de legalidad y tipicidad, sino que por el contrario, permite abarcar en su real dimensión el tipo penal en comento cuya finalidad no es otra que la de erradicar la tortura como una práctica aberrante, atentatoria contra el ser humano en su dimensión de tal, como nos lo indican los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país.

UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

EL DELITO DE "MICROTRAFICO" EN LA JURISPRUDENCIA: SUS ALCANCES Y EN ESPECIAL LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA "PEQUEÑA CANTIDAD"

Nicolás Arrieta Concha[1]

Introducción

El tipo básico del artículo 3° de la Ley 20.000 castiga a los que *trafiquen a cualquier título* con las sustancias a que se refiere el art. 1° de dicho cuerpo legal y a los que *por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias*.

A su turno, el inciso final del art. 4° señala que "se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte *sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título"*[2].

Ambas normas integran un elemento subjetivo del injusto que debe concurrir para la comisión del delito, sea en la modalidad del tipo base o de la figura del microtráfico, es decir, los artículos 3° y 4° de la legislación en comento exigen expresamente, para que la posesión en sentido amplio sea punible, la existencia de un particular fin ulterior al dolo de poseer la sustancia ilícita, que está integrado por el *animus* de traficar a cualquier título.

De ahí la trascendencia que reviste este elemento subjetivo y al cual deben enfrentarse diariamente en audiencias, tanto jueces como fiscales, pues de no concurrir, no se dará el injusto típico del delito y consecuentemente, importará la necesaria absolución del imputado.

Pues bien, los operadores del derecho son conscientes que la constatación de este elemento subjetivo del injusto en la posesión de la droga, es probablemente una de las tareas más difíciles de demostrar en las audiencias, muchas veces es un elemento no apreciable por la sola conducta verificada, pues la pura y simple tenencia de droga, no consigue por sí sola mutar al poseedor en traficante o consumidor.

1 Director de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes. Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

2 La cursiva es nuestra.

Frente a ello, no queda más que confiar o atender al único elemento que nos puede ayudar a la calificación del sujeto, que es develar sus intenciones, su finalidad.

De otro lado, el planteamiento del problema debe tener presente el principio de la presunción de inocencia que obra en beneficio del imputado y que exige del Ministerio Público demostrar su culpabilidad de forma cierta e inequívoca.

Esta presunción sólo puede destruirse en base a la existencia en el juicio oral de una mínima actividad probatoria producida, respetando por una parte las garantías y que configure por otro lado la prueba de cargo, esto es, capaz de conducir al juez, mediante un razonamiento lógico, de acuerdo a las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, a una convicción más allá de toda duda razonable, acerca de la culpabilidad del imputado.

Lo anterior como sabemos, en el nuevo proceso no excluye la prueba indiciaria, que es precisamente la que comúnmente se da en los delitos de tráfico de drogas.

Es precisamente esa prueba y el tratamiento que nuestra jurisprudencia ha dado a la misma, lo que será objeto de nuestra atención en las páginas siguientes.

1. El delito de microtráfico. Una realidad reconocida por la Ley 20.000

Sin duda, la principal innovación introducida por la Ley 20.000, fue precisamente la incorporación del artículo 4°, que introdujo el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, hoy ampliamente conocido como *microtráfico.*

Tal como señalan Politoff, Matus y Ramírez, se trata de una figura cuyo propósito fue evidentemente dar un trato privilegiado a los *dealers* callejeros o pequeños traficantes, en el sentido de imponer una pena inferior a la que originalmente establecía su antecesora, la Ley 19.366 que castigaba este delito con pena de crimen[3].

Esta norma obedeció, tal como puede leerse en el propio Mensaje del Ejecutivo N°232-241 de 2 de diciembre de 1999[4], a la preocupación del legislador en cuanto a que los tribunales de la época habían desarrollado una tendencia o práctica de disminuir o atenuar el rigor de la penalidad asignada al antiguo tipo previsto para el delito de tráfico de drogas, ello debido a que la ley, salvo en el

3 Sergio Politoff L. Jean Pierre Matus A. María Cecilia Ramírez G, *Lecciones de Derecho Penal Chileno,* Parte Especial, Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 584.

4 Mensaje de S.E. el Presidente de la República de fecha 2 de diciembre de 1999, cuenta en sesión 19, legislatura 341, en Historia de la Ley 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional.

caso de la cooperación eficaz, no contemplaba ninguna alteración o minorante de la penalidad, cualquiera fuera la magnitud de un tráfico de las denominadas *drogas duras*. Frente a la situación de aquellas personas que traficaban pequeñas cantidades de estas sustancias, se hacía patente la necesidad de regularlo en la nueva ley, ya que por la vía de evitar una exasperación desproporcionada de la pena, en muchos casos se recurría al expediente de considerar el hecho como falta del entonces aplicable artículo 41 de la Ley 19.366 o incluso, en casos extremos, dictar sentencia absolutoria por una cuestión, a decir de algunos jueces, *de justicia material*.

En la práctica, durante la vigencia de la Ley 19.366 ambas policías habían dado debida cuenta que estos *dealers* callejeros comenzaron a familiarizarse con la misma ley y así, al conocer sus falencias, modificaron su modus operandi en el sentido que si eran sorprendidos portando pequeñas o escasas cantidades de papelillos era más fácil justificar un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, con lo cual podían con ello eludir la sanción principal prevista para el delito de tráfico.

De esta forma, como ya se señalara, en vez de enfrentar una pena de un rango entre los 5 años y un día y los 15 años, su conducta podía ser considerada una simple falta, o mejor aun, obtener una sentencia absolutoria.

Frente a esta realidad, se hacía necesario llenar un vacío legal, lo que en definitiva se materializó en la figura que ahora comentamos y que no ha estado exenta de críticas en nuestra doctrina[5].

2. Tratamiento Jurisprudencial del Microtráfico por la Corte Suprema. Evolución desde una figura privilegiada a una de carácter autónoma

En esta materia, claramente pueden distinguirse dos periodos que han marcado el criterio seguido por nuestro más alto Tribunal:

A. El primero de ellos, comprendido desde la entrada en vigencia de la Ley 20.000 hasta octubre de 2008, a partir del fallo **6788-2007** de 8 de octubre de ese año, periodo en el cual se consideró a este delito como una figura privilegiada, discusión que se planteó con ocasión de la posible aplicación del artículo 18 del código penal y del artículo 19 N°3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República, esto es, de la norma más beneficiosa para el imputado.

Es con ocasión de la conocida sentencia **2005-05** que la Corte Suprema tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el punto, señalando que la norma en comento no creaba una nueva figura delictual, sino más bien una fórmula ate-

5 Vid. LUCIANO CISTERNAS VÉLIZ, *El Microtráfico,* Santiago, Chile, Editorial Librotecnia, 2009, p. 24; MARCOS GONZÁLEZ WITTIG, El delito de tráfico de drogas, Chile, Editorial El Jurista, 2010, p. 155.

nuada del tipo base de tráfico de drogas. En efecto, según el fallo citado " el artículo 4° de la Ley 20.000 no crea una figura delictual diferente del tráfico de estupefacientes contemplado antes en el artículo 5° inciso primero de la Ley 19.366, y ahora, en la misma forma, en el artículo 3° inciso primero de la nueva normativa, sino se limita a disponer que, si en el caso concreto ese tráfico se refiere a pequeñas cantidades de droga, puede sancionárselo con una pena más benévola que la prevista ordinariamente para tal delito. Dicho de otro modo, de lo abarcado por la descripción del comportamiento en que consiste el tráfico de estupefacientes en general, el legislador ha fraccionado un grupo de situaciones a las cuales, no obstante satisfacer las exigencias de ese tipo delictivo, quiere someter a un tratamiento distinto y, ciertamente, más benigno, si concurre la circunstancia de que verse sobre una cantidad de droga pequeña"[6].

B. Un segundo periodo o tendencia, se produce a partir del ya citado fallo **Rol 6788-07,** en que la Corte Suprema cambia radicalmente esta postura, declarando que el delito de microtráfico es un delito autónomo. Sobre el particular, Luciano Cisternas en su obra sobre El Microtráfico, sostiene que este cambio de criterio se fundamenta en los siguientes aspectos:

a) Por una parte, el art. 4° no contempla las acciones de inducir, promover o facilitar el uso o consumo de drogas, como tampoco la de exportar o importar, por lo que ellas jamás podrán ser constitutivas de Microtráfico;

b) De otro lado, en lo que respecta al volumen de la droga traficada, en el microtráfico debe tratarse de una *"pequeña cantidad"* elemento regulativo que no está presente en el art. 3°;

c) Por último, en el art. 4° se contempla una especial causal eximente de responsabilidad, como es la justificación por parte del agente que la droga está destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, situación que tampoco está presente en el art. 3°[7].

3. La determinación del concepto *pequeña cantidad de droga*. Principio regulativo

La jurisprudencia de la Corte Suprema[8], en forma sostenida y reiterada a partir del ya comentado fallo **2005-05,** ha entendido la expresión *pequeña cantidad* como un principio regulativo, que en buenas cuentas, importa un concepto jurídico indeterminado, que debe ser precisado y concretado posteriormente por parte del propio tribunal.

6 Vid. La SCS Rol N°2005-2005 de fecha 19/07/05, considerando 1°.

7 LUCIANO CISTERNAS VÉLIZ, ob. cit., pp. 28-29.

8 Vid. Rol N°2005-05 (19-07-05) Rol N°1506-2005 (2-01-07) Rol N°3819-06 (25-01-07) Rol N°1479-2007.

En el mismo sentido, para Roxin, el concepto regulativo tiene como particularidad, el no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación; un ejemplo de ello, está dado por el concepto de "exigibilidad", en palabras de este autor, "plenamente exento de valoración", formal y sin contenido.

"Está claro que con tales conceptos regulativos no se pueden formar conceptos jurídicos. Su ámbito de aplicación es, por eso, mucho más reducido; se limita a posibilitar una resolución justa del caso concreto sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos"[9].

El citado fallo, en el considerando 7°, refiere que "el empleo de conceptos como el que nos ocupa, si bien puede parecer hasta cierto punto reprobable, no es inusual en las legislaciones y, por cierto, no únicamente en la nuestra. Así, ya en 1953 se refirió a ellos Heinrich Henkel, denominándolos principios (o conceptos) regulativos (en el sentido de orientadores) por oposición a los principios o conceptos normativos. Éste –dice refiriéndose al principio o concepto regulativo– contrasta enteramente con las cláusulas normativas. No entraña contenido ni medida de valor alguno, sino que es del todo neutral y, por ende, tampoco procura normas ni es constitutivo para la sentencia. Como principio puramente formal, no está en condiciones de anticipar el enjuiciamiento del caso individual, sino contiene tan sólo una instrucción de recurrir, esto es, de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento. Si el legislador utiliza una cláusula regulativa, ello no significa dación de norma, sino que implica, al contrario, una renuncia a establecerla. Es la negación de la norma legislativa acompañada de la instrucción de desarrollar la norma judicial a partir del caso que se juzga".

"En consecuencia –continua el fallo–, el empleo de lo regulativo por el juez no es aplicación de una norma ni obtención de la sentencia por subsunción en una premisa mayor decisoria, sino creación normativa sirviéndose de un concepto que no pone a disposición del juez contenido de decisión alguno, mas sólo le indica que determine autónomamente, con la ayuda del elemento regulativo, los límites de las esferas dudosas de derecho y de deber"[10].

En otras palabras, la intención del legislador fue "dejar en manos de los jueces la flexibilidad suficiente para que sean ellos quienes determinen de manera soberana y discrecional cuando se está en presencia de esas pequeñas cantida-

9 CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal,* séptima edición, Marcial Pons, 1999, p. 137.

10 Vid. Rol N°2005-05 (19-07-05). Respecto del autor citado por el fallo, puede consultarse en HEINRICH HENKEL, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo,* Buenos Aires Argentina, Editorial Bde f Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 126-127.

des, de ahí que se decidiera por el legislador no establecer condiciones objetivas y expresas a este respecto"[11].

4. Criterios de determinación jurisprudencial del concepto "pequeña cantidad"

Para la Corte Suprema, llenar de contenido un concepto indeterminado como es el de pequeña cantidad depende de una multiplicidad de factores tan considerables y cambiantes, que no existiría manera alguna de determinarlos, "sirviéndose de una generalización que resultara aplicable a la variedad de las situaciones concretas pues, en efecto, el mismo par de gramos de clorhidrato de cocaína que distribuido entre los varios participantes adultos de una reunión social debería ser apreciado como una pequeña cantidad, no lo será si los destinatarios son adolescentes recién llegados a la pubertad; pero, además, la cosa dependerá también del grado de pureza de la sustancia y, en fin, de una multitud de otras circunstancias que, incluso, resulta difícil imaginar; por eso, al legislador no le quedaba otra solución que servirse de un concepto regulativo, destinado a orientar la resolución del juez en el caso concreto, pero abandonando a su decisión los espacios marginales imposibles de rellenar con una fórmula abstracta"[12].

Por otro lado, como ya anticipáramos en la introducción, una de las mayores dificultades que se presenta en los juicios orales a los fiscales en este tipo de materias, y consecuentemente a los jueces a la hora de decidir, reside justamente en la prueba del elemento subjetivo de la posesión, porte o guarda de la droga, esto es, la forma en que la tenencia de la droga está destinada a realizar actos de difusión de la misma para su consumo ilegal.

Los tribunales de nuestro país, conscientes que se trata de un aspecto interno del sujeto, de muy difícil acreditación sino es a través de datos externos, con el objeto de delimitar las conductas de tráfico, microtráfico y consumo, han atendido a criterios indiciarios de la más diversa índole, entre los que se cuentan:

1. Cantidad de droga incautada;
2. Transacción flagrante;
3. Hallazgo de envoltorios, forma de distribución y/o número de dosis susceptible de obtenerse con la droga incautada;
4. Pureza de la misma;
5. Forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención;
6. Antecedentes de la investigación;

11 SCS Rol N°3819-2006 de 25/01/07.

12 Considerando 8° SCS 2005-05 (19/07/05).

7. Tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración o distribución de la droga;

8. Forma de distribución de la droga; tenencia de papelillos y posesión de billetes y monedas de distinta denominación;

9. Situación socioeconómica del imputado;

10. Condición de drogodependiente, politóxicománo, consumidor habitual o no consumidor;

11. La diversidad de drogas;

12. Territorialidad o realidad geográfica en que se efectuó la conducta;

13. Criterio temporal de uso personal y exclusivo próximo en el tiempo;

14. Lugar del hallazgo.

4.1. Primer criterio indiciario de traficar: la cantidad de droga incautada

Como ya señaláramos, la Ley 20.000 al introducir el concepto de pequeña cantidad, hace alusión a un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido está llamado a ser llenado por el juez en cada caso concreto.

Como primera premisa y siguiendo a Héctor Hernández, diremos que la cantidad es el principal pero no el único criterio al que tradicionalmente recurren nuestros tribunales para justificar que la tenencia de drogas ilegales tiene una finalidad preordenada al tráfico[13].

13 Profundizando sobre este punto, el citado autor nos indica que: "en base de este criterio subyacen buenas razones: ciertamente la actividad mercantil, y el tráfico de drogas no escapa a la regla, requiere para su ejercicio de cantidades de mercancía apropiadas para satisfacer no sólo las necesidades del consumo personal, sino que las de una multiplicidad de consumidores. En este sentido resulta razonable suponer, en principio, que quien porta cantidades de estupefacientes que excedan de las que habitualmente sirven para el consumo individual, las porta porque trafica con ellas; en tanto que respecto del portador de pequeñas cantidades, bien puede pensarse que las destina a su propio consumo.
Como criterio central, la consideración de las cantidades portadas resulta adecuada. Sin embargo, debe tenerse presente siempre que tal consideración es sólo un criterio, uno más entre muchos otros que se pueden proponer, y no puede constituirse en elemento exclusivo para resolver la cuestión de la finalidad de la tenencia, ni mucho menos puede llegar a desplazar la cuestión de fondo, convirtiéndose en elemento constitutivo del injusto, como ha ocurrido en algunos casos. Por adecuado que pueda resultar este criterio como punto de partida, por sí solo resulta completamente insuficiente, en especial, porque en el fondo implica un juicio arbitrario sobre el significado de una tenencia apreciable de estupefacientes, que si bien no puede despreciarse como indicio desde lo común o habitual siempre debe considerarse, no por ello pierde esa dosis de arbitrariedad".
Más adelante, el citado autor aclara que se comparte "el afán por precisar, por aclarar, por hacer menos nebuloso el criterio cuantitativo y así uniformar en alguna medida la actitud de los juzgadores frente al porte de cantidades semejantes de una misma droga. Pero lo que no puede aceptarse no es que el criterio sea más claro y preciso, sino el riesgo

Como segundo criterio orientativo, podría sostenerse que quien porta cantidades de estupefacientes que exceden de las que habitualmente sirven para el consumo individual, las porta porque trafica con ellas; en tanto que respecto del portador de pequeñas cantidades, bien podría concluirse que las destina a este fin o a su propio consumo. Luego, conforme al tenor literal de la ley y a la doctrina, se concluye que las "grandes" cantidades no pueden estimarse destinadas al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo y sí, en cambio, las pequeñas cantidades.

En la misma línea, sólo se podrá castigar por microtráfico al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante.

La interrogante que nos surge de inmediato es cuando estaremos en presencia de grandes o pequeñas cantidades de drogas.

Un claro ejemplo de la relatividad del concepto que aquí analizamos lo encontramos en dos sentencias:

Por una parte, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de **Linares RIT 95-2009 (30.07.2010)** que absolvió del delito de microtráfico a un imputado por la posesión de 360 gramos de cannabis considerando que no estamos ante el art. 4° sino ante la hipótesis de un consumo privado, la cual es atípica[14].

En el otro extremo, tenemos la Sentencia del Tribunal Oral en lo penal de **Rancagua RIT N°323-2007 (28.01.08)**

que condena a un imputado sindicado como microtraficante, quien accede voluntariamente a que los funcionarios policiales ingresaran a su inmueble para confirmar la presencia de drogas, incautándose en el mismo domicilio 1 gr. de pasta base distribuido en 8 papelillos.

de que tal precisión y claridad lleven a olvidar que la consideración cuantitativa continúa siendo un criterio, uno entre muchos, que no tiene valor absoluto cualquiera que sea su grado de precisión". HERNÁNDEZ BASUALTO HÉCTOR, *Las drogas ilegales en el derecho penal chileno. Análisis Crítico de dogmática y política criminal,* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica, Santiago de Chile, 1992, pp 212-213.

14 Los fundamentos que da el tribunal para llegar a este extremo fueron los siguientes: a) La sustancia encontrada corresponde al vegetal cannabis sativa, cuya composición se fijó en una "mezcla indeterminada de sumidades floridas con hierba verde" b) Que dicha sustancia es, a decir del propio ente acusador, "una pequeña cantidad" c) Que, ella fue encontrada e incautada de un "lugar o recinto privado", esto es, su domicilio; d) Que, aunque consumidor el acusado, no fue encontrado consumiendo dicha droga y e) Que, justificó su tenencia para su uso exclusivo y próximo en el tiempo.

El tribunal decide condenar por microtráfico argumentado que 8 dosis no dicen relación con un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, y "más bien parece una cantidad destinada a la venta que al consumo".

4.1.1. Jurisprudencia referida a las drogas de mayor incautación en Chile que ha recurrido al criterio cantidad

Previamente, es necesario precisar que la metodología empleada para el presente análisis no es de carácter estadístico ni proyectivo, pues la revisión por razones de tiempo, corresponde a una pequeña muestra de todo el material con que cuenta la propia Unidad Especializada de Drogas de la Fiscalía Nacional, como asimismo sentencias que se encuentran citadas en la doctrina nacional, en especial la contenida en las obras de Luciano Cisternas Véliz[15] y Marcos González Wittig[16]. El periodo de análisis comprende preferentemente sentencias dictadas los años 2007, 2008, 2009 y 2010, sin embargo, también se han considerado sentencias de otros años que por su interés, hemos considerado conveniente incluir en el estudio. Además, solo se han incluido aquí las drogas de mayor incautación en nuestro país, esto es, el clorhidrato de cocaína, las pasta base y la marihuana.

Como ya lo anticipáramos[17], la cantidad de drogas es un elemento importante al momento de considerarse el tipo penal por parte de los tribunales pero no el único criterio a ponderar, pues debe ser analizada en conjunto y armonía con los demás elementos o circunstancias que coexisten en el hecho punible o caso concreto. De esta forma, es perfectamente factible que una cantidad mínima de droga, unida a otras circunstancias de comisión pueda ser considerada microtráfico.

Así por ejemplo, la sola cantidad de 78 gramos de pasta base de cocaína bien podría ser considerada como una cantidad que configure un microtráfico, pero que a la luz de otros elementos lleven al órgano jurisdiccional a decidir de distinta manera. Ello ocurrió en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, de fecha 29 de agosto de 2008, que en su considerando 9° señaló que: "...*En este caso, los juzgadores estimaron que la cantidad de estupefaciente materia de la infracción rebasaba el límite del microtráfico, porque de acuerdo a lo expuesto por el policía especializado, los 78,67 gramos netos de pasta base de cocaína incautados, de una pureza de entre el 62 y 77%, podían rendir sobre 400 dosis, lo que implica que el hechor se hizo cargo del manejo y control de una fuente de riesgo, y por ende, de una amenaza superior al bien jurídico salud pública protegido con las normas de los artículos 3° y 4° de la Ley 20.000*"[18].

15 Vid. Supra cita 3.

16 MARCOS GONZÁLEZ WITTIG, *El delito de tráfico de drogas,* Santiago, Chile, Editorial El Jurista, 2010.

17 Vid supra, p. 5.

18 RUC: 0810002264-9, RIT:155-08.

De la jurisprudencia consultada, esto es, aproximadamente 60 fallos, pueden extraerse preliminarmente algunas conclusiones respecto del concepto de pequeña cantidad:

1. Salvo casos muy excepcionales, no se advierte una variación sustancial en la jurisprudencia en cuanto a lo que se ha entendido por pequeña cantidad.

2. La mayor disparidad de criterios se observa en los fallos que condenan por la figura del art. 3°, destacando en especial por su severidad los fallos emanados del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua.

3. En lo que respecta a los fallos relativos a **cannabis sativa,** cabe señalar que hasta el 19 de febrero de 2008 (fecha de publicación del DS 867) fue evidente el tratamiento privilegiado que se dispensó a la marihuana para estimarla como "pequeña cantidad", en especial por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt[19].

4. En cuanto a la pequeña cantidad de droga preordenada al tráfico, en los tres tipos de drogas analizadas puede observarse un denominador común: el sostenido y gradual aumento en las cantidades. En el primer tiempo, lindaron en la insignificancia, hoy pueden ser consideradas microtráfico cantidades que antes eran calificadas como tráfico del artículo 3°.

4.2. Segundo criterio orientativo de tráfico: transacción flagrante

Conforme a la jurisprudencia analizada, una transacción flagrante, cualquiera que sea la cantidad de droga involucrada, excluye de plano una discusión respecto de un posible consumo próximo en el tiempo, quedando solo por determinar, en virtud de otras circunstancias, si dicha acción configura el ilícito del tipo base o del microtráfico.

A modo de ejemplo, en causa seguida en el 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de acuerdo a los hechos acreditados, personal policial observó a dos sujetos realizando una transacción de droga, lo que trajo como consecuencia una entrada y registro de un inmueble lográndose la incautación de 254 envoltorios contenedores de 23,5 gramos netos de cocaína base, 60 gramos netos de la misma sustancia y dos bolsas plásticas contenedoras de marihuana, cuyo peso fue 148,3 gramos netos, la suma de $104.000 en dinero en efectivo y otras especies.

19 Un comentario especial merece la sentencia pronunciada por un Tribunal Oral en lo Penal de Santiago en causa RIT 245-2007 de 18 de marzo de 2008, que consideró como destinada al consumo personal la cantidad de 89,5 gramos distribuidos en 100 papelillos. Este caso citado en: LUCIANO CISTERNAS, ob cit., p. 158, se trató de un caso de un trabajador del área de aseo en un centro de esquí en las afueras de Santiago y en el cual según el fundamento del Tribunal, el acceso a la droga se hacía difícil o costoso.

Durante el juicio, la defensa sostuvo que los hechos configuraban el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Lo anterior no fue compartido por el Tribunal quien en su considerando 13° señaló que: *"...no nos encontramos en presencia de una "pequeña cantidad" de droga, como lo establece el citado artículo 4°, por cuanto, siguiendo al profesor Matus Acuña, el propósito de tal norma es ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los dealers callejeros, o como los denomina el Mensaje N°232-241 de 2, de Diciembre de 1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, "personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas"; así, para determinar el alcance del concepto "pequeña cantidad" la ley ofrece una directriz clara: pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. En efecto, aunque en principio pareciera que una cantidad de esa naturaleza obligaría a sancionar a título de consumo y no de microtráfico, lo cierto es que ésta es precisamente la ratio de la ley: castigar por esta forma privilegiada de microtráfico al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante, o como señala el inciso final de este art. 4° de la Ley N°20.000: imponer penas por este delito y no por la falta de consumo "cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título". "...mal podría considerarse la droga incautada, 83,5 gramos de cocaína base y 148,3 gramos netos de marihuana, como pequeña cantidad, más aún, considerando la forma en que se encontraban distribuidos en 254 papelinas con 23,5 gramos de pasta base y dos bolsas plásticas con 60 gramos a granel, y la marihuana paraguaya prensada, en dos bolsas con un peso neto de 148,3 gramos. Además, porque respecto a su forma de distribución en envoltorios y bolsas da cuenta de la posibilidad de distribuirla a otros tantos, vendedores o consumidores con el consiguiente riesgo de la difusión masiva de estas sustancias y la generalización de su consumo"*[20].

En este caso se sancionó en virtud del artículo 3° de la Ley N°20.000. Sin embargo, la transacción no fue la única circunstancia del hecho, sino que concurrieron otros elementos que ilustraron sobre una actividad de mayor escala o habitualidad, que involucró necesariamente mayores cantidades de droga, tal como lo expresa la sentencia en su considerando 11° al señalar que: *"La posesión y guarda de 83,5 gramos netos de cocaína base y de 148,3 gramos de marihuana, distribuidas en diversos envoltorios como en bolsas, sumada a las circunstancias en que fue hallada, esto es, oculta detrás de una cómoda en un dormitorio y el dinero encontrado, ascendente a la suma de $ 104.000 en dinero efectivo, los cuatro teléfonos celulares, el frasco de juguera y la pesa; además, las condiciones de envase y dosificación y por último la gran cantidad de dosis para el consumo que permite confeccionar ésta, lo que además fue apreciado por el Tribunal en las fotografías*

20 RUC: 0700519295-6, RIT: 209-2009.

exhibidas y proyectada, permitió concluir que dicha sustancia estaba destinada a ser transferida a terceros"[21].

4.3. Tercer criterio indiciario: hallazgo de envoltorios, forma de distribución y/o número de dosis susceptible de obtenerse con la droga incautada

Son criterios frecuentemente citados en los fallos consultados por la figura de microtráfico. Asimismo, en el caso que la droga no se encuentre dosificada al momento de la incautación, es el tribunal quien atendido los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, proyecta el número de dosis que podrían obtenerse con la misma, generalmente obtenido mediante la declaración de testigos expertos o funcionarios policiales.

De acuerdo a la jurisprudencia consultada, se observa que este criterio en general es utilizado por los tribunales para sustentar o fundar la hipótesis del art 3° de la Ley 20.000. Con ello, se descarta la figura del microtráfico, aunque no se trate de una cantidad considerable de droga.

Entre los fallos analizados, encontramos los siguientes argumentos:

"...se ha desestimado la principal alegación de la defensa...los que cuestionaron que estuviésemos en presencia del ilícito del artículo 3° de la Ley 20.000...". "...el decomiso descrito correspondió a la incautación de un polvo beige que en total ascendió a ***107,50 gramos netos*** *(110,90 gramos brutos) que resultó ser pasta base de cocaína... la misma estaba* ***distribuía no sólo en 91 dosis individuales conocidas como papelillos****, que pesaron 23 gramos, sino además en* ***56 bolsas*** *de nylon pequeñas que pesaron 77 gramos, es decir haciendo la proyección,* ***esa cantidad alcanzaría por lo menos para 300 dosis más*** *y finalmente* ***13 gramos más de droga a granel envuelta en un papel, que admitía la posibilidad de 51 dosis individuales adicionales****, en total –y sin perjuicio que la pureza de esa droga,* ***hacía posible duplicar sino triplicar la cantidad de dosis*** *añadiéndole otras sustancias– los acusados tenían en su poder a lo menos droga que permitía poner en circulación* ***a lo menos 442 dosis individuales*** *(monos o papelillos)"*[22].

"...no puede pretenderse que ello constituya un microtráfico de conformidad con lo preceptuado en el artículo cuarto de la ley 20.000 por cuanto ***no sólo ha resultado condenado por la tenencia de cannabis sativa, sino también de cocaína****, que atendida la cantidad,* ***104 gramos netos****, en ningún caso puede ser estimada como una cantidad pequeña, puesto que preparada para su venta,* ***alcanzaría un número considerable de dosis"***[23].

21 RUC: 0700519295-6, RIT: 209-2009.

22 TOP Antofagasta, 02/07/08, RIT 99-08, considerando 8°.

23 TOP Viña del Mar, 02/10/09, RIT: 177-09, considerando 17°.

"...encontrar la cantidad de droga ya descrita, ***unida a sus dos formas de distribución****, o sea, a granel y dosificada importa habitualidad en la comercialización, cuestión que también se avaló con el mérito de la pesquisa policial, y ello además resultó ser otro elemento orientador para calificar los hechos como tráfico del artículo 3° de la ley 20.000"*[24].

"...también como parámetro para establecer si nos encontramos o no frente al trafico de pequeñas cantidades de droga, el tribunal consideró que acorde a lo afirmado por los Subcomisarios Ríos y Chávez, ambos con experiencia en el tema, por desempeñarse en la brigada especializada de drogas de la Policía de Investigaciones, la droga bruta incautada, esto más de ***100 gramos, haciendo la proyección, alcanzaba para la confección de 200 envoltorios*** *conocidos como "empanadas" y a su vez éstos permitían la confección* ***de dos o tres cigarrillos de marihuana****, de manera que en este caso, potencialmente* ***la distribución de la droga habría significado entre 550 a 600 dosis individuales****, lo que sustenta aún más la estimación del tribunal de encontrarnos frente al tráfico de grandes cantidades de drogas"*[25].

"... la droga bruta incautada, esto más de 100 gramos, haciendo la proyección, alcanzaba para la confección de 200 envoltorios conocidos como "empanadas" y a su vez éstos permitían la confección de dos o tres cigarrillos de marihuana, de manera que en este caso, potencialmente la distribución de la droga habría significado entre 550 a 600 dosis individuales, lo que sustenta aún más la estimación del tribunal de encontrarnos frente al tráfico de grandes cantidades de drogas"[26].

"…el volumen de droga que se incautó -99,10 grms netos- atendida la numerosa cantidad de dosis que permitiría confeccionar- sin perjuicio de las veintiséis que estaban listas para su venta-, conforme expuso el funcionario policial – una por cada 0,1 gramos, aproximadamente, lo que lleva una cantidad no menor a las 900 dosis, con un avalúo no inferior a $500 par cada un de ellas, según indica la experiencia..."[27].

Condenó por tráfico declarando… *"sin que obste a esa conclusión (tráfico del art. 3°) el hecho de que sólo se encontró 33 gramos de pasta base de cocaína en poder del imputado, pues – como bien lo señala la sentencia- alcanzaba dicha cantidad para comercializar un importante número de dosis de la droga, afectando la salud de la población, bien jurídico que protege el texto legal ya comentado..."*[28].

También este mismo criterio se ha relacionado con:

- La pureza de la droga. Así,

24 TOP Rancagua, 01/07/08, RIT: 121-08, considerando 4°.

25 TOP Antofagasta, 14/07/08, RIT:110-08, considerandos 7° y 8°.

26 TOP de Santiago (6°), RIT: 491-08, considerando 19°.

27 TOP de Antofagasta RIT N°199-2008 (11.11.08).

28 SCA de Antofagasta Rol N°214-2006 (01.12.06).

"*… este caso (de un 57% de pureza), potencialmente la distribución de la droga – de añadírseles otras sustancias- podía además haberse aumentado a 800 ó 1200 dosis, lo que sustenta la estimación del tribunal de encontrarnos frente al tráfico de grandes cantidades de drogas…"*[29].

- Las ganancias que supondría la venta de la totalidad de la droga.

"… no se estuvo con la defensa en orden a considerar que el hecho punible debe ser calificado como tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes pues el volumen de droga que se incautó, atendida la numerosa cantidad de dosis que permitiría confeccionar conforme expusieron los funcionarios policiales - una por cada 0,2 gramos, aproximadamente, lo que lleva a una cantidad no menor a las 750 dosis, con un avalúo no inferior a $500.000 según indica la experiencia-, no puede sino encuadrarse en la figura típica que se ha señalado…"[30].

- Comparar la proyección con la población sobre la que pudo recaer su distribución.

"…en el caso concreto la cantidad de droga – cannabis sativa. Que el acusado transportaba (…) quedó determinada en 408 gramos, peso bruto, y 380 grs. Peso neto. De esta última cantidad según lo manifestado por los funcionarios de la brigada antinarcóticos de la Policía de Investigaciones (…) se obtienen sobre mil dosis. Esta juez disidente estima que la referida cantidad de cannabis sativa que se encontró en poder del acusado no puede considerarse que sea pequeña, más bien es una cantidad significativa, como también lo es el peligro creado para la salud de grupo social, ello es así, si se considera la realidad regional en los relativo al número de habitantes de la zona..."[31].

4.4. Cuarto criterio: pureza de la droga

Se ha entendido prácticamente de manera unánime en la jurisprudencia que cualquier cantidad por ínfima que sea afecta la salud pública.

¿Cómo se ha utilizado este criterio por nuestros tribunales?

La mayor parte de la jurisprudencia consultada estima que un alto grado de pureza permite su adulteración con fines lucrativos, lo que permitirá "cortarla". Luego, cuando la droga incautada posee un alto grado de concentración, se concluye que el impacto al bien jurídico ha sido mayor, ya que se podrá haber obtenido un mayor volumen de venta y difusión. De otro orden, se supone que mientras mayor es la pureza más arriba estamos en la escala de producción y distribución y por lo tanto, mayor será el grado de organización en la escala piramidal.

29 TOP de Antofagasta RIT N°99-2008 (02.07.08).

30 TOP de Antofagasta RIT N°191-2008 (04.11.08).

31 TOP de Punta Arenas RIT 41-2007(12.07.07) En: LUCIANO CISTERNAS, ob. cit. p.196.

Del análisis jurisprudencial, destacamos los siguientes fallos:

"...la pureza de la droga también constituyó un derrotero para asentar que se estuvo ante un tráfico de estupefacientes del artículo 3° de la ley 20.000. Una droga con una puridad que varía entre un 42 a un 70% no está al alcance de personas que comercializan con mínimas cantidades de sustancias prohibidas, dado que, éstas aumentan los gramajes con otros elementos, quizás más nocivos que la propia droga, los que disminuyen el porcentaje de pureza. Tantos por cientos menores se asocian con dosis que se venden para el consumo, independiente del envase en que se contienen, de allí que, un traficante de mayor categoría cuenta con una droga de mejor calidad, como es el caso que convocó la audiencia del día 8 de septiembre recién pasado"[32].

"…Se desestimó también la alegación del acusado de que tenía la droga para su uso personal exclusivo,... porque la cantidad y pureza de la droga no permiten racionalmente suponer tal modalidad de consumo, pues se trata de 78,67 gramos netos de droga con una pureza de entre 62 y 77%, cantidad y calidad que rebasan con creces lo que una persona puede consumir en forma exclusiva y en un tiempo próximo, así se trate de un adicto, condición que en todo caso no fue invocada por el acusado, atendidos los graves efectos tóxicos que la pasta base de cocaína causa en el organismo en una ingesta seguida superior a cinco gramos, como se ha determinado científica y empíricamente…"[33].

"… No sólo debe tomarse en cuenta la cantidad de droga incautada sino también la pureza de la misma, lo que en el segundo de los ilícitos queda de manifiesto su baja calidad…"[34].

"… la cantidad de la droga incautada y su concentración es un elemento a considerar al momento de determinar se si está en presencia de tráfico o de microtráfico, en razón que una baja pureza de droga es inidónea para lesionar gravemente la salud pública, por lo que al ser menos lesiva debe ser considerada como pequeña cantidad…"[35].

"… la pureza de la droga (26%) apunta claramente a aquellas personas que las comercializan en mínimas cantidades, que las aumentan con otras sustancias para llegar a la cantidad que en definitiva portan, poseen, tienen o transportan. Dicha pureza es propia de las dosis que se venden para el consumo, independientemente del envase en que se contiene, un traficante a mayor escala, habitualmente, tiene una droga de una mayor calidad…"[36].

"…Una droga con una puridad que varía entre un 42 a un 70% no está al alcance de personas que comercializan con mínimas cantidades de sustancias prohibidas, dado que, éstas aumentan los gramajes con otros elementos, quizás más nocivos que la

32 TOP de Rancagua, RIT 188-08, (13.09.08), considerando 4°.

33 TOP de Iquique, (29-08-08), considerando 9°.

34 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°21.601-2004 (14.08.07).

35 Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel N°212-06 (17.03.06).

36 SCA de Rancagua N°376-06 (15.12.06).

propia droga, los que disminuyen el porcentaje de pureza. Tantos por cientos menores se asocian con dosis que se venden para el consumo, independiente del envase en que se contienen, de allí que, un traficante de mayor categoría cuenta con una droga de mejor calidad…"[37].

Sin embargo, también encontramos jurisprudencia en sentido contrario.

"…Ciertamente la pureza de la droga también puede influir en la decisión de tipificar uno u otro delito, pero sobre la base del mismo principio de legalidad no está incluida como un elemento esencial del tipo, porque el inciso final de esta disposición, referido a la calidad de la pureza de la droga poseída se refiere sólo al consumo o uso por otro establecido en el inciso segundo de este artículo…"[38].

En general, la pureza ha sido considerada como criterio orientativo por los tribunales para revelar o inducir lo siguiente:

- Alta pureza: intención de traficar, conforme al Art. 3°;
- Baja pureza: intención traficar, en la modalidad de microtráfico, o bien de consumo;

4.5. Quinto criterio: forma de ocultamiento de la droga al momento de la detención

La forma de ocultamiento de la droga también se ha considerado en la jurisprudencia como un criterio indiciario de las conductas propias de tráfico, microtráfico y consumo. Este criterio cobra especial relevancia en centros de detención o reclusión, lo que configura la agravante del art 19 letra h[39].

La jurisprudencia cuando atiende a este criterio, no discute el que la droga se oculte o no pues, esto responde a una conducta propia de cualquier persona que porte droga, sino a la forma de ocultamiento, pues no es lo mismo ocultarla en un bolsillo del pantalón o de la chaqueta, que dentro de los genitales o en un lugar alambicado.

Los tribunales han estimado que según la especial forma en que se realiza el ocultamiento de la droga, esto determina que una conducta pueda ser calificada como microtráfico o consumo, según la forma del ocultamiento.

Así,

"…Las máximas de la experiencia indican que los consumidores, cuando son sorprendidos portando droga, a éstos se les encuentra la misma contenida en bolsitas, las que además portan entre sus ropas superficialmente…".

37 TOP de Rancagua RIT 188-2008 (13.09.08).

38 SCA de Antofagasta N°18-08 (28.02.08).

39 "h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial".

"…De lo razonado se desprende, que los consumidores de ordinario no son sorprendidos portando droga dispuesta en papelillos, por el riesgo asociado que ello implica y menos se les encuentra escondida ésta entre sus vestimentas, y sí los portan los traficantes, ya que por la utilidad económica que el ilícito les reporta, asumen dicho riesgo, misma que además la esconden con habilidad extrema en sus ropas a fin de burlar los eventuales controles a que pueden ser sometidos por los policías, como también preservarla de eventuales "quitadas" o "mexicanas" que sus competidores del rubro puedan intentar en contra de ellos..."[40].

"...precisamente en la especie se presentan los elementos propios del tráfico ilícito de estupefacientes, toda vez que para comercializar la sustancia ilícita y a fin de procurar su impunidad el acusado utilizaba una vivienda deshabitada próxima a su domicilio que sólo contenía una mesa, sistema justamente empleado por quienes se dedican al tráfico de estupefacientes,..."[41].

"…la mayor parte de ella se encontró bajo un balón de gas, lugar, que lógicamente no es aquel más indicado para dejar una droga que se dice consumir con exclusividad y en tiempo próximo, más parece que dicho lugar apunta al propósito de que la misma no sea descubierta, ya sea por la policía, como por los clientes..."[42].

4.6. Sexto criterio: antecedentes de la investigación

Antecedentes de la investigación como registros de interceptaciones telefónicas, fotografías, filmaciones u otros medios, pueden constituir no sólo medios de prueba idóneos para acreditar el hecho punible y la participación del imputado, sino también son considerados por los jueces como un antecedente relevante a la hora de establecer la **habitualidad** en la actividad de venta y en definitiva, configurar un tráfico del tipo base. En ese sentido, una cantidad puede ser nominalmente escasa al momento de incautar la droga, pero la habitualidad de la actividad ilícita puede mutar esa pequeña cantidad en una mayor.

La jurisprudencia consultada también se pronuncia en esta materia:

"...el Tribunal desestimó las alegaciones de la defensa, en cuanto solicitaba la calificación del mismo sólo como microtráfico del artículo 4° de la Ley 20.000.-...". "...no es la cantidad, considerada en forma abstracta y aislada lo que únicamente debe ser objeto de análisis por el Tribunal, sino todo ***un comportamiento, una forma de vida llevada por la acusada, que según los testigos explicaron en el juicio, era desarrollada por ésta desde tiempo antes del allanamiento que dio origen a este juicio,... Se trata así, pues, de una persona que vendía regularmente droga a terceros ..."***[43].

40 TOP de Antofagasta RIT N°149-05 (25.10.05).

41 TOP Santiago (6°), 05/02/08, RIT: 491-08, considerando 19°.

42 TOP de Curicó RIT N°12-06 (02.05.06).

43 TOP Viña del Mar, 14/10/09, RIT: 204-09, considerando 12°.

"... los funcionarios policiales emplearon varios minutos de la audiencia del juicio oral, para explicar la labor de inteligencia que realizaron con los datos aportados por la microtraficante, a quien la Cuny proveía de droga, y con los mensajes crípticos que escucharon en las conversaciones telefónicas sostenidas por la acusada con sus clientes o proveedores, que develaban ventas y adquisiciones de droga. Entonces, no constituyó una especulación afirmar que esta mujer ***transaba más droga que la vendida al informante*** *revelador"*[44].

4.7. Séptimo criterio: tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración, distribución y el tráfico en sentido amplio

A la convicción en estos casos sólo se puede arribar cuando se acompaña de otros antecedentes que sean concluyentes del ánimo de traficar, como son Vg. la declaración de agentes reveladores, funcionarios aprehensores, consumidores-compradores, presencia de restos de droga en dichos utensilios, falta de justificación de los mismos en poder del imputado, etc.

4.7.1. Posesión de balanzas de precisión del tipo "Tanita"

En general, puede sostenerse que la presencia de estos elementos, conjuntamente con droga es un factor relevante al momento de adquirir convicción por parte de nuestros tribunales.

Así:

"...junto a un ***elemento idóneo para su pesaje de precisión y dosificación****;..."*. *"...los* ***elementos materiales*** *ya referidos y encontrados, tales como una* ***balanza digital, utensilio indispensable por los traficantes...".*** *"... todos estos antecedentes permitieron a los sentenciadores concluir que la pasta base de cocaína y el clorhidrato de cocaína hallada se encontraba dispuesta para ser distribuida o vendida a otros traficantes o microtraficantes de la comuna…"*[45].

Condena por microtráfico la posesión de 111 gramos netos de marihuana,

"...porque en el dormitorio del acusado se encontró una balanza digital, lo que constituye un indicio importante de ánimo de distribución, pues las máximas de la experiencia indican que es el traficante quien se preocupa de dosificar la droga, para así, sacarle mejor provecho económico, no así el consumidor, quien no necesita una balanza de precisión para consumir..."[46].

En sentido contrario,

44 TOP Rancagua, 13/09/08, RIT: 188-08, considerando 4°.

45 TOP Talagante 18/02/09, RIT 06-09, considerando 10°.

46 TOP de Los Ángeles RIT N°2-08 (11.02.08).

"...encontrar una balanza o pesa en el domicilio de una persona es un acto equívoco, indicando las máximas de la experiencia que es un hecho común en los domicilios, más aún cuando fue encontrada en el dormitorio del imputado…"[47].

4.7.2. Jugueras

Se considera, en general un indicio en los casos en que se encuentran residuos de marihuana.

"Ese hallazgo debe necesariamente relacionarse con la ***juguera que se estableció era usada para moler la droga*** *que se recibía prensada y luego dosificarla en los envoltorios para la venta a los consumidores, ello si bien no da cuenta de un sofisticado sistema, revela que se trata de una* ***actividad organizada****, en modo alguno en la pequeña escala como algunos adictos lo hacen, vendiendo parte de la droga que han adquirido para su consumo"*[48].

El tribunal estimó que a la posesión de la droga "…*se debe unir un elemento comúnmente utilizado en la perpetración de ilícitos de esta naturaleza, como es la juguera a que se ha hecho referencia, lo que en concepto de estos sentenciadores, constituye, inequívocamente, un indicio del propósito de traficar a cualquier título…"*[49].

4.7.3. Posesión de teléfonos celulares

Lo que determina en estos casos el indicio no es la tenencia *per se* de estos aparatos sino la pluralidad de los mismos.

"... los cuatro teléfonos celulares, el frasco de juguera y la pesa; además, las condiciones de envase y dosificación y por último la gran cantidad de dosis para el consumo que permite confeccionar ésta, lo que además fue apreciado por el Tribunal en las fotografías exhibidas y proyectada, permitió concluir que dicha sustancia estaba destinada a ser transferida a terceros"[50].

4.8. Octavo criterio: forma de distribución de la droga; tenencia de papelillos y posesión de billetes y monedas de distinta denominación

La tenencia de estos elementos, en conjunto con la incautación de balanzas y/o celulares ha sido interpretada por la jurisprudencia como indicio de tráfico de drogas, en la modalidad de microtráfico.

"...se ha desestimado la principal alegación de la defensa...los que cuestionaron que estuviésemos en presencia del ilícito del artículo 3° de la Ley 20.000...". "...el decomiso descrito correspondió a la incautación de un polvo beige que en total ascendió a

47 Tribunal de Garantía de Puerto Montt RIT 3874-2004 (14.09.05).

48 TOP Antofagasta, 14/07/08, RIT:110-08, considerando 8°.

49 TOP de Talca RIT N°114-2006 (13.02.07).

50 TOP Santiago (6°), (11.09.09), RIT: 209-08, considerando 11°.

107,50 gramos netos *(110,90 gramos brutos) que resultó ser pasta base de cocaína... la misma estaba* ***distribuía no sólo en 91 dosis individuales conocidas como papelillos****, que pesaron 23 gramos, sino además en* ***56 bolsas*** *de nylon pequeñas que pesaron 77 gramos, es decir haciendo la proyección,* ***esa cantidad alcanzaría por lo menos para 300 dosis más*** *y finalmente* ***13 gramos más de droga a granel envuelta en un papel, que admitía la posibilidad de 51 dosis individuales adicionales****, en total –y sin perjuicio que la pureza de esa droga,* ***hacía posible duplicar sino triplicar la cantidad de dosis*** *añadiéndole otras sustancias– los acusados tenían en su poder a lo menos droga que permitía poner en circulación* ***a lo menos 442 dosis individuales*** *(monos o papelillos)"*[51].

"de lo razonado se desprende, que los consumidores de ordinario no son sorprendidos portando droga dispuesta en papelillos, por el riesgo asociado que ello implica y menos se les encuentra escondida ésta entre sus vestimentas, y sí los portan los traficantes ya que por la utilidad económica que el ilícito les reporta, asumen dicho riesgo, misma que además la esconden con habilidad extrema en sus ropas a fin de burlar los eventuales controles a que pueden ser sometidos por las policías, como también preservarla de eventuales quitadas o mexicanas en contra de ellos"[52].

"el plus del papelillo de arroz destaca la conducta del imputado y le otorga un distintivo especial e inconfundible, por cuanto impide vincularlo con el concepto de proveedor de vendedores de droga. El dejar lista la sustancia para su consumo manifiesta, de manera inequívoca, cual era el mercado al que dirigía su oferta..."[53].

Cuando se atiende a este criterio, se apunta a tres aspectos, a saber:

1. Si la droga incautada presenta subdivisión.
2. Si la droga ya subdividida, se presenta contenida en envoltorios de papel, bolsas de plástico en forma tubular o en papel aluminio.
3. Según el número y tipo de contenedores, el peso bruto y neto de la sustancia.

Normalmente, este criterio nos sirve de ayuda para determinar conductas propias de microtráfico, toda vez que las personas que comercializan las drogas o *dealers* callejeros, más comúnmente conocidos como pilotos, portan este tipo de elementos para facilitar la venta al menudeo o al detalle.

4.8.1. Jurisprudencia referida al rol indiciario de la forma de distribución de la droga

La forma de distribución de la droga juega un papel indiciario de tráfico o microtráfico por exclusión, esto es, se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo "cuando

51 TOP Antofagasta, 02/07/08, RUC: 0700803104-K , RIT 99-08, considerando 8°.

52 TOP de Antofagasta RIT N°149-2005 (25.10.05).

53 TOP de Rancagua RIT N°267-2007 (21.11.07).

las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarios del propósito de traficar a cualquier título".

Nuestros tribunales han entendido que la sola distribución denota ánimo de traficar. Así,

"…estos antecedentes son indiciarios de una conducta de tráfico, no tanto por la cantidad, que es exigua, sino por cuanto las especies estaban subdivididas en paquetes lo que razonablemente supone un ánimo de comercializar y no consumirlas…"[54].

De otro lado, el número de dosis en que se distribuya debe condecirse con un estándar de consumo personal, exclusivo, y en especial, próximo en el tiempo y cuando no es posible discutir la pequeñez de la cantidad, el modo en que se presenta la droga no resulta relevante como indicio:

"…que los hechos antes descritos son constitutivos del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, toda vez que . el número de dosis en que estaba distribuida – 134 papelillos, cantidad que ningún consumidor porta consigo- …. permite concluir inequívocamente que su destino no pudo ser otro que su comercialización…"[55].

4.8.2. Jurisprudencia referida al rol indiciario de la posesión de billetes y monedas de distinta denominación

*"Respecto del **dinero incautado**... a lo menos $15.000.- se encontraban junto a los 14 envoltorios de pasta base debajo del colchón de la cama matrimonial, y lo mismo puede señalarse del dinero restante, distribuidos en **monedas y billetes de baja denominación**, careciéndose de elementos de juicio suficientes para considerar que ellos correspondan a ingresos propios del negocio de la acusada, no habiéndose rendido prueba sobre tal punto, atendida además la dinámica propia de la venta de droga, y que el dinero se encontró no en el negocio, sino en un monedero ubicado en un cajón de un mueble del domicilio".*

*"Respecto de los **recursos económicos** de la acusada y que la defensa estima como escasos para ser una persona a quien deba considerarse como traficante, ello no es bastante para eximirla del delito, no siendo aquél un argumento de fondo ni decisivo que justifique su actuar o la exima de responsabilidad, además que de los dichos de los testigos no se advierte tampoco aquella desvalida situación a que pretende aludir la defensa, habiendo aquellos mencionado que la propiedad de la acusada era de material sólido, se encontraba en construcción, y poseía una puerta color café y reja de protección de fierro, añadiendo que además tenía un living comedor con piso de cerámico, y dos habitaciones, un patio, baño y cocina"*[56].

54 TOP de Santiago RIT N°119-2008 (16.12.08).

55 TOP de Antofagasta RIT N°210-2008 (19.11.08).

56 TOP Viña del Mar, 14/10/09, RIT: 204-09, considerando 12°.

En la práctica, los tribunales relacionan este criterio con otros indicios tales como:

- Reconocimiento del imputado de la intención de traficar con ellos;
- Sorprender al mismo dosificando la droga en numerosos papelillos o bolsitas;
- Declaración de agente revelador o de testigos consumidores o compradores de droga al imputado;
- Cantidad y pureza de la droga incautada;
- La incautación de más de un tipo de droga;
- Situación socioeconómica del acusado.

4.9. Noveno criterio: capacidad económica del imputado

Este criterio normalmente es utilizado por los fiscales para dilucidar si la conducta corresponde a un traficante o microtraficante. Así, normalmente la incautación de considerables cantidades de dinero son indiciarias de una actividad de tráfico mayor asociada a la gran criminalidad. Por el contrario, la incautación de billetes y monedas de baja denominación, por regla general sugiere una actividad ligada al tráfico de pequeñas cantidades o microtráfico.

De la jurisprudencia analizada puede advertirse que este criterio se ha evidenciado en aspectos tales como: vivir o no de allegado; sector donde vive; existencia y calidad de bienes poseídos; existencia o ausencia de deudas; trabajar o no en una actividad formal. Así:

"…En efecto, analizando las características personales de la imputada, se trata de una mujer de 63 años, de escasos recursos, viuda, encargada del cuidado de un nieto, que vive en una pieza arrendada en una casa que tiene otros arrendatarios, la que se hallaba alhajada sin lujo, habiéndose incautado como únicas especies de valor dos televisores, sin indicar marca ni estado en que se encontraban y la suma de $88.000 en efectivo, antecedentes que unidos a los anteriores, son indicativos que se trata de una traficante de pequeñas cantidades de drogas y no de grandes volúmenes o formando parte de una organización, de avanzada edad y precaria situación económica…"[57].

*"...**el monto de dinero** incautado puede constituir un indicio de una actividad propia del tráfico que reprime el artículo 3ª de la ley 20.000. Si bien, no fueron grandes cantidades de dinero las incautadas, su origen no apareció asociado con actividades lícitas que las generaran..., si se considera que, según el informe del **Servicio de***

57 TOP de Santiago RIT N°574-2008 (17.12.08) En LUCIANO CISTERNAS VÉLIZ ob. cit., p. 217.

Impuestos Internos, de fecha 15 de marzo de 2007*, estas mujeres no registran en esa dependencia inicio de actividades ni declaraciones de impuestos..."*[58].

"…Respecto del ***dinero incautado****... a lo menos $15.000.- se encontraban junto a los 14 envoltorios de pasta base debajo del colchón de la cama matrimonial, y lo mismo puede señalarse del dinero restante, distribuidos en* ***monedas y billetes de baja denominación****, careciéndose de elementos de juicio suficientes para considerar que ellos correspondan a ingresos propios del negocio de la acusada, no habiéndose rendido prueba sobre tal punto, atendida además la dinámica propia de la venta de droga, y que el dinero se encontró no en el negocio, sino en un monedero ubicado en un cajón de un mueble del domicilio…."*.

"…Respecto de los ***recursos económicos*** *de la acusada y que la defensa estima como escasos para ser una persona a quien deba considerarse como traficante, ello no es bastante para eximirla del delito, no siendo aquél un argumento de fondo ni decisivo que justifique su actuar o la exima de responsabilidad, además que de los dichos de los testigos no se advierte tampoco aquella desvalida situación a que pretende aludir la defensa, habiendo aquellos mencionado que la propiedad de la acusada era de material sólido, se encontraba en construcción, y poseía una puerta color café y reja de protección de fierro, añadiendo que además tenía un living comedor con piso de cerámico, y dos habitaciones, un patio, baño y cocina…."*[59].

4.10. Décimo criterio: condición de drogodependiente o politoxicómano, consumidor habitual o no consumidor

A decir de Hernández, se parte aquí del supuesto de que si quien porta las drogas es adicto a las mismas seguramente las portará para satisfacer su adicción, resultando atípica su tenencia, en tanto que si no es adicto está menos "justificada" su tenencia y existirá un indicio de que las porta para traficarlas[60].

La premisa básica en este supuesto es que la posesión de drogas destinadas al autoconsumo, por regla general, en nuestro ordenamiento es impune, salvo obviamente que nos encontremos en alguno de los supuestos del artículo 50 de la ley que nos rige. Luego, no habrá en tal supuesto ni un delito del tipo base del artículo 3° ni de su figura atenuada de microtráfico. Si la tenencia o posesión de las sustancias a que se refiere el artículo 1° de dicho cuerpo legal es en cantidad tal que la misma no constituye delito, dicha conducta será en consecuencia atípica.

Sin embargo, mucho más compleja resulta ser la cuestión tratándose del *microtraficante-consumidor* o drogodependiente.

58 TOP Rancagua, 01/07/08, RIT: 121-08, considerando 4°.

59 TOP Viña del Mar, 14/10/09, RIT: 204-09, considerando 12°

60 Ob. cit. p. 219.

Hoy en día, la figura del drogadicto-vendedor es cada vez más común en nuestras poblaciones y espacios urbanos. Debido a los altos precios de la droga y el grado de adicción que puede llegar a adquirir una persona, en especial tratándose de drogas duras como la pasta base, no resulta extraño que un consumidor se transforme en poco tiempo en traficante y la experiencia así lo demuestra, convirtiéndose de esta forma en el último eslabón de la cadena del tráfico de drogas.

Un par de antiguas sentencias de la Segunda sala del Tribunal Supremo español de fechas 25 de septiembre de 1987 y 20 de enero de 1989 han aludido a esta figura al afirmar que *el consumo habitual de cierto opiáceos, entre ellos la heroína, puede transformar al sujeto en delincuente funcional que ingresa en el pernicioso tráfico con el doble fin de procurarse la droga y un medio más de vida.*

En este caso, nos enfrentamos ante situación compleja, pues, por una parte tenemos un consumidor o adicto, que más que una sanción penal requiere tratamiento y de otro lado, en cuanto microtraficante, es merecedor de una pena.

En España, el distinguido fiscal antidrogas y académico español, Luis Fernando Rey Huidobro, sostiene que gran parte de la doctrina y de la misma Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de drogas, lamentan que esta figura no se haya previsto ni en las sucesivas reformas del C.P. de 1973, ni tampoco en el vigente de 1995. Al respecto, en nuestro país no es muy distinta la situación.

Ante este vacío, en opinión del citado fiscal, la Convención de Viena de 1988, que como sabemos, también es vinculante en nuestro país, puede resolver de manera adecuada esta situación, pues el artículo 3 (delitos y sanciones) dispone que: *"las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo que, como complemento de la declaración de culpabilidad o condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social"* e incluso en el apartado c) se indica que *" no obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los caso apropiados de infracciones de carácter leve, las partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento".*

Ahora bien, en lo que respecta al rol indiciario de este criterio, éste debe relacionarse con otros datos objetivos, como por ejemplo, la pequeña cantidad de droga incautada, la forma de ocultamiento, la ausencia de indicios que evidencien la intención de traficar y la presencia de elementos que permitan consumir la droga, v. gr. Pipas, papel de arroz, antenas etc.

De la jurisprudencia consultada, destacamos los siguientes fallos:

"…Que aún cuando sea efectivo que el imputado sea también adicto a la referida droga, como él lo sostiene en su indagatoria, no es óbice para concluir que es, además, autor del ilícito sub judice y, claramente, no se vulnera principio alguno por parte del Ministerio Público si no recaba un informe pericial de adicción de Martínez Beltrán pues, ya está dicho, sea o no un adicto a la marihuana, ello no puede llevar a concluir que haya tenido 65,5 gramos de cannabis para -únicamente- alimentar su propio vicio, máxime si, como se señaló, él mismo refiere que iba a compartirla con cuatro amigos más y que en el proceso de su consumo duraría aproximadamente un mes..."[61].

"…que la exculpación de ser sólo consumidor no aparece avalada con prueba alguna, no bastando la sola declaración del condenado en el sentido de que es adicto, situación que no se contrapone al tráfico de sustancias ilícitas, puesto que un mismo sujeto puede revestir la calidad de consumidor y a la vez de traficante de droga, condición que ocurre usualmente cuando este consumidor para proveerse de droga para si, la comercializa para tener los medios económicos necesarios para financiar su adicción, reflexiones estas que se encuentran sustentadas por la lógica, las máximas de la experiencia y en los conocimientos científicamente afianzados…"[62].

"*…No concuerdan estos jueces con la premisa esgrimida por la defensa en el sentido de que por el hecho de que el acusado Vargas Oyarzo sea consumidor no pueda efectuar transacciones de droga, ya que* ***la experiencia demuestra que algunos consumidores precisamente trafican droga para suministrarse la propia, de manera de que la sólo circunstancia de que una persona sea consumidor no descarta que este ejecute acciones de tráfico,*** *a mayor abundamiento así lo demuestra el extracto de filiación del acusado en que registra dos condenas anteriores por tráfico de drogas, incluso uno de ellas, la emanada del juzgado de garantía de esta ciudad en Rit 88-2006 de 23 de Mayo de 2006, lo es por tráfico de pequeñas cantidades en carácter de reiterado, razones por las cuales resulta que esta alegación, deberá ser desestimada…"*[63].

4.11. Undécimo criterio: posesión de varios tipos de drogas

Se ha entendido que la posesión de más de un tipo de droga no es suficiente por sí sola para determinar se estamos frente a un supuesto de tráfico, microtráfico o consumo personal. Luego, sólo puede ser considerada como criterio cuando va acompañada de otros indicios.

La posesión conjunta de varios tipos de drogas ha perdido validez cuando se ha tratado de cantidades de gran envergadura, pues en este caso son clasificados derechamente como tráfico. En cambio, sí ha conservado validez como criterio indiciario cuando la calificación de pequeña cantidad es discutible.

Sobre este criterio la jurisprudencia ha sostenido:

61 SCA de Santiago Rol N°635-2007 (05.04.07).

62 SCA de San Miguel Rol N°1345-2006 (04.12.06).

63 TOP Punta Arenas, 17/01/07 RIT: 96-06, considerando 11°.

"Rechazo de la solicitud de recalificación esgrimida por la defensa. Que la defensa alegó que en la especie nos encontrábamos en frente de la figura de microtráfico contemplada en el artículo 4° de la Ley 20.000. Sin embargo dicha solicitud fue rechazada por el tribunal, por cuanto, la ***existencia de dos tipos de droga*** *(una blanda y otra dura), la* ***cantidad de las mismas*** *encontradas en poder del acusado mientras las transportaba, así como la* ***ausencia de elementos de juicio que den cuenta de una venta al menudeo****, impiden considerar en la especie la calificación jurídica pretendida por la defensa"*[64].

4.12. Duodécimo criterio: territorialidad o realidad de la zona geográfica en que se efectuó la conducta

Para Luciano Cisternas, este criterio importa comparar el impacto que tiene el tráfico de drogas en las distintas regiones y zonas geográficas de nuestro país. Así, la cantidad debe apreciarse en relación al ámbito social próximo en que se pueda distribuir, lo que importa distinguir entre tráfico y microtráfico realizado en las pequeñas y grandes urbes. De esta forma, siguiendo este criterio, es posible que 50 gramos sean considerados tráfico en una pequeña localidad y microtráfico en una gran urbe[65].

Entre varias de las sentencias citadas por este autor destacamos las siguientes:

"atendido que la droga incautada asciende a 56 grs. De clorhidrato de cocaína… y que en esta región frecuentemente son descubierto tráficos ilícitos por cantidades que holgadamente sobrepasan varios kilogramos de droga de circulación prohibida"[66].

Confirmó sentencia de tribunal a quo que consideró microtráfico 89 grs. teniendo para ello presente que: …*" en relación a la pequeña cantidad, es dable precisar que la sentencia refiere, en el párrafo tercero del motivo séptimo, las razones por las cuales considera que la cantidad incautada constituye pequeña cantidad; a saber, por lo que usualmente puede observarse en la ciudad de Arica, que al ser fronteriza, se presta para el tránsito de cantidades de droga visiblemente mayores, cuyo destino final es Europa o Santiago..."*[67].

"…La referida cantidad (408 grs.) de cannabis sativa que se encontró en poder del acusado no puede considerarse que sea pequeña, más bien es una cantidad significativa, como también lo es el peligro creado para la salud del grupo social, ello es así, si se considera la realidad regional, en lo relativo al número de habitantes de la zona…"[68].

64 TOP Santiago (2°), 07/03/08, RIT: 15-08, considerando 11°.

65 Ob. cit., p. 229 y ss.

66 SCA de Santiago Rol N°28507-2003 (11.06.07).

67 SCA de Arica Rol N°157-2005 (23.08.05).

68 TOP de Punta Arenas RIT N°41-2007 (12.07.07).

"*…Del mismo modo y como se advirtiera en la deliberación, en concepto del tribunal, el total de la droga incautada desde su vehículo (102, 22 gr. netos de clorhidrato de cocaína al 40% de pureza) no permite concluir que se trate de una pequeña cantidad, por el contrario y, teniendo además presente que el hallazgo de la droga se produjo en Casablanca, una pequeña comunidad, es que el bien jurídico protegido salud pública, con dicha cuantía del estupefaciente, se ve aun más amenazado que en una ciudad de mayor población…*"[69].

En otros casos, ha sido criticado como criterio indiciario pues de aplicarlo, supondría vulnerar principios como la igualdad ante la ley o la seguridad jurídica.

Así, en sentencia pronunciada con fecha 23 de enero de 2009 por la Corte de Apelaciones de Arica, desestimando la tesis de la defensa de calificar el hecho como microtráfico en consideración a las cantidades mayores que se transan en la ciudad de Arica, señaló que *"ello significaría dejar en la más absoluta indefensión a los habitantes de esta ciudad, al tolerar una conducta enteradamente reprochable, que importaría una especie de zona franca para el tráfico de drogas en cantidades superiores lo que en el resto del país se considera como pequeñas o de poca consideración, siendo el referido argumento apartado de toda lógica y de respaldo jurídico…*"[70].

En similar sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en los autos Rol de ingreso N°98-2008 (10.06.08), condenó como microtráfico la posesión de 56,48 grs. revocando la sentencia del tribunal a quo indicando que se discrepa *"…en cuanto a que la zona geográfica sea uno de los criterios orientadores para establecer, entre otros factores, si estamos en presencia de un delito de tráfico o de microtráfico, ya que ello conlleva que una misma conducta pueda ser encuadrada en uno u otro ilícito dependiendo se perpetra en Arica, Santiago, La Legua, Las Condes, Talca, Puerto Montt, Ancud, La Antártica Chilena, lo que repugna al espíritu del legislador y podría devenir en discriminatorio…"*.

4.13. Décimo tercer criterio: temporalidad, esto es el no estar destinada la droga a un uso personal y exclusivo próximo en el tiempo

Como sabemos, el artículo 4° establece como elemento negativo del microtráfico la circunstancia de estar destinada la droga objeto de la conducta, al tratamiento médico *o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.*

En nuestro país, Politoff/Matus/Ramírez señalan que no existen criterios explícitos para determinar que cantidad de sustancias estupefacientes debe considerarse propia de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, lo que se ve confirmado en la jurisprudencia consultada.

69 TOP de Valparaíso, RIT 367-09 (23.01.09) considerando 7°.

70 SCA Arica Rol N°183-2008 (23.01.09).

Así, en sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo penal de Iquique "s*e desestimó también la alegación del acusado de que tenía la droga para su uso personal exclusivo, por oponerse a ello, en primer lugar, su mismo aserto al indicar que la consumiría en un plazo de a lo menos 20 días, lo que deja fuera el consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo que exige la norma. En segundo lugar, porque la cantidad y pureza de la droga no permiten racionalmente suponer tal modalidad de consumo, pues se trata de 78,67 gramos netos de droga con una pureza de entre 62 y 77%, cantidad y calidad que rebasan con creces lo que una persona puede consumir en forma exclusiva y en un tiempo próximo, así se trate de un adicto, condición que en todo caso no fue invocada por el acusado, atendidos los graves efectos tóxicos que la pasta base de cocaína causa en el organismo en una ingesta seguida superior a cinco gramos, como se ha determinado científica y empíricamente"*[71].

Un criterio más restrictivo de este elemento negativo lo encontramos en sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, al indicar "Q*ue los hechos descritos en el motivo primero configuran el delito de tráfico de pequeñas cantidades, relativo a cannabis sativa, previsto en el artículo 4° de la Ley N°20.000, en grado de consumado, por cuanto el acusado poseía pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes, consistentes en cannabis sativa, puesto que se encontró en su poder 6.5 gramos de marihuana prensada; sin contar con la competente autorización, ni justificar que ella estuviera destinada a la atención de un tratamiento médico o para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, pues dicha cantidad permite ser fraccionada, en a lo menos 18 a 20 dosis, lo que excede el parámetro que indica la ley, ya que razonablemente no parece posible que un sujeto que se encuentra privado de libertad y en situación de aislamiento, lo que conlleva una mayor fiscalización por parte de Gendarmería, pueda consumirlas en un corto período"*[72].

4.14. Último criterio: lugar del hallazgo

En menor medida, esta circunstancia es tomada en consideración al momento de determinar si se trata o no de una pequeña cantidad. Fue el caso de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso a raíz de una causa seguida por la Fiscalía Local de Casablanca, en la que se señaló que: "*Del mismo modo y como se advirtiera en la deliberación, en concepto del tribunal, el total de la droga incautada desde su vehículo (102, 22 gr. netos de clorhidrato de cocaína al 40% de pureza) no permite concluir que se trate de una pequeña cantidad, por el contrario y, teniendo además presente que el hallazgo de la droga se produjo en Casablanca, una pequeña comunidad, es que el bien jurídico protegido salud pública, con dicha cuantía del estupefaciente, se ve aun más amenazado que en una ciudad de mayor población"*[73].

71 TOP de Iquique, 29/08/2008, RIT 155-2008, considerando 9°.

72 TOP de Talca, 9/10/2009, RIT 245-2008, considerando 5°.

73 TOP Casablanca, 23/01/09, RIT: 367-09, considerando 7°.

4.15. Conclusiones

1. A decir de la Corte Suprema, el término *pequeña cantidad* es un concepto regulativo, el cual importa la renuncia a la norma, o en palabras de Henkel *un medio indispensable en la actual Administración de Justicia, al instruir al juez que elabore un concreto contenido decisorio y, por tanto, supla o complete la norma legal a través de la norma judicial*[74].

2. Por lo mismo, este concepto o principio requiere de criterios o elementos materiales que sirvan de ayuda al juez en su tarea de llenar de contenido esta "cáscara vacía", como gráfica y acertadamente ha sostenido Eberhard Schmidt, pues la omisión de los mismos importaría una vulneración a la seguridad jurídica, igualdad ante la ley y en último término, a la presunción de inocencia.

3. En ese mismo orden y de acuerdo a lo expuesto, se concluye que la cantidad de droga incautada es un criterio relevante, mas no el único al que deben recurrir los jueces en su labor de llenar de contenido este concepto de *pequeña cantidad*.

4. Del análisis jurisprudencial y doctrinal abordado en el presente trabajo, puede concluirse que desde el año 2005, año de entrada en vigencia de la Ley 20.000, las cantidades estimadas como "pequeñas" han ido en aumento de manera sostenida, evidenciando que este principio regulativo es a la vez dinámico.

5. Una transacción flagrante, excluye la aplicación de la falta del artículo 50 de la Ley 20.000, desplazando la discusión a determinar si estamos en presencia de la figura del tipo base o del artículo 4°.

6. Por su parte, la pureza de la droga, ha sido interpretada por la jurisprudencia mayoritaria, como un dato revelador del distinto nivel de organización y comercialización que entraña este delito. Así, una alta pureza no sugiere racionalmente la destinación a un uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Al contrario, una baja pureza puede ser indiciaria de microtráfico o de consumo.

7. La forma de ocultamiento de la droga ha sido entendida como circunstancia de posesión, transporte, guarda o porte con el propósito de traficar o de porte para el consumo, según el lugar del ocultamiento.

8. También y de acuerdo a cierta jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema[75], los casos de exportación e importación de drogas en la modalidad de "burre-

74 HEINRICH HENKEL, ob. cit., p. 128.

75 Al respecto, el ya comentado fallo 6788-07, señala en su considerando 7°:
De la comparación de ambas disposiciones salta claramente a la vista que existen notables diferencias entre ambas, a saber:

ros", no quedan comprendidos en la figura de microtráfico, toda vez que esta norma no contempla estos verbos rectores[76].

9. La tenencia de materiales o utensilios que faciliten la elaboración o distribución de la droga permite descartar la hipótesis de porte para el consumo en la medida que se relacione con otros antecedentes que sean concluyentes del ánimo de traficar.

10. El recurso de proyectar el número de dosis para el consumo generalmente es utilizado para acreditar la hipótesis de tráfico de drogas del artículo 3°.

11. La forma de distribución de la droga, por regla general, resulta relevante para distinguir el microtráfico del porte para el consumo. De otro lado, el criterio de la situación socioeconómica del imputado se utiliza para distinguir el tráfico de drogas del microtráfico.

12. El criterio de la territorialidad o realidad de la zona geográfica, a nuestro juicio, puede resultar perfectamente conciliable con el principio o concepto regulativo dado por la Corte Suprema, en la medida que el razonamiento del tribunal, lo llene adecuadamente de contenido, de acuerdo con los criterios ya descritos y teniendo como único límite, las reglas de valoración de la prueba contenidas en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

A.- Respecto a los verbos rectores o conductas que se contemplan en ellas.
El artículo 3°, como conducta base o esencial señala la de **traficar**, pero también sanciona a quienes **induzcan**, promuevan o **faciliten** el uso o consumo de las sustancias referidas en el artículo 1° de la ley (inciso primero). En su inciso segundo "entiende que trafican" los que sin autorización competente, **importen**, **exporten**, t**ransporten**, **adquieran**, **transfieran**, **sustraigan**, **posean**, **suministren**, **guarden** o **porten** tales sustancias.
A su vez, el artículo 4° no contempla las acciones de quienes **induzcan**, **promuevan** o **faciliten** el uso o consumo de drogas, como tampoco de quienes las **importan** o **exporten**, de suerte que ellas jamás podrán ser constitutivas de "microtráfico".
En el mismo sentido, ROBERTO NAVARRO DOLMETCH, El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del artículo 4° de la Ley 20.000, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, N°3-2007, Chile, Universidad Bernardo O'higgins, 2007, p. 103.

76 En contra de esta postura: JEAN PIERRE MATUS ACUÑA, "Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación de la Ley 20.000", Revista Ius et Parxis [on-line], Vol. 11 (2): 333-350, 2005.

COMENTARIO A DOS FALLOS DICTADOS POR LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE LEY N°20.000

Ximena Marcazzolo Awad[1]

I. Antecedentes

En el presente artículo comentaremos dos sentencias recientemente dictadas por la Excelentísima Corte Suprema en relación con el delito de tráfico ilícito de drogas y estupefacientes sancionado en la Ley N°20.000.

La primera de ellas es de fecha **24 de enero de 2011**, destacándose por analizar, entre otros temas, la ilicitud de la prueba, la denuncia anónima como forma de iniciar un procedimiento, la realización de la prueba de campo[2] respecto de las sustancias incautadas como facultad autónoma de la policía y la procedencia del artículo 206 del Código Procesal Penal en relación con la flagrancia. La segunda sentencia de fecha **24 de febrero de 2011**, analiza temas tales como el ámbito que abarcan las facultades autónomas de las policías, la ilicitud de la prueba, la reiteración de delitos, solo por mencionar los más destacados.

Ambos fallos dictados en el contexto de recursos de nulidad en materia procesal penal por supuestas violaciones a garantías fundamentales durante el procedimiento o al momento de pronunciarse la sentencia, dan cuenta una vez más de la decidida iniciativa de los últimos años de la Excelentísima Corte Suprema de profundizar en temas procesales penales y constitucionales, lo cual redunda en un enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial chilena.

II. Descripción y comentarios sobre los aspectos más relevantes de ambas sentencias

1. Sentencia Excma. Corte Suprema ROL 9171-10, de 24 de enero de 2011. Descripción de los hechos, del recurso interpuesto y nuestra posición

El caso RUC 0800773170-2, instruido por la Fiscalía de San Antonio se origina en antecedentes de inteligencia y llamados anónimos que se realizaron al número 134 de la Policía de Investigaciones de Chile, los que dieron origen a la designación de un funcionario policial como agente revelador, el que adqui-

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

2 Prueba orientativa o test de Scott el cual permite determinar la presencia de ciertos componentes químicos o principios activos contenidos en las drogas. Dependerá de la sustancia incautada el reactivo que se aplica.

rió cierta cantidad de sustancia ilícita de parte del imputado y posteriormente hizo ingreso a su domicilio invocando la facultad consagrada en el artículo 206 del Código Procesal Penal.

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de San Antonio en el considerando Noveno[3] dio por acreditados los siguientes hechos:

"El día 28 de agosto de 2008, en circunstancias que el acusado ANDRÉS DE LA CRUZ PÉREZ IBARRA se encontraba en su domicilio, específicamente n (sic) Pasaje 5 N°1602, de la población Tracalmahuida, de la comuna de El Quisco, concurrió al lugar, el Subcomisario Claudio Veisaga Olivares previamente autorizado por el fiscal, en calidad de agente revelador, solicitando al acusado le hiciera venta de una bolsa de cocaína, procediendo éste a hacerle la entrega de una bolsa contenedora de droga previo pago de la suma de $5.000 pesos, utilizándose para dicha compra el billete serie TE0379107. Posteriormente se efectuó la prueba de campo a dicha droga la cual dio coloración azul positiva ante la presencia de clorhidrato de cocaína. En dichas circunstancias los detectives y en flagrancia procedieron a la detención del imputado realizando una entrada y registro a su domicilio, encontrando en el interior del dormitorio del acusado, sobre la cómoda 1 estuche de lentes de color negro el cual en su interior contenía dosificador artesanal, varias bolsas de polietileno de diferentes tamaños, las que en su interior contenían una sustancia en polvo color blanco con características similares a la cocaína haciéndose la respectiva prueba de campo arrojando coloración positiva ante la presencia de clorhidrato de cocaína, arrojando dichas bolsas un peso bruto de 12, 2 gramos, los cual debe sumarse a la bolsa que le había comprado el funcionario policial la cual arrojó un peso de 0,5 gramos. Además se procedió a decomisar por estimar que es proveniente de la comisión de dicho ilícito la suma de $38.000 pesos, en dinero efectivo, junto con incautar 1 celular, 1 impresora, 1 notebook y 2 relojes pulsera por estimarse provenientes de la comisión de dicho ilícito".

Sobre esta base fáctica, el mencionado Tribunal Oral condenó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, tipificado en el artículo 4, en relación con el 1° de la ley N°20.000.

Ante la dictación del fallo condenatorio la defensa del imputado recurrió de nulidad ante la Excelentísima Corte Suprema, invocando la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, "C*uando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieran infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los Tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes*".

Dicha causal dice relación, de acuerdo a lo afirmado **en el recurso**, con una supuesta vulneración de las siguientes garantías constitucionales:

3 Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, RUC 0800773170-2, de fecha 16 de noviembre de 2010.

- El debido proceso.
- La presunción de inocencia.
- El derecho a la intimidad y la inviolabilidad del hogar.

El recurrente a objeto de fundar las transgresiones que invocó, desarrolló los siguientes argumentos:

a) La sola circunstancia que el agente encubierto de la ley N°20.000 no sea autorizado judicialmente **afecta la presunción de inocencia.**

Además, expresó que uno de los elementos considerados por el Ministerio Público para designar al agente revelador, fueron llamadas anónimas respecto de las cuales se tuvo conocimiento por los dichos de los funcionarios policiales, agregando que la circunstancia que el órgano persecutor invoque llamadas anónimas se opone a la racionalidad que debe motivar las actuaciones de los órganos del Estado, más aun cuando a juicio de la defensa se afectan derechos fundamentales.

A mayor abundamiento, la defensa del imputado señaló que la técnica del agente revelador afecta la presunción de inocencia consagrada en tratados internacionales, la cual significa ser considerado inocente hasta la dictación de la sentencia condenatoria y, que el peso de la prueba queda radicado en el órgano persecutor.

Finalmente, en el mismo orden de ideas, la presunción en comento se habría visto afectada por cuanto bastó con la existencia de llamados anónimos y una supuesta labor de inteligencia, para que el imputado sea tratado como un traficante, enviando un agente revelador con el objeto que manifieste la entrega de la droga.

En nuestra opinión, lo expresado por el recurrente resulta incorrecto por cuanto la técnica del agente revelador contemplada en el artículo 25 de la ley N°20.000, no guarda ninguna relación con la presunción de inocencia. Ello en primer término porque es una mera técnica de investigación, es decir, una herramienta de carácter procesal que facilita la pesquisa de los delitos contemplados en la ley N°20.000 y como tal consiste en que un *"funcionario policial simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga"*[4].

De lo explicado queda en evidencia que el agente revelador no se traduce en una afectación de la presunción de inocencia sino que en un mecanismo para manifestar la droga logrando su posterior incautación.

4 Artículo 25 Ley N°20.000.

En el mismo orden de ideas, si la afirmación del recurrente fuera correcta y esta técnica hiciera prescindir de los efectos de la presunción de inocencia, el Ministerio Público una vez que consiguiese la manifestación de la droga quedaría liberado de probar en juicio el delito y la participación, lo cual no es así.

La circunstancia que la procedencia de esta técnica esté radicada en el Ministerio Público es, a nuestro juicio, concordante con la normativa constitucional, en la especie, el artículo 83 de la Carta Magna, el cual radica de manera exclusiva la investigación en el mencionado órgano, de lo cual se desprende la coherencia en que justamente sea éste quien determine su procedencia en el caso concreto.

A mayor abundamiento, el legislador de la ley N°20.000 dispuso que la procedencia de esta técnica de investigación no requiere autorización judicial. Ello, no solo porque la utilización de agentes reveladores no afecta la presunción de inocencia, sino porque no afecta ninguna otra garantía constitucional.

En todo caso, frente a la alegación de inconstitucionalidad de los agentes encubiertos, el fallo del propio Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio expresó que el procedimiento en sí dio cuenta del cumplimiento de los requisitos legales de parte del Ministerio Público y de la Policía, señalando además que "… *revisada la sentencia Rol N°433 del Tribunal Constitucional, de fecha 25 de enero de 2005 referida al "proyecto de Ley que Sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", no aparece reparo alguno a la Constitucionalidad del artículo 25 de la ley 20.000".*

Respecto de la existencia de denuncias previas e informaciones de inteligencia, estimamos que éstas validan aun más la técnica de investigación, ya que descartan que el delito se hubiera instigado por cuanto estas denuncias proporcionan indicios respecto que el ilícito se venía cometiendo con anterioridad, es decir, que no estamos en presencia de un agente provocador del delito que hubiera generado en el imputado la voluntad de delinquir, sino que por el contrario, dicha voluntad era preexistente y fue manifestada.

b) El recurrente también alegó vulneración del **Derecho a guardar silencio y a no generar prueba contra si mismo**.

La mencionada afectación se habría producido cuando el agente estatal indujo al particular a cometer un delito. A ello se sumaría que al momento de practicar la diligencia, el imputado tenía la calidad de tal ya que de acuerdo al artículo 7 del Código Procesal Penal esto ocurre cuando se verifica la primera actuación del procedimiento que se dirige en su contra, lo cual acontece desde las denuncias anónimas, momento a partir del cual ya tenía el derecho a guardar silencio.

Frente a estas alegaciones, **estimamos** que la existencia de agentes reveladores no afecta el derecho a guardar silencio y a no generar prueba contra sí mismo,

ya que la función de éstos es manifestar y luego incautar droga durante el desarrollo del delito, el cual ya se venía cometiendo como ocurrió en el caso en comento. Siendo así, el agente revelador se limitó a descubrir un delito ya en curso lo que excluye la vulneración alegada.

A su turno, se podría argumentar que una cámara filmadora que graba el preciso instante en que se comete un delito "x", se afectaría la presunción de inocencia, lo cual no es así, ya que, el agente revelador o la cámara, solamente muestran lo que el imputado estaba realizando.

A nuestro entender, el recurrente confunde el derecho a guardar silencio con la posibilidad del Ministerio Público y de la policía de realizar diligencias de investigación y en este sentido, la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales cautelan que el imputado no sea obligado a declarar, pero la interpretación que se alega llevaría al absurdo de impedir que se realice prácticamente cualquier diligencia de investigación, ya que todo rastro o huella que dejan los delitos "habla de éstos".

c) Otra de las alegaciones realizadas se refiere a la **ausencia de autorización de la policía para realizar la prueba de campo.**

Esta alegación se funda en las normas constitucionales y legales que disponen que el Ministerio Público es quien tiene la facultad exclusiva de dirigir la investigación, dando instrucciones a policías, salvo ciertos supuestos en los cuales se admiten ciertas actuaciones autónomas de las policías, sin orden previa del Fiscal.

Agrega que la actuación ilegal es justamente el haber practicado la prueba de campo sin autorización del Fiscal y que aquello tiñe de ilicitud la entrada y registro al domicilio del imputado que se realiza con posterioridad, afectando el debido proceso y la inviolabilidad del hogar.

En nuestro concepto y tal como lo señaló el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio en el considerando décimo quinto, la realización de la prueba de campo a la sustancia incautada se encuentra contemplada en el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal: *"…recoger, identificar y conservar los objetos, instrumentos y documentos…"*. Siendo así, la actuación policial fue ajustada a derecho no existiendo vulneración alguna al debido proceso.

d) También se esgrimió como vicio la **ausencia de autorización judicial para realizar las diligencias de entrada y registro.**

En este punto la defensa alegó que no se habría dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 206 del Código Procesal Penal y, como tampoco se solicitó orden judicial para ingresar, se habría producido una afectación de la garantía del debido proceso y la inviolabilidad del hogar.

A su juicio no existiría una situación de flagrancia que justificase el ingreso al lugar cerrado, habida consideración que no se habría producido el requisito de los signos evidentes que exige el artículo 206 del cuerpo procesal. Aquello en primer término, porque no eran varios (solo se habría basado en la prueba de campo) y porque tampoco hubo la evidencia que exige la norma. Agrega que si el hecho hubiese sido evidente, no habría sido necesario practicar previamente la prueba de campo.

A mayor fundamentación, a juicio del recurrente no habría existido flagrancia por cuanto para que ésta exista debe haber inmediatez y ostensibilidad. Este último requisito no concurrió, pues de otro modo no habría sido necesario practicar una prueba de campo.

También en este punto se señaló que la conducta que motivó el ingreso al domicilio del imputado carece de antijuridicidad material, ya que éste le vendió droga a un funcionario policial que actuó como agente revelador, por lo que no existió peligro contra la salud pública (peligro de difusión de las sustancias) al estar la droga en manos de un agente del Estado.

Nuevamente estimamos que en este punto yerra la defensa en razón de los siguientes argumentos:

La circunstancia que se hubiere practicado la prueba de campo a la sustancia previamente adquirida por el agente revelador no afecta la flagrancia ni los signos evidentes que se estaba cometiendo un delito de tráfico, por cuanto la comisión del delito resultaba absolutamente evidente toda vez que un agente revelador había comprado droga desde un domicilio en el cual era perfectamente presumible creer que se guardaban más sustancias ilícitas, lo cual en definitiva fue corroborado con el hallazgo efectuado al interior del domicilio del imputado.

No obstante se estimare ilícita la entrada y registro al domicilio del imputado, ello no desvirtúa que antes de dicho ingreso se había verificado un delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, por lo que aun cuando se estimare que no se dieron lo requisitos del artículo 206 del Código Procesal Penal, de todas formas ya se habría verificado el ilícito del artículo 4 de la ley N°20.000. Es más, aun en esa hipótesis la prueba que se hubiera excluido no afectaría la etapa previa.

En relación con la falta de antijuridicidad material de la conducta al no existir puesta en peligro ni lesión del bien jurídico protegido por el delito, no debe olvidarse que el tráfico ilícito de drogas es un ilícito considerado como de emprendimiento, el cual se caracteriza porque existe una participación en una actividad criminal que puede o no ser iniciada por ese autor y, además, se caracteriza porque es dable incurrir en varios de los verbos rectores del tipo penal no obstante que se trata del mismo delito. En ese sentido, en el caso de marras el agente revelador saca a la luz o manifiesta un delito que ya se estaba

cometiendo, es decir, antes de la venta el imputado ya guardaba droga en su casa y la tenía para ser transferida a terceros.

Siendo así, obviamente la droga que estaba en poder del acusado es objeto material idóneo para el delito y al momento de efectuar el juicio de peligro claramente posee la aptitud para poner en riesgo la salud de la población.

Finalmente la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema[5]**,** describe el conflicto planteado por el recurrente, resumiéndolo de la siguiente manera: "… *El motivo de invalidación de marras se enlaza a la conclusión del tribunal, en orden a que la prueba de cargo fue obtenida ajustada a derecho y que el agente revelador que participó durante la etapa de averiguación, lo hizo dentro de la esfera de su competencia y atribuciones, por lo que no ha mediado desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por la defensa del encausado…"*[6].

A continuación en el considerando tercero se refiere a la alegación formulada por la defensa del imputado en orden a que se habría afectado su derecho a contar con una investigación y un procedimiento racional y justo, producto de la designación de un agente revelador a partir de la información originada en denuncias anónimas. Además, de acuerdo a este punto de vista también se habría conculcado la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y a no generar prueba contra sí mismo.

Adicionalmente, en el mismo considerando, se invoca la supuesta infracción al derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del hogar y a la libertad ambulatoria, derivado de la entrada y registro efectuada al domicilio del imputado sin contar con la competente autorización judicial.

Expuestos estos antecedentes, a continuación la sentencia desarrolla la temática de la prueba ilícita (considerando sexto), resaltando que *"…En la misión de adquirir las pruebas, deben acotarse ciertos límites, que revisten el carácter de garantías, refrendados por los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, que si bien consagran la libertad de prueba y de valoración de la misma, operan sobre los marcos propios de la legalidad, ya que los medios probatorios deben ser producidos e incorporados en conformidad a la ley (Zapata, cit., p. 21)…".*

En consecuencia, más adelante se expresa que el centro del debate consiste en determinar si durante la investigación, la actividad de las policías se ciñó o no al estatuto legal que las reglamenta y en caso de estimarse ilícita procede discutir la exclusión de las pruebas recopiladas conforme a dicha actividad.

Luego, la Excma. Corte Suprema se pronuncia respecto de uno de los aspectos en debate, esto es, la supuesta naturaleza de instigador que le atribuyó el recurrente al agente revelador, señalando a este respecto que: *"…No es efectivo entonces que sea el agente quien con su conducta hiciera nacer en el imputado la*

5 SCS ROL 9171-10, de 24 de enero de 2011.

6 Ídem anterior, considerando primero.

voluntad de delinquir, desde que se limitó con su acción únicamente a constatar la que aquél ya poseía con antelación…"[7].

A mayor abundamiento, la sentencia declara: *"NOVENO: Que, como colofón, la evidencia reunida como efecto de las diligencias de averiguaciones realizadas el veintiocho de agosto de dos mil ocho en la morada del encartado,* ***constituye una prueba lícita, toda vez que el agente revelador había obtenido el consentimiento previo del Ministerio Público y los restantes agentes obraron con estricto acatamiento a la ley***[8]***.*** *Tales pruebas, que condujeron a acreditar de modo directo, una transacción comercial de droga, representan sin duda el antecedente más poderoso de todos los recaudados destinados a establecer la existencia del hecho punible y la participación del acusado involucrado en el acto de "tráfico". Es así como no cabe siquiera insinuar la procedencia del precepto sobre supresión de la prueba."*

Como se indicó precedentemente, otro de los temas objeto del recurso consistía en determinar si respecto de la droga incautada era o no procedente que la policía de manera autónoma practicara la prueba de campo. Tal como señalamos previamente, estimamos que aquella instrucción no era necesaria, habida consideración que dicha diligencia se encuadra dentro de aquellas que autónomamente pueden efectuar las policías de conformidad a lo dispuesto en el artículo 83, letra c) del Código Procesal Penal. Sobre el punto el fallo expresa: "*Que en el escrito también se tilda de ilegal, por inexistencia de una orden emanada del fiscal a cargo del procedimiento, la prueba orientativa relacionada con la sustancia adquirida por el agente revelador; conducta reprobada que, no obstante,* ***constituye una de las hipótesis insertas en el artículo 83, letra c), del Código Procesal Penal***[9]*, como acertadamente lo consigna el laudo reprobado, en el numeral 2° de su fundamento décimo quinto, razón por la cual este capítulo de impugnación tampoco puede prosperar."* [10].

Por último, respecto de la supuesta violación de la garantía constitucional relativa al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar, la sentencia descarta dicha conculcación en atención a que se dieron los supuestos del artículo 206 del Código Procesal Penal. En este sentido, en el fallo se señala: *"Que el artículo 206 del estatuto adjetivo de penas, preceptúa que cuando signos evidentes indicaren que se está cometiendo un delito, se podrá entrar y proceder al registro de un bien raíz sin la aprobación expresa de su propietario o encargado, ni permiso u orden previa.*

Pues bien, acorde al mérito de la prueba rendida, la presencia de los funcionarios policiales en la residencia del convicto ***devino de la constatación de un injusto flagrante, al tener en su poder sustancias prohibidas, de suerte que tal proceder no importa***

7 Considerando 8°.

8 El destacado es nuestro.

9 El destacado es nuestro.

10 Considerando 10°.

ignorar las garantías esenciales enumeradas en el artículo 19, N°s. 4° y 5°, de la Carta Política, que se aseguran amagadas, ya que no se divisa soporte legal para sostener la ilicitud de los trámites de pesquisas que deriven de un procedimiento en situación de flagrancia[11]*, como lo corrobora el fallo impugnado, en el literal 3° de su considerando décimo quinto; se desestima así esta línea de reproche."*[12].

Del párrafo transcrito queda en evidencia que a juicio de nuestro máximo tribunal, la realización de ciertas actividades previas y coetáneas a la comisión del delito no afecta la situación de flagrancia, sino que por el contrario en este caso la participación de los agentes reveladores permitió develar o manifestar la existencia de un hecho punible en actual ejecución.

En virtud de estas consideraciones, la Excma. Corte Suprema rechazó el recurso interpuesto quedando firme la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio.

2. Sentencia Excma. Corte Suprema ROL 10162, de 24 de febrero de 2011. Descripción de los hechos, del recurso interpuesto y nuestra posición:

La sentencia de la Corte Suprema que comentaremos en este acápite, recae sobre el procedimiento RUC N°0901180682-9, correspondiente a la Fiscalía Local de Tomé. Dicha investigación, sucintamente dice relación con dos delitos de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga cometidos los días 9 y 16 de diciembre del año 2009, por el mismo imputado. Se trata de dos transacciones de drogas distintas, separadas espacial y temporalmente, con adquirentes diversos.

El Tribunal Oral en lo Penal de Concepción dio por probados los siguientes hechos: "*Que, el día 09 de diciembre de 2009, en la comuna de Tomé, el acusado José Saladino Vera Barraza, en las cercanías de su domicilio particular ubicado en calle Caracol N°0512, del sector de Bellavista, alrededor de las 14:50 horas, le vendió a un transeúnte dos envoltorios de papel contenedores de 1,1 gramos de la especie vegetal cannabis sativa o marihuana, del tipo denominado "paraguaya" o "prensada", a un precio de $2.000 (dos mil pesos).*

Días después, específicamente el 16 de diciembre de 2009, el mismo acusado José Saladino Vera Barraza, alrededor de las 18:00 horas, localizándose nuevamente en los alrededores de su domicilio ubicado en calle Caracol N°0512, del sector de Bellavista, Comuna de Tomé, le vendió a otra transeúnte un cigarrillo artesanal de cannabis sativa o marihuana, también del tipo denominado "paraguaya" o "prensada", con un peso de 0,4 gramos, a un valor de $1.000. (Mil pesos)."[13]

11 El destacado es nuestro.

12 Considerando 12°.

13 Considerando 8°.

En concordancia a los hechos que se dieron por acreditados, el referido Tribunal Oral condenó al imputado como autor de dos delitos de tráfico ilícito de drogas, tipificado en el artículo 4, en relación con el 1° de la Ley 20.000.

Por su parte, la defensa estimó que con dicha sentencia se habría infringido el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, ya que durante la tramitación del procedimiento se habrían producido las siguientes vulneraciones:

- Al debido proceso (artículo 19 N°3 inciso 5 CPE), en relación con "la legalidad de los actos del procedimiento e investigación".
- Al debido proceso en relación con el derecho del imputado a guardar silencio y ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación.

Las alegaciones del recurrente se resumen de la siguiente manera:

a) Infracción al debido proceso por existir una investigación autónoma de parte de la policía.

La defensa estimó que la sentencia recurrida ha sido dictada con infracción a la garantía del debido proceso contemplada en el artículo 19 N°3, inciso 5, y de los artículos 6, 7 y 83, todas disposiciones de la Constitución Política de la República, así como también las normas de los artículos 3, 79, 80, 180, 181, 227 y 228, todos del Código Procesal Penal.

La vulneración se habría producido porque respecto de ambos delitos de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, la policía habría realizado ***"una investigación autónoma sin orden previa del fiscal"***. Para fundar esta afirmación esgrime un conjunto de declaraciones de parte de los policías que darían cuenta que ellos habrían realizado una indagación previa, que contaban con una denuncia, que realizaron patrullajes, entre otras actuaciones, sin contar con una orden del fiscal.

De acuerdo a dicho predicamento, la actuación de la policía habría sido nula de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución, agregando que también vulneraría lo regulado en el artículo 83 de la Constitución y en el artículo 3 del Código Procesal Penal, los cuales radican de manera exclusiva la investigación de los delitos en el Ministerio Público. A mayor abundamiento, invoca lo dispuesto en los artículos 80, 180 y 181 del Código Procesal. Finalmente, hace mención a la obligación del registro respecto del policía, contemplado en el artículo 228 del mismo cuerpo legal.

El fundamento de estas normas es el derecho a defensa, cuyo objetivo es garantizar que el imputado tenga conocimiento de los antecedentes de la imputación desde los actos iniciales de la misma. Estas formas procesales son manifestación de un procedimiento y una investigación racional y justa. Del mismo modo, con el objeto de evitar la existencia de investigaciones arbitrarias de parte de la

policía, el legislador ha encargado al Ministerio Público su dirección, debiendo ejecutarse bajo su responsabilidad.

Resumidos los argumentos de la recurrente, bajo nuestra perspectiva, no existió dicha conculcación de derechos, ya que, si bien el caso en comento se refirió a dos delitos de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, lo cierto es que no se inició producto de una investigación autónoma de la policía, si no más bien producto del uso de las facultades autónomas de las que ellos están dotados en el Código Procesal Penal, en concreto del control de identidad contemplado en el artículo 85 y también utilizando las normas relativas a la flagrancia.

b) Infracción al derecho a guardar silencio y de ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación.

A este respecto la defensa afirmó que se habría vulnerado el derecho a guardar silencio, ya que en la sentencia se arriba a la conclusión de condena dándole valor al testimonio de un policía[14] que declaró acerca de lo que el imputado le habría *"manifestado voluntariamente"* el día de su detención en la comisaría, infringiendo con ello gravemente lo dispuesto en el artículo 93 del Código Procesal Penal.

La recurrente da cuenta de la circunstancia que el Tribunal Oral en lo Penal tuvo en consideración la declaración del imputado, ya que en el considerando decimosexto, reconoce a favor de éste la atenuante de colaboración sustancial, no obstante haberse acogido al derecho a guardar silencio. Ello, dado que al momento de ser detenido reconoció que se dedicaba a la venta de envoltorios de marihuana.

Sobre este punto **a nuestro entender**, no ha habido infracción del derecho a guardar silencio, ni de los artículos 91 y 93 del Código Procesal Penal, ya que como quedó en evidencia durante el juicio oral, el imputado no declaró.

La finalidad de esta garantía es evitar la existencia de apremios o presiones de carácter físico o sicológico en contra del imputado con el objeto de hacerlo confesar su delito, siendo el órgano encargado de la persecución penal quien debe acreditar y probar los hechos, no pudiendo basarse en la mera declaración de los imputados. Por su parte, los artículos 91 y 93 regulan el cómo se debe efectuar la declaración del imputado.

Lo que aconteció en el caso de marras fue que el imputado efectuó una manifestación espontánea que el policía presenció y siendo consultado no puede menos que referirse a ella. De otro modo, tendría que negar algo que ocurrió, no siendo lógico pensar que un testigo pueda omitir información que posee, menos tratándose de un funcionario público.

14 Considerando sexto STO 0901180682-9.

Finalmente, respecto de este punto, el recurrente citó un fallo de la Corte Suprema de 12 de abril de 2010, causa rol 9521-2009, la cual en lo pertinente señala: *"… en este sentido, la declaración del imputado prestada sin atender las normas que la gobiernan no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique…".*

En el caso que se recurre, la información fue utilizada por el Tribunal Oral en el considerando decimosexto para fundamentar, no obstante haber guardado silencio, la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal por haber reconocido los hechos al momento de su detención, lo cual implica que fue utilizada en su beneficio y no en su perjuicio como señala el fallo recien citado.

Además de lo expuesto, la defensa del imputado hizo valer los siguientes motivos[15] de nulidad en carácter de subsidiarios:

i) El motivo del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal: " *e) cuando, en el la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c),d) o e).*

En la especie, estimó que la sentencia recurrida omitió el requisito del artículo 342 letra d): *"las razones legales o doctrinarias que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo".*

El fundamento de este motivo fue que si bien la defensa en su alegato de apertura durante el juicio oral señaló que dogmáticamente era imposible que un delito de emprendimiento pudiera ser reiterado, la sentencia se limitó en el considerando décimo a constatar que se configuran dos delitos de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, es decir, no habría señalado ninguna razón doctrinaria o legal que explique como un delito de emprendimiento admite la reiteración o concurso de delitos.

Discrepamos de la infracción afirmada por la defensa en razón de los siguientes argumentos:

En primer término no es efectivo que en el fallo el Tribunal Oral hubiese omitido razones legales o doctrinarias para justificar por qué respecto de un delito de emprendimiento es posible que exista reiteración o concurso de delitos.

Tampoco es efectivo que la naturaleza de delito de emprendimiento excluya la existencia de concursos de delitos. En atención a ello, lo relevante es más bien delimitar si existieron efectivamente dos hechos, en cuyo caso se aplica la regla general de los concursos, la cual en ningún caso está vedado para los delitos de tráfico de drogas.

15 También esgrimió un error en la aplicación de la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del Código Penal, respecto de la cual no nos referiremos.

Siendo así, el tribunal estimó que existían dos hechos temporal, espacialmente separados y con distintos consumidores, por lo que procede aplicar la regla de los concursos de delitos.

ii) Causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal:

La defensa también alegó un error de derecho puesto que la sentencia habría incurrido en un yerro de dogmática penal, que se traduce en una errónea aplicación del derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. Dicho error se habría producido al considerar que existieron dos hechos y no uno solo. Ello, no obstante la sentencia reconoce que el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas es de emprendimiento.

En este punto nos remitimos a lo señalado precedentemente.

Finalmente en la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema[16] se expone, sintetizando los antecedentes, que el recurso de nulidad se encuentra vinculado a la infracción del debido proceso, cuya vulneración se produciría en dos órdenes de ideas: actividad autónoma de la policía y quebrantamiento del derecho a defensa.

A continuación respecto de la actividad de la policía señala: "*Que en lo atingente al primero de estos asuntos, el proceder policial en el desenvolvimiento de los hechos no merece reproche.* ***No hubo, como pretende la defensa, una investigación autónoma por parte de los funcionarios policiales sino que, con ocasión de una denuncia anónima, se ejerció por éstos el ejercicio de las prerrogativas de que se encuentra investidos de conformidad a su propia ley***[17]***.*** *Se trata del ejercicio de facultades de que se encuentran dotados para resguardar el orden y seguridad públicas y en tal evento, constataron la existencia de un ilícito que derivó en el ejercicio de una actividad expresamente reglada en el estatuto procesal del ramo, al controlar la identidad de un sujeto que previamente había efectuado una transacción con un tercero. Como consigna con acierto el fallo, con ocasión de vigilancias preventivas y ante una conducta indiciaria de una transacción de droga, interviene el personal policial de acuerdo a lo que ordena el artículo 85 del Código Procesal Penal, actuación que es formalmente puesta en conocimiento del Ministerio Público. Ese proceder satisface cualquier duda de la legitimidad del proceder policial, por lo que no está vulnerada la garantía constitucional que se dice desconocida."*[18]

Más adelante, en relación con la supuesta transgresión del derecho al debido proceso por haber obtenido una declaración ilegal de parte del imputado, señala que ésta no se observa dado que el Tribunal Oral no emite su decisión de condena sobre la base de dicho antecedente, por el contrario son otros los elementos considerados, agregando que "…*lo que garantizan la Constitución y*

16 SCS ROL 10162, de 24 de febrero de 2011.

17 El destacado es nuestro.

18 Ídem anterior. Considerando cuarto.

la ley es el derecho a guardar silencio y a tener defensa técnica, de modo que lo que se debe asegurar es la debida comunicación de esas prerrogativas al inculpado. ***Sin embargo, nada impide que éste, de manera espontánea, manifieste al personal policial cualquier dato en relación al ilícito que se le atribuye***[19]*.."*[20].

Luego, respecto de los motivos de nulidad interpuestos de manera subsidiaria, declara que no vislumbra infracción en la fundamentación de la sentencia puesto que el Tribunal Oral explicita los motivos y razones que lo llevaron a dictar una sentencia condenatoria, adicionando que *"…Así afirman que el acusado participó ?(sic) en dos eventos perfectamente separados el uno del otro, cometidos en días y respectos (sic) de personas distintas y en cantidades diferentes. Cada acción constituye un atentado al bien jurídico en particular y* ***si bien es cierto que doctrinariamente se ha entendido que el delito de tráfico es un delito de emprendimiento ello no es óbice a que concurra la reiteración en este tipo de delitos***[21]*? (sic)..."*[22]

Posteriormente y también respecto de la reiteración, pero invocada en este punto como infracción de derecho del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, la sentencia señala: "*Que sobre la primera de estas alegaciones, concuerda este tribunal con la calificación que la sentencia atribuye a los sucesos pesquisados. En el caso en análisis, aparecen dos conductas delictivas que satisfacen a cabalidad cada una de las exigencias legales para configurar un delito autónomo. En efecto, en cada oportunidad existe una clara delimitación temporal que encuadra en la reiteración material de conductas delictivas de una misma especie. Como sostiene el Ministerio Público en estrados, el delito de emprendimiento supone que una misma actividad delictual satisfaga, a la vez, los requerimientos de más de un verbo rector. En este sentido, no podría sancionarse separadamente la posesión y venta; si bien ambas acciones individualmente consideradas son constitutivas de tráfico, constituyen un único delito de esa naturaleza.* ***Diversa es la situación que atañe a estos antecedentes en que hay dos acciones totalmente desvinculadas, descubiertas en días distintos, con diversos involucrados, constituyendo cada una un particular atentado al bien jurídico protegido. No es efectivo, como plantea la defensa, que la reiteración de delitos esté proscrita a propósito de los llamados de emprendimiento***[23]*, y la discrepancia acerca de calificación dada por los jueces a los hechos en el ejercicio de sus facultades, no configura el motivo de nulidad hecho valer, más aun si, como aconteció, expresa la sentencia las razones para resolver de la forma en que lo hizo"*[24].

En virtud de estas y otras consideraciones **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto, con el voto en contra del Ministro Señor Muñoz, quien fue de la opinión de acoger el recurso por la causal del artículo 373 letra a) del Código

19 El destacado es nuestro.

20 Considerando sexto.

21 El destacado es nuestro.

22 Considerando décimo.

23 El destacado es nuestro.

24 Considerando duodécimo.

procesal Penal, señalando: "…*El resultado de actuaciones ilegítimas no pueden servir de apoyo a una decisión condenatoria como ha ocurrido, pues la policía, en conocimiento de un hecho delictivo, debió poner en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes necesarios para dar inicio a un procedimiento tendiente a su averiguación, puesto que la persecución penal no puede revelar actuaciones vulneratorias de garantías constitucionales. . (?(sic) Eficacia de la Prueba Ilegítimamente obtenida y comportamiento de la Parte?, Editorial Giuffre, Milán, 1972, Pág. 187, citado por Mario Mini Massoni ? (sic)La Prueba Ilícita en el Proceso Penal? (sic), Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, año 2005).*

En consecuencia, en opinión de este disidente, la investigación previa policial en este proceso implica que los hechos comprobados han sido adquiridos por una vía que carece de legitimidad, circunstancia que configura la causal de nulidad esgrimida de manera principal por la defensa[25].

En efecto, por denuncias anónimas la policía toma conocimiento de hechos que es posible imputar al condenado, luego despliega diligencias de investigación que le llevan a constatar ? (sic)en su concepto- un delito flagrante de microtráfico a un agente encubierto. Tales actuaciones no es posible admitir que se desarrollen autónomamente por la Policía, pues se apartan de la legalidad, la que transgrede y, por lo mismo, carecen de legitimidad"[26].

III. Comentario final respecto de ambos fallos

Como puede apreciarse de lo expuesto en este artículo, ambos fallos son sumamente relevantes porque se pronuncian sobre temas que son de gran actualidad y dan lugar a diversas interpretaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En síntesis, las temáticas analizadas por la Excma. Corte Suprema en ambos fallos y que a nuestro juicio son relevantes, son las siguientes:

1. Se descarta la inducción al delito de parte de los agentes encubiertos o reveladores cuando su actividad se limita a constatar la existencia de un ilícito, siempre que actúe de conformidad a la ley N°20.000.

2. La práctica de la prueba de campo por parte de los funcionarios policiales no requiere orden previa de un fiscal ya que se encuadra dentro de sus facultades autónomas contempladas en el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal.

3. En materia del artículo 206 del Código Procesal Penal no se divisa soporte legal para sostener la ilicitud de los trámites de pesquisas que deriven de un procedimiento en situación de flagrancia.

25 El destacado es nuestro.

26 Considerando décimo cuarto.

4. Los policías pueden actuar autónomamente en los supuestos contemplados en la ley y la Constitución.

5. El derecho a guardar silencio y a tener defensa técnica de parte del imputado, no se opone a las manifestaciones espontáneas que pueda efectuar ante funcionarios policiales.

6. Se estima que el delito de tráfico de drogas es de emprendimiento.

7. Cuando hay dos acciones totalmente desvinculadas temporal y espacialmente, cada una de ellas constituye un particular atentado al bien jurídico protegido. En consecuencia la reiteración de delitos no está proscrita en los llamados delitos de emprendimiento debiendo ser sancionadas ambas conductas conforme a lar reglas concursales generales.

IV. Texto de ambas Sentencias comentadas

Sentencia Rol Ingreso N°9.171-2010

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil once.

VISTOS:

Por resolución de dieciséis de noviembre de dos mil diez, que rola de fojas 2 a 21, extendida en los autos RUC N°0800773170-2, RIT N°97-2010, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, integrado por los jueces Mónica López Castillo, como presidente, Rodrigo Hernández Pérez, encargado de la redacción y Claudio Espinoza Asenjo, se castigó a Andrés De La Cruz Pérez Ibarra, chileno, cédula de identidad N°8.346.157-8, apodado "El Pilo", de cincuenta y un años de edad, casado, maestro ceramista, domiciliado en Pasaje cinco número un mil seiscientos dos, Población Tralcamahuida, comuna de El Quisco, V Región, a purgar quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales pertinentes, a enterar las costas del litigio y una multa ascendente a cinco unidades tributarias mensuales; se le concedió el beneficio de la remisión condicional de la sanción corporal, pero debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 5° de la Ley N°18.216, por igual lapso de la condena principal impuesta, por su responsabilidad de autor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, cometido el veintiocho de agosto de dos mil ocho, en la comuna de El Quisco.

Esta decisión fue impugnada por el abogado Alejandro José García García, de la Defensoría Penal Pública, en representación del convicto Pérez Ibarra, quien dedujo de fojas 22 a 37, recurso de nulidad asilado en el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, al haberse conculcado la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, a no generar prueba de cargo en su contra y el principio del debido proceso, ante la actuación ilegal de un agente revelador y la ausencia de instrucciones del fiscal para realizar la prueba de campo;

como asimismo, el derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar y a la libertad ambulatoria, con ocasión de una diligencia de entrada y registro fuera de los presupuestos de la ley y sin contar con la competente anuencia judicial.

Declarado admisible el arbitrio a fojas 38, se fijó día para la audiencia, la que tuvo lugar el miércoles cuatro del actual, con la concurrencia y alegatos de la defensora penal pública, señora Pamela Pereira Fernández, en representación del enjuiciado y de la asesora legal del Ministerio Público, señora Ximena Marcazzolo Awuad, a continuación y oídos que fueron los intervinientes, quedaron los autos para fallo, citándose a los comparecientes a la comunicación del veredicto, según consta del acta que corre a fojas 49.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso interpuesto por la asistencia técnica de Andrés De La Cruz Pérez Ibarra, se sustenta en el artículo 373, letra a), del estatuto procedimental de penas, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del laudo se hubieren vulnerado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor; concreta la anomalía en atropello de derechos y garantías fundamentales durante la audiencia de preparación del juicio oral y en el quebranto a los artículos 8°, párrafo 2°, y N°2°, letra g), de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, y 14, N°s. 2° y 3°, letra g), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos vigentes y vinculantes con arreglo a los artículos 5°, inciso 2°, 19, N°s. 3°, 4°, 5° y 7°, y 83 de la Constitución Política de la República; 1° y 4° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público; y 4°, 7°, 93, letra g), 130 y 206 del compendio adjetivo criminal.

El motivo de invalidación de marras se enlaza a la conclusión del tribunal, en orden a que la prueba de cargo fue obtenida ajustada a derecho y que el agente revelador que participó durante la etapa de averiguación, lo hizo dentro de la esfera de su competencia y atribuciones, por lo que no ha mediado desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por la defensa del encausado.

SEGUNDO: Que, después de analizar la prueba testifical, constituida por las declaraciones de los funcionarios policiales que depusieron en el pleito, asevera que la indagación se origina en reiteradas "llamadas anónimas" de personas que denunciaban la perpetración de ilícitos conectados con la Ley N°20.000, que unidas a los antecedentes que arrojaba una labor de inteligencia policial, permitió determinar que en el domicilio de su mandante, un individuo que correspondería al antes mencionado, se dedicaba a la venta de clorhidrato de cocaína; en vista de ello, el veintiocho de agosto de dos mil ocho, el fiscal del Ministerio Público accedió a que un funcionario policial pase a inmiscuirse como agente revelador, el que un par de horas más tarde,

obtuvo del encartado una bolsa contenedora de un polvo de color blanco que, sometido a la prueba de campo arrojó coloración azul positiva ante la presencia de cocaína, que habría habilitado a los policías para ingresar al inmueble donde hallaron doce coma dos gramos de la aludida sustancia, dosificada en trece bolsas de polietileno transparentes.

Aduce, sin embargo, que la prueba orientadora de la naturaleza de la sustancia incautada, se ejecutó en forma autónoma por los policías, sin aquiescencia del fiscal de la causa, de modo que en la audiencia de preparación del juicio oral solicitó la omisión de la totalidad de la prueba obtenida con inobservancia de garantías; versó el debate además, en la inexistencia de una situación de flagrancia que facultara a los funcionarios para la práctica de la diligencia de entrada y registro en cuestión. Los reparos detallados violentan el debido proceso, el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar, por lo que concurre la causal de exclusión del artículo 276, inciso 3°, de la compilación procesal del ramo, que el Juzgado de Garantía en definitiva desestimó.

Añade que en la audiencia de juicio oral, impetró la absolución del acusado, fundado en la utilización de la técnica del agente revelador que estima en franca oposición a la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, y a no generar prueba que pueda ser usada en contra de la persona sometida a enjuiciamiento criminal, sin que tales alegaciones hayan sido acogidas, a pesar que sirvió para apoyar el dictamen condenatorio, en la prueba reunida con transgresión de dichas garantías. Sin semejantes agravios, el tribunal debió emitir decisión absolutoria, por lo que pide a esta Corte invalide el juicio oral y el pronunciamiento, a fin de decretar la remisión de los antecedentes al Juzgado de Garantía de San Antonio para que se celebre una nueva audiencia de preparación de juicio oral donde se prescinda de la totalidad de la prueba de cargo, por haber sido aportada con las contravenciones develadas.

TERCERO: Que enseguida el recurrente aborda la manera en que se produce la infracción de garantías esenciales protegidas por la Constitución Política y los tratados internacionales. A este respecto, explica que se ha afectado en su esencia el derecho a una investigación y un procedimiento racionales y justos, con la designación de un agente revelador en base a presuntas "llamadas anónimas", se violó la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y a no generar prueba que pueda dirigirse contra el incriminado y a que sea el Ministerio Público y no la policía quien disponga las actuaciones de pesquisas, especialmente cuando concierne a la prueba orientativa llevada a cabo en la litis.

También reclama quebrantamiento a la garantía constitucional del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar y el derecho a la libertad ambulatoria, en concordancia con el artículo 19, N°s. 4°, 5° y 7°, de la Carta Fundamental, con motivo de una diligencia de entrada y registro al margen de las hipótesis contenidas

en la ley y sin contar con la competente licencia judicial; todo lo cual redundó en la privación de libertad del inculpado.

CUARTO: Que, en tal entendimiento, es menester determinar si el edicto censurado comprometió las disposiciones de rango superior en que descansa el recurso, al reprimir la conducta de su poderdante, con el mérito de la prueba recabada y valorada positivamente, como constitutiva del injusto de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes.

QUINTO: Que el oponente critica transgresión a la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y a no generar prueba incriminatoria en contra del imputado, que se concreta en aquélla, al enviar un funcionario policial en calidad de agente revelador y dar por cierto y probado que el hechor comercializaba sustancias ilícitas, mandó a ese policía a comprar el sicotrópico sin mejores elementos que las supuestas "denuncias anónimas" y la función de inteligencia policial; se configuró desconocimiento del derecho a guardar silencio, a través del instituto del artículo 25 de la Ley N°20.000, atendido que es el funcionario quien induce al particular a cometer un delito y será aquél que en juicio referirá lo que supuestamente ocurrió en su encuentro con este último, aporta los medios probatorios en su contra; califica el cúmulo total de prueba de cargo reunida como ilícita, por haberse conseguido con las irregularidades delatadas.

SEXTO: Que el denominador común para la noción de prueba ilícita en todos los sistemas, que debe servir como punto de partida en la tarea de elaborar un concepto, radica en la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la fase de instrucción, con ocasión de la actividad de pesquisas llevadas a cabo por los órganos de investigación penal (María Inés Horvitz L. y Julián López M., "Derecho Procesal Chileno", tomo II, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año dos mil cinco). "La discusión acerca de la prueba ilícita – cualquiera que sea la definición que se tenga de ella - nos anuncia algo sustancial: la verdad a la que aspiramos en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio"(María Francisca Zapata, "La Prueba Ilícita", Lexis Nexis, dos mil cuatro, p. 18)

La idea de prueba ilícita y su negación resulta del enfrentamiento entre averiguación de hechos delictuales y respeto de los derechos. En particular, cuando a estos últimos se les reconoce como criterio de validez de los procedimientos tendientes a tal indagación; y, en consecuencia, como fundamento de la resistencia a la admisión de pruebas ilícitamente logradas (L. Iván Díaz García, "Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno", en "La prueba en el nuevo proceso penal oral", varios autores, Editor: Rodrigo Coloma Correa, Lexis Nexis, 2003, p. 137) Por lo tanto, sólo las probanzas aportadas legalmente, con acatamiento absoluto a las normas jurídicas, deben aceptarse y valorarse en el proceso, de suerte que la prueba obtenida en la observancia de la ley es la única que el juez puede tomar en cuenta para formar su convicción

en el proceso (Alex Carocca P., "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", Ius et Praxis, año cuatro, Nro. 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, mil novecientos noventa y ocho, p. 316).

En la misión de adquirir las pruebas, deben acotarse ciertos límites, que revisten el carácter de garantías, refrendados por los artículos 295 y 297 del Código Procesal Penal, que si bien consagran la libertad de prueba y de valoración de la misma, operan sobre los marcos propios de la legalidad, ya que los medios probatorios deben ser producidos e incorporados en conformidad a la ley (Zapata, cit., p. 21).

Ahora bien, dentro de un amplio concepto de "garantías fundamentales", se incluyen las que ofrecen la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y a un procedimiento racional y justo. Aquélla contemplada en los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 4° del ordenamiento procedimental criminal, es un método fuertemente ligado al debido proceso y constituye el derecho esencial que abarca, necesariamente, cualquier aspecto relativo a la actividad probatoria que se ocupa frente al procesado. Por ende, la normativa sobre prueba ilícita encuadra dentro de las garantías que avalan el debido proceso y, por consiguiente, a la presunción de inocencia (Mario Mini Massoni, "La prueba ilícita en el proceso penal", Editorial Metropolitana, dos mil cinco, pp. 38 y 39).

SÉPTIMO: Que al debate sobre una eventual segregación de prueba debe preceder –como cuestión primordial indispensable- a una determinación acerca de la ilicitud de la recopilación del material probatorio, la que en el caso singular sub lite, implica discernir si la intervención policial se ha ceñido o no al régimen jurídico que lo gobierna. Sólo una respuesta negativa a esta interrogante preliminar es idónea para abrir paso a la discusión sobre si tal ilicitud debe originar una eliminación de la prueba así obtenida (Héctor Hernández Basualto, "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno", Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, dos mil cinco, Nro. 2, pp. 43 y s.s.).

OCTAVO: Que el artículo 25 de la Ley N°20.000 define al "agente revelador" como el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente a terceros de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.

Sobre este tópico conviene tener en cuenta que en el basamento décimo tercero del fallo refutado, se asienta como hecho demostrado con sus testimonios en estrados, que los funcionarios policiales Vergara Álvarez y Veisaga Olivares, recibieron antecedentes sobre un sujeto que se dedicaba al tráfico de estupefacientes en una determinada residencia de la comuna de El Quisco, lograron su identificación luego de una labor de inteligencia; y, en el curso de la investigación, Veisaga Olivares mantuvo contacto con Pérez Ibarra, precisamente en el recinto delatado, el veintiocho de agosto de dos mil

ocho. En ese instante se produce la transacción de droga, en que colabora el policía debidamente facultado tras ser investido como agente revelador por el fiscal a cargo de la indagación, en ejercicio de las prerrogativas legales del persecutor, -conforme se reflexiona en el raciocinio décimo quinto del dictamen en estudio-. No es efectivo entonces que sea el agente quien con su conducta hiciera nacer en el imputado la voluntad de delinquir, desde que se limitó con su acción únicamente a constatar la que aquél ya poseía con antelación.

Tal como se explicita en el motivo quinto del laudo rebatido, Andrés Pérez Ibarra ejerció su derecho a guardar silencio durante todo el estadio indagatorio y en la secuela del juicio oral; por lo que no constituye afrenta a esta garantía, el atestado en estrados del policía que se entrometió como revelador, quien sólo relató hechos o circunstancias en las que cooperó directamente en el ámbito de una diligencia investigativa encuadrada en la legalidad.

De lo expuesto aparece nítida la inexistencia del reparo de ilegalidad que el impugnante formula, en cuanto a la obtención de los elementos incriminatorios derivados de la justificada actividad policial.

En apoyo de lo lucubrado es útil dejar en claro que el veredicto objetado considera y valora los asertos del agente revelador, en consonancia con las afirmaciones del detective Fernando Vergara Álvarez, para dar por comprobada, en conjunto con la prueba pericial, documental y la evidencia material de los contenedores de droga, la comisión del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. En este campo las protestas del recurrente se apartan notoriamente de la realidad que emana del edicto y por resultar -entonces- absolutamente infundadas, quedan desprovistas de asidero.

NOVENO: Que, como colofón, la evidencia reunida como efecto de las diligencias de averiguaciones realizadas el veintiocho de agosto de dos mil ocho en la morada del encartado, constituye una prueba lícita, toda vez que el agente revelador había obtenido el consentimiento previo del Ministerio Público y los restantes agentes obraron con estricto acatamiento a la ley. Tales pruebas, que condujeron a acreditar de modo directo, una transacción comercial de droga, representan sin duda el antecedente más poderoso de todos los recaudados destinados a establecer la existencia del hecho punible y la participación del acusado involucrado en el acto de "tráfico". Es así como no cabe siquiera insinuar la procedencia del precepto sobre supresión de la prueba.

DÉCIMO: Que en el escrito también se tilda de ilegal, por inexistencia de una orden emanada del fiscal a cargo del procedimiento, la prueba orientativa relacionada con la sustancia adquirida por el agente revelador; conducta reprobada que, no obstante, constituye una de las hipótesis insertas en el artículo 83, letra c), del Código Procesal Penal, como acertadamente lo consigna el laudo reprobado, en el numeral 2° de su fundamento décimo quinto, razón

por la cual este capítulo de impugnación tampoco puede prosperar.

UNDÉCIMO: Que el oponente alega también contravención a las garantías de la intimidad e inviolabilidad del hogar comprendidas en los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Carta Magna, configurada por la entrada y registro a la casa del encartado sin la competente aprobación judicial.

DUODÉCIMO: Que el artículo 206 del estatuto adjetivo de penas, preceptúa que cuando signos evidentes indicaren que se está cometiendo un delito, se podrá entrar y proceder al registro de un bien raíz sin la aprobación expresa de su propietario o encargado, ni permiso u orden previa.

Pues bien, acorde al mérito de la prueba rendida, la presencia de los funcionarios policiales en la residencia del convicto devino de la constatación de un injusto flagrante, al tener en su poder sustancias prohibidas, de suerte que tal proceder no importa ignorar las garantías esenciales enumeradas en el artículo 19, N°s. 4° y 5°, de la Carta Política, que se aseguran amagadas, ya que no se divisa soporte legal para sostener la ilicitud de los trámites de pesquisas que deriven de un procedimiento en situación de flagrancia, como lo corrobora el fallo impugnado, en el literal 3° de su considerando décimo quinto; se desestima así esta línea de reproche.

DÉCIMO TERCERO: Que, en atención a lo razonado, la libertad ambulatoria del imputado, temporalmente restringida, no atañe a un acto de ultraje, sino que fluye ciertamente del procedimiento policial ajustado a Derecho; que conlleva a desestimar la afectación insita en semejantes maltratos.

DÉCIMO CUARTO: Que el impugnante endilga a los menosprecios develados, vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, sobre la base de las alegaciones que los erigen. En similar línea de ideas y como ya ha tenido oportunidad de señalar este máximo tribunal en los ingresos Nums. 4954-08; 1414-09 y 4164-09, la seguridad que se dice conculcada constituye un derecho avalado por la Constitución Política de la República, en cuya virtud toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente sustanciado; la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, N°3°, inciso 5°, confiere al legislador la misión de fijar siempre la certeza de un procedimiento racional y justo. Es así que, en torno a los aspectos que abarca el derecho a un debido proceso, no hay pareceres discrepantes en cuanto a que lo constituye un conjunto de estabilidades que la Carta Política, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y las leyes, entregan a las partes de la relación procesal, asegurándose que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan protestar cuando no están conformes con la decisión, que se respeten los procedimientos establecidos en la ley y se dicten resoluciones motivadas o fundadas, asuntos que conforme el mérito de las probanzas y lo con-

cluido singularmente en los motivos octavo, noveno, décimo, duodécimo y décimo tercero precedentes, han sido plenamente observados por los jueces del fondo sin que surja de su proceder inobservancia a la certidumbre en análisis, razón por la cual, la impugnación de tal deficiencia, no es susceptible de aceptación.

DÉCIMO QUINTO: Que, como corolario de todo lo elucubrado, sólo cabe inferir que la condena del enjuiciado no gravita en pruebas obtenidas con desprecio de garantías fundamentales, y entonces los pretextos de nulidad de lo decidido, apoyados en contravención del artículo 297 del Código Procesal Penal, quedan carentes de respaldo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 372, 373, 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad entablado por el letrado Alejandro José García García, en representación del condenado Andrés de La Cruz Pérez Ibarra, contra de la sentencia de dieciséis de noviembre de dos mil diez, que se lee de fojas 2 a 21, la que, en resumen, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°9171-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticuatro de enero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Sentencia Rol Ingreso N°10.162-2010

Santiago, veinticuatro de febrero de dos mil once.

VISTOS:

En los antecedentes rol único 0901180682 - 9 e interno del tribunal 547 - 2010, se registra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción de quince de diciembre de dos mil diez, que en procedimiento ordinario impuso al enjuiciado José Saladino Vera Barraza, dos penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, como autor de sendos delitos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1° y 4° de la Ley N°20.000, perpetrados el nueve y dieciséis de diciembre de dos mil nueve, en la comuna de Tomé. Se impuso además, por cada delito, la sanción accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, multa de cinco unidades tributarias mensuales y la satisfacción de las costas del litigio.

En contra de este pronunciamiento, el defensor penal público, don Felipe Jeldes Saba, en representación del imputado, dedujo recurso de nulidad

apoyado en las causales que a continuación se indican y de la forma que se señala:

En primer término, la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 19 N°3 'b0, inciso quinto, de la Constitución Política de la República, y en conexión, a su vez, con lo preceptuado en los artículos 6, 7 y 83 de la misma Carta Fundamental y 3, 79, 80, 180, 181, 227 y 228 del Código Procesal Penal.

De manera subsidiaria, impetró el motivo absoluto de nulidad que prevé el artículo 374 letra f), en relación al artículo 342 letra d), ambos del Código Procesal Penal.

Por último, y también subsidiariamente, alegó la causal comprendida en la letra b) del citado artículo 373.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 46.

La audiencia pública se verificó el siete de febrero último, con la concurrencia y alegatos del abogado, don Jorge Villalobos, por el recurso, en representación del sentenciado y de la abogada, doña Ximena Marcazzolo, por el Ministerio Público.

Luego de la vista, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 51.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la primera causal de nulidad esgrimida se asienta en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Sostiene el compareciente que la sentencia cuestionada ha sido pronunciada con infracción a la garantía del debido proceso que se origina a través de la irregular intervención policial. Explica que a su representado se lo acusa de intervenir en dos sucesos delictuosos, sin embargo, respecto del verificado el nueve de diciembre de dos mil nueve, la policía llevó adelante una investigación autónoma, sin orden previa del fiscal, dirigida en contra de una persona determinada y encaminada a recopilar un cúmulo de antecedentes que permitieran informar con posterioridad al persecutor de su resultado.

Asevera que de la prueba producida queda en evidencia que desde el mes de noviembre de dos mil nueve y hasta antes del nueve de diciembre del mismo año, funcionarios de la Policía de Investigaciones de Tomé recibieron denuncias anónimas respecto de una persona apodada "Chalomeca", y dispusieron sin orden previa del fiscal adjunto de Tomé, la práctica de una serie de diligencias de investigación cuyo objetivo preciso y determinado

fue el imputado José Saladino Vera Barraza; despliegue decidido, coordinado y ejecutado autónomamente sin conocimiento del Ministerio Público y sin control preventivo de éste de la legalidad de las actuaciones policiales. Refiere que lo anterior se encuentra en estrecha relación con el derecho a defensa, pues la asistencia letrada de todo inculpado tiene asegurada la facultad de imponerse de los antecedentes de la imputación desde los actos iniciales del procedimiento.

En un segundo segmento, amparado en la misma causal, estima conculcado el derecho del acusado a guardar silencio y de ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación. Tal quebranto se originaría con ocasión del relato del funcionario policial, don Hernán Henry Mora Gatica, quien depuso en juicio que el imputado habría manifestado voluntariamente antecedentes relacionados a sus actividades, de lo que no quedó registro, pero siendo incorporados sorpresivamente al juicio, en circunstancias que, en realidad, lo que recabó la policía fue una confesión. Tal vulneración se patentiza en la sentencia al reconocer en favor de su representado la minorante de responsabilidad del artículo 11 N°9, del Código Penal, lo que lleva a concluir que formó parte de los antecedentes que permitieron arribar a la convicción condenatoria.

En subsidio, sustentado en el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra f), en conexión al artículo 342 letra d), ambos del Código Procesal Penal, impugna la decisión condenatoria e insta por la nulidad del juicio y la sentencia.

En este capítulo, estima que la decisión censurada carece de la necesaria fundamentación acerca de sus argumentos relativos a la constatación de un delito de emprendimiento, no obstante, el fallo sanciona a su mandante como autor de dos delitos de tráfico de estupefacientes. Reprueba de la decisión que no desarrolle las necesarias reflexiones acerca de su determinación de constatar dos injustos, sin explayarse acerca de la conclusión que en los delitos como los indagados no es posible constatar un concurso real.

Finalmente, de modo también subsidiario, sustenta su arbitrio en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal consistente en haber incurrido la sentencia en una errónea aplicación del derecho. Sobre este nuevo tópico recuerda, primero, que el fiscal del Ministerio Público estimó que estaba en presencia de una reiteración de delitos, de manera que el castigo habría de determinarse en conformidad al artículo 351 del Código Procesal Penal. Aduce que los sentenciadores yerran al calificar jurídicamente los hechos, pues como sostiene la doctrina, se trata de un solo delito de emprendimiento. Tal es la situación de su defendido, en que una conducta se repite -dos ventas-, pero que han de estimarse como parte de una unidad jurídica. Por otro lado, denuncia que los jueces también equivocan su decisión al estimar que perjudica a su representado la agravante de responsabilidad contemplada en el artículo 12, N°16,

del Código Penal, pues si bien es cierto el imputado había sido condenado con anterioridad por un delito de tráfico de estupefacientes que fue reprimido bajo el imperio de la Ley N°19.366, lo cierto es que la decisión del tribunal oral vulnera lo dispuesto en los artículos 19, N°3°, inciso séptimo de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal, porque tal injusto, perpetrado el dos de abril de dos mil uno, encuadraba precisamente en la figura que sanciona la Ley N°20.000, como tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, simple delito que por su data de acaecimiento, no pudo ser estimado, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 104 del Estatuto punitivo.

Con tales argumentos, en la conclusión, solicita para cada una de las causales, la invalidación de la sentencia y del juicio que le antecedió, a fin que se celebre uno nuevo ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

SEGUNDO: Que, de conformidad a lo previsto en el artículo 359 del Código Procesal Penal, la defensa ofreció prueba de audio, sin embargo, no obstante haberse admitido la correspondiente al juicio oral, ninguna rindió en la oportunidad procesal correspondiente.

TERCERO: Que el capítulo inicial del recurso deducido se vincula a la infracción a la garantía del debido proceso, cuya afectación se causaría en dos órdenes de consideraciones: por un lado, critica la actividad autónoma policial y, por otro, el quebranto del derecho a defensa.

CUARTO: Que en lo atingente al primero de estos asuntos, el proceder policial en el desenvolvimiento de los hechos no merece reproche. No hubo, como pretende la defensa, una investigación autónoma por parte de los funcionarios policiales sino que, con ocasión de una denuncia anónima, se ejerció por éstos el ejercicio de las prerrogativas de que se encuentra investidos de conformidad a su propia ley. Se trata del ejercicio de facultades de que se encuentran dotados para resguardar el orden y seguridad públicas y en tal evento, constataron la existencia de un ilícito que derivó en el ejercicio de una actividad expresamente reglada en el estatuto procesal del ramo, al controlar la identidad de un sujeto que previamente había efectuado una transacción con un tercero. Como consigna con acierto el fallo, con ocasión de vigilancias preventivas y ante una conducta indiciaria de una transacción de droga, interviene el personal policial de acuerdo a lo que ordena el artículo 85 del Código Procesal Penal, actuación que es formalmente puesta en conocimiento del Ministerio Público.

Ese proceder satisface cualquier duda de la legitimidad del proceder policial, por lo que no está vulnerada la garantía constitucional que se dice desconocida.

QUINTO: Que la defensa, amparada en la misma causal, centra enseguida sus reclamos en la vulneración a la garantía constitucional del debido proceso que se originaría con ocasión de la obtención de una irregular declaración autoincriminatoria del imputado, infracción que se

materializa, finalmente, en la convicción de condena a que arriba el tribunal y se constata en el fallo por el reconocimiento de la atenuante de responsabilidad del artículo 11 N°9° del Código Penal.

SEXTO: Que de acuerdo a la realidad fáctica en que se desenvuelven los acontecimientos, no es dable advertir un atentado al núcleo del derecho, pues la convicción condenatoria acerca de la participación del encartado en los sucesos delictuosos se aparta del reconocimiento del enjuiciado acerca de los mismos. En efecto, a fin de comprobar su intervención en el injusto indagado, los sentenciadores forman su convicción sobre la base de otros elementos incriminatorios, de manera que se trata de un antecedente del que puede prescindirse. Cabe consignar que lo que garantizan la Constitución y la ley es el derecho a guardar silencio y a tener defensa técnica, de modo que lo que se debe asegurar es la debida comunicación de esas prerrogativas al inculpado. Sin embargo, nada impide que éste, de manera espontánea, manifieste al personal policial cualquier dato en relación al ilícito que se le atribuye.

En todo caso, como se dijo, contrariamente a lo que afirma la defensa, la convicción condenatoria a que arriba el tribunal no se sostiene en una declaración autoincriminatoria del inculpado, sino en un cúmulo de evidencia testimonial, documental, pericial y material que condujeron a los jueces a emitir su dictamen contra el acusado.

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, tal como lo reconoce el propio recurrente, la mentada actuación no devino en perjuicio para su representado, pues como se lee en el basamento décimo sexto del fallo en estudio, el relato del incriminado le reportó una ventaja, pues significó reconocer en su favor una atenuante de responsabilidad penal.

OCTAVO: Que los razonamientos precedentes permiten sostener que el dictamen en referencia no ha incurrido en la hipótesis de nulidad que sustenta la causal principal, toda vez que los antecedentes no revelan anomalía alguna, lo que conduce al rechazo del arbitrio en tanto se sustenta en el artículo 373, letra a) del Código del ramo.

NOVENO: Que, enseguida, de modo subsidiario, esgrime el impugnante el motivo absoluto de nulidad del artículo 374, letra e), en relación al artículo 341 letra d) del Código Procesal Penal. Como se anticipara, critica el defensor la ausencia de motivaciones y fundamentación acerca de la decisión de los jueces de desestimar la alegación acerca de la imposibilidad que en un delito de emprendimiento, con acontece en el caso de marras, exista reiteración de conductas delictivas.

DÉCIMO: Que sobre este planteamiento, basta decir para su rechazo que el tribunal, en su reflexión décima, explica sobradamente su parecer frente a la constatación de dos delitos de tráfico de estupefacientes. Así afirman que el acusado participó "en dos eventos perfectamente separados el uno del otro, cometidos

en días y respectos (sic) de personas distintas y en cantidades diferentes. Cada acción constituye un atentado al bien jurídico en particular y si bien es cierto que doctrinariamente se ha entendido que el delito de tráfico es un delito de emprendimiento ello no es óbice a que concurra la reiteración en este tipo de delitos".

El motivo absoluto de nulidad esgrimido se satisface ante la ausencia de raciocinios que sustenten la decisión, lo que en la especie no ocurre, pues el tribunal haciéndose cargo de las alegaciones de la defensa, explica sus razones para desestimar tal pretensión, de manera que el deber de fundamentación que impone el artículo 341 del Código Procesal Penal ha sido acatado.

UNDÉCIMO: Que, por último, asilado en el artículo 373 letra b) del Estatuto de Enjuiciamiento Criminal, la defensa insta por la invalidación del juicio y la sentencia reclamando error en la aplicación del derecho al emitir el pronunciamiento, sustentado en la existencia de un único delito de tráfico de estupefacientes y en la equivocada consideración de la agravante de reincidencia en perjuicio del imputado.

DUODÉCIMO: Que sobre la primera de estas alegaciones, concuerda este tribunal con la calificación que la sentencia atribuye a los sucesos pesquisados. En el caso en análisis, aparecen dos conductas delictivas que satisfacen a cabalidad cada una de las exigencias legales para configurar un delito autónomo. En efecto, en cada oportunidad existe una clara delimitación temporal que encuadra en la reiteración material de conductas delictivas de una misma especie. Como sostiene el Ministerio Público en estrados, el delito de emprendimiento supone que una misma actividad delictual satisfaga, a la vez, los requerimientos de más de un verbo rector. En este sentido, no podría sancionarse separadamente la posesión y venta; si bien ambas acciones individualmente consideradas son constitutivas de tráfico, constituyen un único delito de esa naturaleza. Diversa es la situación que atañe a estos antecedentes en que hay dos acciones totalmente desvinculadas, descubiertas en días distintos, con diversos involucrados, constituyendo cada una un particular atentado al bien jurídico protegido. No es efectivo, como plantea la defensa, que la reiteración de delitos esté proscrita a propósito de los llamados de emprendimiento, y la discrepancia acerca de calificación dada por los jueces a los hechos en el ejercicio de sus facultades, no configura el motivo de nulidad hecho valer, más aun si, como aconteció, expresa la sentencia las razones para resolver de la forma en que lo hizo.

DÉCIMO TERCERO: Que, finalmente, en lo concerniente a la agravante de responsabilidad considerada por los jueces, sustenta el recurrente la causal esgrimida sobre un supuesto vicio que ninguna injerencia tiene en lo dispositivo de la sentencia, toda vez que la sanción a que se arribó corresponde al mínimo determinado en la ley a los delitos comprobados, quántum que principia en el presidio menor en su grado medio.

DÉCIMO CUARTO: Que como resultado de todas estas consideraciones, resulta inconcuso que las causales analizadas aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente al rechazo del recurso en todos sus segmento pues de la realidad del proceso y la lectura de la sentencia no se advierte ningún quebranto de las reglas legales y de rango superior que esgrime la defensa.

Por estas consideraciones y visto lo preceptuado en los artículos 373 letras a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad formalizado por el defensor penal público Felipe Jeldes Saba, en representación del enjuiciado, don José Saladino Vera Barraza, contra la sentencia dictada por del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, el quince de diciembre de dos mil diez y que corre de fojas 1 a 27 de este cuaderno, la que, en consecuencia, no es nula.

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Muñoz, quien fue de opinión de acoger el recurso de nulidad intentado a favor del imputado, por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en base a las siguientes consideraciones:

En relación a esta causal debe tenerse presente que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales. En principio, los derechos y libertades individuales deben primar por sobre los fines de la persecución penal. El descubrimiento de la verdad siempre debe ser efectuado en forma lícita, no sólo porque surge un principio ético en la represión del delito, sino porque también la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo al autor mismo. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo Estado de Derecho. (Guillermo Brown, ?Limites a la valoración de la prueba en el proceso penal, Editorial Jurídica Nova Tesis, año 2002, pág. 88).

Nuestra legislación procesal penal busca desincentivar los excesos de la policía y la trasgresión de los derechos fundamentales de los imputados en la persecución penal, privando así de eficacia el resultado de actuaciones que incurran en tales defectos.

El vicio alegado por la defensa consistente en la adquisición de evidencia respecto de presuntos delitos mediante actuaciones autónomas, torna ilícita la indagación. En la especie, la falta de rigor en las averiguaciones preliminares ha tenido influencia de manera directa en la constatación de un delito, producto de una investigación al margen de todo control jurisdiccional o del Ministerio Público, que coloca al imputado en posición vulnerable.

El resultado de actuaciones ilegítimas no pueden servir de apoyo a una decisión condenatoria como ha ocurrido, pues la policía, en conocimiento de un hecho delictivo, debió poner en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes necesarios para dar inicio a un procedimiento tendiente a su averiguación, puesto que la

persecución penal no puede revelar actuaciones vulneratorias de garantías constitucionales. ("Eficacia de la Prueba Ilegítimamente obtenida y comportamiento de la Parte", Editorial Giuffre, Milán, 1972, Pág. 187, citado por Mario Mini Massoni "La Prueba Ilícita en el Proceso Penal", Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, año 2005).

En consecuencia, en opinión de este disidente, la investigación previa policial en este proceso implica que los hechos comprobados han sido adquiridos por una vía que carece de legitimidad, circunstancia que configura la causal de nulidad esgrimida de manera principal por la defensa.

En efecto, por denuncias anónimas la policía toma conocimiento de hechos que es posible imputar al condenado, luego despliega diligencias de investigación que le llevan a constatar -en su concepto- un delito flagrante de microtráfico a un agente encubierto. Tales actuaciones no es posible admitir que se desarrollen autónomamente por la Policía, pues se apartan de la legalidad, la que transgrede y, por lo mismo, carecen de legitimidad.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry, y de la disidencia, su autor.

Rol N°10162 - 10

Pronunciado por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Juan Araya E., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S. y Sr. Roberto Jacob Ch.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

EL AGENTE ENCUBIERTO Y LA INTERCEPTACIÓN O GRABACIÓN DE TELECOMUNICACIONES EN LAS INVESTIGACIONES DE DELITOS SEXUALES

Catalina Duque González[1]

Hay bienes jurídicos y valores universalmente protegidos, como son la protección de los menores y la dignidad humana, los cuales han sido reconocidos y ratificados por Chile a través de la Convención sobre los Derechos del Niño[2], el Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía Infantil[3], y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[4]. Tal es así, que en la reunión de expertos sobre abuso sexual a niños, pornografía infantil y pedofilia en Internet organizada por la UNESCO (1999), se señaló que "aunque el concepto de lo que es legal o ilegal puede variar, es necesario defender ciertos valores universales entre los que se citan la protección de los menores y la dignidad humana"[5].

Es sabido que los instrumentos clásicos para llevar adelante las investigaciones de ciertos delitos han demostrando ser insuficientes, porque se presentan complejas jerarquías, modus operandi o tecnologías. Lo anterior ha impuesto la búsqueda y adopción de nuevos sistemas, para su adecuada persecución.

Entre estos delitos, cuya investigación resulta ser más compleja, encontramos el tráfico de armas, drogas, personas, lavado de dinero, delitos contra la seguridad interior del estado, pornografía infantil y trata de personas. Por ello para su eficiente investigación se han adoptado técnicas como el agente encubierto, la interceptación, la grabación, la entrega vigilada, el informante, entre otras.

Nuestra legislación contempla técnicas especiales de investigación en la Ley N°20.000 que Sanciona el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, la Ley N°19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos[6], Ley N°18.314 que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad[7], la Ley N°19.974 sobre Sistema de Inteligencia Nacional, el Código Penal en sus

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Ratificada con fecha 13 de agosto de 1990.

3 Ratificado con fecha 6 de febrero de 2003.

4 Ratificada con fecha 29 de noviembre de 2004.

5 Alonso-Allende Arrieta, Verónica "Menores en la red. Sistemas de filtro. IV Un problema de contenidos" Revista Informática Jurídica.com (20.12.2001). Web http://www.informaticajuridica.com/trabajos/problema_contenidos.asp (30/07/2010).

6 Artículo 33 letra a) de la Ley N°19.913.

7 Número 3 del artículo 14 de la Ley N°18.314.

artículos 369 ter y 411 octies, y el Código Procesal Penal en los artículos 222 al 225.

La Ley N°19.927, publicada en el diario oficial con fecha 14 de enero de 2004, vino a modificar el Código Penal, abordando la realidad de la pornografía y prostitución infantil, así como la trata de personas, incorporando una serie de artículos al Código Punitivo, entre ellos el Art. 369 ter CP, precepto que permitió en estos ilícitos contar con un ***régimen legal de técnicas especiales de investigación***. Hoy la Ley N°20.507 de fecha 8 de abril del 2011, sobre Tráfico de Migrantes y Trata de Personas, incorpora el artículo 411 octies del CP que establece un ***régimen de técnicas de investigación*** para los tipos penales que establece la referida ley.

En materia de delitos sexuales, aquellos relacionados con la explotación sexual, la pornografía infantil (conocidos como delitos ESCNNA) y la trata de personas, en atención a sus características, imponen desarrollar una investigación adecuada a estas realidades, especialmente a través de la adopción de técnicas especiales de investigación. Es así que los artículos 369 ter y 411 octies del Código Penal disponen respectivamente:

"**Art. 369 ter**: Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integraren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte.

La actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones.

Los agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la Ley N°20.000".

"**Art. 411 octies.-** Previa autorización del juez de garantía competente, el fiscal podrá autorizar, en las investigaciones por los delitos previstos en el presente párrafo, que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios policiales, que determinados informantes de esos servicios actúen en esa calidad.

Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos indicados en este párrafo, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integraren dicha organización, la fotografía, filmación u otro medio de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En los demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Estas técnicas podrás ser utilizadas por el fiscal sea que se trate de una persona, un grupo de personas o una organización delictiva que hubiere cometido o preparado la comisión de los delitos señalados en este artículo.

En todo aquello no regulado por este artículo los agentes encubiertos e informantes se regirán por las disposiciones respectivas de la Ley 20.000".

Conforme a lo expuesto, en aquello no contemplado en los artículos 369 ter y el 411 octies del Código Penal en el caso de la interceptación o grabación de las telecomunicaciones, se remiten a los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal, y en el caso del agente encubierto, la entrega vigilada y el informante se remite a la Ley N°20.000.

Para la procedencia de la interceptación o grabación de telecomunicaciones, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes, el agente encubierto, las entregas vigiladas (sólo 369 ter CP) e informante (sólo 411 octies CP), se requiere:

a) Autorización judicial previa.

b) Que se trate de ciertos delitos, a saber:

- Promover o facilitar la prostitución infantil – Art. 367 del Código Penal.
- Obtención de servicios sexuales de menores de edad – Art. 367 ter del Código Penal.
- Producción de material pornográfico Infantil – Art. 366 quinquies del Código Penal.
- Comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico infantil. – Art. 374 bis, inciso primero del Código Penal.

- Tráfico de Migrantes.- Art. 411 bis del Código Penal.
- Trata de Personas.- Art. 411 ter del Código Penal.
- Asociación Ilícita para Tráfico de Migrantes y/o Trata de Personas.- Art. 411 quinquies del Código Penal.

Los requisitos para solicitar la autorización judicial son:

a) Sospechas fundadas de que una **persona o una organización delictiva** ha cometido o preparado la comisión de los delitos señalados.

b) La investigación debe hacerlo imprescindible.

Resulta de interés en este punto, remitirnos a la historia fidedigna de la Ley N°19.927, en virtud de la cual se incorporó el artículo 369 ter al Código Penal, pues nos da cuenta de su espíritu e intención. Es así como el Ministro de Justicia de la época, Luis Bates, durante la discusión en el Congreso, señaló: "el proyecto que hoy conoce la Sala del Senado aborda un tema particularmente importante y que es motivo de una preocupación compartida por toda la comunidad nacional e internacional: las conductas de naturaleza sexual referidas a la pornografía y la prostitución infantil". "El actual texto modificatorio contribuye también a complementar la normativa vigente al introducir modificaciones sustantivas, principalmente de procedimientos, tendientes a fortalecer las necesidades de persecución de estos ilícitos y abordando adicionalmente la problemática de la prostitución infantil. En nuestra opinión, el proyecto tiene el gran mérito de dar eficacia procesal a diversas formas de investigación en la materia. Como ya se han señalado esta tarde, sólo me limitaré a mencionarlas. Ellas son: -Las facultades de interceptación telefónica para la investigación de los delitos relativos a la pornografía y prostitución infantil. -La habilitación para que el juez autorice la intervención de agentes encubiertos, que, según mi propia experiencia como Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, es un muy buen instrumento, por lo menos en el caso de las drogas". "Disponer de una investigación policial y judicial de muy alto nivel, capaz de sortear los obstáculos propios de dicha realidad. La transnacionalidad, las telecomunicaciones y la informática indudablemente abren un espacio al mercado encubierto de producciones ilícitas y requieren la mayor atención. El texto en debate habilita la adopción de medidas que favorecen la acción de la justicia"[8].

La principal diferencia entre las técnicas de investigación contempladas en el Código Penal y las establecidas en la Ley N°20.000, es que en la Ley N°20.000, en el caso del nombramiento de agente encubierto, revelador e informante o entregas vigiladas o controladas, el Fiscal no requiere de la autorización judicial.

8 Historia de la Ley N°19.927, p. 303 de 560, Discusión en Sala.

1. Agente encubierto

El agente encubierto, es aquel que ocultando su pertenencia a un poder público busca conocer las circunstancias como se comete el delito y sus autores, levantando con el mayor detalle posible la forma de trabajo, las responsabilidades de los partícipes, tipo de actividades que desarrollan, la utilización o no de medios para impedir la acción de la justicia como la intimidación o corrupción, los antecedentes sobre su patrimonio y redes familiares, etc.

El agente encubierto "Podrá adoptar perfiles más complejos dependiendo de la mayor sofisticación de la delincuencia; el agente podrá integrarse en el ambiente investigado, podrá adoptar una identidad supuesta y podrá usar medios técnicos visuales y auditivos cada vez más desarrollados"[9].

1.1. Tipos de agente encubierto

Según *Delgado*[10] dentro de los tipos de agentes tenemos el agente meramente encubierto, el agente encubierto infiltrado, y el agente encubierto infiltrado con identidad supuesta. El primero aborda la investigación de un hecho delictivo aislado o de pequeñas organizaciones criminales, el segundo se introduce subrepticiamente en el grupo, y el último para poder infiltrarse adecuadamente, requiere adoptar una identidad supuesta.

La definición en nuestra legislación de agente encubierto, la encontramos en los incisos 2 y 3 del artículo 25 de la Ley N°20.000 que Sanciona el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

"Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o en meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación.

El agente encubierto podrá tener una historia ficticia. La Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación deberá otorgar los medios necesarios para la oportuna y debida materialización de ésta".

Como ya se mencionó, en materia delitos sexuales, puede tratarse de la investigación de una persona (persona natural) o una organización delictiva, a diferencia de lo contemplado en la Ley N°20.000, que se refiere a organizaciones delictuales o a meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos.

Un ejemplo de la utilización del agente encubierto, se encuentra en la sentencia del *1° TOP de SANTIAGO, 08/09/10, RUC 0800469918-2, RIT107, considerando decimoséptimo:* "En efecto, la existencia de los hechos punibles,

9 "Criminalidad Organizada" 2001, J.M. Bosch- Editor- Barcelona, p. 43.

10 Ob. cit., Nota 9, p. 47

materia de la acusación, resultó plenamente demostrado en los términos que el Tribunal diera por establecido, principalmente con los dichos del **Teniente xxx**, quien refirió que el procedimiento de G. se inició en junio de 2008, se le solicitó diligencias para investigar el delito de facilitación a la prostitución infantil y obtención de servicios sexuales, lo que se logró mediante la figura del agente encubierto,… En su informe se estableció que la menor deambulaba a altas horas de la noche realizando la misma conducta, y que F. T. tenía contacto permanente con la menor, lo que fue ratificado por la testigo J. a quien le tomó declaración, la menor salía en promedio 4 ó 5 veces por noche desde las 22:00 horas, se colocaba en un paradero de La Estrella con Pasaje La Púa, acompañada de F. o J. T., quienes le prestaban seguridad a la menor, era un lugar peligroso, cuando la niña llegaba entregaba el dinero, se prostituía a cambio de droga, se lo entregaba a T. que a cambio le entregaba droga".

Una especialidad para el agente encubierto en materia de delitos sexuales es la mencionada durante la discusión de la Ley N°19.927 en el Congreso Nacional, que consiste en la necesidad de una agente encubierto "virtual", como bien señalara el entonces Diputado señor Patricio Walker: "asimismo, con el propósito de equiparar la normativa nacional a la legislación comparada, factor relevante si se consideran las conexiones internacionales de estas redes delictuales, se dotaba de mayores atribuciones a la policía permitiendo la utilización del agente encubierto en sus investigaciones, lo que la habilita para participar en foros por Internet…"[11].

1.2. Características del agente encubierto

Algunas de sus características son:

a. Tienen como objetivo la identificación del o los partícipes del delito o las pruebas que sirvan de base al proceso penal.

b. El nombramiento de agente encubierto debe enmarcarse en los principios de legalidad, necesariedad y proporcionalidad.

c. Nuestra legislación, como en España y Francia, contempla explícitamente una exención de responsabilidad penal para el Agente Encubierto, así da cuenta inciso final del artículo 25 de la Ley N°20.000: "el agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma".

11 Historia de la Ley N°19.927, p. 34 de 560, Informe de la Comisión de Constitución.

1.3. Agente encubierto en territorio de otro país

Delgado[12] aborda la circunstancia de la actividad del agente encubierto en otro país, señalando que las nuevas formas de criminalidad, muchas veces transnacional, hace necesaria la presencia de uno o más agentes encubiertos fuera del país. Esta modalidad debe cumplir con todas las ritualidades propias de actuaciones en otro país y de una eficiente cooperación. Los principios básicos de esta actuación son la legalidad, la soberanía y la colaboración. Ejemplo de lo dicho lo constituye la sentencia del 10/01/2007, del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, en la causa *RUC 0500420030-8, RIT 178,* conocido como el Caso *"Estocolmo"*:

"Un agente encubierto del Art. 25; conforme al Art. 47 se otorgó cooperación internacional para investigaciones relacionadas con materia de droga". "… El motivo que lo hizo llevar el operativo hasta Estocolmo fue que la brigada antinarcóticos, comenzó una investigación y de no haberlo hecho no se habría cumplido el objetivo, puesto que en una operación internacional el fin es desarticular las organizaciones criminales. "…La llegada a Suecia estaba acordada previamente por el policía con que se juntó en París". "…Hubo también coordinación con policía argentina y francesa…".

1.4. Medidas de protección

Expresamente, la Ley N°20.000 señala medidas de protección contempladas para el agente encubierto, a saber:

a. En cualquier etapa del procedimiento, si existe riesgo o peligro grave para su vida o integridad física podrá el Ministerio Público, de oficio o a petición de parte, disponer medidas especiales de protección de su identidad y/o individualización.

b. Sus declaraciones podrán ser recibidas anticipadamente de conformidad al artículo 191 del Código Penal, si se estima necesario para su seguridad.

c. Cambiar de identidad una vez concluido el Juicio.

d. El Ministerio Público podrá disponer que determinadas actuaciones registros o documentos sean mantenidos en secreto cuando se estime que existe riesgo para la seguridad del agente.

El régimen legal contemplado en los artículos 369 ter y 411 octies del CP, no aborda las medidas de protección, por tanto corresponde según lo previsto en dichos artículos, remitirse a la Ley Drogas y acudir a su catálogo de medidas de protección.

12 Ob. cit., Nota 9, p. 47.

TOP Viña del Mar, 10-01-07, RUC 0500420030-8, RIT 178, Caso "Estocolmo":

El funcionario policial que durante la investigación actuó como agente encubierto con "Historia Ficticia", con medidas de protección desde las primeras etapas de la investigación, mantuvo la identidad ficta durante el juicio oral declarando bajo ella.

2. La interceptación o grabación de telecomunicaciones

Los objetivos de la interceptación son: tomar conocimiento de datos útiles para orientar la investigación, así como contribuir a la prueba.

2.1. Telecomunicaciones

El uso de la voz "telecomunicaciones" por cierto resulta adecuado, teniendo presente el gran desarrollo tecnológico que ha imperado en esta materia, si bien la forma más conocida corresponde a la interceptación telefónica, podemos encontrar otros medios de comunicación como por ejemplo correo electrónico, mensajería, chat, etc.

Se hace entonces necesario una definición básica de telecomunicaciones y podemos señalar que "La **telecomunicación** («comunicación a distancia», del prefijo griego *tele*, "distancia" y del latín *communicare*) es una técnica consistente en transmitir un mensaje desde un punto a otro, normalmente con el atributo típico adicional de ser bidireccional. El término *telecomunicación* cubre todas las formas de comunicación a distancia, incluyendo radio, telegrafía, televisión, telefonía, transmisión de datos e interconexión de computadoras a nivel de enlace. Telecomunicaciones, es toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, datos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de cables, radioelectricidad, medios ópticos, físicos u otros sistemas electromagnéticos"[13].

Resulta ilustrativo en este punto ir a la historia fidedigna de la Ley N°19.927, publicada en el diario oficial el 14 de enero del año 2004, en virtud de la cual se incorporó al Código Penal el artículo 369 ter. El entonces Diputado Carlos Cantero, en relación a este punto opinaba: "Señor Presidente, me parece muy interesante profundizar la reflexión sobre los artículos 374 bis y 374 ter del Código Penal, … hoy existe un sistema de revolución *tecnológica en las comunicaciones* tan grande, dinámico y veloz que, en realidad, nos pone en contacto con ilícitos cometidos en diversos lugares del mundo y a los cuales es posible acceder desde la casa de cualquier particular, pues basta un soporte digital para que sea trasladado de un lugar a otro. Ello se asoma a las problemáticas que

13 http://es.wikipedia.org/wiki/Telecomunicaci%C3%B3n#Glosario_de_telecomunicaciones, 28/03/2011, 10:00 horas.

surgirán a raíz del avance en las tecnologías de información y comunicación que, sin duda, nos van a deparar muchas sorpresas. Con todo, éste es un tema de reflexión que me parece muy interesante. Creo que se irá dilucidando en la medida en que transcurra el tiempo y veamos los nuevos sistemas y soportes, muchos de los cuales hoy son, como sabemos, inalámbricos, absolutamente libres, que circulan por el espacio. En todo caso, me parece que el proyecto constituye un avance positivo, que permite encender luces de alerta en torno de una problemática que golpeará duramente a nuestra sociedad. Voto a favor"[14].

Hoy es una realidad lo señalado por el parlamentario y reafirma la utilidad del vocablo "telecomunicaciones", que permite mantener en este aspecto actualizadas a las normas de los artículos 369 ter y 411 octies del Código Penal. No obstante lo dicho, la interceptación telefónica sigue siendo de importancia, especialmente teniendo presente el gran uso de telefonía celular.

2.2 Artículos 222 al 225 del Código Procesal Penal

La técnica de interceptación del Art. 369 ter y el Art. 411 octies del C.P. muestra su mayor diferencia con la contemplada en el Art. 222 del C.P.P, en los requisitos de procedencia, pues en el caso del artículo 222 es requisito de procedencia que el delito investigado tenga asignada pena de crimen, cuestión que no contemplan los artículos 369 ter y 411 octies del C.P.

Ciertamente en materias tan relevantes como la forma de ejecutar, registrar y las limitaciones de la técnica de interceptación o grabación de telecomunicaciones, se rige por lo dispuesto en los artículos 222 al 225 del Código Procesal Penal, conforme lo señala expresamente los artículos 369 ter y 411 octies del C.P. "en lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal".

Cabe destacar que la Ley N°19.927, que modificó el Código Penal incorporando el Art. 369 ter, también modificó el inciso 5 del artículo 222 del C.P.P. Tal modificación tuvo por objeto hacer más accesible y eficiente la técnica de la interceptación, especialmente pensando en la investigación de los delitos de pornografía infantil, sin embargo es innegable que tales adecuaciones fueron de utilidad para todo tipo de investigaciones, en atención que el Art. 222 del CPP, procede en los delitos que tengan asignada pena de crimen.

El texto original del artículo 222, inciso 5 del C.P.P. señalaba que, "las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo. La negativa o entorpecimiento a la práctica de la medida de interceptación y grabación será constitutiva del delito de desacato. Asimismo, los encargados de hacer la diligencia y los empleados de las empresas mencionadas en este inciso

14 Historia de la Ley N°19.927, pp. 307 de 560, discusión en Sala.

deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se le citare como testigo al procedimiento".

El Texto de la modificación incorporada por la Ley N°19.927 señalaba: "incorpórense las siguientes modificaciones al código procesal penal: a) en el inciso quinto del artículo 222, a continuación de las palabras "a cabo", reemplazase el punto seguido (.) por una coma (,) e intercalase el siguiente texto:"en el menor plazo posible. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público".

En conclusión, el texto del referido inciso 5 quedó de la siguiente forma, "las empresas telefónicas y de telecomunicaciones deberán otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para llevarla a cabo, en el menor plazo posible. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del Ministerio Público, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados".

Dando cuenta el legislador de un respaldo permanente al eficaz desarrollo de las investigaciones, el 14 de noviembre del 2005, dictó la Ley N°20.074, que nuevamente modificó el inciso 5 del articulo 222 del C.P.P., reemplazando la oración inicial por la siguiente, "las empresas telefónicas y de comunicaciones deberán dar cumplimiento a esta medida, proporcionando a los funcionarios encargados de la diligencia las facilidades necesarias para que se lleve a cabo con la oportunidad con que se requiera".

Finalmente, con fecha 16 de diciembre de 2010, el Congreso Nacional aprobó el proyecto de ley que sanciona el acoso sexual contra menores de edad y la posesión y producción de material pornográfico en que participen menores. Dentro de sus modificaciones, sustituyó en el inciso quinto del artículo 222 del C. P. P., la expresión "seis meses" por "un año", conforme a lo anterior las empresas de telecomunicaciones y proveedoras de Internet deberán tener un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro de los números IP de las conexiones que sus abonados realicen, ya no por seis meses, sino por el plazo de un año".

Ya finalizando este análisis cabe señalar que la gravedad y complejidad de los delitos relacionados con la pornografía y la prostitución infantil, y la trata de personas, han llevado a los Estados a perfeccionar sus legislaciones. Es así como el Parlamento Europeo ha adoptado acuerdos y efectuado recomendaciones con estos propósitos, un ejemplo de ello lo constituye el documento A5-0206/2001, informe sobre la propuesta de decisión marco relativo a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. En años recientes numerosos países han dictado leyes relativas a la pornografía y explotación sexual infantil que han ampliado y perfeccionado los tipos penales

y estableciendo normas de procedimiento para la investigación eficaz de estos delitos. Ejemplo de lo indicado son las normativas indicadas en este análisis de la Ley N°19.927, la Ley N°20.507 sobre Tráfico de Migrantes y Trata de Personas y el proyecto de ley que sanciona el acoso sexual contra menores de edad y la posesión y producción de material pornográfico en que participen menores.

De todo lo expuesto queda en evidencia el interés del legislador de dotar a esta técnica del suficiente respaldo para su adecuada implementación. El objeto es constituir un medio que permita una eficiente persecución de los delitos en que los niños han sido vulnerados.

COMENTARIO A LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL SEXTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, EN CAUSA SOBRE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ESCNNA)[1]

Macarena Car Silva[2]

Antecedentes

En el contexto del Plan Estratégico del Ministerio Público, la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional ha implementado en algunas Fiscalías Regionales –en donde, por sus características han tenido históricamente una mayor incidencia de la problemática– proyectos pilotos tendientes a crear en colaboración con los actores relevantes del sistema, un protocolo de investigación en intervención con víctimas en delitos de explotación sexual infantil, de modo tal de atacar los focos de proliferación de los mismos, intensificando la persecución penal.

En el desarrollo de los referidos proyectos ha sido fundamental el intercambio de conocimientos entre los Fiscales y funcionarios de la Fiscalía y los profesionales de los equipos de las ONG's dedicados a la prevención, protección y reparación de las víctimas de ESCNNA, de modo tal que por una parte, los encargados de la persecución penal han podido comprender más profundamente las dinámicas delictivas y las causas y efectos de la explotación sexual infantil, así como los funcionarios de las referidas instituciones han sido capaces de comprender la importancia de su intervención en el proceso penal y de su colaboración con la labor del Ministerio Público y los tribunales de justicia.

Uno de los primeros proyectos implementados es aquel denominado "Proyecto ESCNNA Sur", el cual se encuentra en aplicación desde fines del año 2008 en la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, y en él participan Fiscales Especializados, abogados asistentes, funcionarios de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, abogados asesores y gestores administrativos, quienes han adquirido conocimientos específicos sobre la fenomenología propia de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, en el tratamiento con las víctimas y en técnicas investigativas especiales.

Fue en ese contexto que, en la Fiscalía Local de San Miguel, correspondió al Fiscal Cristián Suárez Pérez llevar a cabo la investigación en la causa

1 Sentencia recaída en la causa RUC 0900.842.045-6, RIT 764-2010 del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago.

2 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

RUC 0900842045-6 por los delitos de violación impropia y facilitación de la prostitución infantil.

Se ha elegido esta sentencia para ser comentada toda vez que de los hechos mismos sometidos a decisión del tribunal se develan las circunstancias vitales que atraviesa una niña de 13 años que la llevan a ser víctima de ESCNNA, en mérito del grave desamparo físico y emocional en que se encuentra luego de la muerte de ambos padres. Lo anterior a través de la prueba rendida por el ente persecutor se devela a lo largo de toda la audiencia de juicio oral y permite al tribunal entender el nivel de aprovechamiento del acusado del alto grado de vulnerabilidad de la víctima, elemento central de la proliferación de este tipo de casos.

Los hechos sobre los que versa la causa y que constituyeron la acusación fiscal son los siguientes: "D*urante el período comprendido entre el mes de febrero del año 2009 hasta el 4 de septiembre del 2009, en diversas oportunidades y en el domicilio ubicado en XXX, el acusado* ***XXX****, en forma reiterada y aprovechándose del grave desamparo de la victima la menor de iniciales XXX, de 13 y 14 años a la fecha de los hechos, procede a realizarle actos de significación sexual y de relevancia mediante contacto corporal, consistentes en tocar los genitales de la víctima y accederla carnalmente por vía vaginal en diversas oportunidades.*

En el mismo periodo el acusado ***XXX****, en la plazoleta ubicada en calle Capricornio con Avenida Trinidad Ramírez, en la comuna de La Cisterna, otorgándole protección, procede a promover y facilitar en distintos momentos para los deseos de otro, servicios sexuales en prostitución de la referida menor de iniciales XXX. En efecto, el día 04 de septiembre del 2009, en la referida plazoleta, el acusado XXX, otorgándole protección, procede a promover y facilitar para los deseos de otro, servicios sexuales en prostitución de la referida menor de iniciales XXX, al acusado M.O.Z.V. quien aborda a la referida menor en la referida plazoleta y a cambio de prestaciones o dinero obtiene servicios sexuales, consistentes en tocar los genitales y senos de la menor, y en accederla con su pene por vía bucal.*

Asimismo, con posterioridad de dicho día y en la referida plazoleta, el acusado ***XXX****, otorgándole protección, procede a promover y facilitar para los deseos de otro, servicios sexuales en prostitución de la referida menor de iniciales XXX, de 14 años a dicha fecha, al acusado J.G.G.P.,* ***quien aborda a la menor en la misma plazoleta y a cambio de prestación en dinero, la lleva a un sitio eriazo ubicado en Camino El Barrancón frente al N°XXX la comuna de Calera de Tango, procediendo en el referido lugar a recibir servicios sexuales, consistentes en efectuar tocaciones con su pene en la vagina de la menor, en accederla carnalmente por vía bucal y vaginal, siendo sorprendido por funcionarios de la 10° Comisaría de La Cisterna quienes llegan al lugar".***

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos, se estimó que los mismos constituyen los delitos de **violación reiterada contra persona menor de 14**

años previsto y sancionado en el artículo 362 en relación con el artículo 351 del Código Procesal Penal y el delito de **promoción y facilitación de la prostitución infantil** previsto y sancionado en el artículo 367 inciso 1° y 2° del Código Penal, encontrándose los delitos en grado de desarrollo de consumados, atribuyendo al acusado participación en los hechos en calidad de autor, tomando parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa de conformidad a los artículos 14 N°1 y 15 N°1 del Código Penal.

Comentarios sobre la sentencia

Dentro de los elementos de esta sentencia que llaman la atención, está la presentación del caso que el fiscal a cargo de la investigación hizo a través de su alegato de apertura, señalando: "se presenciará durante el desarrollo del juicio oral, conocer a una menor que será identificada por su segundo nombre A., quien en su conducta es compleja y dinámica como la literatura la llama explotación sexual de niños y adolescentes conocido como ESCNNA, en que **las menores son utilizadas para explotación sexual, como también son utilizadas para los propios intereses libidinosos del propio explotador sexual, que es una persona que le da estabilidad y cariño**, es por ello que la víctima prestará declaración y señalará que se prostituía y la relación con el acusado, que es su pareja, de pololeo, sin embargo esta relación se produce con anterioridad a que la menor tenga los catorce años y se acreditarán los hechos en base a tres aspectos, primero los hechos corresponden al año 2009, con la víctima de 13 años, en que es accedida carnalmente en varias oportunidades, por vía vaginal por parte del acusado, un segundo aspecto es una situación de flagrancia en que se produce el 4 de septiembre de 2009, siendo sorprendida prestando servicios sexuales a un cliente, este procedimiento desencadena la incautación de especies, especialmente ropas de la menor y contenido vaginal, los que serán compatibles con clientes y el acusado. Finalmente, un tercer aspecto es fundamental acreditar con el examen sexológico que se encontraba desflorada a Julio del 2009 y la anamnesis del informe hace mención a que había sido desflorada por su pololo que sería un adulto en referencia al acusado XXX y sobre estas tres aristas girará el desarrollo del juicio y con toda la prueba que presentará y la dinámica del delito ESCNNA como lo ha señalado, además la declaración de la víctima, los informes de orden pericia de ADN de la menor, acreditará más allá de toda duda razonable, el delito de violación impropia de la menor y también el delito de promoción y facilitación a la prostitución infantil".

En efecto, tal como lo anunciara el Fiscal en su alegato de apertura, la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA), es un fenómeno que excede con mucho lo estrictamente penal, tratándose de un problema social y cultural multicausal y complejo que involucra a niños, niñas y adolescentes a lo largo y ancho del mundo globalizado del siglo XXI y que ha estado históricamente presente en nuestra sociedad desde la creación misma de la República.

Tratándose de una realidad tan compleja en que se ven afectados los derechos humanos de aquéllos más vulnerables, es labor fundamental del Ministerio Público, como agente del Estado, comprometido con los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes, visibilizar la problemática, para que el ente jurisdiccional pueda contar con la mayor cantidad de elementos posibles a la hora de apreciar hechos que son de suyo aberrantes y que ocurren y se perpetúan en la medida que se tiende a hacer análisis simplistas de las conductas de víctimas e imputados.

En este contexto es fundamental entender cómo se ha definido el fenómeno desde el propio Estado de Chile:

"Todo tipo de actividad en que una persona usa el cuerpo de un niño, niña o adolescente para sacar ventaja o provecho de carácter sexual y/o económico basándose en una relación de poder, considerándose explotador tanto aquel que intermedia u ofrece la posibilidad de la relación a un tercero, como al que mantiene la misma con el niño, niña y adolescente, no importando si la relación es frecuente, ocasional o permanente"[3].

Para una ilustración del fenómeno, a continuación haremos un análisis de la prueba producida en juicio sobre los hechos sobre los que recayó la sentencia en comento, de modo tal de ir destacando aquellos elementos más característicos de la fenomenología de la ESCNNA presentes en el caso.

En el considerando octavo de la sentencia se hace referencia a la prueba de cargo producida durante el juicio, y como eje central, se reproduce la declaración de la víctima.

"En primer lugar con la declaración de la víctima **de iniciales XXX,** quien expresó que tiene 15 años y que estudiará, no sabe dónde, refiere que conoce a doña M.P., y que se suponía que ella iba a ser como su mamá, la conoció a través de su madre, ya que ella se quedaba en la casa y con ella vivió harto tiempo, desde los diez años, al parecer, hasta como los 14 años. Agrega que vivían en la casa de su padrastro ubicada en XXX dejó de vivir con ella porque se fue de la casa cuando tenía como trece años, antes intentó irse, pero no le resultó, pero en esa oportunidad le resultó y no sabe lo que hizo M.P., pero cree que fue a carabineros, porque se preocupó cuando abandonó la casa, pero como al mes después le mandó una carta con XXX (el acusado) y en esta carta le decía que estaba bien, que la podía contactar al número de XXX, cuando envió esa carta tenía 13 años, en ese momento anímicamente estaba bien y estaba viviendo con XXX a quien conoció a través de una amiga de nombre Alexandra que trabajaba con él, ella tenía como 13 años y trabajaba en la verdulería que quedaba en el XXX, no sabe de qué comuna, Alexandra se lo presenta porque ella no

3 Asociación Chilena pro Naciones Unidas, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Fundación Margen, Instituto Interamericano del Niño, Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, junio 2000.

tenía donde estar, conversó con XXX y él le dijo que podía quedarse con él, le dio trabajo y comenzó a trabajar con él a los 13 años, luego las cosas se dieron con él de a poco, ya que comenzó a estar ahí, pasó una semana y conversaron, él se le declara, a ella él le gustaba y comenzaron a pololear, él la trataba súper bien, le hacía regalos y recuerda que le hizo de regalo una cadena del Colo de oro con las iniciales de ellos, la cuidaba mucho como si fuera su papá. Las cosas se dieron de a poco y él se declaró diciéndole que ya no aguantaba más que quería estar con ella que sabía que igual no se iba a poder porque sabía que ella era chica y él era grande, pero ella le dice que igual ella quiere pololear con él, porque igual le gustaba. Ese día comenzaron a pololear y se besaron, no pasó nada más. Agrega que su pololeo con XXX eran besos y después de una semana tuvieron relaciones, ella tenía catorce años, la relación desde que llegó a la verdulería fue como al mes después y con anterioridad a la relación con XXX no había tenido relaciones sexuales, ya que él fue su primer hombre, no recuerda cuantas veces tuvo relaciones sexuales con XXX, pero no fueron tantas y recuerda que la primera vez que fue en la verdulería, específicamente en la pieza que era grande, en que había dos camas, al comienzo ella dormía en una y XXX en otra, después dormían juntos. Añade que la situación económica con XXX era buena, cuando trabajaban los dos y XXX ganaba plata en la verdulería, él trabajaba y ella le ayudaba y aportaba con dinero, de lo que XXX le pasaba, le pasaba para comprar ropa y los cigarros que ella fuma. Añade que ejerció la prostitución una sola vez, de lo que no recuerda casi nada, y tenía como catorce años, no sentía que eso fuese peligroso. Agrega que XXX sabía lo que hacía, ya que conversaron de eso, pero no se acuerda, solo de algunas partes, se acuerda que estaba con XXX, que lo pasaba bien, que no le faltaba nada, a pesar de todo todavía lo quiere, pero no lo ama. Señala que lo quiere y extraña, lo echa mucho de menos, él la cuidaba mucho y cuando estaba en eso él la cuidaba, pero estuvo tres días en eso, y considera que trabajar es más tiempo, él no la obligaba a hacer eso, pero si la cuidaba, ella quería hacerlo. Finalmente, refiere que sus padres están muertos y está en el CTD Pudahuel porque no tiene familiares que la cuiden. **Contra examinada por la Defensa**: Señala que la vez que le resultó irse de la casa, no recuerda cuando fue y se va porque no quería estar más en la casa, agrega que en la casa se llevaba bien con todos, tiene una hermana de nombre M. y su padrastro se llama R.M., con él se llevaba bien y no quiere hablar de los problemas que tuvo con don R.M., de esto no ha hablado con nadie, no se acuerda, pero de esto habló con los carabineros y un psicólogo hombre. Agrega que tiene pololo y va a cumplir un año con él y ninguno más que recuerde, solamente XXX y el que tiene ahora. Para refrescar memoria lee "yo estoy pololeando con P. de 15 años, no se los apellidos", señala que eso lo declaró ante los funcionarios policiales, no recuerda la fecha, pero eso lo hizo para salvar al XXX y le mintió a los funcionarios policiales, no recuerda cuantas veces les mintió, ni cuando se lo dijo a los funcionarios, se le exhibe la declaración y lee "12 de julio del año 2009", y ahí dio información falsa a los funcionarios policiales, no recuerda de que más habló con los policías. Agrega que no recuerda si tuvo relaciones con alguna persona

mayor, para refrescar memoria se le exhibe declaración y lee "anteriormente había tenido un pololo de 26 años, pero duró tres meses y con él no tuvieron relaciones sexuales" pero no recuerda haber dicho eso, porque nunca ha tenido algún pololo de 26 años, pero eso no lo recuerda ya que es de hace 3 ó 4 años antes. Cuando no conocía al XXX tuvo un pololo, pero era chico y se llamaba E., pero era cuando tenía como siete años y lo conoció al lado de su casa, no recuerda otro nombre. Añade que cuando se va de la casa, se va a la casa de un amigo de nombre E., después a la casa de la A. y después a la casa de XXX. En la casa de E. llegaron a buscarla los Carabineros y tuvo que salir de ahí porque no quería que la pillaran, no recuerda que su padrastro la fuera a buscar a la casa de su amigo. Agrega que tenía hartas amigas y estas eran mayores que ella, de 16 años para arriba, pero no sabe lo que hacían ellas, ya que no se metía en la vida de las demás y cuando declaró respecto de la prostitución dijo que quería hacerlo, pero no había visto a nadie hacerlo y esta idea fue de ella, ninguna de sus amigas hacía eso. Finalmente, señala que cuando habla con los funcionarios policiales no recuerda cuantos habían, además ha conversado con hartos "pacos y ratis" y los diferencia por cómo andan vestidos, los pacos andan de verde y los ratis de civil, las declaraciones duraban harto, éstos no le decían nada para que ella les contara, pero ella no recuerda esas partes. Añade que cuando trabajó en prostitución se compró ropa y nada más. **Aclara al tribunal** que se ha hablado de prostitución y eso significa que vende su cuerpo y lo hizo porque quiso hacerlo, fue idea de ella, quería probar y ella leyó una declaración que salió el XXX y él se echó toda la culpa, pero este problemita que está aquí es su culpa".

A continuación se reproduce la declaración de la testigo M.P., quien hiciera las veces de cuidadora de la niña a la fecha de los hechos:

"Asimismo depuso **M. P.,** quien refirió que siempre se ha desempeñado como auxiliar, que comparece al tribunal por A. a quien conoce por los cuidados paliativos que le hizo a su madre en el año 2008, debido a que ella tenía un cáncer al estomago, posteriormente la madre de A. falleció. Agrega vivía en la casa de la mamá de A. a la que le arrendaba la casa. Además, conoció a A. por intermedio de su madre y por el colegio, ya que era compañera de su hija. Agrega que el padre de A. había fallecido, pero no tiene conocimiento al respecto. El grupo familiar de A. lo componía su madre que falleció, su padrastro, su hermano que se llama K. y M. que tiene síndrome de Dawn. Añade que al fallecer la madre de A. sus padrinos se hicieron cargo de M. y A., hasta el 17 de septiembre del año 2006, en que se las regresan porque A. comenzó con comportamientos extraños y se le devuelven a ella en la casa de A. y que es donde viven actualmente en XXX y ella se hace cargo del cuidado de A., desde el año 2006, hasta el año 2009. Añade que este cuidado consistía en que A. fuera al colegio, luego comenzó con comportamientos extraños, ya que comenzó a tener amistades extrañas, llegaba con ropa, zapatillas nuevas, perfumes por lo que al preguntar el origen de éstas, ella decía que se lo regalaba su pololo, este

comportamiento extraño es desde principios del año 2008. Agrega que conversó este tema con ella, pero ella solamente le decía que se lo regaló el pololo, sin decirle quien era éste. Añade que un día su hija mayor de nombre N. le dijo a A. que fuera a comprar el pan y no regresó más, eso fue el año 2009, no recuerda en que periodo. Señala que al no regresar esperó la noche y como no llegó concurrió a carabineros a hacer la denuncia por presunta desgracia a la 38° comisaría de Puente Alto……Añade que después de hacer la denuncia por presunta desgracia, como trabajaba, dejó hasta ahí eso y no se preocupó más, pero pasados unos quince días llega una persona a su casa, un señor que le dice que iba de parte de A., que sabía dónde estaba y que le llevaba una carta de ella, advirtiéndole que si tenía a A. podía arriesgar penas de cárcel y éste le dijo que no le importaba. Agrega que este señor era bajo, calvo, tez blanca de nombre XXX. Añade que la carta iba de parte de A. y decía textualmente "Tía no me busque, estoy bien, estoy viviendo con mi pololo, voy a estudiar y trabajar", al leer la carta a este señor le insistía en que le dijera dónde estaba A. y él le decía que no podía decirle, pero le manifestaba que la niña estaba bien, no le dice si está viviendo con él. Agrega que cuando va este sujeto de nombre XXX va su domicilio, la niña tenía entre 12 y 13 años y A. está de cumpleaños los días 5 de agosto y esta situación ocurrió después de esa fecha. ….De conformidad a lo establecido en el artículo **329 del Código Procesal Penal, al Ministerio Público** refiere que A. tenía unos pololos que eran imaginarios, pero había una diferencia con el pololo XXX, ya que ella le dice a N. que estaba viviendo con su pareja, además, cuando hablaba de sus pololos imaginarios era cuando le gustaba otro niño de su edad, del colegio y por eso se producían las discusiones con su hija N. En la misma oportunidad **a la Defensa contesta** que en relación a estos regalos, no sabe de donde los sacaba, le informaron que A. podría haber ejercido la prostitución, por lo que existe la posibilidad que se comprara ella las cosas".

Importante es también hacer mención al contenido de la declaración de la perito psicóloga forense que analizó la credibilidad del relato de la víctima.

"A. es una niña que a los 10 años de edad vivía con su madre y hermanos, en este periodo ella fallece de cáncer, ante lo cual ella queda al cuidado de terceras personas en una situación bastante precarias, donde comienza a vivir situaciones vinculadas a calle, a deserción escolar y el año pasado ella se va a vivir con su padrastro, padre de su hermana menor, donde ella habría sufrido algún tipo de abuso sexual por parte de este sujeto, ante lo cual ella se siente vulnerada y paralelamente comienza a trabajar en una verdulería cerca del hogar, en ese periodo ella habría conocido a una persona de nombre XXX a quien le habría referido que había sido víctima de abuso sexual y esta persona le habría señalado que realizara una denuncia. Agrega que ella se siente cercana a esta persona y comienza una relación de pareja, conjuntamente con esta persona, después comienza a convivir y refiere que fue el primer hombre de su vida quien la habría hecho mujer y es una persona con la que ella se siente bastante

cercana, también el año pasado a mediados de año, ella habría comenzado a realizar prostitución infantil, señalando que ella se iba a una plaza en Lo Espejo y ella era acompañada y cuidada por el señor que llamaba XXX, mientras ella ejercía la prostitución infantil, además, relata que iba todos los días de lunes a viernes a esa plaza y mientras ella jugaba en los juegos el señor XXX estaba sentado al lado y luego ella se subía a vehículos de clientes, en una oportunidad se subió a un jeep plomo y luego a una camioneta blanca, en esta oportunidad el sujeto la llevó al sur de Santiago, donde la habría sacado del vehículo, la habría lanzado al suelo y que el sujeto intentó violarla, pero ella se habría defendido y en eso estaba cuando fue interrumpido por carabineros de civil, lo que da pie a la siguiente causa judicial. Añade que **las conclusiones del informe**, respecto a la metodología realizada y al contenido del análisis de la validez de los contenidos de criterios, arroja que A., respecto de las características generales, un relato inestructurado, ella entrega una coherencia lógica en su relato y una gran cantidad de detalles, que son los tres criterios básicos y más importantes del CBCA, que ella los presentaría, después en relación con características del análisis del relato, ella entrega un contexto al discurso que proporciona, en el cual se basa en contextualizar la situación, entregando gran cantidad de detalles, relatando nuevamente lo que le manifiesta la víctima. Otro criterio que aparece en el análisis es la interacción de las conductas, las que relata. Añade que respecto al criterio de motivación que está en el CBCA, se encuentra el criterio de perdón al acusado, donde A. da cuenta que el sujeto que ella llama XXX no sería responsable que ella esté ejerciendo la prostitución infantil, a pesar que él la acompañaba, se sentía protegida por él, sino que todo es responsabilidad de ella y él no tendría nada que ver en la situación que ella estaría realizando. Otro criterio está vinculado a la desaprobación de sus conductas en el cual A. dice que ella es la responsable de lo que está sucediendo, añade que respecto a los criterios relacionados a la teoría que es el último, se observa en A. datos relevantes de ser víctima de maltrato infantil grave, vinculado principalmente a abuso sexual y a prostitución infantil. En ese sentido se aprecia una niña con bastante daño emocional, una niña bastante disociada en estos aspectos, bastante agresiva y defensiva que ha generado mecanismos de sobrevivencia, vinculado también a la carrera moral que ella ha desarrollado producto de todas las situaciones de vulnerabilidad y que finalmente termina en la prostitución infantil acompañada de este sujeto que ella llama XXX y finalmente señala que a raíz de los criterios que ella da cuenta en el CBCA, arroja 10 criterios que bajo esta metodología, el relato de ella se basa en un relato creíble. …**Aclara al tribunal:** que la menor en el relato que le efectuó, al decir que se sentía cuidada y protegida por XXX, ella lo veía al estar juntos mientras esperaba a un cliente y ella jugaba en el columpio y él estaba sentado permanentemente a su lado, conversaban, tenían diálogos, estaban cercanos, vivían juntos, llegaban y se iban juntos, ese era su sentimiento, ella decía que él iba a protegerla y cuidarla".

La situación de la víctima

De los antecedentes anteriormente expuestos y que el Tribunal pudo apreciar en la producción de la prueba a lo largo del juicio oral, se advierte la compleja situación vital de la víctima, lo que permite explicar su involucramiento e interacción con el acusado y su posterior comportamiento a lo largo de toda la investigación y el juicio oral.

Se trata de una niña que reúne muchas de las características que han sido descritas por la literatura como aquellas condiciones de vida que ponen en una situación de vulnerabilidad extrema a una niña o adolescente y que la llevan a ser presa de la explotación sexual comercial.

Si bien es cierto ella es enfática en señalar su total voluntariedad en su involucramiento en la dinámica explotadora del imputado y en la prestación de servicios sexuales a cambio de una compensación de carácter pecuniario, ello es simplemente aparente.

En efecto, esto está bien descrito en la literatura especializada:

"*Su consentimiento, aunque se le quiera catalogar de "libre" está viciado de origen por su edad. Elementos como su inmadurez mental, falta de comprensión de la gravedad del acto, indefensión física, desconocimiento de sus derechos, respeto por los adultos, necesidad de afecto, maltrato recurrente, dependencia económica, adicción a las drogas y miedo a la posibilidad de castigo, son, entre otros, hechos que normativamente invalidan su libre participación, pero que sociológicamente logran explicarla*"[4].

En el caso en comento, tenemos como víctima a una niña en un extremo caso de vulnerabilidad, con un grado importante de abandono físico y emocional, toda vez que carece de una red familiar que la sostenga como asimismo cuenta con antecedentes de haber sido víctima de abuso sexual en su entorno familiar. Asimismo, contribuye a su vulnerabilidad su falta de inserción en la escolaridad formal, lo que entraba su participación de la comunidad que la rodea, impulsando su socialización callejera.

Esa situación es percibida por el Tribunal, el que, en el considerando undécimo, al valorar la prueba, señala:

"En cuanto al grave desamparo de la víctima este se probó con toda la prueba producida en el juicio especialmente con los dichos de los testigos M.P. y el funcionario de la Brigada de Delitos sexuales, relatando la primera que el padre de la menor había fallecido en la cárcel y que la madre tras una larga enfermedad de cáncer, en que la había cuidado, esta fallece, quedándose la menor junto a su hermana M. al cuidado de unos padrinos, quienes a los meses después la

4 Gómez Tagle, Erick; "La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes: Una aproximación sociológica"; Colección Investigación; Instituto Nacional de Ciencias Penales; Cuidad de México; 2005.

devuelven al hogar por el mal comportamiento de A., lo que refrendó el funcionario policial en cuanto a que la menor estaba vulnerada en sus derechos y que no contaba con una red de apoyo familiar, razón por la que debía ser puesta a disposición del tribunal de familia.

Asimismo, se pudo establecer este desamparo de los dichos de los demás testigos que depusieron en el juicio, como la perito Psicóloga y los funcionarios policiales, en cuanto a que no habían familiares que se hicieran responsable de ella, e inclusive M.P., después de haber hecho abandono del hogar la niña, a los dos días después realiza recién la denuncia e inclusive relata que posteriormente se olvidó del asunto, hasta que llega un sujeto a la casa y le lleva una carta, la que lleva a la fiscalía.

Además, no obstante M.P. haber manifestado que la menor tenía hermanos mayores, ninguno de estos se hizo cargo de la niña, la cual inclusive una vez concluido el examen en el Servicio Médico Legal el día 24 de Junio de 2009 es llevada a carabineros, para ser puesta a disposición del tribunal de familia, en razón de no contar con red familiar".

Es a tal punto profunda la deprivación afectiva de la víctima, que ella permite explicar cómo es "hechizada" por la figura del explotador, quién le demuestra cierto nivel de interés y compromiso por su persona, al punto que la niña, reconociéndolo como una figura que le brinda cuidados parentales, es seducida por el acusado quien, al tiempo que la involucra en una "relación de pareja" la explota sexualmente.

Lo anterior permite explicar la conducta errática de la niña durante todo el proceso investigativo –en donde da múltiples declaraciones contradictorias en muchos puntos– y en su comparecencia al juicio oral, donde hace todos los esfuerzos posibles para proteger a la figura del agresor, señalando incluso: "a pesar de todo todavía lo quiere, pero no lo ama. Señala que lo quiere y extraña, lo echa mucho de menos, él la cuidaba mucho y cuando estaba en eso él la cuidaba,…", agregando finalmente que "pero este problemita que está aquí es su culpa".

La figura del acusado

El explotador sexual de niños es la *"Persona que se aprovecha del desequilibrio de poder entre ésta y una persona menor de dieciocho años, con el objetivo de abusar sexualmente, ya sea con fines comerciales o personales. La definición incluye a aquellos individuos que aunque no mantienen contacto sexual con los niños y niñas, obtienen un beneficio económico al permitir que otros tengan esas relaciones sexuales, es decir los proxenetas*[5]".

5 ONG Raíces; "Documento de Información elaborado por ONG integrantes de ECPAT para el 2° Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, diciembre 2001, Yokohama, Japón". Fuente: www.ongraices.org

Los estudios especializados en ESCNNA han creado distintas clasificaciones de explotadores sexuales de niños, niñas y adolescentes, y de acuerdo a los antecedentes que aparecen en la sentencia, el acusado de autos correspondería a un *"cafiche"* es decir, aquellos sujetos que mantienen una relación sentimental con la víctima y les proporcionan apoyo y protección para la actividad de prestar servicios sexuales a cambio de cualquier pago ya sea en dinero o especies. Se trata de explotadores quienes, para mantener el control de sus víctimas utilizan la seducción y el otorgamiento de ciertos niveles de "protección", "seguridad" y "afecto" a los niños y niñas, sumado a los niveles de deprivación afectiva antes señalados, nos hacen entender la ecuación que hace que estas víctimas no puedan visualizarse a sí mismas como tales y nieguen la existencia de la explotación misma, no queriendo denunciar e incluso protegiendo a sus explotadores.

Comentarios finales

De lo anteriormente reproducido y comentado de la sentencia dictada por los magistrados: Marcia Fuentes Castro, Hugo Espinoza Castillo, y María Leonor Fernández Lecanda, todos del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, hay dos comentarios finales que cabe destacar:

1. Que es fundamental para los intereses del Ministerio Público hacer una presentación al Tribunal de los hechos de la causa que, corroborados por la prueba rendida, permita a los sentenciadores adentrarse en la realidad de la dinámica delictiva del agente y de la vulnerabilidad de la víctima cuando de casos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes se trata, toda vez que estos delitos proliferan en circunstancias que pueden escapar, en cierta medida, a los parámetros normales de las máximas de la experiencia, pues responden a una fenomenología propia y particular.

2. Que el hecho que el Tribunal logre comprender la "lógica" en que opera este tipo de delincuencia, es fundamental para que la jurisprudencia vaya llenando de contenido los elementos normativos del tipo de favorecimiento de la prostitución infantil previsto y sancionado en el artículo 367 de nuestro Código Punitivo.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS Y CRIMEN ORGANIZADO

LA FIGURA DE OCULTAMIENTO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO

Antonio Segovia Arancibia[1]

1. El tipo de ocultamiento y el tipo de aislamiento o contacto

Una conceptualización clásica del delito de lavado de dinero es aquella que lo identifica con un *proceso* mediante el cual, a bienes de origen ilícito, se les da una apariencia de legalidad o legitimidad[2]. Como apunta Blanco Cordero, el "blanqueo de capitales"[3] es el *"... proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita"*[4]. En el mismo sentido Prambs, quien además identifica claramente el objetivo de este proceso, al señalar que: *"... el blanqueo de capitales, como fenómeno, es un proceso, y como todo proceso tiene etapas o fases. (...) En definitiva y desde una perspectiva criminológica y procesal, podríamos decir que el proceso tiene por objeto destruir las pistas o indicios que conducen a la fuente generadora de los bienes, esto es, al delito previo"*[5].

Esta idea del lavado de dinero como un proceso de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de los bienes o de los propios bienes, no ha, sin embargo, limitado al legislador a la hora de tipificar las conductas constitutivas del mismo. En efecto, la tendencia legislativa ha estado marcada en los últimos años por la creación de tipos penales que castigan el ocultamiento o disimulación y también el mero contacto con bienes de origen ilícito, ampliando de esta manera el espectro de conductas que pueden caer bajo la denominación típica de lavado de dinero. Ya no se sanciona solamente, en consecuencia, el "clásico" ocultamiento o disimulación, ahora también puede ser condenado como autor del delito de lavado de dinero aquel que entra en contacto con los bienes, conociendo su ilícito origen, norma que tiene por objeto *aislar* a los autores del delito base, obligándolos en otros términos a "sentarse" sobre sus bienes sin poder moverlos. De esta manera, el delito de lavado de dinero se compone de

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Sobre el lavado de dinero como un *proceso* puede verse Fabián Caparrós, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex, Madrid, 1998, p. 76; Aránguez Sánchez, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Barcelona, 2000, pp. 32-33.

3 Utilizamos en este trabajo los términos "lavado de dinero", "blanqueo de capitales" y "lavado de activos" como sinónimos.

4 Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi editorial, Navarra, 1997, p. 101.

5 Prambs Julián, Claudio. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado*. LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 76-77.

dos figuras punibles: una de encubrimiento u ocultamiento y otra de contacto o aislamiento[6].

En nuestro país, el artículo 27 de la Ley N°19.913[7], siguiendo esta tendencia legislativa, que también ha sido propugnada por Convenciones y organismos internacionales[8], sanciona a título de lavado de dinero tanto el ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes o de los propios bienes, figura que admite comisión dolosa y culposa (art. 27 letra a); como la adquisición, posesión, tenencia o uso de bienes de origen ilícito (art. 27 letra b), que conforma la figura de aislamiento o contacto. Nuestros tribunales de justicia han aplicado ambas figuras, muchas veces respecto al mismo imputado, como se puede apreciar de la lectura de las sentencias definitivas condenatorias por el delito de lavado de dinero dictadas a la fecha[9].

La figura o tipo de ocultamiento o encubrimiento ha sido analizada y aplicada con diversos resultados y matices por la doctrina y la jurisprudencia. En este último caso, nos parece interesante revisar la manera en que los tribunales han ido entendiendo cómo se configura la conducta punible, dándole contenido a los conceptos de ocultamiento o encubrimiento y delimitando verdaderas "tipologías" de lavado de activos, es decir, aquellas formas o mecanismos en que a bienes de origen ilícito se les otorga una apariencia de legalidad o legitimidad.

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto analizar la conducta punible de la figura "clásica" de lavado de dinero, el tipo de ocultamiento o encubrimiento, con especial énfasis en su análisis y aplicación jurisprudencial, sin perjuicio de algunos comentarios generales que se anotarán en su oportunidad respecto al elemento subjetivo del delito, objeto material del mismo, sujetos activos y una breve consideración en torno a los delitos base.

6 Hernández Basualto, Héctor. "Límites del tipo objetivo de lavado de dinero". En: Rodríguez Collao, Luis (coord.), *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 497.

7 Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. Publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de diciembre del año 2003. Su última modificación se produjo con la dictación de la Ley N°20.507, publicada en el Diario Oficial el 8 de abril de 2011.

8 Abel Souto, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. 2002, Universidad de Santiago de Compostela, sobre la tipificación del lavado de dinero en instrumentos como la Convención de Naciones Unidas de 1988 o Convención de Viena (contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas o en la Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

9 Al mes de abril de 2011 se han dictado, tanto en procedimientos abreviados como en juicio oral, 36 sentencias definitivas por el delito de lavado de dinero, 32 de las cuales han sido condenatorias.

2. La figura de ocultamiento

2.1. Tipificación y alcances

La figura de ocultamiento se encuentra tipificada en la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913, norma que a su vez sanciona dos hipótesis: el ocultamiento del *origen* ilícito de los bienes (artículo 27 letra a) primera parte); y el ocultamiento de los *bienes en sí mismos* (artículo 27 letra a) segunda parte). Por poseer ambos características comunes en cuanto a su estructura, los trataremos conjuntamente.

El artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913 establece:

"Artículo 27.- *Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:*

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes".

2.2. La conducta punible

En relación al contenido o significado de los términos que conforman la conducta punible en la figura de ocultamiento, "ocultar", de acuerdo al Diccionario de la Real Academia significa *"esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista o callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir o disfrazar la verdad"*; "disimular", por su parte, es definido como *"1. Encubrir con astucia la intención propia u ocultar lo que uno siente o padece. 2. Desentenderse del conocimiento de una cosa. 3. Tolerar, disculpar un desorden afectando, ignorarlo o no dándole importancia. 4. Disfrazar, desfigurar las cosas, ocultar algo para que parezca distinto de lo que es, hacer desaparecer".* Para algunos, disimular sería un término más amplio que ocultar, y además exigiría un plus, consistente en el engaño, el fraude, la astucia[10].

Para otros, no existiría una nítida diferencia entre "ocultar" y "encubrir", ambos serían sinónimos de esconder, disimular, camuflar, etc., y su utilización simul-

10 Prambs Julián, Claudio, ob. cit., p. 101.

tánea en el precepto no hace sino complicar su redacción y entendimiento, pudiendo haberse ahorrado el legislador una de estas dos palabras[11].

Concordamos en todo caso con Del Carpio, cuando señala que la ocultación en el delito de blanqueo de capitales consiste en: *"... la realización de cualquier acto que sea lo suficientemente idóneo para evitar el conocimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre bienes que tienen su origen en un delito grave, conociendo tal circunstancia con el fin último de incorporarlos al tráfico económico"*[12].

Aparentemente destacando la "disimulación" por sobre el "ocultamiento" como verbo rector preponderante en el delito de lavado de dinero, el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua (TOP), en sentencia absolutoria por el delito de lavado de dinero, señaló:

"Que el Tribunal como se dijo en el veredicto, no pudo llegar al convencimiento que se realizó la acción típica exigida en el artículo 19 letra a) de la ley 19.913, el que requiere una acción específica de "ocultar o disimular" el origen ilícito de los bienes, en el caso específico del dinero proveniente del tráfico de estupefacientes, por lo que, las conductas efectivamente realizadas por los acusados no se adecuaron al referido tipo penal. De la prueba rendida, como ya se indicó, no aparece, en modo alguno evidenciado que se hayan realizado las actividades tendientes a construir la misse en scene requerida en los verbos rectores del tipo penal por el cuál se acusó, el que a todas luces, parece ser de una mayor entidad que la sola adquisición de bienes en el mercado, con el producido del tráfico, pues lo que se vio fue simplemente la incorporación directa de los bienes adquiridos, al patrimonio de uno de los acusados"[13].

El TOP de Rancagua, en otra sentencia, esta vez condenatoria por el delito de lavado de dinero, señaló en su considerando 6°: *"El ocultar o disimular es esconder, tapar o encubrir algo, callar, disfrazar o solapar algo para que parezca distinto de lo que es. Con este significado se puede decir que, si una persona cuenta con algún bien (del cual no desea se sepa su origen) lo disfraza y oculta su procedencia"*[14].

Profundizando un poco más sobre la finalidad de la acción, el 2° TOP de Santiago, estimando que no concurría en el caso concreto la figura de ocultamiento (condenó al acusado utilizando el tipo de contacto o aislamiento), señaló:

"… dicho tipo penal tiene por fin, principalmente, impedir que se practiquen las medidas cautelares sobre los bienes o su descubrimiento y comiso o eliminar los medios de prueba del delito previo, lo cual fundamenta la conducta de ocultamiento o disimulación. Es decir, con esta conducta el legislador está sancionando a aquella persona

11 Aránguez Sánchez, Carlos. Ob. cit., p. 238.

12 Del Carpio Delgado, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 196.

13 TOP Rancagua, fallo de fecha 12 de marzo de 2007, RUC N°0500374418-5.

14 TOP Rancagua, fallo de fecha 23 de enero de 2010, RUC N°0700704675-2.

que recibe de un tercero dineros o bienes que provienen de alguno de los delitos de la ley de drogas y que posteriormente, oculte o disimule dichos bienes ilícitos, con el propósito que dicho tercero confunda esos dineros con el propio patrimonio del sujeto activo y a partir de ese ocultamiento realice conductas de carácter lícitas que le generen a la vez ganancias también lícitas evitando con ello una persecución penal respecto del sujeto que distrae dichos bienes de origen ilícito"[15].

En nuestra opinión, la forma en que está construida la figura de ocultamiento, que utiliza tanto el verbo "ocultar" como "disimular", amplía bastante el ámbito de prohibición de la norma. En este sentido, aun cuando convengamos en que la voz "disimular" implica la satisfacción de un estándar más alto respecto a la conducta (al que parece referirse el TOP de Rancagua en el fallo absolutorio), basta acreditar la figura residual más simple, "ocultar", para satisfacer los requisitos del tipo. Así, no será necesario probar una "puesta en escena" particularmente compleja para poder sancionar por lavado de dinero, mientras se acredite que la acción u omisión era idónea para que no se conociese el verdadero origen de los bienes. De esta manera, una acción relativamente simple, como la de inscribir bienes a nombre de terceros (testaferros), ha sido considerada por nuestros tribunales como idónea para ocultar el verdadero origen del bien en cuestión[16]. De la misma forma, la constitución de empresas de "fachada" o "papel", contabilización de operaciones falsas, operaciones de comercio exterior, y otras que podrían estimarse más "complejas", también han constituido la base de sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero[17].

2.3. Ocultamiento o disimulación del origen y de los propios bienes

La ley castiga el *ocultamiento* o *disimulación*, ya sea del origen ilícito de los bienes o los bienes en sí mismos. El tipo no exige un modo determinado para ocultar o disimular, conducta que puede desplegarse, como indica la propia ley, *de cualquier forma*. La única diferencia entre las dos hipótesis de ocultamiento radica en que en el primer caso se trata de ocultar un origen, no los bienes,

15 2° TOP de Santiago, fallo de fecha 18 de agosto de 2008, RUC N°0500683346-4.

16 Por ejemplo, fallo de fecha 12 de octubre de 2007 del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°0700177992-8; fallo de fecha 19 de marzo de 2009 y 11 de marzo de 2010, del Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC N°0800165077-8; fallo de fecha 19 de octubre de 2009, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, RUC N°0800331065-6; fallo de fecha 11 de diciembre de 2010 del 6° TOP de Santiago, RUC N°0700500869-1; fallo de fecha 22 de enero de 2011 del Juzgado de Garantía de Los Andes, RUC N°0600515420-9, y fallo de fecha 12 de marzo de 2011 del TOP de Concepción, RUC N°0700350845-K.

17 Por ejemplo, fallos condenatorios por el delito de lavado de dinero de fecha 23 de octubre de 2007, del TOP de Ovalle, RUC N°0300139452-4; 21 de octubre de 2008, del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°0700956651-6; 24 de febrero de 2009, del Juzgado de Garantía de Los Andes, RUC N°0801037616-6, y fallo de fecha 12 de marzo de 2011 del TOP de Concepción, RUC N°0700350845-K.

mientras que en el segundo ocurre lo inverso. Lo anterior es sin perjuicio que ambas hipótesis puedan darse en un mismo caso, por ejemplo, si con las utilidades de la actividad de tráfico de drogas el lavador toma una parte y la intenta insertar y legitimar en la economía formal, por ejemplo, a través de la creación de una empresa exportadora e importadora y la realización de diversos actos de comercio exterior simulados y, la otra parte, simplemente la guarda en una caja fuerte disimulada bajo un cuadro en la pared de su domicilio.

Respecto a la figura de ocultamiento o disimulación de los propios bienes, podría discutirse sobre su necesidad desde una perspectiva teleológica y teniendo presentes principios como los de proporcionalidad y *ultima ratio*: ¿es razonable castigar como autor del delito de lavado de dinero a la persona que entierra en el patio de su domicilio el botín producido por la comisión del delito base?

Del Carpio estima que la ocultación o disimulación del bien materialmente considerado no afecta al bien jurídico protegido, si se tiene en cuenta que el delito de lavado intenta evitar que bienes de origen ilícito ingresen al tráfico económico, lo que no ocurriría en este caso, ya que el bien en cuestión se encuentra inmovilizado[18]. Blanco Cordero, por el contrario, estima que el tipo penal debe dar cabida a conductas tales como la ocultación de los bienes, e incluso la mera tenencia de los mismos[19]. El debate no pasa por analizar si la conducta debe ser o no sancionada, sino a qué *título*. En este ámbito, Del Carpio estima que la conducta de ocultamiento de los bienes queda subsumida en el delito contra la administración de justicia y no en la figura especial de blanqueo.

En nuestro ordenamiento jurídico, podría discutirse si la figura de ocultamiento de los propios bienes no sería más adecuado sancionarla derechamente como encubrimiento del delito base, en su hipótesis de aprovechamiento real (artículo 17 N°2 del Código Penal)[20]. La redacción del artículo 27 letra a) segunda parte de la Ley N°19.913, sin embargo, despeja cualquier duda al respecto: la ocultación de los propios bienes es punible a título de lavado de dinero en su hipótesis o figura de ocultamiento. Ahora bien, la discusión ante-

18 Del Carpio Delgado, Juana, ob. cit., p. 199. La autora considera que el bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero es la circulación de los bienes en el mercado, o la licitud de los bienes que circulan en el mercado.

19 Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit. p. 327.

20 Otra alternativa sería sancionar la conducta bajo la figura de obstrucción a la investigación, tipificada en el artículo 269 bis y 269 ter del Código Penal, pero luego de la modificación operada a través de la Ley N°20.074, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2005, el art. 269 bis ya no castiga el "ocultamiento" del cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito, sino la aportación de antecedentes falsos mediante los cuales se obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables. El art. 269 ter, en tanto, que sí contempla la figura de ocultamiento, tiene un sujeto activo calificado: sólo pueden cometer dicho delito los fiscales del Ministerio Público o los abogados asistentes del fiscal.

rior no es del todo infructuosa, pues plantea un par de temas interesantes que han sido recogidos por nuestra jurisprudencia, y que alcanzan a las dos hipótesis de la figura de ocultamiento (del origen y de los bienes): el primero dice relación con el bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero; y el segundo es la configuración del mismo como una hipótesis delictiva autónoma de *encubrimiento* como favorecimiento real[21]. Lo anterior reviste bastante interés por el tratamiento explícito del lavado de dinero como un delito calificado o especial de encubrimiento, desde que nuestro Código Penal trata el mismo como una forma de *participación*, en la parte general, y no como un delito contra la administración a la justicia de la parte especial, como ocurre en muchas legislaciones comparadas y es sostenido como la solución correcta por la mayoría de la doctrina[22].

Respecto al bien jurídico protegido, si bien no profundizaremos en ello en esta oportunidad, la opción tomada por la jurisprudencia, consecuente con su conceptualización del lavado de dinero como un tipo de encubrimiento, es a considerar que el mismo es la recta administración de justicia[23]. De esta forma, se configura un delito de encubrimiento especial o calificado por aprovechamiento real, y por cierto autónomo, cuyo bien jurídico protegido, al igual que en todo encubrimiento, es la recta administración de justicia, en este caso, la posibilidad que tienen las instituciones de investigación, persecución penal y sanción de detectar, incautar, "congelar" y decomisar bienes de origen ilícito[24].

En este sentido, nuestros tribunales han señalado, por ejemplo:

"DÉCIMO SÉPTIMO: (...) Al respecto, es necesario indicar que lo que quiso proteger el legislador fue la administración de justicia, toda vez que la descripción del hecho punible de nuestra legislación actual apunta a la línea de un verdadero tipo autónomo de encubrimiento contemplado en el artículo 17 del Código Penal, dentro de las acciones postdelictuales, ya que en dicha norma se afectan bienes jurídicos diferentes a los del delito que se encubre, particularmente en el favorecimiento real y en el personal, donde el bien jurídico lesionado por la conducta del sujeto no es el quebrantado por el hecho encubierto, sino el interés en una recta y expedita administración de justicia, es por ello que la ley, ante la insuficiencia de las figuras normales de encubrimiento ha trasladado supuestos de aprovechamiento personal o receptación

21 Lo mismo podría decirse sobre el delito de receptación, tipificado en el artículo 456 bis-A del Código Penal.

22 Al respecto, vid. Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte General*. Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 432-34. También Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Séptima edición ampliada. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 630-1.

23 Cuestión del todo debatida. Al respecto, además de los autores citados puede verse Molina Fernández, F. "¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático y, a la vez, aproximación a la "participación" en el delito". En: Derecho Penal Contemporáneo N°26, Enero-Marzo 2009.

24 Vid., Blanco Cordero, ob. cit. pp. 323-28.

a figuras penales sui géneris como el delito de lavado de activos. En conclusión, lo que se debe proteger con la figura del lavado de activos es la administración de justicia en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos"[25].

En el mismo sentido, el TOP de Concepción, en fallo condenatorio por el delito de lavado de dinero indicó:

"Siendo, de acuerdo a la doctrina penal mayoritaria el delito de lavado de activos un ilícito que daña principalmente al bien jurídico correcta administración de justicia, (en tanto y cuanto consiste en encubrir u ocultar el origen de los recursos económicos ligados a un delito para impedir que se tome conocimiento del mismo y evitar así el castigo, o una de las consecuencias del castigo que es el comiso de los efectos que de él provienen), puede concebirse como una forma de encubrimiento del cual puede responder incluso el propio autor del delito que se encubre (autoencubrimiento) en la medida que implica una figura excepcional, un tipo amplio, de penalidad exacerbada, que implica un adelantamiento de la punición, etc."[26].

2.4. Formas de ocultamiento y naturaleza jurídica

Como apuntábamos, la forma en que puede realizarse la conducta de ocultamiento o disimulación es indiferente al tipo: puede verificarse *de cualquier forma*. Lo anterior puede llevarnos a debatir sobre la naturaleza jurídica de la disposición: podemos entender, por una parte, que se castiga cualquier acción (u omisión) que sea idónea objetivamente para ocultar o disimular (requisito de idoneidad de la conducta típica); o que se trata más bien de un elemento subjetivo del tipo (ocultamiento o disimulación con un fin determinado).

La redacción del artículo 27 nos hace inclinarnos a favor de la primera interpretación. La norma en cuestión no limita su ámbito de prohibición a que el ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes o de los propios bienes cumpla una determinada finalidad, por ejemplo darle apariencia de legitimidad a los bienes, sino que se castiga directamente a quien oculte o disimule. El conocimiento previo del origen ilícito de los bienes es parte del elemento subjetivo –dolo o culpa– del tipo penal, que por supuesto deberá concurrir y ser probado en el caso concreto. Pero la conducta de ocultamiento no conlleva un elemento subjetivo adicional (si por ejemplo se castigara a quien a sabiendas del origen ilícito de determinados bienes oculte o disimule su origen de cualquier forma con el fin de darles apariencia de legalidad), y por tanto deberá analizarse desde la perspectiva de su idoneidad para producir el resultado ocultamiento o disimulación[27].

25 2° TOP Santiago, fallo de fecha 18 de agosto de 2008, RUC N°0500683346-4.

26 TOP Concepción, fallo de fecha 12 de marzo de 2011, RUC N°0700350845-K.

27 Para un análisis del debate doctrinario a este respecto, en el ámbito de la tipificación española del lavado de dinero, puede verse Aránguez Sánchez, Carlos, ob. cit. pp. 228-29. Defendiendo en la ley española la postura del ocultamiento o disimulación como requi-

El análisis anterior nos lleva a preguntarnos sobre el *tipo* de delito que es el lavado de dinero en su hipótesis de ocultamiento o encubrimiento. En el ámbito español, que para estos efectos resulta aplicable a nuestra realidad jurídica, algunos sostienen que el ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes es un delito de peligro abstracto y de mera actividad. El ocultamiento y disimulación de los bienes, por su parte, sería un delito de resultado. Aceptamos en esta parte la postura de Aránguez Sánchez, para quien ambas hipótesis son delitos de peligro abstracto. Como señala este autor: *"Y es que es muy difícil entender que el blanqueo es un delito de resultado, porque siendo el blanqueo un proceso siempre perfectible, no puede afirmarse con rotundidad que un bien ha sido definitivamente blanqueado, sino que cada conducta de blanqueo sólo supone un mayor distanciamiento del bien respecto a su origen ilícito"*[28].

En consecuencia, la figura de ocultamiento no exige la producción de un resultado –el efectivo ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes o de los propios bienes–, sino la acreditación de la realización de uno o más actos que serían idóneos para producir tal ocultamiento o disimulación, aunque no la hubieran producido.

Sobre el punto, el 6° TOP de Santiago expresó recientemente:

"Resulta pertinente agregar en relación a lo esgrimido por las defensas, que las acciones de ocultamiento no significan esconder materialmente la especie, sino que la realización de acciones destinadas a ocultar o poner un velo sobre la real dimensión del patrimonio de A.C. *obrando como testaferro y, por otro lado, la efectividad o complejidad de las transferencias en cuanto al logro de su finalidad es un asunto que carece de toda relevancia para el efecto de determinar si la acción resulta o no subsumible en el tipo, pues predomina en este caso la intención más que la efectividad de la misma. Evidentemente mientras más traspasos hayan, más difícil será la detección del origen de los dineros, cuestión que no se dio en la especie pues fueron descubiertos antes de que se produjeran otros traspasos"*[29].

Nuestra jurisprudencia ha entendido como actos constitutivos de ocultamiento o disimulación una gran variedad de actos. En este sentido, por ejemplo, el TOP de Rancagua señaló:

*"... **El adquirir bienes y efectuar depósitos constituyó una forma de ocultar y encubrir el origen ilícito del dinero obtenido con la venta de droga, ante la ausencia del desarrollo de una actividad mercantil legal que lo justificare, por lo tanto, esos dineros no pudieron tener otro origen que no sea la ejecución de hechos asociados con el narcotráfico.** En esta labor de blanqueo no sólo se involucró ella, sino que vinculó a su hija J. como testaferro, a quien incluso le compró inmuebles, cuando ésta*

sito de la conducta típica, puede verse Gómez Iniesta, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, Cedecs, 1996.

28 Aránguez Sánchez, ob. cit. p. 251.

29 6° TOP de Santiago, fallo de fecha 11 de diciembre de 2010, RUC N°0700500869-1.

tenía pocos años, e igual cosa hizo con su hijo G. *Ejecutó estos actos con personas de su confianza y con las cuales la vinculaban nexos de parentesco, porque en caso de necesidad podría recuperar rápidamente el dinero invertido, además no perdía el control o la facultad de disponer de lo suyo...*"[30].

El Juzgado de Garantía (JG) de Los Andes, condenando al dueño de una casa de cambios como autor del delito de lavado de dinero, señaló:

"Respecto a los actos de ocultación o disimulación del origen ilícito de los bienes, el acusado ***cambiaba dineros de baja denominación por billetes de mayor denominación****, para facilitar su transporte;* ***cambiaba divisas****; cambiaba* ***dineros con un fuerte olor a drogas por otros sin dicho olor****; facilitaba las condiciones para el* ***transporte físico o transferencia de dinero*** *hacia Argentina;* ***no contabilizaba las operaciones de cambios*** *que realizaba con dineros de origen ilícito, ni entregaba boletas o facturas de ninguna clase; en ocasiones, otorgaba* ***boletas o vales falsos por montos menores con el objeto de justificar los cambios de divisas****;* ***no reportaba a la Unidad de Análisis Financiero*** *las operaciones sospechosas o por altos montos que realizaba con personas dedicadas al tráfico de drogas;* ***integraba en el mercado financiero formal los billetes provenientes de la venta de droga e impregnados con dicho olor****, al entregárselos a los cajeros de las sucursales de la casa de cambios de su propiedad para que los entregaran en las operaciones normales de cambios. Todas esas operaciones tenían por objetivo principal ocultar o disimular el origen ilícito de los dineros, evitar controles y en definitiva facilitar su uso y aprovechamiento por parte de los autores de los delitos de tráfico de drogas"*[31].

El 7° Juzgado de Garantía de Santiago, entendiendo que la constitución de sociedades de fachada y la creación de una identidad falsa eran idóneas para sustentar la figura de ocultamiento, condenó a la acusada como autora de este delito. En el considerando quinto del fallo se expresó:

"QUINTO: (...) Toda vez que en primer término quedó establecido por un lado, la vinculación de ambas acusadas con personas en sus relaciones comerciales, además de cónyuge, padre e incluso hermano, que fueron condenadas por delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y ellas conocían sus actividades ilícitas, por otro lado las ***actividades de ocultamiento y disimulación a través de la constitución de sociedades de "papel",*** *que no tenían movimientos para el Servicio de Impuestos internos pero sin embargo eran utilizadas por las acusadas como* ***fachada*** *para sus operaciones, por ejemplo con la adquisición por parte de estas sociedades de vehículos para su posterior venta a sujetos para el transporte de droga, elemento que además permite establecer al ánimo de lucro. Incluso queda establecido que una de ellas, L.C., tenía* ***otra identidad falsa****, (...), con documentación de identidad falsificada, con la que además*

30 TOP Rancagua, fallo de fecha 23 de enero de 2010, RUC N°0700704675-2. El destacado es nuestro.

31 Juzgado de Garantía de Los Andes, fallo de fecha 24 de febrero de 2009, RUC N°0801037616-6. El destacado es nuestro.

justificaba ingresos, por ejemplo la sociedad le pagaba un sueldo a esta persona, entre otras cosas, tratando de revestir sus actividades con apariencia de legalidad"[32].

El TOP de Concepción, por su parte, ha señalado:

"Sin embargo, el acusado necesitó ocultar o disimular el origen del dinero ilícito que le llegaba en cantidades importantes y para ello procedió a hacer una iniciación de actividades ante el SII, en el año 2007, invocando una falsa calidad de técnico en computación y en mantención de maquinaria forestal, realizando pagos provisionales mensuales de impuesto, emitiendo boletas de honorarios en papel y electrónicas a personas naturales y jurídicas que jamás tuvieron una relación comercial con él, y haciendo declaraciones de impuesto a la renta por ingresos que jamás obtuvo como trabajador dependiente o independiente, y adquiriendo, sin poder justificar plausiblemente los ingresos para ello, una camioneta Great Wall Hover de aproximadamente $10.000.000.–. Su finalidad era preconstituirse un falso estado de situación financiera para obtener un crédito, y así, como cualquier emprendedor honesto, instalar una serviteca en la comuna de Hualpén, a través de la cual, obviamente, justificar altos ingresos y disfrazar de legalidad sus gastos de vida e inversión".

En condena por el delito de lavado de dinero del artículo 12 de la Ley N°19.366 (antiguo tipo penal de lavado de dinero), pero que para estos efectos aporta al análisis, el TOP de Ovalle declaró:

"DÉCIMO: En cuanto a las circunstancias que dicen relación con el lavado de dinero en territorio nacional, esto es el hecho que A.G. en conjunto con el imputado P.G. utilizaron las estructuras comerciales de la siguiente empresa de su propiedad para el aprovechamiento del dinero obtenido del tráfico de drogas, antes reseñado: Importadora y Distribuidora Kristel Food Bananeras de Colombia Chile Limitada, la que recibía desde ALEMANIA recursos proporcionados por A.G. provenientes de actividades de tráfico de drogas en ALEMANIA y otros países a través de las siguientes vías:

a) Transferencias internacionales de dinero a través de Bancos y Casas de Cambios.

b) Pagos directos a los proveedores extranjeros de la empresa.

c) La entrega directa de grandes cantidades de dinero en efectivo en moneda extranjera a la empresa"[33]**.**

Por su parte, el 2° Juzgado de Garantía de Santiago señaló:

"CUARTO: (...) Que una mujer de nombre M.F.V., realizaba diversas actividades relacionadas con la venta de drogas, producto de lo cual ha obtenido ganancias, que en parte fueron destinados a la adquisición de dos vehículos, los que no fueron

32 7° JG de Santiago, fallo de fecha 21 de octubre de 2008, RUC N°0700956651-6.

33 TOP de Ovalle, fallo de fecha 23 de octubre de 2007, RUC N°0300139452-4.

comprados a nombre de la referida persona sino ***comprados e inscritos en Registro de Vehículos Motorizados a nombre de los sentenciados*** *(...), quienes conociendo la actividad ilícita de F.V., consintieron en que los vehículos fueran puestos a sus nombres,* ***con la finalidad de ocultar la identidad de su verdadera propietaria y el origen espurio del dinero con el que fueron adquiridos"***[34]***.***

La jurisprudencia nacional, como puede apreciarse, ha estimado como conductas idóneas de ocultamiento o disimulación una gran variedad de acciones. Los distintos pronunciamientos en esta materia han permitido ir delineando distintas "tipologías" de lavado, en el sentido de mecanismos de ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes. Destacan, entre otras, aquellas referidas a la constitución y utilización de empresas o actividades económicas de "papel" o de "fachada"; el uso de testaferros; el cambio de divisas y billetes en el contexto del giro de casa de cambios; la creación de identidades falsas; el rol de abogados como asesores para ocultar o disimular el origen de los dineros[35]; entre otras.

La sistematización y estudio de las tipologías reconocidas judicialmente nos permitiría conocer en profundidad las formas en que el lavado de dinero opera realmente en nuestro país, lo que debiera redundar en modificaciones o ajustes a nuestro sistema antilavado, tanto en su pilar preventivo como de control (investigación, persecución penal y sanción). Al mismo tiempo, debiera servirnos de sano recordatorio que en materia de lavado de dinero, y en general respecto a la "criminalidad organizada" o a las formas más complejas de comisión de delitos, no existe un único patrón ni tampoco uno estático: éstos se encuentran en constante modificación y evolución.

2.5. Comisión por omisión

En relación a la forma de comisión, cabría preguntarse si la figura de ocultamiento en el delito de lavado de dinero admite la comisión por omisión. Para Prambs, no hay duda en ello, y tanto la voz ocultar como disimular pueden realizarse mediante omisión (comisión por omisión), al callarse lo que se conoce. Aránguez tampoco tiene dudas sobre ello, cuando señala: *"Desde luego, este*

34 2° JG de Santiago, fallo de fecha12 de octubre de 2007, RUC N°0700177992-8.

35 Sobre la posibilidad de imputar y condenar a un abogado como autor del delito de lavado de dinero, existe hoy un muy vigente e interesante debate, que no abordaremos en este trabajo por escapar del objeto del mismo. Baste señalar que el debate cobra especial intensidad cuando se trata de abogados defensores recibiendo dineros de origen ilícito. Respecto a los abogados prestando "asesorías" que permiten ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes, habría menos problemas para aceptar su imputación a título de lavado. En Chile existen dos sentencias condenatorias dictadas contra abogados por su participación en el delito de lavado de dinero, en ambas el abogado se desempeñaba más bien como "asesor" o "facilitador", incluso testaferro, y no como defensor. La primera corresponde al 6° TOP de Santiago, de fecha 11 de diciembre de 2010, RUC N°0700500869-1. La segunda fue dictada en procedimiento abreviado por el Juez de Garantía de Iquique con fecha 27 de abril de 2011, RUC N°1100174530-3.

encubrimiento del origen de los bienes puede realizarse tanto a través de una acción, por ejemplo destruyendo documentos o ficheros informáticos en los que conste tal circunstancia, o bien a través de una omisión, así, en el caso de que el empleado de una entidad financiera deje de cumplimentar los oportunos registros de una operación"[36].

Para Manríquez, en cambio, la conducta sólo puede realizarse por acción, *"... pues precisamente la acción consiste en darle apariencia de regularidad y/o de licitud al origen delictivo de ciertos capitales o bienes, y con tal que provengan de los delitos contemplados en las leyes que ahí se señalan"*[37].

Fabián Caparrós, Blanco Cordero y Del Carpio admiten también que el ocultamiento o disimulación pueda cometerse por omisión, ésta última agregando además los supuestos en que nos encontraríamos ante una posición de garante en el ámbito del blanqueo[38]. Concordamos con los autores citados, a lo cual cabría agregar que la forma en que está redactada la norma, en el sentido que el ocultamiento o disimulación pueden verificarse *de cualquier forma*, ratifica que una interpretación razonable en este caso es aceptar la forma comitiva por omisión en la figura de ocultamiento.

Hemos analizado someramente los elementos centrales de la figura de ocultamiento en el delito de lavado de dinero, rescatando sus características, problemas y formas en que ha sido abordada por nuestra jurisprudencia. Nos abocaremos a continuación a revisar muy someramente los otros elementos de la figura, destacando sus principales temas y con el solo objeto de proveer una mirada más integral y completa a la figura en estudio.

3. Los otros elementos del tipo

En cuanto al **sujeto activo**, el artículo 27 de la Ley N°19.913 comienza con la expresión *"El que…"*, con lo cual descarta de plano la exigencia de algún tipo de sujeto activo especial o calificado. Cabría hacer dos menciones importantes en torno al sujeto activo:

a) El mismo artículo 27, en su inciso final, contempla la figura del *autolavado* en los siguientes términos: *"Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta"*. Nuestra jurisprudencia ha reconocido y aplicado esta figura en varios fallos condenatorios por el delito

36 Ibíd., ob. cit. p. 232.

37 Manríquez R., Juan Carlos. "Delitos de Blanqueo y Lavado de Activos, en el Marco de Operaciones Sospechosas", en: http://www.carlosparma.com.ar/Blanqueoylavado.doc., p. 8.

38 Fabián Caparrós, Eduardo, ob. cit. p. 379. Blanco Cordero, Isidoro, ob. cit. p. 314. Del Carpio Delgado, Juana. Ob cit. p. 200. La posición de garante definida por la autora podría asimilarse a los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas, señalados en el artículo 3° de la Ley N°19.913.

de lavado de dinero, ya sea que al autor del delito previo se lo condene en el mismo proceso por el delito antecedente o no. Sin perjuicio de ello, la norma no ha estado exenta de debate. Sus detractores opinan que sancionar al autor del delito previo por dicho ilícito y por el lavado de dinero proveniente de tal delito importaría una vulneración al principio del *non bis in ídem*, ya que estaríamos en presencia no de un nuevo delito –el lavado–, sino que de una fase de *agotamiento* del delito precedente. En consecuencia, sancionar por lavado equivaldría a sancionar por el mismo hecho dos veces (si ya se sancionó por el delito base, incluida la etapa de agotamiento). Existe una minoría de fallos que ha acogido este planteamiento, aunque la mayoría parece ir en sentido contrario[39].

b) Un segundo tema interesante es el que se da respecto al tipo culposo de lavado. El artículo 27 de la Ley N°19.913, en su inciso 4°, sanciona a quien incurre en la figura de ocultamiento actuando con *negligencia inexcusable*. Se discutió bastante durante la tramitación de la ley si el tipo culposo de lavado exigía o no un sujeto activo calificado, en el sentido de que aquellas personas que podrían ser *inexcusablemente negligentes* en este ámbito sólo eran aquellas que tenían un nivel de conocimientos determinados, por ejemplo los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero[40]. La poca jurisprudencia en esta materia, sin embargo, no ha exigido una especial calificación del sujeto activo, mientras, claro está, se acredite la negligencia inexcusable en el respectivo proceso[41].

Respecto al **objeto material**, esto es, los bienes que provienen directa o indirectamente de la comisión de un delito base, el artículo 27 inciso 3° nos entrega una definición de los mismos en los siguientes términos: *"Para los objetos de este*

39 Así por ejemplo, el fallo del TOP de Rancagua de fecha 12 de marzo de 2007, RUC N°0500374418, absolvió a los acusados por el delito de lavado de dinero argumentando en el sentido que las conductas imputadas a título de lavado más bien corresponderían a aquellas de un traficante que profita con las ganancias del delito, es decir, agotamiento (considerando vigésimoquinto). En sentido contrario, condenando tanto por el delito precedente como por lavado de dinero a los mismos acusados, pueden citarse el fallo del 2° TOP de Santiago de fecha 18 de agosto de 2008, RUC N°0500683346-4; JG de Iquique de fecha 23 de febrero de 2009, RUC N°0600598177-6; TOP Rancagua de fecha 18 de enero de 2010, RUC N°0700704675-2; JG de Rancagua, de fecha 9 de julio de 2010, RUC N°0700364527-9; 6° TOP Santiago, de fecha 11 de diciembre de 2010, RUC N°0700500869-1; TOP Concepción, de fecha 12 de marzo de 2011, RUC N°0700350845-K, entre otros.

40 Vid., Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado recaído sobre el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera y modifica el Código Penal en materia de Lavado o Blanqueo de Activos. Boletín N°2975-07. p. 69 y ss.

41 En este sentido, vid. 7° JG de Santiago, fallo de fecha 10 de febrero de 2009, RUC N°0600867745-8; 4° TOP Santiago, fallo de fecha 30 de abril de 2009, mismo RUC. En este juicio oral se absolvió a la acusada de la imputación que le hiciera el Ministerio Público como autora del tipo culposo de lavado de dinero, pero no en consideración a su posición como sujeto activo.

artículo se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos". Apuntamos a continuación, brevemente, dos cuestiones relevantes en este tema:

a) En primer lugar, la mezcla entre bienes de origen lícito con bienes de origen ilícito. Piénsese, por ejemplo, en el lavador que inyecta capitales de origen ilícito en su empresa, de la cual también obtiene utilidades de origen lícito producto de la explotación de su giro. No todos los capitales serán constitutivos de objeto material del delito, sino sólo aquellos que logremos acreditar tienen un origen ilícito y, a sabiendas de ese origen, se intentaron lavar o derechamente lavaron. Las fórmulas para solucionar el problema –en concreto, qué incautar, qué decomisar–, han sido variadas[42].

b) En segundo lugar, encontramos que nuestra legislación no pone límites en sede de tipicidad objetiva a la cadena de sustituciones, o lavado sustitutivo. En efecto, la letra a) del artículo 27 señala que los bienes pueden provenir *directa o indirectamente* de la comisión del delito base. Este mecanismo, extendido en las legislaciones comparadas, es una de las razones que permiten sustentar la autonomía del delito de lavado de dinero, y es una de las notas que lo distingue del delito de receptación. El razonamiento político-criminal subyacente señala que si sólo se castigaran, a título de lavado de dinero, aquellas conductas que recaen sobre aquello que proviene directamente del delito base, y no de los objetos adquiridos o producidos a partir del mismo, la persecución del ocultamiento de las ganancias de la actividad delictiva se tornaría ilusoria[43]. Se trata de considerar como objeto material idóneo del lavado no sólo aquel bien que proviene directamente del delito base, sino aquellos en los cuales éste se transformó o sustituyó. Por ejemplo, el traficante de drogas A le compra a B un automóvil y le paga con dinero producto de la venta de droga; luego B compra acciones a E con el dinero obtenido. Tanto el vehículo, como el dinero y las acciones son bienes "contaminados"[44].

De esta manera, no importa la cantidad de veces que los bienes fueron sustituidos, transferidos o transformados. Todos ellos podrán ser objeto idóneo del lavado en la medida que podamos conectarlos de alguna manera con la comisión de un delito base. La principal discusión se produce respecto a los límites que se deben poner a la cadena de sustituciones, para evitar la contaminación ilimitada de grandes áreas de la economía. Nuestra legislación sólo conoce un límite subjetivo: mientras el sujeto activo sepa que los bienes proceden de la

42 Vid, por ejemplo, Hernández Basualto, Héctor. "Límites del tipo objetivo…", ob. cit., pp. 501-2.

43 Hernández Basualto, Héctor. Informe en Derecho confeccionado para el Ministerio Público. Santiago, 2004, p. 14. En: Ministerio Público, Informes en Derecho, publicación de la Fiscalía Nacional, 2005, p. 321.

44 Ibid., p. 13.

comisión de un delito base e incurra en la conducta punible, esos bienes son objeto material del lavado, sin importar cuándo se produjo el delito base ni por cuántas manos pasaron los bienes. Lo que algunos plantean, en este sentido, es poner límites en sede de tipicidad objetiva a la cadena ilimitada de sustituciones, por ejemplo excluir como objeto idóneo del lavado las adquisiciones originarias[45].

Respecto al **delito base**, es decir, aquel que produjo los bienes que constituyen el objeto material del lavado, deberemos precisar, en primer lugar, cuáles son. Nuestro legislador, utilizando una técnica que no pareciera ser la más adecuada por las restricciones que impone, optó por establecer un listado taxativo de delitos base, en el propio artículo 27 de la Ley N°19.913. En otros términos, sólo de los delitos base que contempla la ley pueden generarse bienes que posteriormente son blanqueados[46].

El delito previo ha producido no pocas dificultades, por ejemplo, en torno a su naturaleza jurídica (¿condición objetiva de punibilidad?); las clases de delitos previos (¿lista taxativa, categoría de delitos, delitos base según su gravedad?); interpretación de la voz "delito"; el grado de ejecución del delito previo; delitos previos cometidos en el extranjero; el blanqueo de dinero como delito previo del blanqueo, por citar algunos.

Algunas cuestiones relevantes:

a) Nuestra legislación llama al delito previo *hecho típico y antijurídico*, omitiendo la voz "culpable". En este contexto, se exigiría solamente acreditar la realización del hecho y cómo éste se encuadra en alguno de los tipos establecidos como delitos base, no se exige, en consecuencia, identificar o probar quiénes fueron sus partícipes. Lo anterior es sumamente importante. Piénsese en el delito previo cometido por personas actualmente prófugas, fallecidas o absueltas en el juicio por el delito previo. Tal situación en ningún caso es obstáculo para acusar y juzgar a una persona por su responsabilidad en el delito de lavado de dinero, tipo penal autónomo y completamente independiente al delito base.

b) El tipo penal también señala expresamente que si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos base señalados en la ley, también procede considerarlos como delitos base.

45 Sobre el tema, Hernández Basualto, Héctor. "Límites del tipo objetivo…", ob. cit.

46 Los delitos base contemplados en la ley son los siguientes: delitos contemplados en la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y los de la Ley N°20.000; en la Ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la Ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la Ley 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3 de Hacienda, de 1997, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis y del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal.

c) En cuanto a su prueba, la propia ley señala expresamente que no se requiere sentencia condenatoria previa para acreditar el delito base, el cual incluso podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el lavado de dinero.

En relación al **elemento subjetivo**, el tipo de ocultamiento requiere la prueba del dolo, "*... lo que supone conocimiento de la mínima idoneidad de la conducta para ocultar o disimular el origen de los bienes o los bienes mismos. Adicionalmente, como es natural, requiere conocimiento de dicho origen y de su carácter ilícito. Por último, exige voluntad de realización de la conducta no obstante dicho conocimiento*"[47]. En la misma línea, Caparrós señala que se cometerá dolosamente el delito de blanqueo "*... cuando el agente conozca todos los elementos objetivos típicos de la figura delictiva –sujetos, conducta, relación de causalidad, resultado, objeto- y, a partir de esa cabal noticia, quiera realizarlos*"[48].

Particular relevancia presenta, en particular desde el punto de vista de su prueba, el conocimiento del origen ilícito de los bienes que se han lavado. El artículo 27 letra a) exige que la ocultación o disimulación de los bienes debe realizarse *a sabiendas* de su origen ilícito. Dicho conocimiento es el que en definitiva transforma una conducta que en términos generales podría ser perfectamente lícita (constituir empresas, adquirir bienes, inscribir bienes, transferir dineros desde cuentas bancarias, etc.) en el delito de lavado de dinero (ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes o de los propios bienes). La expresión *a sabiendas* que utiliza la ley, ha dado lugar a un largo debate acerca de la posibilidad o no de castigar la conducta cometida con dolo eventual (el razonamiento es: términos como "a sabiendas", "maliciosamente" y otros similares son indicativos de dolo directo, excluyendo el dolo eventual). A nuestro juicio ello no sólo es perfectamente posible, sino del todo lógico desde que el legislador tipificó también una conducta de lavado culposa, en el inciso 4°. Sostener que el tipo de ocultamiento sólo puede cometerse con dolo directo, y permitiendo el tipo una conducta culposa, excluir el dolo eventual produciría una laguna de punibilidad ilógica y sistemáticamente errada[49].

4. Conclusiones

La "clásica" conceptualización del delito de lavado de dinero lo identifica con la figura de ocultamiento del origen ilícito de los bienes o de los propios bienes, a pesar de que la tendencia legislativa actual, siguiendo muy de cerca recomen-

47 Hernández Basualto, Héctor. "El nuevo tipo de lavado de dinero en la Ley 19.913. Apuntes provisorios".

48 Fabián Caparrós, Eduardo. Ob. cit., p. 392.

49 Al respecto, vid. Hernández Basualto, Héctor, "Informe en Derecho…", ob. cit. p. 6. Nuestra jurisprudencia también ha reconocido expresamente que el delito de lavado de dinero puede cometerse con dolo eventual, en este sentido se pronuncia el 2° TOP de Santiago en fallo de fecha 18 de agosto de 2008, RUC N°0500683346-4.

daciones de Convenciones y tratados internacionales, es a ampliar el ámbito sancionatorio incorporando una figura de "contacto" o "aislamiento". Reflejo de lo anterior es la forma en que el delito de lavado de dinero se encuentra tipificado en nuestro país, en la medida que el artículo 27 de la Ley N°19.913 tipifica una hipótesis de ocultamiento en la letra a) y una figura de contacto o aislamiento en la letra b).

La conducta punible en la figura de ocultamiento consiste en "ocultar" o "disimular", y aunque se estime que la voz "disimular" implica la acreditación de un estándar conductual mayor, basta con probar la conducta que exigiría menos requisitos, esto es, la de "ocultar". El ocultamiento o disimulación, por su parte, puede referirse al origen ilícito de los bienes o a los propios bienes. Esta última hipótesis de ocultamiento es perfectamente sostenible no sólo por su expresa sanción en la ley, sino también desde perspectivas teleológicas, a partir de las cuales es posible entender la figura de ocultamiento como un tipo autónomo de encubrimiento por favorecimiento real. La jurisprudencia emanada de nuestros tribunales de justicia en estas materias ha avalado tales tesis.

Las formas de ocultamiento o disimulación que han sido acreditadas en los juicios por lavado de dinero realizados en el país han ido conformando verdaderas "tipologías", de las cuales se puede extraer información sumamente valiosa para entender los mecanismos en que bienes de origen ilícito son blanqueados en nuestro país, permitiendo dicho análisis proponer los ajustes necesarios al sistema antilavado, ya sea en su pilar de prevención como en el de control y sanción.

EL DENOMINADO CASO "SCHWAGER": ANÁLISIS DE HISTÓRICA CONDENA POR USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y MANIPULACIÓN BURSÁTIL

Verónica Rosenblut Gorodinsky[1]

1. Introducción

El desarrollo que ha experimentado el mercado de capitales durante los últimos años y la evidencia que ha surgido en torno a la relevancia de los atentados cometidos en contra del mercado de valores como factores desestabilizadores del sistema económico, han hecho necesario que el Ministerio Público haya ampliado y sofisticado el tradicional enfoque con que se ha encarado la persecución penal de determinados delitos económicos, aceptando el desafío de iniciar y conducir investigaciones que suponen el abordaje de temáticas delictivas que históricamente habían sido ignoradas por nuestro sistema de justicia criminal.

En efecto, ya fuera por la complejidad de la regulación económica extrapenal involucrada, por la supremacía de la dogmática clásica que miraba con recelo la posibilidad de invocar la protección penal de bienes jurídicos colectivos, o por el desconocimiento que imperaba entre los operadores del sistema en relación con el funcionamiento y dinámica de un mercado en el que pueden producirse los más graves atentados en contra del orden público económico, lo cierto es que con anterioridad al establecimiento de la reforma procesal penal, tales ataques eran sólo excepcionalmente investigados y/o sancionados.

En la actualidad, por el contrario, a partir del serio trabajo institucional que en este sentido se ha realizado, se han alcanzado importantes logros en materia de persecución penal eficiente de delincuencia económica compleja, particularmente, en materia de atentados en contra del Mercado de Valores, prueba indiscutible de lo cual lo constituye la sentencia definitiva dictada con fecha 19 de octubre de 2010, por el 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago[2], y que recientemente ha quedado ejecutoriada[3], y que constituye la primera sentencia

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Sentencia definitiva condenatoria pronunciada en la investigación RUC N°050063379-2 a cargo de la actual Fiscal Jefe de la Fiscalía Especializada en Delitos Económicos y Funcionarios de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ximena Chong Campusano.

3 Habiéndose interpuesto por la defensa dentro de plazo, el correspondiente recurso de nulidad ante la Excma. Corte Suprema, éste fue remitido con fecha 23 de diciembre de 2010 a la I. Corte de Apelaciones de Santiago para su conocimiento y fallo, tribunal que en definitiva declaró abandonado el recurso con fecha 29 de marzo de 2011, al no haber comparecido a su vista el abogado recurrente.

condenatoria pronunciada en un juicio oral realizado en el marco del actual sistema procesal penal, por los delitos de manipulación bursátil y uso de información privilegiada, previstos y sancionados en los artículos 59 letra e) en relación con el artículo 53 inciso final y artículo 60 letra e) de la Ley de Mercado de Valores, respectivamente.

Los hechos que fueron materia del juicio y posteriormente calificados como conductas constitutivas de los delitos antes referidos, pueden resumirse brevemente en que el imputado Jacobo Kravetz Miranda, quien al mes de junio del año 2005 detentaba la calidad de Gerente General de Schwager S.A., sociedad anónima abierta, desplegó, por un lado, una serie de actos destinados a manipular el valor de la acción de la empresa, mediante la entrega al mercado de información tendenciosa y falsa acerca de los negocios de la misma, y utilizó, por otro, meses más tarde, en beneficio propio y de la empresa, información que únicamente él conocía y que tenía el carácter de privilegiada, vendiendo una gran cantidad de acciones de la sociedad a valores históricos alcanzados precisamente como resultado de la manipulación operada, obteniendo así ingresos que en conjunto superaron los 1.300 millones de pesos.

Atendida la relevancia del fallo aludido, se realizará a continuación un análisis de los hechos sobre los cuales versó el juicio y del razonamiento jurídico empleado por el tribunal para los efectos de entender configurado en base a los mismos los delitos contra la Ley de Mercado de Valores antes referidos, realizándose previamente para ello, una breve descripción y análisis de los respectivos tipos penales.

2. Manipulación bursátil y uso de información privilegiada. Breve análisis de la estructura típica de las figuras contempladas en la Ley de Mercado de Valores

Para los efectos de comprender los razonamientos expuestos en el fallo en relación con la acreditación de los hechos y la configuración de los tipos penales invocados, y sin pretender agotar en esta sede el estudio que ameritan las distintas figuras penales contempladas en la Ley de Mercado de Valores, realizaremos a continuación una breve revisión de la estructura típica y contenido de los delitos antes mencionados.

2.1. El denominado delito de manipulación bursátil

En el artículo 59 letra e) de la LMV, se sancionan las infracciones a una serie de prohibiciones establecidas por la misma ley en distintos artículos, entre las cuales se encuentran las prohibiciones consignadas en el artículo 53, norma que se inserta en el Título VIII de la LMV, en el que se regulan las denominadas "actividades prohibidas".

En lo que aquí interesa, es precisamente a partir de la prohibición establecida en el inciso segundo del mencionado artículo 53, que es posible sostener la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la figura conocida en doctrina comparada como *"manipulación bursátil"* o como manipulación de los precios de los instrumentos financieros cotizados en bolsa, al establecerse en dicha norma, que ninguna persona podrá efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos o no por la LMV, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

Las conductas que se sancionan por lo tanto bajo esta figura, son las de "efectuar transacciones" o "inducir" o "intentar inducir a la compra o venta" de valores, siendo evidentemente éste el objeto material del delito, es decir, valores, para cuya conceptualización deberá atenderse a la norma del artículo 3° de la LMV, sin perjuicio de lo cual esta figura se aplique no sólo respecto de valores objeto de transacciones que tengan su origen en ofertas públicas de los mismos o que se efectúen por medio de corredores de bolsa o agentes de valores, sino también respecto de transacciones privadas.

En relación con la voz "inducir", debe aclararse que no estamos acá en presencia de la "inducción" para cometer un delito, sino de la inducción para que otra persona efectúe un acto jurídico determinado, es decir, frente a conductas de ingerencia, instigación o persuasión para que otra persona compre o venda valores, aún cuando ello en definitiva no se haya logrado, atendido que el artículo adelanta la barrera de punibilidad, sancionando también la conducta de "intentar inducir".

De esta suerte, debe estimarse como suficiente para configurar el delito, que se induzca o intente inducir la compra o la venta de valores, sin que sea necesario que tales operaciones se hayan perfeccionado. En efecto, el sancionar el intento de inducción indica, como ha señalado la doctrina, que el delito en análisis constituye un delito de peligro y no de lesión, en cuanto no es necesario que el daño que el engaño pueda producir en el patrimonio de las personas acaezca efectivamente. En este caso la ley penal no toma en cuenta si la operación causa o no perjuicio patrimonial a determinada persona, por cuanto el bien jurídico tutelado, tal como señalan algunos, no sería en este caso el patrimonio privado de las personas, sino la transparencia del mercado como fundamento del Orden Público Económico[4].

Establecido entonces, como se dijo, que por inducción ha de entenderse instigación o injerencia, resulta posible reconocer el carácter de delito de manipulación bursátil a la figura establecida en el inciso segundo del artículo 53 en análisis, por cuanto esa ingerencia que representaría la inducción a que hace referencia la norma, implicaría una manipulación, es decir, en su acepción

4 ONFRAY VIVANCO, Arturo. Artículo *"Ilícitos contra la información en las transacciones de valores",* Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N°5, diciembre 2001.

genérica, *ejercer una forma de control o dominio sobre una determinada realidad*, la que se considerará negativa[5], en la medida que esa ingerencia o control tenga un efecto *distorsionador* en el mercado, no sólo en las condiciones de *libertad* y *paridad* que idealmente deben imperar en él (por vía de la *ingerencia* o *control*), sino que, además, en las condiciones de *inteligencia/integridad del mercado* (por vía de la distorsión del precio), caso en el que la manipulación implicará una lesión a la capacidad (inteligencia) del mercado para asignar eficientemente los recursos, desde las unidades en surplus (ahorro) a las unidades en déficit (emisores), en relación con el valor económico de los títulos cotizados[6].

Ahora bien, las conductas de inducción o manipulación, deben efectuarse por medio de cualquier acto, práctica o mecanismo o artificio, que tenga el carácter de engañoso o fraudulento, concepto este último que no debe entenderse referido a la exigencia de perjuicio, sino que a una situación en que, como en muchas otras a través de nuestra legislación penal, la ley asimila la voz fraudulento a "engañoso".

A este respecto la doctrina ha señalado que esta figura sería un tipo penal específico dentro del mundo de las defraudaciones, por lo que, *"aun pudiéndose configurar alguno de los tipos legales descritos en el Código Penal para las estafas u otros, la Ley N°18.045 establece que las personas que infrinjan las disposiciones de los artículos 52 y 53 sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (541 días a 10 años)"*[7], afirmación que en todo caso no sería completamente correcta, en la medida que, como se dijo, este tipo penal no requeriría de la producción de un perjuicio, elemento propio de toda figura de estafa.

En cuanto a las distintas formas que puede adoptar, o las conductas en que puede consistir este medio engañoso, si bien en la práctica es posible apreciar variadas modalidades comisivas, como son la difusión de información falsa o engañosa, la inserción de órdenes de negociación sin la intención de ejecu-

5 En efecto, dicha ingerencia puede eventualmente ser positiva y no necesariamente aparecer como reprobable o indeseable, ya que la ingerencia no es algo que *per se* deba considerarse como algo desaprobado. De ahí que existan determinadas hipótesis de manipulación que sean admitidas por el derecho, como ocurre con las conductas de estabilización a que se refiere el inciso segundo del artículo 52 LMV.

6 LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, versión inédita no revisada de su Tesis Doctoral *"La manipolazione del mercato degli strumenti finanziari: tra funzioni del mercato di borsa e principi del diritto penale"*, Italia, 2005-2007, pp. 134 y ss. El autor plantea la necesidad de distinguir entre una manipulación genérica y una manipulación especial, asociando a la primera forma de manipulación, es decir, al género, desde el punto de vista de la lesividad, una incidencia negativa en las condiciones de *libertad* y de *paridad del mercado* (por vía de la *ingerencia* o *control*), y a la forma de manipulación especial, una lesividad en el plano de las condiciones de *inteligencia/integridad del mercado* (por vía de la distorsión del precio).

7 ORTEGA AICHELE, *"Mercado de Valores"*, La Ley Ediciones Jurídicas, Santiago, 1997, p. 136.

tarlas, la constitución de un piso mínimo en el curso de los precios, las negociaciones ejecutadas con la intención de incidir en los precios de un mercado relacionado, la omisión de comunicación de información relevante, el abrir una posición y cerrarla inmediatamente después de haberla revelado al público, entre otras, los autores han distinguido tres principales categorías en las que se suelen clasificar las diversas tipologías manipulativas, en atención al medio material empleado como mecanismo de obtención del resultado esperado; a saber, *trade-based manipulations*, si la manipulación se ha perseguido mediante negociaciones u órdenes de negociación (reales o simuladas) en un mercado relevante, es decir, operando directamente a través de las fuerzas del mercado (oferta y demanda); *information-based manipulations* si la manipulación se ha perseguido mediante la difusión de informaciones falsas de cualquier naturaleza, es decir, operando sólo indirectamente a través de las fuerzas del mercado; *action-based manipulations* si la manipulación se ha perseguido mediante comportamientos humanos engañosos ejecutados en un contexto externo al mercado (diversas por tanto a las negociaciones u órdenes de negociación), como puede ser por ejemplo simular el cierre de un importante establecimiento perteneciente a una sociedad cotizada en bolsa (para luego reabrirlo pocos días después, una vez que los precios de las respectivas acciones han bajado a causa de la percepción negativa que el cierre ha generado en el mercado)[8].

Como ejemplo del segundo grupo de tipologías, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en relación con los hechos materia de la sentencia que se comentará, puede citarse el caso ocurrido en nuestro país en la década de los ochenta, en el que "*mediante comunicaciones a la SVS, M. Rados y J.A. Rivero informaron falsamente que las adquisiciones de paquetes de acciones efectuadas por sus representadas, Continental Illinois National Bank and Trust Corporation de Chicago y Compagnie Financière Sucres et Denrées, las habían hecho sin la intención de asumir el control de Industria Azucarera Nacional S.A., en circunstancias que en las fechas en que expidieron esas comunicaciones, 30 de junio, 26 de agosto y 13 de diciembre de 1988, tenían esas empresas un documento firmado por el que expresaban el propósito de ejercer tal control por medio de filiales chilenas de ambos grupos*[9], razón por la cual estos sujetos fueron condenados en primera instancia como autores del delito de manipulación bursátil, condena que fue confirmada por el tribunal de alzada.

Por último, en cuanto a la faz subjetiva del delito, dado que el medio comisivo es en definitiva un engaño que podrá revestir distintas formas, lo natural será que el agente actúe con dolo directo.

8 Clasificación recogida entre otros autores por ALLEN-GALE, en su Artículo "*Stock-Price Manipulation*", en *Rev. Fin. Stud.*, 1992, n. 5, pp. 503-529.

9 Fallo I. Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de abril de 1991.

2.2. Uso deliberado de información privilegiada por personas indicadas en artículo 166 de la LMV (Art. 60, letra e)

Este literal del artículo 60, sanciona a las personas señaladas en el artículo 166, que al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada.

Este tipo penal se refiere fundamentalmente al uso de información privilegiada por parte de los que en doctrina se conocen como *insiders o* iniciados, esto es, sujetos que operan en el mercado de valores con información secreta que conocen como consecuencia de su posición privilegiada como miembro de una sociedad que cotiza en dicho mercado, con el fin de beneficiarse económicamente o beneficiar a terceros[10] (*insider trader*), o bien, atendiendo lo que se señala en el artículo 165 LMV, *"cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente posea[11] información privilegiada"*,sin perjuicio que para algunos autores, tras la última modificación sufrida por la LMV a causa de la dictación de la Ley N°20.382, se haya ampliado el círculo de destinatarios de dicha norma, al agregarse la exigencia de que la relación en virtud de la cual se posea información privilegiada, se tenga *con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente*, permitiéndose, en consecuencia, la inclusión en dicho círculo de *insiders* secundarios sucesivos e incluso de *outsiders*[12], efecto que en todo caso ya adelantaba parte de la doctrina incluso con la antigua redacción del precepto, al considerar que la expresión "relación", por sí sola, hacía referencia más bien a "*outsiders",* entendidos estos últimos como aquellos terceros receptores indirectos de información privilegiada [13, 14].

A propósito de lo señalado, conviene aclarar que fuera de distinguir entre *insiders* y *outsider*, la doctrina ha distinguido también entre *insiders* primarios y secundarios, atribuyendo este último carácter a quienes, sin pertenecer a la organización de personas que genera la información, reciben dicha informa-

10 VILLAR, Mario, Artículo *"Insider Trading y violación de secretos",* Libro Derecho Penal Empresario, Editorial IB de F, Montevideo – Buenos Aires, 2010, pp.191 y ss.

11 Mediante las modificaciones introducidas por la Ley N°20.382, de 20 de octubre de 2009, fueron sustituidas en los artículos 165 y 166 LMV, las expresiones "tener" y "tener acceso" por la expresión "poseer" información privilegiada, pasando a ser así éste el presupuesto de las infracciones al uso de la misma.

12 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Artículo *"La Regulación de la Información Privilegiada en el Mercado de Valores después de la Ley 20.382",* en: VVAA, "Aspectos especiales de las reformas al gobierno corporativo". Universidad Adolfo Ibáñez (en publicación para 2011, pp. 54-81).

13 CAMPOS GRAZIANI, Rolando, *"Insider Trading o Uso Indebido de Información Privilegiada".* Editorial Metropolitana, 2006. p. 125.

14 Este sería el caso de los cónyuges y parientes de ciertos *insiders*.

ción en virtud de un acto lícito de revelación por parte del *insider* primario o de otro *insider* secundario que lo antecede en la cadena de flujo de información, agregándose que, en este contexto, aquél a quien el mercado conoce con el nombre de *teppee* (o dateado) es un *outsider* que ha sido deliberadamente incorporado en el círculo de poseedores de la información privilegiada por un *insider* primario o secundario, o por un *teppee* que le ha antecedido, característica que lo distinguiría del caso típico del *outsider* que casualmente se entera de la información[15].

Revisando ahora cuáles son las personas que de acuerdo con la remisión efectuada por la letra e) del artículo 60 LMV, serían los sujetos calificados del delito previsto en dicha norma, puede señalarse que a partir de la revisión de los incisos primero y segundo del artículo 166 y de lo previsto en sus respectivos literales, dichos sujetos corresponden en general, con ciertas excepciones, a *insiders* primarios que en los casos del inciso primero acceden a información privilegiada por tener injerencia en la gestión del emisor, ya sea porque participan en su capital o porque ocupan una posición que les permite influir en la marcha del mismo o de un intermediario de valores, y en los casos del inciso segundo, que acceden a información privilegiada con ocasión de su trabajo, profesión o funciones.

En efecto, en el artículo 166 se señala lo siguiente:

"Artículo 166: Se presume que poseen información privilegiada las siguientes personas:

a) Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso.

b) Las personas indicadas en la letra a) precedente, que se desempeñen en el controlador del emisor o del inversionista institucional, en su caso.

c) Las personas controladoras o sus representantes, que realicen operaciones o negociaciones tendientes a la enajenación del control.

d) Los directores, gerentes, administradores, apoderados, ejecutivos principales, asesores financieros u operadores de intermediarios de valores, respecto de la información del inciso segundo del artículo 164 y de aquella relativa a la colocación de valores que les hubiere sido encomendada.

También se presume que poseen información privilegiada, en la medida que tuvieron acceso directo al hecho objeto de la información, las siguientes personas:

a) Los ejecutivos principales y dependientes de las empresas de auditoría externa del emisor o del inversionista institucional, en su caso.

15 BASCUÑÁN, ob. cit.

b) Los socios, gerentes administradores y ejecutivos principales y miembros de los consejos de clasificación de las sociedades clasificadoras de riesgo, que clasifiquen valores del emisor o a este último.

c) Los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso.

d) Las personas que presten servicios de asesorías permanente o temporal al emisor o inversionista institucional, en su caso, en la medida que la naturaleza de sus servicios les pueda permitir acceso a dicha información.

e) Los funcionarios públicos dependientes de las instituciones que fiscalicen a emisores de valores de oferta pública o a fondos autorizados por ley.

f) Los cónyuges o convivientes de las personas señaladas en la letra a) del inciso primero, así como cualquier persona que habite en su mismo domicilio".

Entre las principales modificaciones que sufrió este artículo a partir de la dictación de la Ley N°20.382 ya referida, se encuentra en primer lugar, la incorporación de la categoría de los "ejecutivos principales" dentro de los *insiders* primarios de emisores, inversionistas institucionales e intermediarios, señalando a su respecto la doctrina que si bien el sentido y alcance de esta denominación no sería clara en el contexto legal, la función de su introducción habría sido la de identificar a aquél círculo de personas que sin ocupar los cargos o posiciones de máxima jerarquía y competencia dentro de una organización de personas, y sin necesidad de poseer poderes de representación de esa organización, se encuentran sin embargo en una posición jerárquica superior a la de los simples empleados o dependientes. En segundo término, destaca también la modificación introducida por la misma ley a la letra f) del inciso segundo de este artículo, incorporando dentro del círculo de personas (*outsiders*) a quienes se aplica esta presunción, y por tanto, ampliándolo, tanto a los convivientes de las personas señaladas en la letra a) del inciso primero del artículo 166, como a cualquier persona que habite en su mismo domicilio[16].

Finalizando el análisis del artículo 166 LMV, debe señalarse que aparentemente la razón por la cual la norma trata en incisos separados estos dos grupos de personas, radicaría en que si bien en ambos casos se trata de personas respecto de la cuales la ley presume que poseen información privilegiada, en el caso de los sujetos señalados en las letras del inciso segundo, la posesión de dicha información sólo se presume en la medida que se acredite que dichas personas puedan tener acceso directo al hecho objeto de la información.

En consecuencia, la referencia efectuada por el artículo 60 letra e) a los sujetos que se encuentran mencionados en los distintos literales del artículo 166 LMV, y respecto de los cuales se presume que poseen información privilegiada

16 BASCUÑÁN, ob. cit.

(en su mayoría *insiders* primarios), implica que sólo las personas allí enunciadas podrán ser sujetos activos del delito, sin perjuicio de que a título de la figura establecida en la letra g) del mismo artículo, o figura base, pueda sancionarse al resto de los sujetos que sin tener esa calidad[17], se valgan de información privilegiada para ejecutar, por sí o por intermedio de otras personas, cualquier tipo de operaciones o transacciones con valores de oferta pública, con el objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida.

En cuanto a lo que debe entenderse por "poseer" información privilegiada, se ha señalado que desde el punto de vista de las normas de comportamiento cuya infracción requiere conocer la información, la posesión consistiría precisamente en eso, es decir, en el conocimiento de la misma[18].

Ahora bien, siendo evidente que el objeto del delito es la información privilegiada, resulta un asunto de vital importancia determinar qué es lo que debe entenderse por aquella, señalándose a este respecto por algunos autores, que *"el concepto de información privilegiada nace como una consecuencia de la necesidad de mantener los principios que ordenan el buen funcionamiento, integridad y equilibrio de los mercados, como son la transparencia, igualdad y confidencialidad encaminados a tutelar eficientemente al inversionista y a la rentabilidad y liquidez de su inversión. De acuerdo con la idea de fomentar el funcionamiento del mercado de valores de manera igualitaria, eficiente y competitiva, que busca proteger a los inversionistas en la deliberación de los instrumentos de ese mercado, la información privilegiada surge como un instrumento preventivo, diseñado para evitar cualquier manipulación que pueda alterar la consecución de estos principios y preservar la neutralidad informativa"*[19].

En nuestro ordenamiento jurídico ha sido el propio legislador quien en el artículo 164 LMV ha establecido lo que debe entenderse por información privilegiada, al señalar en el inciso primero de dicho artículo que: *"Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley",* agregándose en su inciso segundo, que: *"También se entenderá por información privilegiada, la que se posee*

17 Se discute en doctrina si bajo dicha figura puede eventualmente sancionarse a cualquier persona que use información privilegiada, aun cuando haya tenido acceso a ella de forma fortuita, es decir, a cualquier *outsider*, o bien, si bajo dicha norma sólo deberían ser sancionados el resto de los casos de *insiders* secundarios.

18 BASCUÑÁN, ob. cit.

19 PRADO PUGA, Arturo, Artículo *"Acerca del Concepto de Información Privilegiada en el Mercado de Valores Chileno: Su Alcance, Contenido y Límites"*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 30 N°2, pp. 237 – 269 (2003), Sección Estudios.

sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores"[20].

En base a ello, para que una información tenga el carácter de privilegiada se requiere: a) que se refiera a uno o varios emisores de valores, a los negocios de emisores de valores o a uno o varios valores emitidos por tales emisores, agregando a este respecto algunos autores la exigencia de que se refiera a hechos concretos[21] aun cuando pueda referirse tanto a hechos internos como externos del emisor; b) que no haya sido divulgada al mercado, es decir, que no se trate de información que sea pública o generalmente conocida en el mercado; y, c) que se trate de información cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos.

En relación con el requisito mencionado en la letra b), resulta importante destacar que hasta la modificación introducida a la Ley N°18.045 por la Ley N°19.301 de 1994, mediante la cual se incorporó el Título XXI denominado "De la Información Privilegiada", en el inciso primero del artículo 13 de LMV, que se encontraba inserto en el Título III "De la Información Continua y Reservada", la ley imponía el deber de guardar estricta reserva a los directores, administradores y, en general, a cualquiera persona que en razón de su cargo o posición tuviera acceso a información de la sociedad y de sus negocios, que aún no hubiera sido divulgada *oficialmente* al mercado por la compañía en cumplimiento de lo dispuesto por esta ley y que fuera capaz de influir en la cotización de los valores de la misma.

Sin embargo, con la dictación de la mencionada Ley N°19.301, mediante la cual, como se dijo, se creó el actual Título XXI de la LMV, se eliminó el referido artículo 13 y se definió en el artículo 164 qué es lo que debía entenderse por información privilegiada, se omitió el empleo de la expresión *"oficialmente"* al señalar que para que la información tuviera el carácter de privilegiada al tiempo de usarse, no debía haber sido ya divulgada al mercado, por lo que cabría preguntarse qué efectos pudieran atribuirse a la eliminación de dicho término y si existiría algún argumento que permitiera sostener que a causa de ello actualmente la información podría considerarse pública y por tanto no privilegiada, cuando al momento de su uso ya ha sido conocida por el mercado

20 El inciso segundo de este artículo fue modificado en la forma que aparece transcrito en el texto, por la Ley N°20.382, publicada con fecha 20 de octubre de 2009 y vigente desde el 1° de enero de 2010, sustituyendo la tenencia de información sobre las operaciones a realizar por los inversionistas institucionales por la información que se posea sobre las decisiones de los referidos inversionistas de realizar determinadas operaciones, atendido que, como bien lo explica el profesor BASCUÑÁN, *"lo que cuenta como información privilegiada relativa a los inversionistas institucionales no es la referida a sus actuaciones pasadas sino a sus probables actuaciones futuras"*.

21 ROSAS OLIVA, Juan Ignacio, Artículo *"El delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores: análisis crítico de la regulación contenida en la Ley 18.045"*, Gaceta Jurídica N°299 (Santiago, Chile), mayo 2005, pp. 7 -24.

por canales distintos a las vías legales, como podría ser la inclusión de algún trascendido en un medio de comunicación, o bien, un simple rumor.

Analizando la historia de la Ley N°19.301, nos parece que la respuesta a esta interrogante debiera ser negativa, en la medida que tanto en el artículo 1° del proyecto de dicha reforma legal, en que se proponía una modificación al artículo 13 hasta esa fecha vigente[22], como en la indicación propuesta en primer trámite constitucional por el Ejecutivo[23], se señalaba como requisito de la información para poder otorgarle el carácter de privilegiada, el que aquella no fuera *"oficialmente"* divulgada al mercado, cosa que resulta por lo demás coincidente con lo que señaló el Superintendente de Valores y Seguros de la época al intervenir en primer trámite constitucional ante la Comisión de Hacienda del Senado, señalando que "*Es un hecho inobjetable que los emisores disponen, respecto de los mismos y de sus valores, de una cantidad de información superior a cualquier otro agente económico; en un segundo grado, la tienen los intermediarios de valores; en otro nivel, los inversionistas institucionales y, finalmente, esa misma información es menor para los inversionistas particulares o público en general. De ahí entonces la necesidad de establecer una forma regulatoria que inhiba a aquéllos de revelarla y menos utilizarla, mientras ésta* ***no sea divulgada oficialmente al mercado.*** *Con ello se evita la discriminación en el conocimiento de la información y se cumple el objetivo de una participación igualitaria de oportunidad en la información*".

Y ello, habida consideración que tal expresión sólo fue eliminada en primer trámite constitucional tras la indicación presentada por los HH. senadores señores Jaime Gazmuri y Andrés Zaldívar[24] al interior de la Comisión de

22 En el Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado se señala a este respecto que: *"El ARTÍCULO PRIMERO del proyecto en estudio modifica las normas que se indican a continuación de la ley N°18.045, sobre Mercado de Valores: 1.- El artículo 13 de esta normativa legal, que se encuentra inserto en el Título III "De la Información Continua y Reservada", estipula que los directores, administradores y, en general, cualquiera persona que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información de la sociedad y de sus negocios, que aún no haya sido divulgada* ***oficialmente*** *al mercado por la compañía en cumplimiento de lo dispuesto por esta ley y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la misma, deberán guardar estricta reserva".*

23 La indicación del Ejecutivo fue del tenor siguiente: "Sustituyese el artículo 13, por el siguiente: "ARTÍCULO 13.- Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información del emisor y sus negocios, que aún no haya sido divulgada **oficialmente** al mercado por el emisor en cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores de la misma, deberá guardar estricta reserva. Del mismo modo, cualquier persona que tenga acceso a la información reservada de las operaciones de adquisición o enajenación de valores por realizar por un participante en el mercado de valores, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizar en beneficio propio o ajeno dicha información".

24 En el primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado se dejó constancia de que*: "La indicación en comento crea un Título XXI que consta de los artículos 164 a 173. El artículo 164 define, para los efectos de esta ley, el concepto de información privilegiada, entendiéndose por tal cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su*

Hacienda, proponiendo crear un Título especial en la ley que estableciera una sistematización y armonización de disposiciones que se encargaran de regular la temática relativa a la información privilegiada, es decir, el actual Título XXI, pero sin hacer ninguna referencia o mención al fundamento de tal eliminación, ni menos, una alusión a su ocurrencia, a partir de lo cual cabría concluir que la eliminación de la expresión "oficialmente" no se habría debido sino a una involuntaria omisión del legislador.

Sin perjuicio de que existen autores que se manifestarían indirectamente en contra de dicha restricción, cuando concluyen, por ejemplo, que el conocimiento de todo dato, antecedente, hecho, evento, mensaje, símbolo, circunstancia, comunicación, intención o rumor, sea verbal, escrito, gesticular o virtual tiene el potencial de llegar a calificar como información privilegiada[25], a nuestro entender, la postura contraria planteada encontraría respaldo no sólo en la historia de la ley, sino que, además, en otra parte de la doctrina[26], la cual aun con posterioridad a la modificación del año 1994, continúa señalando como nota característica de la información que se considera privilegiada, el que aquella no haya sido divulgada *oficialmente* al mercado, y en argumentos de certeza jurídica.

En efecto, en la medida que es la tenencia de la información privilegiada (hoy posesión) la que coloca a determinado sujeto en una situación de privilegio que le impone ciertos deberes y prohibiciones en relación con el uso de dicha información, transformándolo en un potencial sujeto activo de un delito, resulta indispensable que aquél tenga certeza acerca de las vías por las cuales la ley considerará que ha tenido acceso y que en definitiva tiene o posee información que por su naturaleza es apta para influir en la cotización de determinados valores, y cuya utilización es lícita, certeza que a nuestro juicio sólo podría alcanzarse mediante la consideración de que la información se considera divulgada y por tanto deja de ser privilegiada cuando es comunicada oficialmente al mercado (por las vías legales), ya que en los demás casos, quedará entregada a evaluaciones subjetivas la determinación de si la filtración de la información ocurrida por otras vías, ha llegado o no a transformar la misma en información divulgada, de acuerdo con el mayor o menor conocimiento que de ella hayan logrado tener los inversores a partir de la forma en que la misma ha trascendido al mercado.

naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos y la información sobre las operaciones de adquisición o enajenación por realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores, como también la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley".

25 PFEFFER URQUIAGA, Francisco, Artículo *"Concepto de información privilegiada y deberes de conducta de quienes están en posesión de ella a la luz de la jurisprudencia emanada de la Excma. Corte Suprema",* disponible en www.pfeffer.cl.

26 ROSAS OLIVA, ob. cit.

En cuanto al tercer requisito, relativo a que deba tratarse de información cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, debe tenerse presente que no es necesario que en definitiva se pruebe que dicha información haya influido específicamente en el mercado, bastando acreditar la aptitud *ex-ante* de dicha información para producir tal efecto. Así lo ha entendido por lo demás nuestra doctrina al señalar que considerando lo dispuesto por el artículo 9° inciso 2° LMV, que establece que *"se entiende por información esencial aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión*", una información será idónea para influir en la cotización de valores emitidos, cuando un hombre juicioso o inversor razonable pueda estimar *ex ante* que la divulgación de los hechos constitutivos de la misma, puede ocasionar dicha influencia, sin perjuicio de reconocer que en la práctica se opte por un criterio *intersubjetivo*, ya que el hombre juicioso en abstracto no existe, de manera que los jueces necesariamente recurren a la experiencia, estimando relevante sólo aquella información que, al ser conocida por el público inversor, *habitualmente* ocasione una fluctuación en la cotización de los valores que compromete[27].

Además, la LMV señala que también constituye información privilegiada aquella información reservada *"a que se refiere el artículo 10"* de la misma ley. Dicha referencia debe entenderse hecha al inciso tercero de dicha norma, que establece la posibilidad que a ciertos hechos o antecedentes relativos a negociaciones aún pendientes que al conocerse pueden perjudicar el interés social, se les puede dar el carácter de reservado por el directorio (quórum ¾) o la unanimidad de los administradores. Estos hechos y antecedentes, a los cuales se les da el carácter de reservado, constituyen información privilegiada para efectos de la LMV.

Por último, la ley también otorga el carácter de información privilegiada, a la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores.

Siguiendo con el análisis del tipo penal contenido en el artículo 60 letra e) LMV, debe mencionarse que al señalar la norma que las transacciones u operaciones de valores de oferta pública de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas en el marco de las cuales se usa la información privilegiada, pueden ser efectuadas *directa o indirectamente,* se posibilita la sanción de estas conductas aun cuando aquellas se realicen a través de terceras personas, ampliándose también el espectro punitivo de la figura, al establecer el legislador que, en relación con su beneficio, las operaciones pueden ser efectuadas *para sí o para terceros*, ya que lo esencial será que el sujeto activo realice una operación aprovechando la información privilegiada de que dispone en *razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores*.

27 ROSAS OLIVA, ob. cit.

Por último, en cuanto a la exigencia de que el sujeto activo deba utilizar *deliberadamente* la información privilegiada, si bien algunos han querido ver en ella una alusión a la necesidad de que la conducta sea realizada con dolo directo, otros autores han sostenido que dicha expresión debiera interpretarse como una simple referencia al dolo, en el sentido de que el sujeto activo ha de haber conocido todos los elementos del tipo objetivo, especialmente, que estaba utilizando una información privilegiada, debiendo, por tanto, haber conocido el carácter de privilegiada que tenía la información que poseía y haber actuado en razón de ello[28].

Constatando las dudas que a este respecto puede generar la redacción del artículo 60 e) LMV, en doctrina se ha señalado que *"al exigir adicionalmente un "uso deliberado" de la información, la ley introduce ambigüedades interpretativas, pues quien realiza una operación respecto de valores sobre los cuales tiene una información no puede sino decirse que ha "usado" esa información, a menos que por "uso" se entienda algo más, que probablemente se encuentra en el plano subjetivo, plano en el cual, además, debe dilucidarse el sentido del adverbio "deliberadamente". Desde luego puede tratarse de una torpe -por superflua- reiteración de la exigencia general de dolo, pero es altamente posible que se vea en ello una injustificada restricción al dolo directo o, peor aún, la exigencia de un determinado ánimo especial del agente, de contenido ciertamente misterioso. En ambos casos se hipotecan gravemente las posibilidades de aplicación práctica de la norma"*[29].

3. Hechos sobre los cuales versó el juicio oral

Los hechos que fueron materia de la acusación fiscal, así como de la acusación particular y demanda civil presentadas, fueron los siguientes:

Hecho N°1:

Con fecha 22 de junio de 2005, fue informada a la Superintendencia de Valores y Seguros, a las Bolsas de Comercio del país y, a través de ellas, al mercado en general, la compra por parte del imputado Jacobo Kravetz Miranda, a través de la Empresa K. S.A., de la cual aquél era accionista mayoritario y controlador, de un total de 300 millones de acciones de Schwager S.A., las cuales adquirió a razón de $8 cada una, de parte de empresas Inversiones Gama S.A., Inversiones Abacanto S.A., y María Elena Inversiones S.A.; todas las cuales eran sociedad relacionadas a Schwager S.A.

Posteriormente, con fecha 30 de junio de 2005, y utilizando esta vez como canal de difusión la Bolsa de Comercio de Santiago, Schwager S.A. hace

28 ROSAS OLIVA, ob. cit.

29 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Artículo *"Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile"*, Revista Persona y Sociedad, Vol. XIX N°1, Santiago 2005, pp. 101 – 134, Universidad Alberto Hurtado.

llegar una declaración de prensa, referida a la compra de acciones realizada por "K.S.A.", precisando que el controlador de la adquirente era el imputado Jacobo Kravetz Miranda, e informando que este último *"ha liderado gran parte de las investigaciones que ha desarrollado la empresa, en el área medioambiental y de Bonos de Carbono*". Agrega la comunicación que, de ese modo, la participación de Kravetz alcanza cerca de un 20% en el capital social, lo que profundiza su vínculo con la sociedad. El acceso al 20 % de las acciones de Schwager S.A., en los mismos términos del comunicado de prensa, es recogido por la prensa especializada a contar del 1 de julio de 2005. Sin embargo, en la referida comunicación, se omitió señalar aspectos relevantes relativos a la naturaleza y alcance del contrato, tales como que las acciones quedaron en prenda y que el pago no se efectuó de manera contado normal, como es lo habitual en este tipo de operaciones, siendo de tal forma parcial la información entregada al mercado. A mayor abundamiento, en definitiva este contrato no fue cumplido en su integridad, ya que el precio de las acciones nunca se pagó, siendo luego resciliado entre febrero y marzo de 2006.

El día 29 de junio de 2005, ENAP, representada por su Gerente de Planeamiento y Gestión don Guillermo del Valle de la Cruz, y Schwager S.A., representada por su Gerente General don Jacobo Kravetz Miranda, y por su Presidente don Francisco Zegers Domínguez, suscriben un Memorándum de Acuerdo (MDA) cuyo objeto es, en conformidad a su tenor literal, el siguiente: *"Las Partes acuerdan desarrollar actividades conjuntas con el objetivo de estudiar el comportamiento del aditivo CHISS y asimismo acuerdan, en caso que se comprobare la mejora de eficiencia en los motores con retornos económicos adecuados, convenir un plan de negocios conjunto, de aplicación nacional e internacional"*.

En la misma fecha, mediante presentación suscrita por Jacobo Kravetz Miranda en su calidad de Gerente General de Schwager S.A., la mencionada empresa comunica como HECHO ESENCIAL a la SVS, la suscripción del referido MDA con ENAP indicando que: *"En dicho documento ambas partes acuerdan, en síntesis, desarrollar actividades conjuntas con el objetivo de estudiar el comportamiento del aditivo Chiss como también convenir un plan de negocios conjuntos, de aplicación nacional e internacional"*, omitiéndose así señalar la condición a que estaba sujeto el plan de negocios conjunto, consistente, por un lado, en que se debía comprobar la mejora de eficiencia en los motores, y por otro, que los retornos económicos fueran adecuados.

Con arreglo al procedimiento establecido por la SVS, con fecha 29 de junio de 2005, dicha comunicación aparece en su sitio internet, www.svs.cl, y es difundida a las Bolsas de Valores y demás operadores por esa entidad, siendo así conocido por el Mercado.

Con fecha 30 de junio de 2006, mediante dos presentaciones intituladas COMPLEMENTO DE HECHO ESENCIAL, la empresa Schwager S.A., a través de su gerente general el imputado Jacobo Kravetz Miranda, hace llegar

a la Superintendencia de Valores y Seguros y, a través de esta entidad reguladora, al mercado, el texto del MDA y de la Carta Oferta referida al precio del aditivo Chiss a ENAP para futuras comercializaciones.

El mismo día 30 de junio, y en respuesta a solicitud planteada por la Bolsa de Comercio de Santiago, a las 13:28 horas, Jacobo Kravetz Miranda informa que el valor por litro de Chiss petróleo a ENAP es de 9 dólares más IVA, agregando: *"que el laboratorio para la fabricación de dicho aditivo, se encuentra completamente operativo y tiene una capacidad inicial en un turno de 20 mil litros día"*, en circunstancias que a esa fecha, la planta piloto se encontraba en una etapa de implementación, y que, con posterioridad, la planta tampoco alcanzó una capacidad de producción ni siquiera cercana a la indicada por Kravetz.

Por otra parte, a esa época, Schwager S.A. carecía además de titularidad sobre el aditivo Chiss, por cuanto sólo con fecha 28 de julio de 2005 se celebró entre Aníbal Severino Rodríguez y Eduardo Marambio Dennett, por una parte y K.S.A. por la otra, un Contrato de Promesa de Cesión de la Solicitud de Patente de Invención del Chiss, cediendo K.S.A. dicha solicitud a Schwager S.A. sólo el 13 de septiembre de 2005, fecha en que K.S.A. transfiere la marca comercial Chiss a Schwager S.A.

Tras el anuncio del MDA con ENAP y su información complementaria, el precio de la acción de Schwager S.A., se incrementó en un 146%, pasando de un promedio de cotización de $8.2.- los dos meses anteriores, a un precio de $20,63.- en los dos meses posteriores, aumentando asimismo los volúmenes transados, aproximadamente en un 500%. En efecto, el día hábil bursátil siguiente al del anuncio del MDA, el precio de la acción de Schwager, aumenta en un 25%; igualmente, a partir de ese momento, los volúmenes transados que bordeaban los $300 millones por día, se elevan hasta un punto culmine de $2.500 millones el día 1 de julio y la acción llega a un precio de cierre máximo de $25,29.- el 21 de julio de 2005, en circunstancias que para el período anterior al del anuncio del MDA (concretamente, entre el 31 de mayo y 24 de junio de 2005), el precio de la acción de Schwager S.A., se mostró casi plano, transándose a un promedio de $9.15.-

Lo anterior, da cuenta de la valoración positiva que hizo el mercado de la suscripción del MDA.

Hecho N°2:

Desde su ingreso a la compañía y hasta la suscripción del MDA, Kravetz Miranda mantenía un comportamiento más o menos regular de compra y venta de acciones de Schwager; así, durante el año 2005, adquirió mediante suscripción de acciones por aumento de capital, papeles de Schwager S.A.

a un valor de $1 por acción. Sin embargo, pese a este patrón de compras y ventas, una vez hecho público el acuerdo con ENAP, y la adquisición del 8% aproximado de las acciones por parte de K.S.A., Kravetz cesa en la venta de títulos.

Con fecha 12 de agosto de 2005, mediante carta suscrita por el imputado Jacobo Kravetz Miranda, dirigida a Guillermo Del Valle, Gerente de Planeamiento y Gestión de ENAP, Schwager S.A. pone término unilateral al MDA, sin que durante el lapso de su vigencia se ejecutara ninguna acción útil por parte de Schwager S.A. en orden a darle efectiva aplicación y haciendo caso omiso de la propuesta de trabajo que dos días antes, esto es, el día 10 de agosto de 2005, ENAP remitiera a la empresa para los efectos desarrollar estudios sobre el Chiss.

La rescisión del MDA, hecho igualmente ESENCIAL, dado su vínculo con la suscripción del referido acuerdo, no fue sin embargo informado por Kravetz Miranda ni a la Superintendencia ni al mercado.

En este contexto, en el período inmediatamente posterior, y específicamente en el día hábil bursátil siguiente, vale decir el 16 de agosto de 2005, Jacobo Kravetz Miranda retoma la venta sistemática de sus acciones, vendiendo entre esa fecha y el 31 de agosto del mismo año cerca de 20 millones de acciones por un monto de $416.210.000.-

Recién el 8 de noviembre de 2005, la Superintendencia de Valores y Seguros realiza una consulta a ENAP, imponiéndose por ese canal del término anticipado del MDA, lo cual lleva al ente contralor a suspender la transacción de la acción.

Así, desde el desahucio del MDA y hasta la fecha en que éste se hizo público, Jacobo Kravetz Miranda vendió, a un precio que osciló entre $22,1 y $13,8, un total de 37.959.250 acciones, obteniendo con ello ingresos por $691.155.600. De la misma forma y durante ese mismo período, por instrucciones de Kravetz Miranda en su calidad de Gerente General, Schwager S.A. vende 35.822.269 acciones de primera emisión de la empresa por un monto total de $711.482.145.

El mismo día que la Superintendencia hace público el término del MDA, la acción de Schwager S.A. registró un descenso inmediato en su precio, equivalente a un 23,8 % aproximado con relación al precio de cierre de la jornada anterior, permaneciendo suspendida la transacción de la misma entre el 9 de noviembre de 2005 y el 6 de diciembre del mismo año, para ser retomada su cotización a un precio que se mantuvo en torno a los $4.

4. Razonamientos expuestos en el fallo para los efectos de entender configurados los tipos penales en comento

4.1. En cuanto a la configuración del delito de manipulación bursátil

De lo expuesto por los sentenciadores en el considerando DÉCIMO TERCERO de la sentencia en análisis, puede apreciarse, en primer término, que en un esfuerzo por contextualizar desde el punto de vista ontológico los atentados contra el Mercado de Valores a que aludiría el inciso segundo del artículo 53 LMV, y que resultan penalmente sancionables mediante la figura del artículo 59 letra e) de la misma ley, el tribunal invoca una serie de conceptos que tradicionalmente han sido identificados por la doctrina como los bienes jurídicos susceptibles de entenderse protegidos o amparados por los distintos ilícitos contemplados en la Ley N°18.045.

En efecto, refiriéndose a la figura en comento, el tribunal señala que *"Siendo el mercado bursátil sensible a las variaciones más increíbles, ha considerado el legislador, proteger la buena fe y lealtad en las transacciones, para así dar una mayor transparencia al mismo, y con tal fin y con el objeto de salvaguardar la simetría de la información entre los operadores del mismo y con ello la sanidad de la economía en general, es que ha instituido la aplicación de sanciones y las consiguientes responsabilidades penales para quienes afecten el bien jurídico de trasparencia del mercado y la credibilidad del mismo y con ello el orden público económico del país"*.

De esta suerte, los sentenciadores estiman que mediante la figura de manipulación bursátil se buscaría proteger tanto la buena fe y la lealtad en las transacciones que se realizan en el mercado como la transparencia del mismo, así como la igualdad de acceso a la información entre los operadores y, en definitiva, el orden público económico.

Si bien efectivamente la doctrina no ha sido particularmente clara a este respecto, señalando de manera genérica, que tratándose de este tipo de delitos el bien jurídico tutelado sería el recto funcionamiento del Mercado de Valores[30], la libre y limpia competencia[31], la debida transparencia del mercado, la libertad e igualdad de oportunidades dentro del sistema de economía social de mercado[32], entre otros, creemos que el fallo se equivoca al señalar como bien jurídico protegido en el caso del delito de manipulación bursátil, la *igualdad de acceso a la información entre los competidores*, en la medida que sancionándose mediante dicha figura, el *adulterar, usar mal u ocultar la información técnica*

30 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal: parte especial*. 15ª edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

31 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Artículo "*Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico*", Gaceta Jurídica N°132, p. 7.

32 ONFRAY, ob. cit.; PFEFFER, ob. cit.; UNDURRAGA, José Miguel, Artículo *"Fundamentos de la prohibición del uso de información privilegiada en Chile: una visión crítica"*, Revista Chilena de Derecho, Vol.31 N°3, 2004, pp. 436-463.

disponible, engañando a los centros de información financiera y bursátil y con ello también al público y propietarios de valores acerca de hechos que tienen incidencia en los precios de los mismos valores a ser transados, el bien jurídico que resulta aquí lesionado, no es la igualdad de acceso a esa información técnica, sino que, como se dijo en su minuto, la alteración de las condiciones de *libertad e igualdad* del mercado (lesividad marcadamente formal), además de la confianza en el funcionamiento del mismo, así como las condiciones de *inteligencia* del mercado, esto es, la eficiencia en la colocación o asignación de los recursos como una ulterior lesión de la funcionalidad del mercado (dimensión *sustancial* de la manipulación como *desviación* en cuanto *turbadora)*[33].

Y ello, por cuanto las figuras mediante las cuales el legislador habría buscado amparar la debida simetría que debe existir en el acceso y posesión de información de relevancia entre los distintos operadores del mercado, o la igualdad de oportunidades en el acceso a ella, serían los denominados tipos de uso, o más bien, de abuso de información privilegiada[34][35], aun cuando algunos autores señalen que en principio sea irrelevante la asimetría de información salvo cuando la ley ha impuesto deberes especiales sobre aquellos que cuentan con más información que otros [36] y otros entiendan que mediante tales figuras se protegen también bienes jurídicos como la confianza en el buen funcionamiento del mercado[37] y el adecuado o buen funcionamiento del mercado en sí[38].

Continuando con el análisis del fallo, resulta interesante destacar además, la forma en que los sentenciadores resumen las conductas que constituirían, en su propias palabras, el *conjunto de maniobras artificiosas, engañosas y fraudulentas* requeridas por el tipo penal, al señalar en el mismo considerando antes aludido, que el imputado, *"luego de adquirir una gran cantidad de acciones de Schwager S.A. e incidir con ello directamente en el valor de la acción dentro del mercado, rescilió dicha transacción por falta de pago, pese a que se informó que el precio se había*

33 LONDOÑO, ob. cit. p. 153.

34 ONFRAY, ob. cit. En el mismo sentido PFEFFER, ob. cit.

35 En este mismo sentido, fallo de casación pronunciado por la Excma. Corte Suprema con fecha 26 de julio de 2007, Ingreso Rol N°3364-2006, en caso Elesur con SVS: *"Carece de toda lógica lo aseverado por el recurrente en cuanto a que para estar frente a información privilegiada se requiere necesariamente que quien la obtenga sea un tercero, desde que lo que se protege con nuestra normativa legal, no es el derecho a la información, sino el derecho de los distintos operadores a intervenir en el mercado teniendo un acceso igualitario a la información en base a la cual adoptan sus decisiones"*.

36 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Artículo *"Algunos problemas del delito de uso de información privilegiada"*, Cuadernos de extensión jurídica N°19, 2010, Universidad de Los Andes.

37 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Artículo *"El abuso de información privilegiada"*, Libro Derecho Penal Económico, BACIGALUPO, Enrique, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 461.

38 HERNÁNDEZ, ob. cit.

pagado al contado. A su turno, la Compañía celebró con ENAP un memorándum de acuerdo, según el cual se convino la realización de estudios del aditivo Chiss en los términos referidos y cuya divulgación al mercado hizo subir desmesuradamente el valor de las acciones de Schwager S.A., en circunstancias que a la fecha de celebración del acuerdo Jacobo Kravetz no tenía la titularidad de la propiedad del aditivo Chiss; la planta implementada para su fabricación, carecía de la capacidad suficiente para producir el aditivo en los términos prometidos, todo lo cual, vino a culminar con el desahucio unilateral del MDA por parte de Jacobo Kravetz, precisamente cuando la ENAP le pidió cunetas acerca de las acciones realizadas para cumplir el acuerdo mencionado".

De esta forma, y recordando la clasificación que en su minuto se refirió a propósito de las tipologías más comunes a través de las cuales se suele producir la manipulación bursátil, de los hechos expuestos en el fallo es posible apreciar que si bien, desde una perspectiva general, tal como también lo señalan los sentenciadores, "*se provocó con engaño la compra de acciones en los usuarios a raíz de informaciones falsas, engañosas y tendenciosas, que llevaron a elevar el precio artificialmente, con lo cual queda comprobado que se cometió el delito descrito precedentemente",* en lo concreto, a partir de los hechos referidos en la sentencia, puede también reconocerse en este caso la presencia de cada una de dichas tipologías, en la medida que la referida manipulación no sólo se habría logrado mediante negociaciones u órdenes de negociación (reales o simuladas) realizadas en un mercado relevante *(trade-based manipulations)*, es decir, mediante la compra que el imputado realizó para K.S.A. de un importante paquete accionario de Schwager S.A., sino que, además, mediante la difusión de informaciones falsas (*information-based manipulations)* que en este caso consistieron en informar al mercado que el precio de dicha operación se había pagado al contado y en omitir informar el término unilateral del MDA, y también mediante comportamientos humanos engañosos ejecutados en un contexto externo al mercado (*action-based manipulations)*, como habría sido en este caso, el celebrar e informar al mercado de la suscripción del MDA con ENAP y su contenido, en circunstancias que carecía de la titularidad sobre el privilegio industrial asociado al aditivo sobre el que aquél versaba y de la capacidad para producir dicho aditivo en los volúmenes de que daba cuenta el acuerdo, sin perjuicio de que estas conductas pudieran considerarse también como expresiones de la segunda tipología.

Por último, en lo que se refiere a la forma en que la sentencia en análisis dio por configurado el delito de manipulación bursátil, resulta interesante destacar también, que para dichos efectos, el tribunal desestimó la argumentación planteada por la defensa en orden a que los hechos antes referidos fueran calificados a título de la figura preceptuada en el artículo 61 LMV[39] vigente a la época de

39 Mediante la modificación introducida a la Ley N°18.045 por la Ley N°20.382 del año 2009, el texto del artículo 61 quedó conformado por dos incisos, en la forma que sigue: Artículo 61. *"El que con el objeto de inducir a error en el mercado de valores difunda informa-*

los hechos (y por tanto, sancionados con una menor pena), esto es, a título del delito por medio del cual se castigaba a *"Las personas que con el objeto de inducir a error en el mercado difundieren noticias falsas o tendenciosas, aún cuando no persiguieren con ello obtener ventajas o beneficios para sí o para terceros…"*, señalando para ello en primer término, *"que la naturaleza de los hechos se ajustan más al tipo penal asentado, por ser más preciso y encuadrarse de mejor manera -sin forzamientos jurídicos- en los presupuestos fácticos que se confirmaron. Así pues, el artículo 53 en su inciso final de la mentada ley, habla de "efectuar transacciones"-recordar la venta de 300 millones de acciones- "o inducir a la compra y venta de acciones"-se produjo un alza de compras de acciones fuera de lo común de una empresa que se encontraba casi en proceso de quiebra, y del consiguiente aumento del valor de las mismas, en los términos que se fijaron en la valoración de la prueba y fijación de los hechos acreditados-, de tal manera que el tipo penal que se estableció como concurrente en la especie, es más comprensivo desde la óptica de los hechos que se imputan"*.

Precisando este argumento, el fallo continúa señalando que *"A mayor abundamiento, el artículo 61 de la mentada ley, solo se refiere a manipulación informativa (excluyendo otros tipos de conductas), a diferencia de la figura del artículo 59 letra e) en relación con el 53 inciso final, que también y por su propia redacción habla de "cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento", conductas que a no dudar se enmarcan dentro de los medios utilizados por el acusado, según ya se describió precedentemente"*, interpretación que nos parece del todo correcta y que resulta por lo demás validada en el caso concreto, en la medida que si se hubiera estimado que los hechos antes relatados configuraban el delito del antiguo artículo 61 y no el del artículo 59 e) en relación con el inciso segundo del artículo 53 de la LMV, el disvalor de la conducta del imputado consistente en la adquisición de un enorme paquete accionario de Schwager S.A. con el claro objeto de influir al alza en el valor de cotización de las mismas acciones induciendo al explosivo aumento de su volumen de transacción, habría quedado sin sanción alguna.

Discrepamos, sin embargo, del argumento que a continuación invocan los sentenciadores, para los efectos de fundamentar la configuración del tipo de manipulación bursátil por sobre el de difusión de información falsa o tendenciosa al mercado, esto es, que "*Además, el artículo 61 habla de inducir a error al mercado, aunque no se sufra perjuicio económico, y en el caso sub lite, efectivamente se provocó perjuicio y se buscó aquel, con el afán de producir una propia ganancia*", ya que, por un lado, el texto del artículo 61 no hacía referencia alguna a la presencia o ausencia de un perjuicio en la estructura del tipo que preveía, ni a sus efectos, y por otro, porque tal como se señaló al minuto de analizar brevemente la estructura del delito de manipulación bursátil, al contrario de lo que da a

ción falsa o tendenciosa, aun cuando no persiga con ello obtener ventajas o beneficios para si o terceros, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio". Inciso segundo: *"La pena señalada en el inciso precedente se aumentará en un grado, cuando la conducta descrita la realice el que en razón de su cargo, posición, actividad o relación, en la Superintendencia o en una entidad fiscalizada por ella, pudiera poseer o tener acceso a información privilegiada".*

entender el tribunal, aquél no requiere para su configuración de la producción de perjuicio alguno.

4.2. En cuanto a la configuración del delito de uso de información privilegiada

En el mismo considerando DÉCIMO TERCERO del fallo en comento, y haciendo referencia a los hechos que fueron descritos como "Hechos N°2", el tribunal declara que aquellos serían a su turno constitutivos *"del delito de Uso Indebido de Información Privilegiada, previsto y sancionado en el artículo 60 letra e) de la Ley de Mercado de Valores, en grado de consumado, toda vez que se cumplen los requisitos que la ley prevé para su configuración"*.

A continuación, intentando dilucidar la *ratio legis* de la norma citada, o bien, el bien jurídico protegido (no queda del todo claro), el fallo señala que *"el delito de uso indebido de información privilegiada, es una de las maneras como se ataca la información leal y fidedigna dentro del mercado bursátil y que forma parte de lo que la doctrina extranjera -más avanzada en cuanto a doctrina y jurisprudencia de tribunales- denomina Insider Trading y "que afecta la confiabilidad de todo el mercado y la confianza en el sistema es lo que sustenta, en gran parte, la estabilidad económica de un Estado." (Rodrigo Campos Graziani. Ob. Citada. Pag.53".)*, afirmación que aunque restrictiva, resulta correcta en el caso en análisis, en la medida que el imputado efectivamente poseía la calidad de *insider* o iniciado, al momento de cometer el delito.

Luego de revisar el texto de los artículos 60 e) y 164 LMV, y analizando la estructura típica del delito previsto en la primera norma y su configuración en la especie, los sentenciadores señalan en relación con los requisitos que debe reunir una información para que tenga el carácter de privilegiada, que *"se tomará como base el trabajo que sobre el tema efectúa el profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile, don Arturo Puga Prado, en su artículo para la Revista Chilena del Derecho. Volumen 30 N°2, páginas 237 a 269. Así pues, para toda información privilegiada debe ser: a) desconocida, esto es, que se refleje en los términos que emplea el ya referido artículo 164, en cuanto a que debe ser "no divulgada al mercado", situación que extrapolándola al caso sub lite, se cumple con la conducta asumida por el agente al no dar a conocer o no hacer pública el haber desahuciado el memorando de acuerdo con ENAP- cuestión esencial que debió informarse al mercado-, hecho del cual el público tomó conocimiento casi tres meses después de ocurrido; b) precisa y determinada, y no simples rumores, en los términos que exige ley:"referida a uno o varios emisores de valores o a sus negocios o a uno o varios valores de ella", en la especie, referida a la conducta del Gerente General del ente emisor, respecto a las ventas de sus acciones, luego de haber desahuciado el convenio con ENAP; c) la información debe referirse a emisores de valores o a sus acciones, esto es, las acciones Schwager, respecto a las cuales el emisor de valores, tiene una relación fiduciaria respecto de la empresa y porque no decirlo, respecto de sus accionistas, lo que se traiciona cuando, se*

venden acciones, en uso de la información privilegiada -el desahucio unilateral- que no ha sido divulgada, y d) debe ser apta, en el sentido de poder ser capaz de modificar o alterar el precio -en este caso alzarlo desmedidamente- o el curso del título de una manera apreciable. Fue apta la conducta para producir un empobrecimiento de los inversores a costa de una ganancia injusta del insider (en este caso Kravetz).

En relación con lo afirmado por el fallo a propósito del requisito sindicado bajo la letra c), en el sentido de que la información, para que sea privilegiada, debe referirse a emisores de valores o a sus acciones, teniendo el emisor una relación *fiduciaria* respecto de la empresa y de sus acciones, resulta importante aclarar que a lo menos en materia administrativa nuestra Corte Suprema[40] ha manifestado una opinión distinta, situación de la que da cuenta el profesor PFEFFER[41] al comentar el fallo de casación pronunciado por dicho tribunal en el año 2005 en el denominado caso "Parodi con SVS", señalando que la ley no exige una relación fiduciaria entre la fuente de la información y el sujeto que accede a ella, ya que el artículo 165 LMV nada dice en relación con ello, y que en consecuencia, los deberes de conducta indicados en dicha norma (básicamente abstenerse de usar información privilegiada) son exigibles a cualquier sujeto, aun cuando no se encuentre en esa relación fiduciaria, siempre que hubiere accedido al conocimiento de dicha información por alguna de las vías que menciona el artículo, por cuanto dicho acceso lo dejaría en una situación de privilegio que le impone la obligación de no operar con tal información, agregando, a modo conclusivo, que toda persona, sea natural o jurídica (tenga o no relación fiduciaria con la fuente de la información) que en razón del cargo, posición, actividad o relación acceda al conocimiento de información privilegiada, queda obligada a cumplir los deberes de conducta que el artículo 165 LMV le impone. En el mismo sentido se manifiesta el profesor BASCUÑÁN[42], cuando señala, en contra de los partidarios de liberalizar el *insider trading*, que dicha tendencia se centra en la información generada por el emisor, sobre la cual se considera que éste tiene una suerte de derecho de propiedad, lo que haría del *insider trading* no autorizado por el emisor, un caso de abuso fiduciario, resultando incongruente sostener la idea de un derecho de exclusividad del emisor sobre la información por él generada, con la existencia de los deberes legales de divulgación que pesan sobre los emisores de valores de oferta pública, y por tanto, inverosímil la conceptualización del *insider trading* como un abuso de una relación fiduciaria.

En cuanto a la aplicación de la presunción de tenencia de información privilegiada respecto del imputado, el fallo se limita a señalar que "*Opera en tal sentido y de forma precisa la presunción legal del artículo 166 letra a) de la ley 18.045, al suponer que tiene acceso a la información privilegiada el Gerente de la empresa*", dando a entender que resultaría aplicable dicha presunción en la medida que

40 Fallo Excma. Corte Suprema, de 27 de octubre de 2005, Ingreso Rol N°4930-2004.

41 PFEFFER, ob. cit.

42 BASCUÑÁN, ob. cit.

se habría acreditado en el juicio que el imputado usó deliberadamente la información que poseía para lucrarse, y que no podía sino conocer, atendido su cargo, que debía dar a conocer a lo menos al órgano fiscalizador del término del acuerdo con ENAP, o saber que al vender sus acciones antes que se hiciera público el hecho esencial, obtendría una ganancia ilícita en perjuicio de los accionistas de la empresa.

En relación con ello, y aun considerado lo señalado por parte de nuestra doctrina en relación con la interpretación que debía hacerse del texto del artículo 166 vigente a la época de los hechos, en el sentido de que la presunción establecida en su inciso primero era una presunción de posesión por parte de *insiders* primarios, respecto de quienes no se requería otro antecedente que la detentación de esa calidad personal, a diferencia de lo que habría ocurrido con la presunción del inciso tercero en relación con los *insiders* secundarios y *outsiders*, en que además de la detentación de una calidad personal, se requería la acreditación de una posibilidad directa de entrar en posesión de la información[43]; nos parece que el tribunal, asilándose en este tipo de interpretaciones, no sólo fundamentó de forma insuficiente e incorrecta la procedencia de la aplicación de esta presunción, al remitirse para ello tanto a los antecedentes que permitieron acreditar el actuar doloso del imputado como a aquellos que habrían permitido constatar la existencia de un aparente ánimo de lucro con el cual aquél habría obrado, sino que, además, omitió exponer la forma en que se habría constatado la efectiva utilización de la información privilegiada por parte del imputado, más allá de la tenencia que en este caso correspondía presumir.

En cuanto a la concurrencia del dolo, la sentencia señala que *"el imputado, sin lugar a dudas, usó deliberadamente -con dolo directo- la información esencial que poseía",* empleando sin embargo a continuación, para los efectos de fundamentar esta afirmación, expresiones que la doctrina identifica tradicionalmente con el dolo eventual[44], señalando que el imputado *no podía si no conocer,* atendido su cargo de Gerente General de Schwager S.A. lo irregular de su conducta, así como la obligación que tenía de informar ciertos hechos a la SVS y que *Tampoco podía ignorar,* el efecto que generaría la venta de sus acciones.

Más allá de la incongruencia mencionada, nos parece importante recordar acá lo que se señaló a propósito del análisis del tipo subjetivo del delito de uso de información privilegiada, advirtiendo lo peligroso que puede ser identificar el uso *deliberado* de la información sancionada por el tipo, con la exigencia de un dolo directo, en el sentido de que con ello, como lo afirma el profesor

43 BASCUÑÁN, ob. cit.

44 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, "Lecciones de Derecho penal Chileno Parte Especial", Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago 2007, p. 384, a propósito del delito de receptación.

HERNÁNDEZ, *se hipotecan gravemente las posibilidades de aplicación práctica de la norma*.

Finalmente, nos parece destacable la referencia que efectúa el fallo a la doctrina comparada, cuando señala a modo de conclusión al término del considerando DÉCIMO TERCERO que hemos comentado, que *"en la especie, y con la concurrencia de la comisión de los dos delitos que se han dado por establecidos, concurrió la figura doctrinaria norteamericana de la burbuja, llamada "Pump and Dump", ("inflar y dejar caer") por reunirse los requisitos que respecto de ella se han formulado y que son a saber, la realización de la conducta delictiva en tres etapas como ha quedado de manifiesto en este fallo: a) primero, que una persona compre acciones de una sociedad que tenga características especiales, baja cotización bursátil y no seguida por inversionistas institucionales, y que trabaje sobre mercados no conocidos (Schwager S.A); en segundo lugar, la divulgación de noticias o rumores, sobre estas acciones (el mercado bursátil chileno acusó recibo de tal noticia, por varios medios, en especial aquellos de prensa escrita en sus secciones especializadas); y como tercera etapa, vender las acciones, capitalizarlas, con el efecto que las personas que compraron, perdieron su dinero (aspectos que fueron acreditados probatoriamente en juicio). En consecuencia, estos elementos circunstanciales fueron coincidentes con los hechos ya descritos que sirvieron de sustrato fáctico a los dos ilícitos que se tuvieron por acreditados y que fueron objeto de reproche penal"*.

UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

EL DELITO DE FEMICIDIO EN CHILE

María José Taladriz Eguiluz[1] *y Roberto Rodríguez Manríquez* [2]

La reciente publicación de la Ley N°20.480 que tipifica el delito de femicidio[3], es un hito en la legislación penal de Chile que motiva en este artículo a reflexionar y presentar una serie de consideraciones jurídicas, sociológicas y antropológicas que permitan despejar dudas y mitos en torno a un fenómeno que tiene repercusiones globales y que se ha visibilizado en nuestro país, desde principios de los noventa[4].

Sobre la definición de femicidio, antes de analizar el tipo penal, se abordarán los orígenes políticos y sociológicos del concepto, así como también, sus clasificaciones, para comprender el real alcance de éste en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, resulta importante también ilustrar sobre el impacto estadístico de las muertes de mujeres ocurridas en contexto de pareja en nuestro país durante los últimos años. Asimismo, desde una perspectiva cualitativa, es fundamental analizar diversos datos asociados al fenómeno del femicidio y las implicancias que tiene para la persecución penal, especialmente la protección de las víctimas que denuncian violencia intrafamiliar.

I. Marco conceptual: femicidio y feminicidio

Antes de referirnos a los conceptos de femicidio y feminicidio, consideramos pertinente precisar en qué tipo de violencia se enmarca el fenómeno.

Al respecto, es necesario diferenciar el concepto de violencia de pareja del de violencia intrafamiliar, debido a que ésta última es más amplia y comprende diferentes tipos de violencia que ocurren al interior de una familia, como pueden ser: el maltrato infantil, hacia ancianos o discapacitados. En estricto rigor, lo que une a estas definiciones es su concepción de violencia, en la que se des-

1 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Trabajador Social de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 Fecha de publicación en el Diario Oficial, el 18 de diciembre de 2010.

4 TOLEDO, P. "Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes", en *Tipificación del Femicidio en Chile*. Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual. Editorial Andros, Santiago de Chile, 2009, p. 13.

taca que una persona que se impone por la fuerza tiene mayor poder que la otra y utiliza la violencia como un instrumento para dominarla[5].

A su vez, el término violencia de pareja[6] hace referencia a una relación íntima, ya sea conyugal, de convivencia, noviazgo u otras afines que puede llevar a equívocos si se le utiliza como homólogo de violencia de género. Este último es un concepto más amplio, que incluye al de violencia de pareja.

La violencia de género hace referencia a un tipo de violencia que se produce con el objetivo exclusivo de dominar a la mujer en diferentes ámbitos sociales como son la familia o la comunidad en general. Es en esta clase de violencia en la que se enmarca el concepto de femicidio[7].

Es precisamente la direccionalidad de género, que se explica por la estructura social masculina que coloca a las mujeres en una posición de inferioridad en relación a los hombres, la que obliga a una mirada especial. Por ello, no es casual que las mujeres mueran en manos de quienes son o han sido sus compañeros sentimentales, y no suceda lo mismo a la inversa, o que mujeres sean asesinadas luego de haber sido violadas. A esto hace referencia la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belém do Pará– cuando señala como origen de esta violencia a *"las relaciones históricamente desiguales de poder entre mujeres y hombres"*[8].

Teniendo presente lo anteriormente señalado, no todo homicidio de una mujer cometido por un hombre es un femicidio, por cuanto, no siempre la causa está relacionada con el ejercicio del control y poder de un hombre sobre una mujer. En este sentido, en delitos como los homicidios por robo, el hecho de que la víctima sea hombre o mujer, resulta indiferente y no se relaciona con la exis-

5 QUINTEROS, A. y CARVAJOSA, P. *Hombres maltratadores*. Editorial Grupo 5, Madrid, España, 2008, p. 58.

6 La violencia de pareja ha sido conceptualizada como un patrón repetitivo de maltrato por parte de la pareja masculina hacia la mujer, caracterizado por una serie de conductas coercitivas que pueden incluir: a) violencia física: empujones, golpes, heridas con arma de fuego o arma blanca; b) violencia emocional: intimidación, humillaciones verbales, amenaza de violencia física; c) violencia sexual: forzar física o emocionalmente a la mujer a la relación sexual; d) violencia económica: ejercicio del control a través del dinero (Ver VALDEZ-SANTIAGO, R. et al. Escala de violencia e índice de severidad. Publicado en: Salud Pública de México, Vól. 48, 2006, p. 3).

7 No obstante, algunos autores incluyen en el concepto, las muertes de mujeres ocasionadas por sus parejas homosexuales. Ver TOLEDO P., La Controversial tipificación del femicidio/feminicidio. Algunas consideraciones penales y de derechos humanos., pp. 5-6. http://www.ujed.mx/ovsyg/documentos/Biblio%20-%20Tipificacion.pdf.

8 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, del 9 de junio de 1994, y publicada en el Diario Oficial de 11 de noviembre de 1998. En el mismo sentido, la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de la ONU, establece que la violencia es un mecanismo empleado para mantener la posición de discriminación de las mujeres.

tencia de una relación de subordinación y sometimiento sobre la mujer. De ahí que se señale que *"…en el femicidio el factor de riesgo es ser mujer*[9]*"*.

En relación a los orígenes del concepto femicidio, éstos se remontan a la segunda mitad del Siglo XX, época en que las mujeres organizadas de diferentes países comenzaron a visibilizar la violencia contra las mujeres[10], como el maltrato de parte de la pareja o la violación sexual. Sin embargo, el término en sí, es de uso reciente en América Latina, siendo utilizado por primera vez, por Diana Russell en 1976, en el ***Tribunal Internacional de Crímenes Contra la Mujer***, de Bruselas. En 1990 Russel junto a Jean Caputi lo definen como "el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres"[11], mientras que en el año 1992, junto con Jill Radford, lo define como "el asesinato misógino de mujeres por hombres"[12].

Se distinguen las siguientes categorías de femicidio: *femicidio íntimo*: se hace referencia a él, cuando las mujeres tenían una relación de pareja con alguien de sexo masculino, o una relación familiar; *femicidio no íntimo*, comprende las muertes ocasionadas por desconocidos, salvo aquellas muertes de mujeres que ocurren en la línea de fuego, llamados *femicidio por conexión*. En estos últimos se incluyen situaciones como las del hombre que en el intento de agredir o matar a una mujer causa la muerte de otra.

Por su parte, el concepto de *Feminicidio* surge a mediados de los años 90 en México, para analizar las muertes de mujeres en Ciudad Juárez. La antropóloga Marcela Lagarde[13] construye el concepto al incorporar la *impunidad* al femicidio, lo que dice relación con la respuesta de Estado frente al fenómeno. Así, cuando un femicidio queda en la impunidad, estamos en presencia de un feminicidio.

Cabe señalar, que tanto el concepto de femicidio como el de feminicidio, tienen como común denominador el que exista una motivación de género en su acción, como ocurre en los casos de violencia sexual y homicidios seriales o

9 Apuntes del Curso ***INVESTIGACIÓN JUDICIAL Y VIOLENCIA FEMICIDA***, Escuela Práctica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Módulo 2: Femicidio: nivel operativo y jurídico. Impunidad, contexto y escenarios. Legislación en materia de femicidio, p. 10, 5ª edición.

10 Sobre la importancia de los medios de comunicación en la visibilización del fenómeno en BOLEA A., "En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. http://criminet.ugr.es/recpc09-02.pdf. Barcelona, España, 2007.

11 RUSSELL, D. y CAPUTI, J. *Femicide: Speaking the Unspeakable*. Ms. Magazine, Septiembre/Octubre, 1990, p. 34.

12 RUSSELL, D. y RADFORD, J. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York, Twayne Publishers, 1992, p. 3.

13 LAGARDE, M. Conferencia realizada en la Universidad de Oviedo, España. En http://bit.ly/emEfkV, de 12 de mayo de 2006.

masivos de mujeres. Es este común denominador, el que nos lleva a determinar el alcance y las consecuencias del nuevo inciso segundo del artículo 390 del Código Penal.

II. Femicidio y Ley N°20.480

1. Consideraciones previas

El fenómeno de la violencia intrafamiliar, su problemática y el deber de protección asumido por el Estado de Chile –a nivel nacional, mediante la entrada en vigencia de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar[14] y de la Ley N°19.968 que Crea Los Tribunales de Familia[15], y, a nivel internacional[16], mediante la ratificación por Chile en el año 1998 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para)– ha exigido a los actores del sistema penal una respuesta especializada en la materia. Sin embargo, se ha considerado necesario reforzar el estatuto de violencia intrafamiliar, con un enfoque de género, consagrando en nuestro ordenamiento penal, el *delito de femicidio*.

Así, el 18 de diciembre de 2010 se publicó la Ley N°20.480 que tipifica y sanciona el femicidio en nuestro país, introduciendo una serie de modificaciones al Código Penal, a la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y a la Ley N°19.968 que Crea Los Tribunales de Familia, que pretenden resguardar a las víctimas de violencia al interior de la familia, específicamente a las víctimas de violencia por parte de quien es o ha sido su cónyuge o conviviente.

Luego de años de discusión parlamentaria[17], se concretaron las modificaciones de los siguientes cuerpos legales: Código Penal (artículos 10 N°11, 361 N°2, 368 bis, 369, 390 y 489), Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar (artí-

14 Publicada en el Diario Oficial el 7 de octubre de 2005.

15 Publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

16 Además de la Convención de Belém Do Pará, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la Mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín de septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud, del año 1996, que declara la violencia como problema prioritario de salud pública; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género en 1999 y la Decisión N°803/2004/CE del Parlamento Europeo, que aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo.

17 La moción parlamentaria que inició el proceso de formación de la Ley N°20.480, se originó en la Cámara de Diputados, el 3 de abril de 2007 (Boletín N°4937-18 refundido con el Boletín N°5308-18).

culos 7, 9, 14 bis y 16) y Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia (artículo 90).

En consecuencia: a) Se modifica el artículo 390 del Código Penal que regula el delito de parricidio, tipificándose el delito de femicidio; b) Se elimina la excusa legal absolutoria del artículo 489 del Código Penal, cuando se trate del delito de daños entre cónyuges; c) En materia de delitos sexuales, se sustituye en la circunstancia segunda del artículo 361 del Código Penal: *"aproveche su incapacidad para oponer resistencia";* por *"aproveche su incapacidad para oponerse"*. Con respecto a las circunstancias agravantes especificas, se indica expresamente que procede la alevosía (se discutía al estar ésta limitada a delitos contra las personas, lo que no incluía los delitos contra la libertad sexual); y se crea la agravante de ser dos o más los autores del delito. Se amplía la regla para poner término al proceso por requerimiento del ofendido, bastando el requerimiento de éste –si hay vida en común– a menos que el juez por motivos fundados no lo acepte. Por último, se establece que se prescindirá de la autorización del agresor, para que la víctima salga del país, cuando esté llamado por ley a otorgarla; d) Se crea nueva eximente de responsabilidad penal, agregando un número 11 en el artículo 10 del Código Penal. De este modo, la Ley N°20.480 crea una suerte de estado de necesidad, con reglas especiales; e) Se introducen modificaciones a la Ley N°20.066 que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar: Se incorpora una presunción de riesgo inminente cuando el denunciado se oponga, de manera violenta, a aceptar el término de una relación afectiva. En materia de medidas accesorias, se amplía el plazo de vigencia a dos años, manteniéndose el mínimo de seis. Se establece la consideración del registro de condenas VIF de Tribunales de Familia, para evaluar la irreprochable conducta anterior del imputado; y f) Se introducen modificaciones a Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia: Se establece la obligación para los jueces de familia de adoptar medidas cautelares antes de derivar el caso a la fiscalía, estableciéndose que éstas deben mantenerse mientras el fiscal no solicite su modificación o cese. Si se promueve contienda de competencia, entre los distintos intervinientes, los jueces de familia podrán decretar medidas cautelares, manteniéndolas hasta que el conflicto no se resuelva[18].

2. Ley N°20.480 y delito de femicidio

En este apartado nos referiremos a las características del delito de femicidio en Chile, esto es, a la luz de la Ley N°20.480.

18 Se hace presente que antes de concluir la tramitación parlamentaria de la Ley N°20.480, con fecha 2 de noviembre de 2010, se despachó oficio al Tribunal Constitucional, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 3 del proyecto referido a las medidas cautelares decretadas por los Tribunales de Familia y su vigencia. El Tribunal Constitucional resolvió en el sentido de la norma, mediante sentencia de 18 de noviembre de 2010, Rol 1848-10-CPR.

El artículo 1° de la Ley N°20.480, en su numeral 6, modifica el artículo 390 del Código Penal[19] que regula el delito de parricidio en dos aspectos[20]. Primero, incluyendo como sujetos activo y pasivo, al ex conviviente y al ex cónyuge, sin establecer un límite temporal para invocar dicha calidad e incluirlo en el tipo penal[21], quedando en la misma categoría que el cónyuge y conviviente, quienes tuvieron esa calidad, antes de ocurridos los hechos.

Esta modificación pone fin a la discusión jurisprudencial en torno a la mantención de la calidad de convivientes respecto de quienes interrumpen la cohabitación y/o de quienes terminan la relación de convivencia por decisión unilateral, para determinar la existencia o no de convivencia actual, y en consecuencia, la concurrencia del delito de parricidio[22].

Cabe preguntarnos, si podrá tener alguna incidencia la existencia o no de hijos de esa relación o de hijos de la víctima con otro hombre. Creemos que, en la consideración a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, para efectos de determinar la cuantía de la pena, deberá necesariamente ponderarse este tipo de circunstancias, así como también tratándose de femicidios

19 El artículo 390 del Código Penal establecía: "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado".

20 El artículo 390 del Código Penal, modificado por la Ley N°20.480 establece: "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes *o* ***a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente****, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*
Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio".

21 Cabe señalar que en el primer trámite constitucional, la H. Cámara de Diputados reemplazó el artículo original, por otro, que considera tres incisos. El último de ellos establecía un límite temporal de tres años al cese del matrimonio y de la convivencia, *salvo que existan hijos comunes.* Sin embargo, el Senado, en el segundo trámite constitucional, reemplazó la modificación aprobada por la Cámara de Diputados, y propuso incorporar como inciso segundo al artículo 390 una norma similar, que restringe el uso de la voz "femicidio" sólo al caso en que la víctima *hubiese sido su cónyuge o conviviente*. En este trámite constitucional, el Senado propuso modificar el artículo 391 del Código Penal, proponiendo incorporar un numero 2°, nuevo, para sancionar con presidio mayor en sus grados medio a máximo el homicidio cuando la víctima ha sido cónyuge o conviviente del autor, salvo que el delito se cometa con alguna de las circunstancias del homicidio calificado que, como se ha señalado, se contemplan en el primer numeral del artículo 391 del Código Penal. Esta propuesta fue rechazada por la Cámara de Diputados en el tercer trámite constitucional (en Informe de la Comisión Mixta, pp. 4 y 5. Boletines N°4937-18 y N°5308-18).

22 Sobre esta discusión, ver sentencia de la ICA de Temuco, de 28 de marzo de 2008, Rol Ingreso Corte N°235-2008; Sentencia del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 30 de mayo de 2007; Sentencias del Tribunal Oral en lo Penal de Talca, de 30 de agosto de 2007; de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, de 10 de octubre de 2007, Rol Ingreso Corte N°517-2007, y del Tribunal de Juicio Oral de Talca, de 24 de junio de 2008.

frustrados, resultará necesario ponderar: la muerte del embrión, las marcas físicas de la víctima que dejan secuelas de por vida (quemaduras, pérdida de dentadura o del globo ocular), la provocación de lesiones que la incapaciten para el trabajo y/o para el cuidado personal de sus hijos, entre otros.

El segundo aspecto, dice relación con *la tipificación del delito de femicidio*, mediante la incorporación al referido artículo 390, de un nuevo inciso segundo que señala:

"Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio".

Teniendo presente el tenor literal de la disposición y la modificación introducida al inciso primero del referido artículo 390 del Código Penal, el femicidio al igual que el parricidio, es una figura agravada del homicidio.

Cabe precisar, que la tipificación del delito de femicidio es reciente en el derecho comparado[23], existiendo como tal sólo en Costa Rica y Guatemala.

Por su parte, respecto del parricidio, la tendencia en el derecho comparado -Alemania, Francia y España-, ha sido eliminarlo como tal, por considerarse que la existencia de un vínculo no permite justificar por sí solo la agravación de la pena[24]. En efecto, si al fundamento de la mayor penalidad del parricidio, *mutatis mutandi* para el femicidio, se le quisiera referir a una característica propia del injusto, esto es, a la conveniencia social de dispensar a la familia y a la institución matrimonial una más enérgica tutela, estos delitos pasarían a ser delitos pluriofensivos y no homicidios más reprochables[25]. Pero no parece que el segundo mal que se añade al atentado contra la vida, autorice una tan elevada penalidad[26]. Refuerza lo anterior, el hecho de considerarse sujetos activos y pasivos tanto del parricidio como del femicidio a quienes son convivientes, ex cónyuges o ex convivientes, lo que evidencia, que la mayor penalidad de estos delitos no dice relación con velar por la institución matrimonial, ni con la familia, salvo el caso de los convivientes, que fueron incorporados como sujetos de parricidio mediante la letra b) del artículo 21 de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

23 Sobre las soluciones alternativas a la vía punitiva en MAQUEDA M. "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico". *Revista para el análisis del delito*. www.indret.com., Barcelona, España, 2007.

24 POLITOFF, S.; MATUS, J.; RAMÍREZ, M.. *Lecciones de Derecho Penal Chileno: parte especial.* 1a. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 68.

25 BUSTOS, J.; GRISOLÍA, F.; POLITOFF, S. *Derecho Penal Chileno: parte especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2a. ed. Santiago, Chile: Ediciones Congreso, 2006, p. 117.

26 BUSTOS, J.; GRISOLÍA, F.; POLITOFF, S. *Ob Cit.*

Con la modificación introducida por la Ley N°20.480 al artículo 390 del Código Penal, el delito de parricidio estará contemplado en el inciso primero de la norma referida, mientras que el femicidio se encontrará regulado en el inciso segundo. Ahora bien, es necesario precisar que la Ley N°20.480 reformula con una visión de género el delito de parricidio, estableciendo una nueva nomenclatura de éste en los casos en que el sujeto pasivo reviste las características de ser o haber sido la cónyuge o la conviviente del autor. Por ello, es posible perseguir y sancionar como femicida sólo al *hombre* que mata a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente de sexo femenino. Consideramos importante relevar este punto, porque si bien la jurisprudencia ha reconocido la convivencia homosexual[27], podría pensarse que el alcance del femicidio se extiende a las convivencias lésbicas actuales y pasadas. Sin embargo, creemos que ello no es así, ya que el concepto de femicidio parte de una definición de violencia contra las mujeres que se basa en considerar como su causa la existencia de *relaciones desiguales de poder entre mujeres y hombres*, siendo el femicidio la forma extrema y mortal de esa violencia.

Ahora bien, deben tenerse presente eventuales problemas que pueden suscitarse en la aplicación del artículo 390, específicamente, en el marco de una relación homosexual lésbica, toda vez que el tenor literal de la norma se refiere a *la cónyuge o la conviviente de su autor*, dejando sin pronunciamiento expreso el hecho de matar a una conviviente en el contexto de una relación homosexual.

No obstante, al ser el femicidio la forma más extrema de la violencia de género, consideramos que las muertes entre quienes son o han sido convivientes lésbicas no constituyen femicidios. Si bien, pueden surgir dudas al respecto, por el hecho de que al ser convivientes o ex convivientes, se trata de violencia intrafamiliar, reiteramos que dicha violencia no es equivalente a la *violencia contra las mujeres*, inherente al concepto de femicidio.

Podemos cuestionarnos: ¿Qué pasa con los roles de género? ¿Será que el hecho de que una de ellas asuma un rol masculino dominante y la otra uno femenino las convierte en eventuales sujetos de femicidio? Las relaciones de poder no son roles: su carácter es estructural y central para mantener una sociedad sexista, y se trata de algo mucho más profundo que los roles, que son una de las tantas manifestaciones, de lo que de fondo actúa, las relaciones de poder.

La constante en la violencia contra la mujer -*violencia femicida*-, es que las relaciones de poder se definen sobre la diferencia sexual y no sobre los roles de género. Entonces, el que una mujer asuma actitudes masculinas no implica que tenga más poder y reconocimiento social que el resto.

Si bien, se señala que existen relaciones de poder entre mujeres lesbianas, y entre mujeres en general, éstas son de otro carácter y requieren ser entendidas

27 Ver sentencia se la ICA de La Serena, de 8 de enero de 2007, Rol Ingreso Corte N°373-2006.

en su especificidad. En las relaciones interpersonales se producen estas diferencias de poder que no siempre están asociadas a jerarquías sociales[28].

Dicho esto, no quiere decirse que esa mujer lesbiana no tiene derecho a la protección por parte del Estado. De hecho la tiene, ya que estos homicidios deberían sancionarse como *parricidios*.

En consecuencia, Chile adopta el concepto *de femicidio íntimo acotado*, toda vez que como ya se dijo, el femicidio íntimo se refiere a aquéllos homicidios ejecutados por hombres con los que las víctimas tenían una relación cercana, de pareja de sexo masculino o una relación familiar, y nuestro tipo penal lo limita sólo las relaciones actuales y pasadas de matrimonio y convivencia heterosexuales. De este modo, se excluyen como sujetos activos y pasivos de esta figura, a quienes mantienen una relación casual, de pololeo, de noviazgo, a los padres de un hijo en común –sin que haya habido matrimonio o convivencia–, a los amantes –salvo que esta última situación incluyera la existencia de una relación de convivencia paralela[29]– y a quienes mantienen o han mantenido una relación de convivencia lésbica.

En cuanto a la naturaleza jurídica del delito de femicidio, y teniendo presente la ubicación del nuevo tipo penal, en el primer artículo del Título VIII "Crímenes y Simples Delitos contra las Personas", del Libro II "Crímenes y Simples Delitos y sus Penas" del Código Penal; se trata de un delito cuyo bien jurídico protegido es la *vida humana independiente*.

Al igual que en el delito de parricidio, el femicidio, consiste en una figura agravada del homicidio, lo que trae como consecuencia, la imposibilidad de su comisión por omisión, por vulnerarse con ello, en concepto de la doctrina mayoritaria al pronunciarse sobre el delito de parricidio[30], *el principio del non bis in idem*, toda vez que se valoraría doblemente la circunstancia del parentesco, al constituir por una parte la posición de garante y por la otra, al calificar la muerte de una persona. No obstante, los autores *GARRIDO MONTT*[31] y *GRISOLÍA*[32] admiten la posibilidad de comisión por omisión en estos delitos, al señalar que el parentesco no es una circunstancia de agravación (en el parricidio), sino un elemento del tipo penal.

28 Por ejemplo, las personas tímidas no constituyen un estrato social, y sin embargo muchas veces, no siempre, esa timidez las coloca a merced de gente autoritaria en sus relaciones de pareja, laborales, de amistad, etc.

29 Sobre este punto, ver sentencia de la I CA de Temuco, de 28 de marzo de 2008, Rol Ingreso Corte N°235-2008.

30 POLITOFF, S.; MATUS, J.; RAMÍREZ, M. *Ob. Cit*., pp. 71 y 72., BUSTOS, J.; GRISOLÍA, F.; POLITOFF, S. ***Ob. Cit***., pp. 117 y 118, entre otros.

31 GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal: parte especial: Delitos contra la vida, delitos contra la integridad física y salud, delitos contra el honor, delitos contra el orden de la familia, delitos contra la honestidad*. 2a. ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición 2002, Tomo III, pp. 76 y 77.

32 BUSTOS, J.; GRISOLÍA, F.; POLITOFF, S. *Ob. Cit*., p. 118, nota al pié N°6.

GARRIDO MONTT señala que "Son cosas distintas, la obligación civil de actuar que tiene su origen en un contrato o en la relación parental –en lo cual no interviene la ley penal-, y el estado civil mismo como hecho verificable que conforma el elemento normativo del tipo, de modo que no hay violación del principio *non bis in idem* , porque la fuente de atribución de la muerte al agente incide en la violación del deber civil que tenía de actuar, y no el matrimonio, el parentesco o el contrato, de modo que no hay una *doble valoración penal* de una misma circunstancia. Por lo demás, el principio *non bis in idem* prohíbe una doble valoración de un hecho para impedir que, al mismo tiempo, sea considerado en distintos tipos penales que permitan un encuadramiento múltiple del hecho en normas o preceptos legales diversos, pero no para los efectos del análisis de los elementos de un solo tipo penal. Como bien señala Grisolía, en la especie resulta inescindible la calidad de pariente o cónyuge y la obligación civil que dicha calidad impone"[33]. Por su parte, *GRISOLÍA* sostiene que "si el vínculo de parentesco es apto para fundamentar la posición de garante, éste tiene fuerza suficiente no sólo para vincular el deber jurídico de actuar, sino para calificar el hecho de acuerdo con el delito de que se trata según la relación de parentesco existente y conocida…", el parentesco "crea el deber de garantía y llena el extremo objetivo del tipo de parricidio". Se ofrece como paradigma del delito de comisión por omisión el de la madre que deja morir de hambre al hijo, enfatizándose en que no hay diferencia en el caso de que la madre causa la muerte del hijo mediante estrangulamiento[34].

Tomando estas opiniones *mutatis mutandi* al femicidio, consideramos necesario precisar lo siguiente: el femicidio señala como sujetos activos y pasivos de este delito a las personas que ostentan la calidad de cónyuges o convivientes actuales y pasados. Ahora bien, de dichas relaciones, sólo podrían tener la posición de garante material quienes mantienen una relación de matrimonio o convivencia actual. Sin embargo, así y todo, la obligación civil de actuar que tiene su origen en un contrato –solemne para el matrimonio y consensual para la convivencia- sólo existe tratándose de una relación conyugal (artículos 131 y siguientes del Código Civil), quedando en consecuencia, restringida esta interpretación a los femicidios por comisión por omisión ocasionados entre quienes mantienen un vínculo matrimonial no disuelto, siempre que se detente la posición de garante de facto.

Si bien las estadísticas de la Fiscalía de Chile no registran ningún caso de esta naturaleza, podría sustentarse esta interpretación respecto de cónyuges que cohabitan, y en el que la cónyuge depende de su marido para el suministro de medicamentos que la mantienen viva.

Por último, y en relación a la naturaleza del delito de femicidio, cabe señalar que se trata de un delito de violencia intrafamiliar, cuyos sujetos activos y

33 GARRIDO MONTT, M. *Ob. Cit*., p. 77.

34 BUSTOS, J.; GRISOLÍA, F.; POLITOFF, S., *Ob. Cit*., p. 118, nota al pié N°6.

pasivos se encuentran mencionados en el artículo 5° de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, por lo que rige lo dispuesto en el artículo 16 de dicha ley, debiendo imponerse como sanción accesoria en los femicidios en grado de tentativa, cuando respecto del imputado concurren circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, una o más de las medidas referidas en el artículo 9 de la ley.

Además, es importante considerar el estatuto proteccional de violencia intrafamiliar en los casos como el mencionado, en los que el sujeto queda en libertad no sólo por ser condenado a una medida alternativa de cumplimiento como la libertad vigilada, sino también durante el curso del proceso cuando no se decreta la prisión preventiva. Al respecto, cabe destacar que el estatuto proteccional comprende la suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con los niños, hayan sido establecidas o no por resolución judicial[35], lo que muchas veces es fundamental para hacer efectiva la prohibición de acercamiento del agresor a su actual o pasado cónyuge o conviviente.

Finalmente, en relación al delito en comento, es posible que en su comisión intervengan más de una persona: sujetos que sean o hayan sido cónyuges o convivientes (intraneus) y terceros (extraneus), en los que ambos pueden concurrir, como autores materiales o como partícipes. Es preciso señalar que el femicidio es un *delito especial impropio*, esto es, requiere de un sujeto calificado o especial –actual o pasado cónyuge o conviviente- y que tiene su correlato en un delito común: el homicidio simple o calificado. Sin embargo, es posible que en la comisión de un femicidio intervengan como autores materiales o partícipes terceros que sean sujetos activos de parricidio –para efectos de este artículo denominaremos a estos *terceros calificados*-.

Al respecto cabe distinguir las siguientes situaciones: a) Que concurran como autores materiales el sujeto activo de femicidio –actual o pasado cónyuge o conviviente– y un tercero calificado; b) Que concurran como autores materiales el sujeto activo de femicidio –actual o pasado cónyuge o conviviente– y un tercero no calificado; c) Que el autor material sea el sujeto activo de femicidio –actual o pasado cónyuge o conviviente– y actúe con la participación de un tercero calificado; d) Que el autor material sea el sujeto activo de femicidio –actual o pasado cónyuge o conviviente–, y actúe con la participación de un tercero no calificado; e) Que el autor material sea uno de los parientes a que se refiere el inciso primero del artículo 390 del Código Penal, distinto al actual o pasado cónyuge o conviviente y que actúe con la participación del actual o pasado cónyuge o conviviente de la víctima[36]; y f) Que el autor material sea

35 Ver artículo 15 de la Ley N°20.066 en relación al artículo 92 de la Ley N°19.968, que a su vez, se remite para la protección de niños, niñas y adolescentes al artículo 71 de la misma ley. Es precisamente la letra e) de esta última norma, la que establece la medida de protección que se comenta.

36 A propósito del parricidio, ver las hipótesis planteadas por los autores: BUSTOS, J.; GRISOLÍA, F.; POLITOFF, S., *Ob. Cit*., pp. 132-147; y GARRIDO MONTT, M. *Ob. Cit*., pp., 80-83.

un tercero no calificado y que actúe con la participación del actual o pasado cónyuge o conviviente de la víctima.

Ante las posibilidades referidas, surge la necesidad de determinar la forma en que deben responder los terceros.

Si bien para la comunicabilidad en el delito de parricidio hay diversas posiciones, siguiendo a *POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ*[37] *mutatis mutandi* para el femicidio, cabe señalar que tratándose de coautores o partícipes que sean terceros ajenos responderán por homicidio simple o calificado.

Así, para la situación descrita en la letra a) los autores responderán por femicidio y parricidio, respectivamente. En la situación descrita en la letra b) responderán por los delitos de femicidio y homicidio, respectivamente. En la letra c) el autor responderá por femicidio y el tercero por el delito de parricidio; en la letra d) el autor y el tercero responderán por femicidio y homicidio, respectivamente; en la letra e) ambos responderán por el delito de parricidio; y en la letra f) ambos responderán a título de homicidio.

En una opinión diversa, *GARRIDO MONTT*[38] sostiene que todos los coautores y partícipes deben responder por la figura agravada, en este caso, como coautores y partícipes del delito de femicidio, conforme al dolo con que actuaron.

III. Evolución estadística del fenómeno

Las cifras estadísticas resultan contundentes. Desde el año 2007 la Fiscalía de Chile, en adelante Fiscalía, registra sistemáticamente las muertes de mujeres por razones de género, incluyendo en este registro: "femicidios íntimos", "no íntimos" y "por conexión", alcanzando la primera categoría, un promedio de 50 muertes al año (contexto de pareja).

Como la Ley N°20.480 que tipifica el delito de Femicidio es reciente, durante los años previos a su entrada en vigencia, la Fiscalía ha registrado las muertes de mujeres en "contexto de pareja" para hacer referencia a la muerte de mujeres que hayan tenido la calidad de: cónyuge, ex cónyuge, conviviente, ex conviviente, novia y "polola". La información ha incluido a las víctimas que han fallecido en el momento del crimen y a las que han muerto más tarde a consecuencia de la agresión.

Se registran características tales como la relación entre la pareja, antecedentes de denuncias previas en el sistema penal (vinculantes entre víctima e imputado), medio utilizado para llevar a cabo el crimen y la variable suicidio, entre otras que se pasan a explicar.

37 POLITOFF, S.; MATUS, J.; RAMÍREZ, M. *Ob. Cit*., p. 74.

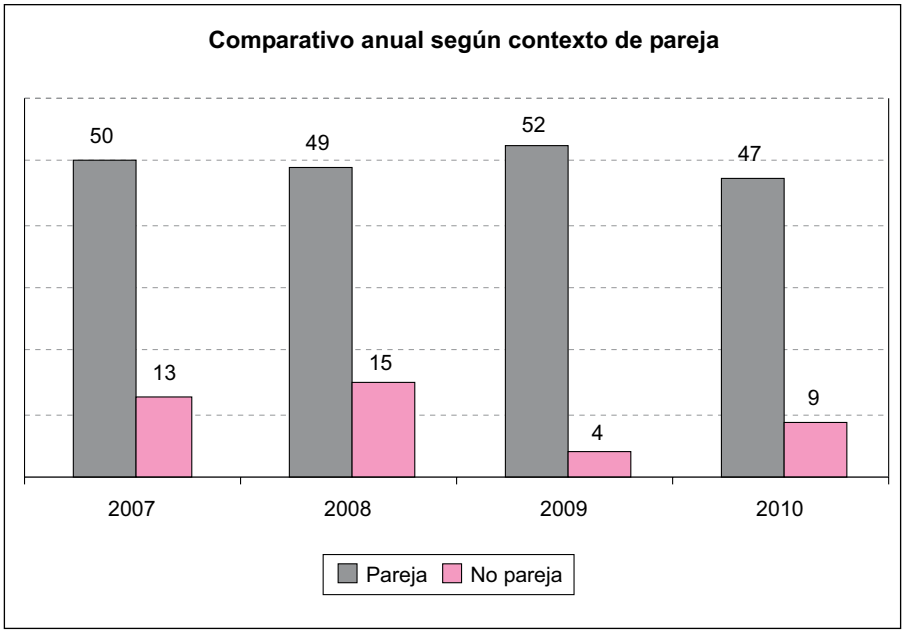
38 GARRIDO, MONTT, M. *Ob. Cit*., p., 82.

Las fuentes para la obtención de datos han sido los registros del Sistema Informático de Fiscalía (SAF); la información divulgada por el Servicio Nacional de la Mujer; y la información que ha sido difundida por los medios de comunicación de circulación nacional y regional.

1. Gráfico 1: Femicidios según contexto de pareja

Al observar las cifras absolutas, durante los cuatro años de estudio, se aprecia una leve disminución de muertes en contexto de pareja en el año 2010 respecto de los demás períodos. La tendencia es que en Chile mueran 50 mujeres como promedio anual a manos de sus parejas o ex parejas.

Gráfico 1



2. Tabla 1: Relación entre víctima e imputado

Las cifras de muertes de mujeres desagregadas por la relación o vínculo de pareja entre víctima e imputado demuestran que el 84% de los casos corresponde a sujetos comprendidos en el artículo 5° de la Ley N°20.066.

Tabla 1

Sujetos Art. 5° de la Ley 20.066	2007	2008	2009	2010	N°	%
Convivientes	19	15	17	10	61	30%
Cónyuges	13	20	12	15	60	30%
Ex convivientes	6	6	6	9	27	14%
Ex Cónyuges	4	2	4	3	13	7%
Padres de un hijo en común	0	1	3	2	6	3%
Sub total	42	44	42	39	167	84%
Sujetos que no entran en Ley 20.066						
Novios / Pololos / Ex	6	5	7	4	22	11%
Extra marital – amantes	2	0	3	3	8	4%
Por conexión	0	0	0	1	1	1%
Subtotal	8	5	10	8	31	16%
Total	50	49	52	47	198	100%

Llama la atención que los vínculos de convivencia y matrimonio absorben el 60% de los casos. La revisión de algunos de estos casos ha permitido observar que algunas de estas parejas estaban en vías de separación. Como señalan algunos autores, el intento de separación o la comunicación de la mujer de abandonar la relación, en vez de interrumpir la violencia, provoca una mayor reacción de parte de la pareja para mantener el control de la relación y no sentir el rechazo de la mujer. Por ello, el número 1 del artículo 2° de la Ley N°20.480 incorpora como una nueva presunción legal de *riesgo inminente* en el artículo 7° de la Ley N°20.066, en los siguientes términos:

"Asimismo se presumirá que hay una presunción de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima".

3. Tabla 2: Relación femicidio-suicidio

En promedio, alrededor de un 35% a un 40% de los hombres homicidas de sus parejas mujeres en Chile se suicidaron luego de cometer el delito, y un 10% lo intentó, lo que equivale a poco menos de la mitad de los casos registrados.

Tabla 2

Delito	2007	% 2007	2008	% 2008	2009	% 2009	2010	% 2010	2011*
Femicidio	**25**	50%	**29**	59%	**24**	47%	**27**	57%	**7**
Femicidio Suicidio	**20**	40%	**15**	31%	**21**	40%	**16**	34%	**4**
Femicidio Interno Suicidio	**5**	10%	**5**	10%	**7**	13%	**4**	9%	**0**
Total	**50**	**100%**	**49**	**100%**	**52**	**100**	**47**	**100**	**11**

** Enero a abril de 2011*

Cabe preguntarse por las variables asociadas al suicidio del sujeto y al mito acerca de la dependencia de las mujeres hacia el sujeto agresor. En este sentido, el suicidio podría ser un dato a tomar en cuenta acerca de la extrema dependencia emocional del hombre hacia la mujer y del eventual trastorno del apego que estaría a la base de las características psicológicas de los sujetos que maltratan a sus parejas por razones de género.

4. Tabla 3: Denuncias de violencia intrafamiliar previas en el sistema penal entre víctima e imputado

Tabla 3

Denuncias previas VIF	2007	2008	2009	2010	N°	%
No	34	26	38	32	130	66%
Sí	16	23	14	15	68	34%
Total	50	49	52	47	198	100%

Sólo un tercio de los casos presenta denuncia previa en el sistema penal, lo que refleja la imposibilidad del sistema de advertir la ocurrencia de un femicidio. Además, esta afirmación se extiende incluso a los causas con causas previas, ya que dichas causas evidencian delitos de violencia intrafamiliar de menor intensidad –lesiones menos graves (clínicamente leves) y amenazas–.

Pensamos que las redes sociales primarias, los distintos organismos públicos y privados deberían articularse para un abordaje amplio e integral del complejo problema de violencia a nivel de la mujer, la pareja y la familia (incluidos los niños).

5. Tabla 4: Arma utilizada

Tabla 4

Medio Utilizado	2007	2008	2009	2010	Total	%
Arma blanca	20	19	22	24	85	43%
Arma de fuego	16	15	13	15	59	30%
Otros	14	15	17	8	54	27%
Total	50	49	52	47	198	100%

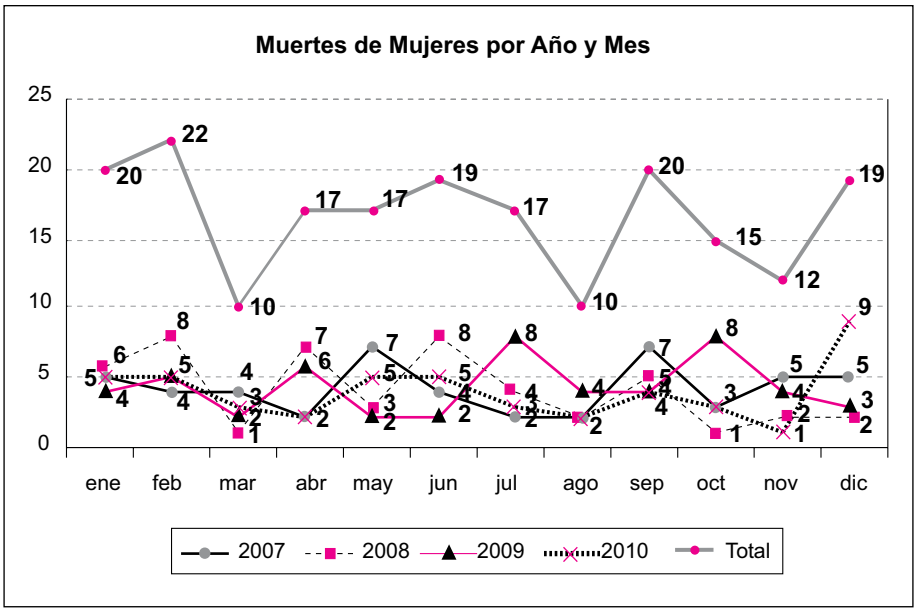
El medio más utilizado para cometer homicidio de mujeres en Chile ha sido el arma blanca, le siguen las armas de fuego y por último otros medios, como el estrangulamiento o ahorcamiento, objetos contundentes como palas, entre otros.

De lo anterior, se infiere que el imputado se valdrá de cualquier medio para cometer su objetivo.

6. Gráfico 2: Total de Femicidios ocurridos por año y mes

Resulta extremadamente variable la frecuencia de muertes de mujeres si se analiza cada año independientemente.

Gráfico 2



No obstante lo anterior, si se observa la curva promedio de los cuatro períodos, podrán visualizarse meses en los cuales aumentaría la frecuencia de femicidios. Se identifican los meses de febrero, junio, septiembre y diciembre como aquellos con mayor incidencia del fenómeno.

7. Promedio de edad de víctima e imputado

El promedio de edad de las víctimas e imputados, en base a los datos obtenidos desde el 2007 al 2010, es de 38 y 40 años, respectivamente.

IV. Conclusiones

- Más allá del espíritu de las leyes que han establecido un estatuto de violencia intrafamiliar (Ley N°19.325 y Ley N°20.066) con el fin de proteger, entre otros sujetos, a la mujer en el contexto de pareja, es primera vez que se incorpora expresamente una visión de género en nuestro ordenamiento jurídico.

- La Ley N°20.480 tipifica y sanciona el delito de femicidio en la figura del parricidio, quedando ambos delitos con la misma pena, por lo que entendemos que la tipificación de este fenómeno constituye un símbolo para

visibilizar la violencia hacia la mujer, en el contexto de pareja, en su forma más extrema.

- Sin duda será relevante el pronunciamiento de la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia para comprender el real alcance del delito de femicidio en nuestro ordenamiento jurídico, así como también el transcurso del tiempo para determinar si la Ley N°20.480 tiene un impacto en la conducta del fenómeno.

EFECTOS DE LAS CONDENAS DICTADAS RESPECTO DE ADOLESCENTES EN RELACIÓN A LA LEY 18.216

María Angélica San Martín Ponce[1]

I. Antecedentes

El presente comentario recae en sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel Rol Corte N°845-2010, de doce de julio de dos mil diez, dictada a raíz de un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, respecto de sentencia dictada en procedimiento abreviado por el Tribunal de Garantía de San Bernardo. En dicha sentencia de primera instancia se condenó a tres sujetos mayores de edad por delitos de robo en lugar no habitado y receptación, concediéndoseles para el cumplimiento de sus penas el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena, no obstante registrar todos ellos condenas por crímenes cometidos durante su adolescencia según la Ley 20.084.

II. Comentario

Como lo señala el fallo que se comenta, la Ley 20.084 no cambió las normas sustantivas del Código Penal, en particular aquellas relativas a las categorizaciones penales de los hechos típicos, en crimen, simples delitos o faltas.

Demuestra lo anterior el sentido general con que el artículo 1° de la ley utiliza la expresión delitos, al señalar que: "La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan".

Así las cosas, no resulta atendible el planteamiento del juez que falló el juicio abreviado, en el sentido de asignarle a las anotaciones penales por delitos cometidos por adolescentes, el único efecto de acreditación de reincidencia. Lo que en todo caso, resulta contradictorio con las pretensiones que en general mantiene la defensa en casos de adultos que registran condenas dictadas bajo la vigencia de Ley 20.084, en los que instan por la no consideración de estos antecedentes precisamente para efectos de reincidencia. Pero, además, la decisión del magistrado es contraria a la lógica jurídica, al sostener que una condena bajo la Ley 20.084 posibilita la configuración de una agravante y, por otra parte, que esto no impida la concurrencia del requisito de la letra b) del artículo 4 de la Ley 18.216, que requiere la no existencia de condena previa por crimen o simple delito, si precisamente son aquellas las que configuran la agravante de reincidencia. Esto sin siquiera entrar a considerar los fines especiales perseguidos por la Ley 18.216 tendientes a evitar el contagio criminógeno de

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

primerizos, situación en la que claramente no se encontraban los condenados, todos los cuales registraban al menos una condena por crímenes cometidos durante su adolescencia.

III. Referencia a las reglas de Beijing

La pretensión de la defensa de no asignarle a las condenas bajo la vigencia de la Ley 20.084 efecto para la edad adulta, ya sea para fines de reincidencia, irreprochable conducta anterior y beneficios alternativos, generalmente no ha tenido eco en tribunales, principalmente por fundarse en las Reglas de Beijing, que no constituyen derecho aplicable en materia de adolescentes según el inciso final del artículo 2 de la Ley 20.084. Y en el caso específico de la reincidencia, por disponerlo así el artículo 59 de la Ley 20.084 en relación con el inciso primero del artículo 2 del Decreto Ley N°645.

Así ha sido recogido por fallos de Corte, destacándose entre ellos el fallo Rol 12/2010 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, por tratarse de la misma materia que el fallo que se comenta, sentencia que en su considerando séptimo señala: "Que no modifica lo razonado precedentemente, la invocación de la norma contenida en el artículo 21.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, denominadas Reglas de Beijing, que establece que "los registros de menores delincuentes no se utilizan en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente", ya que dicho cuerpo normativo sólo aporta lineamientos o directrices generales sobre la materia y por tanto, constituyen meras recomendaciones para los Estados miembros"[2].

Siendo en todo caso incluso discutible que la expresión "registros" usada en dicha norma esté referida a antecedentes penales, como también ha sido resuelto por tribunales, como el Tribunal de Juicio Oral de La Serena: "Se ha dado por asimilar a los denominados "registros", con el extracto de filiación de los menores adolescentes, prontuario penal o antecedentes penales, cuando en realidad más bien dice relación con la protección de la intimidad de los adolescentes. Cuando la regla 21.1 menciona a los registros, señala en la misma disposición "…solo tendrán acceso a *dichos archivos* …", archivos que a falta de definición legal debe dárseles la señalada en el Diccionario de la Real Academia Española de La Lengua, a saber, "conjunto ordenado de documentos que una persona, sociedad o institución producen en el ejercicio de sus funciones". La regla 21.1 ya dicha, encuentra relación y consonancia con la regla 8, en sus apartados 8.1 y 8.2, las que señalan que "Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad" y "En principio, no se

2 Considerando séptimo, fallo rol 12-2010, Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 18 de enero de 2010.

publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente"[3].

IV. Pronunciamientos similares de Tribunales Superiores

a) Fallo rol 158-2009, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta[4], mediante el cual rechazó recurso de nulidad de la defensa, respecto de sentencia condenatoria que no reconoció a un imputado adulto la atenuante de irreprochable conducta anterior, ni le otorgó el beneficio alternativo de remisión condicional de la pena, por registrar condenas previas, bajo la vigencia de la Ley 20.084.

b) Fallo rol 187-2009, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta[5], en que se acoge recurso de nulidad planteado por el Ministerio Público, interpuesto en contra de sentencia de juicio oral ordinario en que no se consideró la agravante de reincidencia específica y se concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, sin que concurra el requisito previsto en la letra b) del artículo 4 de la Ley N°18.216, puesto que el sujeto adulto registraba una condena previa por el mismo delito. Destacamos de este fallo su considerando quinto, donde se razona en el sentido que si el legislador expresamente resolvió la validez de las anotaciones penales de adolescentes para efecto de reincidencia es de toda lógica considerarlas para efectos de la Ley 18.216, señalando "Cabe agregar a lo anterior, lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ley N°645 sobre Reglamento General de Condenas, en relación con la norma 59 de la Ley N°20.084, por cuanto, si las anotaciones contenidas en el certificado allí aludido se consideran para los efectos de la reincidencia, con mayor razón deben ser tomadas en cuenta para la concesión o denegación del beneficio de marras".

c) Fallo Rol 12-2010, de la Corte de Apelaciones de San Miguel[6], en que acogió por mayoría recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, respecto de un condenado que registrando condenas previas como adolescente, el tribunal le benefició con la remisión condicional de la pena.

d) Fallo Rol 44–2010, Corte de Apelaciones de Coyhaique[7], en que se rechaza recurso de nulidad intentado por la defensa, respecto de un imputado adulto que registraba una condena previa como adolescente, condenado por un delito de robo en lugar no habitado cometido durante el cumplimiento de dicha con-

3 Considerando octavo, fallo Ruc 0801063604-4, Tribunal de Juicio Oral de La Serena, sentencia de fecha quince de octubre de dos mil nueve.

4 De fecha 4 de julio de 2009, recurso fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y en subsidio en la consignada en el artículo 374 e) del mismo Código, específicamente cuando en la sentencia se hubiere omitido el requisito previsto en el artículo 342 letra c).

5 Recurso 187/2009, tres de agosto de dos mil nueve, fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

6 De fecha 18 de enero de 2010.

7 De fecha 27 de julio de 2010.

dena, por lo que el Tribunal de Juicio Oral, estimó concurrente la agravante del artículo 12 N°14 Código Penal, no le reconoció la atenuante de irreprochable conducta anterior y no le concedió el beneficio alternativo de remisión condicional de la pena.

V. Reenvío al Código Penal y Código Procesal Penal, de la Ley 20.084

Así como el fallo comentado lo señala citando jurisprudencia de la Corte Suprema, la Ley 20.084 no creó un sistema absolutamente independiente del sistema penal general de adultos.

Interesa destacar que la ley penal adolescente derechamente establece una aplicación supletoria del Código Penal, leyes penales especiales y Procesal Penal en todo lo que no esté específicamente regulado por dicha ley especial; existiendo, así, una aplicación sistemática de la ley y no una aplicación analógica en perjuicio del imputado, como se ha pretendido por la defensa y señalado erradamente en algunos fallos aislados.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema referida al punto, destaca el fallo Rol 3627-2007, en el cual a muy pocos días de entrada en vigencia de la Ley 20.084, el máximo tribunal tuvo que clarificar que la inexistencia del tramo N°1 del artículo 23, en ese entonces suspendido a raíz de un requerimiento de inconstitucionalidad, no conllevaba que los hechos típicos cuya penalidad en concreto se señalaba en dicho tramo, durante ese tiempo no tuviesen asociada conminación penal.

En materia procesal, por su parte, importante han sido los fallos Rol 5697-09[8], Rol 15516-10[9], Rol 3022-10[10] y Rol 3072-10[11], que al confirmar resoluciones apeladas, han avalado la aplicación supletoria de normas del Código Procesal Penal, tales como el artículo 149 referido a la apelación verbal de una resolución que no acceda a la cautelar de prisión preventiva o internación provisoria en su caso, y del artículo 141 inciso final que contiene diversas situaciones de excepción a la improcedencia de la cautelar privativa de libertad.

Insistimos en la importancia de dar aplicación a las normas que correspondan, según la aplicación supletoria ya referida, así como verificar la información del sistema especial de adolescentes principalmente en caso de jóvenes adultos, lo que hará posible un sistema de justicia penal armónico, donde se concedan beneficios o salidas alternativas a sujetos que reúnan los requisitos legales para ello. Una visión contraria atentaría contra el valor fundamental de la igualdad ante la ley, al tratar como iguales a sujetos que se encuentran en situaciones disímiles.

8 De fecha 18 de agosto de 2009.

9 De fecha 24 de febrero de 2010.

10 De fecha 3 de mayo de 2010.

11 De fecha 4 de mayo de 2010.

Fallo

San Miguel, doce de julio de dos mil diez.

Vistos:

En estos antecedentes RIT 5050-2010, RUC 1000468626-3, seguidos ante el Juzgado de Garantía de San Bernardo en Procedimiento Abreviado, se dictó sentencia con fecha veintidós de junio del año en curso, por la cual se condenó a los imputados Alexis Ronald Beltrán Campos, Felipe Patricio Abarca Badilla, Esteban Alejandro Curilén Tapia y a Ariel Alejandro Campos Oteíza a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio como autores del delito de robo en lugar no habitado; además a Alexis Ronald Beltrán Campos, Felipe Patricio Abarca Badilla y a Ariel Alejandro Campos Oteiza se les condenó a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo como autores del delito de receptación y finalmente a Esteban Alejandro Curilen Tapia se le condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de receptación, en grado de consumado, accesorias legales, sin costas; concediéndole a Alexis Ronald Beltrán Campos, Felipe Patricio Abarca Badilla, y a Ariel Alejandro Campos Oteíza el beneficio de la remisión condicional de la pena.

En contra del referido fallo, el Fiscal Adjunto de San Bernardo don Marcelo Alejandro Soto Álvarez dedujo recurso de apelación, solicitando que no se concedan beneficios a los imputados, por registrar condenas anteriores.

Declarado admisible el recurso de apelación por esta Corte de Apelaciones, se llevó a cabo la audiencia respectiva y el representante del Ministerio Público solicitó acoger el recurso deducido y por su parte la defensa del acusado pidió confirmar la sentencia que otorga el beneficio de la remisión condicional de la pena, por ajustarse ello a los hechos probados y a la aplicación del derecho.

Se citó para la lectura del fallo a la audiencia del día 12 de julio de 2010, a las 12:00 horas.

VISTOS Y OIDO LOS INTERVINIENTES:

Se reproduce la sentencia en alzada, a excepción de su motivo séptimo, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que se ha solicitado por el recurrente enmendar la sentencia apelada, por cuanto el Magistrado del tribunal a quo concedió a los acusados Alexis Ronald Beltrán Campos, Felipe Patricio Abarca Badilla y a Ariel Alejandro Campos Oteíza el beneficio de la remisión condicional de la pena, sin embargo, tales acusados registran en sus antecedentes condena anterior. En efecto, Alexis Beltrán Campos fue condenado en causa RIT 39/2008 por el Juzgado Oral de San Bernardo a la pena de tres años y un día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social como autor de dos

delitos de robo, uno con violencia y el otro con intimidación; por su parte Ariel Campos Oteíza fue condenado en causa RIT 128/2008 por el Juzgado Oral en lo Penal de Puente Alto como autor de los delitos de robo con violencia e intimidación a la pena de tres años y un día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y Felipe Abarca Badilla fue condenado en causa RIT 154/2008 por el Juzgado Oral de Puente Alto a la pena de dos años de libertad asistida como autor del delito de robo con intimidación.

Manifiesta el recurrente que la Ley 20.084 no modificó las normas sustantivas del Código Penal en cuanto a la clasificación de los delitos por su gravedad y discrepa de la opinión del sentenciador que consideró que para el otorgamiento de beneficios de la Ley 18.216 no podían ser consideradas las condenas de los adolescentes, puesto que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 de la citada ley, para el único efecto que las condenas anteriores podían ser tomadas en cuenta, era para configurar la reincidencia, por lo que no puede desconocerse la exigencia de la letra b) de la Ley 18.216, pero aún en el evento de estimarse que concurre el requisito contenido en la letra c) no permitía la concesión de la medida alternativa concedida a los acusados. Finaliza solicitando se deje sin efecto el otorgamiento del beneficio de la remisión condicional de la pena otorgado a los tres acusados, ya individualizados.

SEGUNDO: Que por su parte el abogado de la defensoría Penal Pública, solicitó el rechazo del recurso de apelación y confirmar la sentencia en alzada, concordando con los argumentos vertidos en el fallo impugnado. Reitera que no es posible considerar las condenas como adolescentes que registran los acusados para los efectos de otorgar el beneficio de la remisión condicional de la pena.

TERCERO: Que cuestión previa es necesario consignar que la Ley 20.084, como lo ha sostenido nuestra Excma. Corte Suprema, pretende "asegurar a los jóvenes imputados por delitos, una serie de garantías fundamentales de carácter material y procesal, benigno como moderado, a la hora de fijar sanciones finales, estableciendo límites máximos y rebajas generalizadas por los mismos. A mayor abundamiento, no puede olvidarse que la ley N°20.084, no crea una suerte de texto penal de los adolescentes, salvo en asuntos muy acotados; al contrario, rige plenamente el estatuto penal de los adultos, y la normativa de los adolescentes no cambia ni muta sus penas, ni sus delitos, ni su forma de participación, ni su desarrollo, lo que hace es construir un marco legal cuyo objeto es morigerar las sanciones generales, no sustituirlas, para luego proceder a una conversión con la naturaleza de la pena correspondiente a cada caso, pero siempre sujeto a ese contenido mayor que no ha dejado de regir" (Rol N°3627-07 de 28 de agosto de 2007).

CUARTO: Que además, la nueva legislación aplicable a los infractores adolescentes, no ha alterado el contenido ni las reglas que resultan aplicables al cumplimiento de una

condena, con la única excepción respecto a la reincidencia, como lo preceptúa el artículo 59 de la Ley 20.084, por cuya razón teniendo presente que el artículo 1° del cuerpo legal recién citado dispone "en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales", forzoso es concluir que la normativa de la Ley 18.216, no ha sido modificada por la primera de las leyes mencionadas y en consecuencia, para el otorgamiento de alguna de las medidas alternativas del cumplimiento de una condena debe estarse a las condiciones que la ley en comento establece para cada uno de los beneficios allí contemplados. La Ley 18.216 no distingue el régimen de sanciones bajo cuyo imperio se adoptó la decisión de condena.

QUINTO: Que así las cosas, y remitiéndonos al artículo 4° de la Ley 18.216 que establece las condiciones para la concesión del beneficio de la remisión condicional de la pena, éste procede si a) la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no excede de tres años; b) si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y c) si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir y d) si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

SEXTO: Que en relación al requisito establecido en la letra b), de los antecedentes expuestos por los intervinientes se desprende que los acusados Beltrán Campos, Abarca Badilla y Campos Oteíza, tienen una condena anterior y por delitos que tienen asignada pena de crimen, y como ya se dijo, la clasificación de los delitos no fue alterada por la Ley 20.084, de tal manera que es posible afirmar que no concurre la exigencia de la referida letra b) del artículo 4° de la Ley 18.216.

SEPTIMO: Que, de la conducta desplegada por los acusados, quienes cometieron nuevos delitos sólo dos años después de haber incurrido en los anteriores hechos ilícitos, es posible colegir que las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y de libertad asistida que les fueron impuestas, no los disuadieron de cometer nuevos hechos punibles ni sirvió para instar por un cambio en su comportamiento, por lo que a juicio de estos sentenciadores, en la especie no concurre además, el requisito exigido en la letra c) de la Ley 18.216, toda vez que la conducta de los acusados se muestra refractaria al sistema, resultando innecesario el análisis de las otras condiciones contempladas en el citado artículo 4°.

Adicionalmente, cabe agregar que la sola falta de configuración de la condición exigida en la letra c) del artículo 4° de la Ley 18.216, bastaría para negar el beneficio de la remisión condicional de la pena.

OCTAVO: Que conforme a lo razonado en los motivos anteriores, no resulta procedente otorgar a los acusados, ya individualizados, el benefi-

cio de la remisión condicional de la pena, y en consecuencia el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público será acogido.

Por las consideraciones expuestas y visto lo dispuesto en los artículos 352, 360, 364, 370, 414 y 415 del Código Procesal Penal y 4° de la Ley 18.216, **se confirma** la sentencia apelada dictada en procedimiento abreviado por el señor Juez de Garantía de San Bernardo de fecha veintidós de junio del año en curso, **con declaración** que no reuniéndose en los sentenciados Alexis Ronald Beltrán campos, Felipe Patricio Abarca Badilla y a Ariel Alejandro Campos Oteíza las condiciones exigidas en el artículo 4° de la Ley 18.216 no se les concede la medida alternativa del cumplimiento de la condena consistente en la remisión condicional de la pena, debiendo en consecuencia, cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que les fuere impuesta en el fallo en alzada.

Comuníquese y regístrese.

Se dio a conocer lo antes resuelto y se ordenó notificar por el estado diario, levantándose la presente acta que firma el relator que actuó como Ministro de Fe.

Rol Corte N°845-2010

RUC N°1000468626-3.

RIT N°5050-2010

Redacción del Ministro Sra. María Teresa Díaz Zamora.

Pronunciada por los Ministros señora Irma Meurer Montalva, señora María Teresa Díaz Zamora, y Abogado Integrante señor Adelio Misseroni Raddtaz, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista de la causa y posterior acuerdo, por encontrarse ausente.

En San Miguel, a doce de julio de dos mil diez notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

CONTENIDOS

Artículos

El modelo de intervención inmediata para víctimas de violencia intrafamiliar del Ministerio Público
Luz María Fernández Saldías

Delito de tortura previsto en el artículo 150 letra a) del Código Penal
Yelica Lusic Nadal

El delito de "Microtráfico" en la jurisprudencia: sus alcances y en especial los criterios de determinación judicial de la "pequeña cantidad"
Nicolás Arrieta Concha

El agente encubierto y la interceptación o grabación de telecomunicaciones en las investigaciones de delitos sexuales
Catalina Duque González

La figura de ocultamiento en el delito de lavado de dinero
Antonio Segovia Arancibia

El delito de femicidio en Chile
María José Taladríz Eguiluz y Roberto Rodríguez Manríquez

Sentencias Comentadas

Comentario a dos fallos dictados por la Corte Suprema en materia de Ley N°20.000
Ximena Marcazzolo Awad

Comentario a la sentencia condenatoria del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA)
Macarena Car Silva

El denominado caso "Schwager": análisis de histórica condena por uso de información privilegiada y manipulación bursátil
Verónica Rosenblut Gorodinsky

Efectos de las condenas dictadas respecto de adolescentes en relación a la Ley 18.216
María Angélica San Martín Ponce

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Exigencia de firma de la acusación
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Violación de norma constitucional o legal. Derecho a no declarar contra sí mismo. Declaración voluntaria del imputado
Corte Suprema

Recurso de amparo rechazado. Incumplimiento de acuerdo reparatorio
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Naturaleza del procedimiento simplificado. Admisión de responsabilidad. Rol del querellante
Corte Suprema

GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 965 95 00