

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

N°58 - MARZO 2014

REVISTA JURÍDICA  
DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°58 - Marzo 2014

## **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*

*Karen Guzmán Valenzuela*

*Sandra Luco Castro*

*Ricardo Mestre Araneda*

*Antonio Segovia Arancibia*

## **Colaboradores:**

*Andrea González Leiva*

*David Opazo Meneses*

*Soledad Poblete Moya*

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](mailto:sluco@minpublico.cl)

Teléfono: (56-2) 2965 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

#### Artículos

- El concepto de imputabilidad disminuida a la luz del principio de culpabilidad y del conocimiento contemporáneo de las enfermedades mentales 9  
*José Francisco Leyton Jiménez*

### II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Artículos

- La Fiscalía de Chile frente a la corrupción 49  
*Luis Humberto Contreras Alfaro*

#### Sentencias Comentadas

- Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sentencia condenatoria a Salmones Colbún Ltda. y a Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. 77  
*Patricio Caroca Luengo y Francisco Ávila Calderón*

### III. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

#### Artículos

- Ocultamiento de la droga y perfil del narcotraficante 143  
*Alejandro Ivelic Mancilla*

### IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

#### Artículos

- Retractación en mujeres víctimas de violencia de pareja. Estudio exploratorio descriptivo a partir de la negativa a continuar con la denuncia 159  
*Sofía Huerta Castro y Roberto Rodríguez Manríquez*

#### Sentencia Comentada

- Comentario al fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Talca que condena a imputado fonoaudiólogo, como autor de violación impropia, con la agravante del art. 368 del Código Penal 179  
*Marcela Moreno Ríos*

## **V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS, MEDIOAMBIENTALES Y CRIMEN ORGANIZADO**

### **Artículos**

Análisis de la estructura típica del delito de fraude de seguro 237

*Consuelo Salinas Sánchez*

Análisis jurisprudencial del delito de asociación ilícita en los doce primeros años de Reforma Procesal Penal 253

*Tania Gajardo Orellana*

## **VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS**

### **Artículos**

Perspectiva de la Corte Suprema sobre los efectos de las condenas previas previstas en la Ley N°20.084 283

*Eva Curia Castro*

## PRÓLOGO

Los principios del Derecho Penal “Liberal” nacen como pilares fundamentales de las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, y se han elaborado y desarrollado a partir de determinadas premisas consideradas como mínimas: principio de la legalidad, principio de la tipicidad, presunción de inocencia, entre otros.

Hasta avanzado el siglo XX, entre estos principios existía el de entender que penalmente sólo podían responder personas naturales, y jamás las jurídicas. Ello, por cuanto la responsabilidad penal se ha desarrollado, y descansado, sobre una concepción individual y personal.

Sin embargo, el aumento de la criminalidad económica aprovechándose de organizaciones corporativas, hizo necesario el replanteamiento de la máxima *societas delinquere non potest*, llegando a reconocerse expresamente, como posible, su responsabilidad penal en la legislación de varios países entre los cuales se encuentra el nuestro, con la Ley N°20.393.

Como consecuencia bastante obvia de su reciente reconocimiento legal, se trata de una figura en evolución, y en que aún se cuenta con poca jurisprudencia que ayude en la delimitación de sus contornos, prueba y eficacia.

Entre esta jurisprudencia, destacamos la sentencia comentada que incluimos en la presente edición de nuestra Revista Jurídica, y que aborda el caso de una condena a dos sociedades de responsabilidad limitada, junto a sus socios y representantes legales en la ciudad de Talca, prueba manifiesta que, pese a su novedad en nuestra trayectoria jurídico-penal, este cambio profundo y novedoso entre los principios del Derecho Penal se encuentra plenamente vigente y operativo.

Junto con esta sentencia comentada, y también referido a la preocupación de nuestra entidad por evitar las manifestaciones de corrupción en Chile, presentamos un artículo que desarrolla cómo se las enfrenta desde nuestro diseño institucional, así como otro en que se aborda el análisis de la estructura típica del fraude al seguro, figura de reciente data en la legislación y que aún no cumple un año desde su entrada en vigencia.

Del mismo modo, presentamos un artículo que contempla un acabado análisis sobre la jurisprudencia existente en torno al delito de asociación ilícita, en los doce primeros años de la reforma procesal penal; como asimismo, un artículo que reflexiona en torno al ocultamiento de la droga y el perfil del narcotraficante en un contexto de entender el tráfico ilícito de drogas como una actividad empresarial ilícita.

Enfocándose más en las personas, ya sea infractores o víctimas, en esta edición publicamos también artículos que abordan las temáticas de la imputabilidad disminuida a la luz de los avances de la psiquiatría; la retractación de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, y la perspectiva de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema respecto del tratamiento de las condenas previas obtenidas por adolescentes, así como otra sentencia comentada, que aborda el delito de violación impropia.

**SABAS CHAHUÁN SARRÁS**  
Fiscal Nacional

MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---





## EL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD DISMINUIDA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y DEL CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO DE LAS ENFERMEDADES MENTALES

José Francisco Leyton Jiménez<sup>1</sup>

### Resumen

*El presente artículo desarrolla el concepto de imputabilidad disminuida, acuñado por las doctrinas causalistas a finales del siglo XIX, para designar a aquellos sujetos cuya capacidad de actuar conforme al derecho y optar por el hecho ilícito como acto de libertad, se encontraría reducida por determinadas circunstancias que imposibilitarían esta comprensión, pero no en términos tales que llevaran a establecer una inimputabilidad plena. Para lo anterior, se desarrolla el principio de culpabilidad, entendiéndolo como uno de los requisitos básicos de un Estado de Derecho de corte democrático que sanciona conductas que emanan de un acto de libertad de los ciudadanos, aplicando penas en los casos en que el sujeto ha optado por el comportamiento ilícito. Luego, se analiza la circunstancia establecida en el numeral 1° del artículo 10 de nuestro Código Penal para desentrañar si es que la categoría en ella descrita obedece y puede ser aplicada, bajo parámetros científicos, doctrinarios y jurisprudenciales modernos, a lo que nuestro código punitivo establece y entiende como tal.*

*Palabras claves* Culpabilidad, imputabilidad, imputabilidad disminuida, reprochabilidad, enfermedad mental.

### Introducción

Estrenada en el año 1980, *The Shining* (El Resplandor) ha logrado un sitial indiscutido en el tiempo como una de las mejores películas del género de terror. Inspirada en una novela de Stephen King, el film dirigido por Stanley Kubrick y protagonizado por Jack Nicholson y Shelley Duvall, muestra la historia de la transformación psicótica de Jack Torrance, quien es contratado para trabajar como cuidador del Hotel Overlook, el que queda atrapado por la nieve en los meses de invierno.

Trasladado Torrance junto a su mujer e hijo al hotel, constata que está siendo desalojado, por lo que conviven solos con la inmensidad del lugar. Pero, poco a poco el temple tranquilo del cuidador, escritor de oficio, comienza a cambiar,

1 Abogado Asistente de Fiscal, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.

buscando a través de algunas voces que así se lo exigen, la fría muerte de su familia. La escena de Jack golpeando con un hacha la puerta tras la cual su mujer e hijo se encuentran encerrados y aterrados, temerosos por la persecución desplegada en su contra por el victimario, quien logra luego vencer la barrera y observar la escena con una irónica y maléfica sonrisa, muestra el brutal cambio del protagonista y se transforma en una de las más clásicas imágenes de la cinematografía mundial.

Característico del guión del film es precisamente esta continua comunicación del protagonista con una serie de fantasmas que cree presentes en el lugar, con los que va conviviendo y quienes le exigen desprenderse de su familia. Es con estos irreales personajes con quienes Jack se siente en confianza, tranquilo y seguro. Más aún, la forma en que va desarrollando su psicosis, representada por la escena en que una máquina de escribir tipea reiteradamente “*all work and no play makes Jack a dullboy*”<sup>2</sup>, confirman el tránsito hacia la *locura* que va sufriendo el personaje.

Más allá del conocido resultado de las tratativas homicidas de Torrance, que no logra su objetivo final, es relevante el análisis que se realizará en el cuerpo de este artículo en relación a la conducta que el protagonista tiene a lo largo de la obra en comento. Así, la posibilidad de determinar en un escenario real si Jack pudiese haber sido sujeto de reproche penal, admitiría dos claras líneas de argumentación, por parte de la defensa y del acusador. Por un lado, la comprensión de que su despliegue de *locura* se manifiesta sólo con la influencia de los estímulos ambientales del lugar, caracterizados por la adversidad del clima y las condiciones de vida, implicaría considerarlo imputable, ya que se podría entender que su conducta era contraria a derecho; o, por el contrario, reconocer que la estructura psicótica estuvo siempre en él, y que son esas condiciones de vida ambientales las que posibilitaron que se exteriorizara su trastorno, atendido que contaría allí, en la soledad de la nieve y el hotel, con los elementos para que emergiera su real yo, permitiría alegar su inimputabilidad y como resultado, la no posibilidad de aplicar a su respecto una pena. En otras palabras: los hechos de aquel invierno no demostrarían una excepción: Jack habría estado psicótico siempre, resultando ser una persona enferma.

Por ende, el ejemplo del cambio de Jack, de escritor tranquilo que resguarda a su familia, en especial a su pequeño hijo, a criminal enfermo que obedece a voces no reales que claman por la muerte violenta del grupo, presenta diversos cuestionamientos que en la órbita jurídico penal resultan de una importan-

2 Todo trabajo y nada de entretención hacen de Jack un chico aburrido.

cia tremenda. Bajo nuestra legislación, ¿era Jack *loco* o *demente* en términos del numeral 1° del artículo 10° del Código penal chileno en el momento en que intenta asesinar a su familia? En caso de resultar afirmativa la respuesta, ¿Lo era antes también, cuando trabajaba como escritor tranquilo en su ciudad de origen?, y en corolario, ¿Si es considerado imputable, ya que entendía lo incorrecto de su obrar de acuerdo a los parámetros establecidos socialmente, puede entenderse como *disminuida* esta imputabilidad, sin que sea, en definitiva, considerado como inimputable, pero condenado en términos menores que a un ciudadano *normal*?<sup>3 4 5</sup>.

En las páginas siguientes examinaremos la forma en que pueden entregarse respuestas a estas problemáticas y las características de diversos institutos que realizan aportes para el desentrañamiento del problema. El reconocimiento o no de la categoría de *imputabilidad disminuida* en nuestro Derecho penal como la posibilidad de que un sujeto pueda ser considerado como digno de reproche penal, pero no en una entidad tal como podría serlo una persona media, en atención a que no reuniría todos los requisitos para ampararse en lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 10 del Código punitivo, disminuyéndose así ostensiblemente la pena a aplicar, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 73 del Código Penal, guiará el desarrollo de la presente

- 
- 3 Veremos que el concepto de imputabilidad tiene una importante evolución al alero de lo que van enseñando las ciencias médico-psiquiátricas y la psicología, que cobra fuerza en el siglo XX; cuestión que no puede ser desconocida por el jurista al momento de plantear respuestas dogmáticas. Por ende, a diferencia de lo considerado por el Dr. Alberto Politoff, no estimamos que *“los conceptos de imputabilidad y acto lícito son perfectamente cristalinos para el jurista y no necesitan, en modo alguno, mayor clarificación”*. En POLITOFF, Alberto. “Intoxicación alcohólica e imputabilidad”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XIX, Santiago, Chile, 1960, p. 97.
- 4 La normalidad como concepto escapa al campo de desarrollo de este artículo, pero sí entenderemos que se trata de un concepto normativo y cultural, dependiente de cada grupo humano. En este sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed., Barcelona, España, Editorial Tecfot, 1996, p. 573. Opinión similar en TERRADILLOS: *“(…) normalidad no puede basarse en meras consideraciones psicológicas; depende de una decisión normativa, en la que junto a consideraciones de igualdad, humanidad, resocialización o proporcionalidad, influyen las necesidades preventivas vigentes en un contexto determinado y limitadas por el principio de intervención”*. TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español”. En: LASCANO, Carlos Julio (Dir.). *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Córdoba, Argentina, Editorial La Lectura Lerner, 2001, p. 246.
- 5 A vía ejemplar, el profesor y psiquiatra Ricardo Capponi propone un concepto de normalidad como todo aquello que cumple con un cierto modelo que el hombre valora y a lo que supone debe tratar de tender. Sería un estado convencional de perfección que no siempre es posible lograr, pero es la norma a la que se debe aspirar. Desde allí, nacería el necesario juicio ético. En: CAPPONI MARTÍNEZ, Ricardo. *Psicopatología y Semiología Psiquiátrica*. 8ª Ed., Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 2003, p. 18.

investigación y en particular, de los lineamientos para la recepción de esta categoría bajo nuestra jurisprudencia más reciente.

## 1. La culpabilidad: antecedente, medida y pena de todo reproche

Bajo los parámetros de un Derecho penal en un Estado de Derecho que se precie de democrático y por ende, fruto de las decisiones del cuerpo social todo<sup>6</sup>, la pena importa un juicio de valor sobre el comportamiento humano, que se determina luego de acreditar que el hecho delictivo ha emanado de un hombre libre, que pudo haber actuado de una manera diferente a como en definitiva lo hizo<sup>7</sup>. Es precisamente el reconocimiento de esa libertad de actuar a los sujetos lo que separa un planteamiento democrático de uno totalitario: el Estado está limitado de antemano a la posibilidad de establecer sanciones so pena de incurrir en lesiones al principio de legalidad, el que funciona como garantía para los ciudadanos. Por ende, nuestro Derecho penal es uno de acto y de culpabilidad<sup>8</sup>:

*“Sólo el principio de culpabilidad está en posición de evitar que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar hechos que el autor no podía evitar. El principio de culpabilidad ejerce una función garantista frente a la aplicación de penas sin culpabilidad, que pueden ser funcionales, pero que no son legítimas en un Estado de Derecho”*.

Crespo concluye en referencia al tema en comento:

*“El único concepto de culpabilidad que entiendo válido en el Derecho penal del Estado de Derecho es el relativo a la “culpabilidad por el hecho”, corres-*

6 La consagración de un Estado de Derecho exige una concepción del hombre como persona y como ser responsable, capaz de autodeterminarse conforme a criterios normativos. Véase, CEREZO MIR, José. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, España, Editorial Civitas, 2000, Tomo I, p. 840.

7 YAÑEZ ROMÁN, Pedro. “Consideraciones en torno a la “imputabilidad disminuida” con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados “establecimientos de terapéutica social”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXIII, F. II, 1970, p. 302. Este planteamiento, de la libertad como sustrato de la culpabilidad, fue desarrollado en extenso por Hans Heinrich Jescheck en su Tratado de Derecho Penal. Más, JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGAND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed. 1996, Trad.: Manzanera Samaniego, J.L., Granada, Editorial Comares, 2003, págs. 1065.

8 SPOLANSKY, Norberto. “Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad”, Elementos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, (2005) [en línea]. Disponible en: <http://derechopenalelementos.blogspot.com/2005/10/imputabilidad-disminuida-penas-y.html> [fecha de consulta: 7 de septiembre 2013].

9 CRESPO, Eduardo Demetrio. “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”. En: *Revista General de Derecho Penal*, N°8, 2007, págs. 1-38, 12-13.

*pondiente también a un “Derecho penal del hecho”. Los diversos conceptos de “culpabilidad de autor”, correspondientes a los modelos del “Derecho penal de autor”, remiten a sistemas autoritarios”<sup>10</sup>.*

El sujeto libre al que hacemos mención es aquel a quien le pudo ser exigida una conducta diversa a la manifestada<sup>11</sup>, el cual luego de ponderar diversos factores, actúa de manera contraria a la norma<sup>12</sup>. De acuerdo al profesor Náquira, el criterio rector para medir la culpabilidad será el de un hombre medio, razonable y prudente; esto es, un criterio generalizador, de carácter normativo y social, tomado a través de un observador objetivo, con características semejantes al actor y colocado en idéntica situación a la que él se encontraba: no se exigirá que la persona conozca en detalle que su conducta está sancionada de antemano por una ley penal determinada, bastando que su acción u omisión deba estar prohibida por la generalidad del orden jurídico de la sociedad, no importando si la persona en cuestión pueda detallar que la referida prohibición es de naturaleza civil, penal, administrativa o de otro tipo<sup>13</sup>.

Para Hans Welzel, se trata de un juicio comunicativo:

*“El juicio de que un hombre determinado en una situación determinada es culpable, no es, por eso, un acto teórico, sino existencial, y por cierto, “comunicativo”. Es el reconocimiento del otro como tú, como igual, como susceptible*

10 CRESPO, ob. cit., p. 17.

11 En contra SCHÜNEMANN: “(...) si la culpabilidad presupone la libertad de comportarse de otro modo, es evidente que esta libertad sólo se está fingiendo cuando se deduce de que otras personas en el lugar del autor habrían podido actuar de forma distinta”. De todas formas, se tomará el concepto de libertad como base para el desarrollo de este artículo, toda vez que ella supone el ámbito de decisión del sujeto. Véase, SCHÜNEMANN, Bernd. “La culpabilidad: estado de la cuestión”. Trad. de FELIP I SABORIT, David y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Edit.). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid, España, Editorial Civitas, 2000, p. 95.

12 No obstante lo expresado, el desarrollo histórico del concepto de culpabilidad, como elemento de la teoría del delito, ha pasado por una importante evolución. Así, se transita desde la concepción psicológica en Von Liszt, a la psicológica normativa de Beling, pasando por las teorías welzelianas, que a través de la frase “poder en lugar de ello” desarrollan el juicio de reproche como fundamento básico del principio; hasta desarrollos más contemporáneos, que asocian la culpabilidad al cumplimiento de los fines de la pena y sus fines preventivos, como Roxin. Más, véase, VELÁSQUEZ, Fernando. “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, sitio web de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo, págs. 1-18 [en línea]. Disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527\\_33.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_33.pdf) [fecha de consulta: 8 de septiembre 2013].

13 NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. “Imputabilidad e Inimputabilidad en el sistema jurídico penal chileno”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXVIII, 1982-1986, p. 7.

*de determinación plena de sentido y por esto, al mismo tiempo, tan sujeto responsable como yo mismo*<sup>14</sup>.

El reproche que se realiza a la persona, en atención a que la sociedad esperaba un comportamiento diverso de aquél, a efectos de que pueda ser establecida, constatada y valorada implica un necesario nexo de causalidad<sup>15</sup>, que se remita desde el hecho al autor que se sanciona. En este sentido,

*“(...) la culpabilidad es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho*<sup>16</sup>.

Así, en palabras del profesor Enrique Cury, el desvalor del injusto<sup>17</sup> se extiende al agente del hecho, toda vez que éste puede ser entendido como obra suya<sup>18</sup>.

Si a través de la teoría del injusto se estudia en detalle el hecho, en la culpabilidad el foco de atención está puesto en el sujeto infractor, analizando su actuar con prescindencia de las circunstancias morales<sup>19</sup> y en su mayor o menor capacidad<sup>20</sup>.

A este respecto, sólo se establecerá reproche<sup>21</sup> si el sujeto activo pudo autodeterminar en cierta medida su conducta<sup>22</sup>. Las principales corrientes de pensa-

14 WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad.: BUSTOS, Juan y YAÑEZ, Sergio, 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011, p. 182. Una idea similar puede encontrarse en Crespo, quien señala que el Derecho penal moderno debe situar las condiciones para la imposición de una pena en un contexto comunicativo. Véase, CRESPO, ob. cit., p. 9.

15 YAÑEZ, ob. cit., p. 302.

16 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, p. 385.

17 La culpabilidad necesariamente presupone acreditación de injusto. Véase, CRESPO, ob. cit., p. 21.

18 CURY, ob. cit., p. 385.

19 Circunstancia propia del abandono de un Derecho penal de valoraciones de índole moral en el autor, teniendo presente que el derecho no prohíbe ni ordena un determinado carácter, o una específica conducción de la vida. Véase, CRESPO, ob. cit., p. 21.

20 Marzi Rivera ve en la capacidad “la entraña jurídica de la imputabilidad”. Véase, MARZI RIVERA, Hugo. “Derecho y Enfermo Mental”. En: *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y Derecho Penal*, N°5, 1983, p. 42. El autor desarrolla las distintas teorías que se han generado en torno a esta capacidad, pasando desde aquellas que la entienden como capacidad jurídica de deber; de culpabilidad (Mezger, Welzel, Maurach); o de pena (Feuerbach, Von Liszt, Radbruch).

21 La idea de reprochabilidad es propia del finalismo cuando analiza el concepto de la culpabilidad, entendiendo que el sujeto no omitió la acción antijurídica aun cuando podía hacerlo. Esta concepción necesita abandonar un criterio premunido de un elemento anímico-subjetivo, lo que se logra con el traslado del dolo y la culpa al tipo.

22 CURY, ob. cit., p. 398.

miento formulan respuestas en este orden desde el determinismo y por otro lado, en el libre albedrío<sup>23</sup>, pero siempre discurriendo en torno a un elemento común: la libertad con que cuenta un sujeto para actuar.

Es precisamente la libertad, premunida del criterio de decisión, lo que diferencia a la especie humana:

*“En contraste fundamental con el animal, el hombre se caracteriza negativamente por una amplia libertad respecto de las formas innatas e instintivas de conducta y, positivamente, por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes”<sup>24</sup>.*

Por ende, sin culpabilidad no puede imponerse pena<sup>25</sup>, ya que el hecho necesariamente recae sobre un autor libre<sup>26</sup>. En palabras del extinto profesor de la Universidad de Chile, don Mario Garrido Montt,

23 Garrido Montt lo explica en detalle: *“La primera, la culpabilidad por el hecho, se funda en el principio filosófico de libre albedrío; el hombre como ser libre puede escoger entre distintas posibilidades de comportamiento, de manera que responde por su acto, por lo que ha hecho, no por su modo de ser. Los que adhieren a la culpabilidad de autor, que la identifican con el modo de vida del sujeto, parten de criterios deterministas; el acto delictivo aparece como consecuencia de su personalidad y de sus circunstancias. El individuo adopta posiciones o comportamientos que repercuten en su subconsciente, que con posterioridad lo harán reaccionar en situaciones determinadas, con comportamientos típicos; se le reprocha el acto realizado por ser consecuencia de su personalidad defectuosa, por haber llegado a ser lo que es, por su inclinación adquirida a rebelarse, circunstancial o permanentemente, en contra de los mandatos o prohibiciones”.* Véase, GARRIDO MONTT, MARIO. *“Derecho Penal, Parte General”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, Tomo II, p. 197.

Por su parte, Náquira también entiende que la culpabilidad presupondría la capacidad del hombre para autodeterminarse: *“En el momento actual y sin perjuicio de reconocer la vieja pugna entre el determinismo e indeterminismo, posiciones extremas y no probadas con absoluta y total claridad, la tendencia dominante reconoce que el hombre está, dentro de cierto marco, limitado y condicionado. En efecto, nadie puede salirse de su propia piel, dejar de ser uno mismo, negar el medio natural, geográfico, económico, político, social y cultural donde vive o abandonar el momento histórico en el que se encuentra inserto. De igual modo, es absurdo cuestionar que el ser humano está regido por ciertos procesos o leyes de causalidad que gobiernan su cuerpo, psique y, en general, el medio donde nace, crece y se desarrolla. No obstante, no se puede dejar de reconocer que el ser humano posee un cierto ámbito o zona donde puede ponderar o juzgar los pro y contras de las alternativas de conducta que se le ofrecen como respuesta a un problema, y sobre esa base, optar por una u otra. En pocas palabras, parece un error afirmar que el hombre normal está fatalmente encadenado a factores constitucionales o ambientales, así como también sostener que aquél puede adoptar sus decisiones en el vacío sin que nada ni nadie ejerza influencia alguna sobre su persona”.* Véase, NÁQUIRA, ob. cit., p. 8.

24 WELZEL, ob. cit., p. 171.

25 En relación a la pena, Schünemann indica que para un normativista como Jakobs, en cambio, al autor no se le reprocha propiamente un suceso real, siendo el fundamento de la culpabilidad no “este” suceso, sino el acto comunicativo de negación de la norma prohibitiva que se supone en un acontecimiento real como, por ejemplo, el homicidio de una persona. Esto es propio de su concepto funcional de culpabilidad, en que el sujeto debe motivarse a actuar conforme a la norma. Véase, Schünemann, ob. cit., p. 101.

26 Si bien esto es aceptado con indudable éxito en la dogmática contemporánea, Crespo muestra cómo hoy también se estudia la culpabilidad como límite, pero no necesariamente como fundamento de la pena. Más, CRESPO, ob. cit., p. 15.



*“La concurrencia de la tipicidad y de la antijuridicidad determinan el carácter delictivo de un hecho, pero no permite sancionar al sujeto que aparece como su autor, a menos que pueda personalmente reprochársele ese comportamiento, y esto exige, no analizar el hecho, sino el sujeto en sus condiciones particulares”<sup>27</sup>.*

Dentro de este elemento del delito –culpabilidad–, se distinguen aquéllos de índole formal de los que tienen una consistencia denominada como material<sup>28</sup>. Bajo la primera, se estudian sus fundamentos basales; en la segunda, a las razones del porqué esas descripciones son necesarias para castigar a un autor en concreto<sup>29</sup>. Esta última interrogante es del todo importante a efectos de no incurrir en un Derecho penal de autor; doctrina alejada de un ideal de punición de factura democrática y respetuosa de los derechos humanos.

De esta forma, necesariamente la culpabilidad es vista como fundamento de la pena<sup>30</sup> que será aplicada luego de acreditarse el injusto típico:

*“Conforme al criterio clásico, el Estado puede sancionar a sus súbditos porque siendo libres, pudiendo determinarse a su albedrío, escogen realizar actos típicos e injustos. Se les castiga porque son personalmente responsables de un acto realizado de propia decisión, lo que presupone que son racionalmente normales, que han alcanzado madurez para ejercitar su libertad y determinarse conforme a ella”<sup>31</sup>.*

En tanto como concepto de la teoría del delito, la culpabilidad en términos generales, salvo contadas excepciones en nuestro medio<sup>32</sup>, se encuentra ya separada tanto del dolo como de la culpa, que se entienden integrantes de la tipicidad.

Por lo anterior, una vez desprovista la culpabilidad de esta visualización subjetiva, puede entenderse esencialmente como juicio de reproche en razón de la *imputabilidad*:

*“Apreciación de la posibilidad de motivación del sujeto, de su capacidad para comprender los mandatos y prohibiciones normativos y de conducirse en*

27 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 195.

28 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 197.

29 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 198.

30 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 198.

31 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 198.

32 Así, pueden estudiarse las obras de los profesores Alfredo Etcheberry y Sergio Politoff, Véase, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *“Derecho Penal, Parte General”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005; y, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio et. al. *“Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011.

*consecuencia; la conciencia de la antijuridicidad es el conocimiento potencial del autor, en el caso concreto, de la ilicitud de su acción; y la exigibilidad de otra conducta incide en la apreciación de si el autor estaba en condiciones de adecuar su actuar a la norma en la realidad del momento y circunstancias en que llevó a cabo la acción típica*<sup>33</sup>.

Puntualizando lo precedentemente expuesto, las características más sustanciales que podrían presentarse en la culpabilidad serían, siguiendo a Garrido Montt<sup>34</sup>:

- El reproche estaría constituido por la posibilidad de exigir al sujeto, en las circunstancias concretas que enfrentó, que éste se comportara en forma diversa a aquella típica y antijurídica en que efectivamente lo hizo;
- La noción de culpabilidad no está integrada por elementos psicológicos tales como el dolo y la culpa (voluntad de realizar el acto o realizarlo con falta de cuidado); ya que estos elementos están ínsitos en el tipo. El juicio de reproche no requiere que el sujeto se sienta culpable, ya que la culpabilidad no integra el elemento subjetivo de sentirse a sí mismo responsable por el acto realizado;
- **No hay pena sin culpabilidad:** no puede imponerse un mal a quien no es culpable<sup>35</sup>. La culpabilidad funciona como regulador de la sanción ya que a menor o mayor culpabilidad, menos o más pena (la negrita es nuestra).

La primera de las características a que se hizo mención, forma parte de la posibilidad de que el sistema normativo inste a las personas a actuar de una forma determinada, cumpliendo un fin motivador a efectos de evitar los comportamientos considerados como no valiosos y que dañan bienes estimados para el todo social. Corolario obvio es negar el carácter retributivo de la pena, reemplazándolo por uno de corte preventivo<sup>36</sup>. De allí se deriva que en situaciones en que no sea posible acreditar esta *capacidad* de los sujetos para moti-

33 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 202.

34 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 203. El autor sigue de cerca una concepción normativa pura de la culpabilidad, la que compartimos, esencialmente debido a que la entendemos asociada al concepto de libertad de los ciudadanos, protegidos bajo un Estado de Derecho. Bajo esta teoría, el sujeto ha podido comportarse en forma distinta a su actuar delictivo, pero ha optado por la conducta sancionada. Un excelente repaso a la evolución histórica del concepto puede estudiarse en VELÁSQUEZ, ob. cit., págs. 1-18.

35 Esencia del Derecho penal garantista, en que la culpabilidad no puede pervertirse por motivos de utilidad social (antinomía entre la prevención y la culpabilidad). Más, CRESPO, ob. cit., p. 37.

36 Siguiendo a Crespo, "(...) en el moderno Derecho penal preventivo, y según la concepción dominante, la justificación del mismo viene dada por razones preventivas y para la protección de bienes jurídicos, y al mismo tiempo, también de acuerdo con una amplia mayoría doctrinal,

vase a actuar conforme a la norma, deba hablarse de inimputabilidad: por razones diversas una persona en concreto no tiene la posibilidad de adecuar su comportamiento conforme a lo que el grupo social espera.

Siguiendo a la doctrina normativa de la culpabilidad<sup>37</sup>, sus elementos basales son:

- Imputabilidad (el sujeto comprende las consecuencias de su actuar y puede actuar conforme a ese conocimiento);
- Conciencia de la antijuridicidad de sus realizaciones (el individuo entiende que su actuar es contrario a la norma); y,
- Exigibilidad de que el individuo dirija sus acciones conforme a derecho (se exige por razones de convivencia social pacífica, un respeto a las normas de conducta obligatorias).

Estas características recién mencionadas se entienden en un contexto determinado:

*“Lo anterior (el juicio de reproche) evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y como producto de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del Estado Social y Democrático de Derecho y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana”<sup>38</sup>.*

## 2. La imputabilidad como manifestación del conocimiento y de la libertad.

Siguiendo a Welzel, la libertad no es un estado, sino más bien un acto:

*“(...) el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la auto-determinación conforme a sentido”<sup>39</sup>.*

Así, el sujeto ya está desprovisto de aquello que puede determinarlo involuntariamente (piénsese en un sonámbulo que realiza actos de relevancia jurídica en medio de este estado inconsciente) y dirige su comportamiento conforme a los fines que se propone a diario. Desde el levantarse en las mañanas hasta

---

*la imposición y magnitud de la pena tiene que venir dada por la culpabilidad del autor”.*  
CRESPO, ob. cit., p. 8.

37 Véase nota N°33.

38 VELÁSQUEZ, ob. cit., p. 13.

39 WELZEL, ob. cit., p. 174.

el término del día, el sujeto va tomando las más variadas decisiones, en consonancia con su proyecto de vida:

*“Pero los impulsos mismos pueden ser dirigidos también y precisamente de acuerdo a su contenido de sentido y valor para una tarea de la vida más allá del momento presente, para un sentido de la vida obligatorio y trascendente. El objeto de esta dirección final no es el proceso causal exterior –en todo caso no inmediatamente–, sino los impulsos que compelen a su realización (dirección de los impulsos). El criterio orientador de esta dirección no es la aptitud del medio para el logro del fin, sino el contenido de sentido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida, que en el ámbito del Derecho son las normas del ordenamiento jurídico”<sup>40</sup>.*

Es a esta persona a quien el Estado puede aplicar una sanción, ya que su actuar se dirige *conforme a sentido*<sup>41</sup>. De esta forma, la imputabilidad puede también ser entendida como atribuibilidad<sup>42</sup> para que el sujeto sea digno de reproche por su hecho:

*“El principio de culpabilidad supone no sólo que el hombre posee un cierto tipo de autodeterminación, sino que ésta se puede llevar conforme al Derecho, es decir, de acuerdo a ciertas normas y valores consagrados en un orden jurídico, la que es preciso captar en el plano del deber ser y a través de la conciencia. Por su intermedio, la persona tiene la capacidad para discriminar entre lo justo e injusto, lo prohibido y lo permitido. Normalmente los autores sólo hacen referencia a un desarrollo psicológico moral del ser humano sin explicitar que, dentro de dicho desarrollo y lo más relevante para el Derecho penal, es el desarrollo de la conciencia jurídico social, base sobre la cual se levanta la estructura compleja de la culpabilidad. Además, el silencio de la capacidad jurídico social y su referencia a través de un desarrollo psicológico y/o moral es vago y equívoco, y de alguna manera, ha contribuido a asignar erradamente a la culpabilidad una naturaleza meramente psicológica o moral, sin ver en forma clara y directa su carácter normativo, jurídico-penal, la que, si bien reconoce componentes de tipo biopsicológico, en ningún caso se agota en ellos”<sup>43</sup>.*

Esta imputación producto del actuar sólo es posible de realizar respecto de un sujeto que también está *constitucionalmente capacitado* para comprender el significado de lo que hace y para autodeterminarse a obrar según esas representaciones de sentido. Esta posibilidad de actuar debe ser exigida en el momento

40 WELZEL, ob. cit., págs. 172-173.

41 No se desconoce el carácter finalista de tal afirmación.

42 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 208.

43 NÁQUIRA, ob. cit., p. 9.

mismo en que tiene lugar la ejecución típica<sup>44</sup>, ya que allí importa analizar la posibilidad de que el sujeto pudo conocer y actuar conforme a sentido:

*“(...) el conocimiento es posible sólo si puede ser asumido responsablemente como realización de una tarea planteada al sujeto y comprendida conforme a sentido. Dicho de otro modo: si el conocimiento ha de ser posible, el sujeto cognoscente no puede ser simplemente sujeto de sus impulsos, sino que tiene que tener la capacidad de comprender el impulso del conocimiento como tarea plena de sentido, que tiene que ser sostenida frente a impulsos contrarios, esto es, de asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento”<sup>45</sup>.*

La referida capacidad debe tener un carácter estable: formar parte de la estructura psíquica normal con que cuenta la persona para planificar y vivir su plan de vida<sup>46</sup> y determinarse a seguir un orden de tipo normativo-valórico<sup>47</sup>, esto es; comprender los hechos conforme a un criterio jurídico (el del hombre medio y razonable) y conducirlos a una calificación de prohibido-permitido, lícito-ilícito<sup>48</sup>. Cuando la persona opta, luego de ponderar lo anterior, por el delito, existe en palabras de Welzel, un abuso de la libertad<sup>49</sup>.

Doctrinariamente se han establecido diversas fórmulas para desarrollar el tipo de imputabilidad por el que se optará en el caso concreto. Así, las teorías recogen variantes psicológicas o psiquiátricas para fundar el criterio de exigencia. Las primeras apuntan a la capacidad psíquica del autor en torno a la comprensión mayor o menor de la significación antijurídica del acto y la determinación de la persona conforme a esta comprensión<sup>50</sup>. Por su parte,

44 NÁQUIRA, ob. cit., p. 11.

45 WELZEL, ob. cit., p. 176.

46 NÁQUIRA, ob. cit., p. 10. El autor comenta que esto supone también un proceso de socialización a través de diversas agencias, tales como la familia, la escuela, el grupo de amigos, o los medios de comunicación, que se encuentran insertos en un contexto sociocultural determinado. Es, en palabras del penalista, a través de este proceso de socialización, que las agencias enseñan o proyectan los valores y/o normas de tipo moral, religioso o jurídico que conforman un orden social.

47 NÁQUIRA, ob. cit., p. 10.

48 NÁQUIRA, ob. cit., p. 10. Expresa que la apreciación del mundo que realiza el sujeto no es un mero proceso psicológico, de senso-percepción de una situación real, sino que se exige, además, la ponderación que la persona es capaz de realizar, conforme a un patrón jurídico.

49 WELZEL, ob. cit., p. 177.

50 Es también conocido como método biológico, estableciéndose allí una presunción de inimputabilidad en que las personas se encuentran en un estado psicopatológico permanente o transitorio. Esta fórmula no exige manifestaciones por parte del autor en torno a evidenciar el presupuesto. NÁQUIRA, ob. cit., p. 20.

las segundas apelan a estados mentales patológicos, en que la alteración o la inmadurez de los procesos de desarrollo permitirían excluir la imputabilidad. Finalmente, los criterios mixtos constatan en cada sujeto un determinado daño orgánico relevante que se exterioriza en la incomprensión del acto prohibido a través de manifestaciones concretas<sup>51</sup>, es decir, describen los estados que dan origen a la imputabilidad, pero también exigen al juez una adecuación ulterior sobre la existencia efectiva de la incapacidad para comprender y autodeterminarse<sup>52</sup>.

Por lo anterior, la primera división que es posible realizar en torno a dos grandes grupos de inimputables, vale decir, personas a las que no se puede exigir el comportamiento conforme a la norma, son aquellos que fundan su origen en un trastorno mental de carácter patológico o accidental y, por otro lado, el grupo que se engloba en un desarrollo psicológico insuficiente por minoría de edad.

Por su parte, la imputabilidad tiene tanto un elemento cognoscitivo (intelectual) como uno volitivo (de la voluntad): la capacidad de comprensión de lo injusto y la determinación de esa voluntad, luego de una valorización efectuada, llevando a cabo una actitud definida o tomando una acción decidida<sup>53</sup>. Sólo cuando ambos aspectos confluyen en el mismo sujeto es posible hablar de capacidad de culpabilidad.

La persona, que goza de libertad, entendiendo esta capacidad como de autodeterminación, puede verse limitada por diversas circunstancias concomitantes, que en algún sentido pueden hacer que no conozca o no comprenda aquello que sucede<sup>54</sup>.

51 Náquira ve en este sistema mixto, representado en el Código penal alemán, una buena conciliación entre los enfoques biológicos y psicológicos, toda vez que la seguridad jurídica se reafirma al exigir siempre frente a un caso en concreto de perturbación psíquica, que ésta sea de una gravedad alta, a efectos de exculpar del hecho al autor. NÁQUIRA, ob. cit., p. 21.

52 Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 15 de abril de 2008, RUC N°0600344322-K, RIT N°15-2008.

53 Ambos conceptos, actitud y decisión tienen relevancia al momento de entender delitos de acción u omisión. NÁQUIRA, ob. cit., p. 10. Así también, WELZEL, ob. cit., p. 182.

54 CURY URZÚA, Enrique. "Culpabilidad y Criminología". En: *Revista de Ciencias Penales*, N°2, Tomo XXIX, 1970, p. 111. El autor desarrolla un interesante tema, en orden a determinar lo hermanadas que pueden estar tanto las ciencias penales como la criminología. Así, explica que el examen de las circunstancias concomitantes y de su influencia en la formulación de la voluntad del delincuente es materia propia del criminólogo, condicionando al penalista.

### 3. La inimputabilidad penal en Chile

Expresa el numeral 1° del artículo 10 del Código penal:

*“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:*

*1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”.*

Así, de acuerdo a la norma penal en comento, la primera aproximación exige discriminar entre el *loco* o *demente* y a quienes por circunstancias ajenas a su propio actuar, se encuentran *privados de razón*.

Bajo la norma<sup>55</sup>, se describe al sujeto que no puede ser sujeto de reproche, esto es, el *loco* o *demente*. Como resulta característico de los proyectos de codificación mundial en que se inserta el chileno, no se detallan fórmulas de imputación de conducta, ya que éstas se entienden como la regla general, sino más bien, se mencionan las causales en que a una persona puede no reprochársele la conducta contraria a la norma. De esta forma, la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento<sup>56</sup> se entiende en todas las personas. La excepcionalidad es lo contrario<sup>57</sup>.

En cuanto al criterio en que se inserta nuestro código punitivo, el sistema de imputabilidad es de tipo mixto<sup>58</sup>, toda vez que se exige un estado psiquiátrico

55 La Comisión Redactora siguió de cerca al Código penal español de 1850 como base para su trabajo a este respecto. Véase, DRAPKIN, Abraham. “Jurisprudencia de la eximente por enajenación mental”. En: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo II, 1936, p. 518. Así, el artículo 8° N°1 del referido Código, eximía de responsabilidad penal al “loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón”.

56 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007, p. 409.

57 El legislador presupone esta capacidad general, dado que a partir de los dieciocho años, sobre la base de desarrollo psico-social normal, un hombre medio es capaz, por regla general, de enjuiciar o valorar legalmente y en términos generales una situación o conducta como lícita o ilícita, o bien de autodeterminarse conforme a valor o derecho. En: NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. “Comentario al artículo 10 N°1 del Código Penal”. En: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTÍZ QUIROGA, Luis (Dirs.); MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Tomo I, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, p.101.

58 Náquira muestra que esto no era del todo pacífico en la doctrina de la primera mitad del siglo XX, ya que autores como Labatut y Novoa, entendían que el legislador había

previo (locura o demencia), y las manifestaciones concretas de corte psicológico que ello genera<sup>59</sup>.

Como se decía, la imputabilidad en Chile está desarrollada en términos negativos, limitándose a describir la norma en comentario a los casos en que, por enfermedades psiquiátricas y trastornos mentales, ésta no se encontraría establecida. No obstante ser de dudosa aplicación en la psiquiatría, las neurociencias y la psicología modernas estos conceptos, entendiendo que *loco* y *demente* no son enfermedades que hoy existan como tales, una solución teleológica que guíe la labor del intérprete debería conducir a resultados satisfactorios<sup>60</sup>. Lo mismo ocurre cuando el legislador habla de aquel sujeto que sufre de una *privación total de razón*.

### 3.1. La locura o demencia

En la época de nacimiento de nuestro Código penal, los términos *locura* o *demencia* eran de uso público a efectos de designar a las personas que sufrían trastornos mentales graves. De factura decimonónica, el cuerpo codificado surge en una época en que era arraigada, por ejemplo, la creencia en la posesión de espíritus en los cuerpos de las personas que determinaban conductas extrañas y delirantes<sup>61 62</sup>.

Hoy, por el contrario, gracias al enorme avance de la psiquiatría en la pasada centuria y los descubrimientos que la investigación desarrolla en el campo de la psicología, así como los aportes que las neurociencias logran en las últimas dos décadas, a través del estudio de los mecanismos cerebrales que moti-

---

optado por un método biológico. En: NÁQUIRA, ob. cit., p. 103.

59 Así, NÁQUIRA, ob. cit., p. 20. Esto cobra relevancia en un tema decisivo: determinar sólo una orientación psiquiátrica al tratar la inimputabilidad, implica dejar en manos de los profesionales de estas ciencias la decisión jurídica de la responsabilidad penal, lo que traería consecuencias graves en el Estado de Derecho en que es el juez la figura revestida de autoridad para la resolución del caso concreto. De esta manera, se necesitan manifestaciones que serán constatadas y apreciadas por el juzgador: el argumento de autoridad del perito tiene indudable peso probatorio, pero es el adjudicante revestido de potestad, quien decide el caso concreto conforme a derecho.

60 CURY, ob. cit., p. 413.

61 Ya en 1936 en la Revista de Ciencias Penales, Abraham Drapkin escribía: “Desde que los enajenados mentales dejaron de ser posesos, para ser considerados en su verdadera condición de enfermos, la legislación punitiva de todos los países ha debido preocuparse de su situación frente al grupo social, en el caso, bastante frecuente, de la realización de actos que, generalmente considerados, constituyen delitos”. En: DRAPKIN, ob. cit., p. 518.

62 Una excelente muestra histórica de las discusiones que se presentan en los órdenes médico, eclesiástico y jurídico ante una eventual posesía, puede estudiarse en: ZISTERNAS, José Raimundo. *La endemoniada de Santiago*. Santiago, Chile, Editorial Vergara, 2010.



van el comportamiento y la capacidad de decisión en las personas, se han dejado atrás estos conceptos, por entenderlos no comprensivos de ninguno de los desórdenes que pueden conocerse hoy<sup>63</sup>. Actualmente, la nosología<sup>64</sup> no conoce, por ejemplo, la *locura*.

De todas formas, esto que podría parecer un defecto, atendido el tiempo transcurrido sin que hubiesen existido modificaciones en el plano legislativo –de hecho, no las ha habido–, puede tomarse como un beneficio. Así, una enumeración casuística de las diversas enfermedades mentales que tratan la psiquiatría y psicología contemporáneas, demandarían dejar de lado las que a futuro podrían conocerse de cara a los nuevos avances científicos<sup>65</sup>. La alta generalidad y abstracción del legislador penal posibilita –en este punto al menos– una nutritiva integración doctrinaria y jurisprudencial<sup>66</sup>.

El legislador las tomó, al momento de la codificación, siguiendo la significación vulgar que éstas tenían (y aún tienen):

*“Somos de opinión que nuestro Código Penal cuando emplea las expresiones loco o demente, o bien cuando habla de privación total de razón, las ha recogido no de la psiquiatría –y por ello, no designan ningún tipo de entidad nosológica en particular– sino del lenguaje común u ordinario del que han formado parte con igual sentido desde antiguo, según nos da cuenta el dic-*

63 No obstante lo precedentemente expuesto, la voz *demencia* sí es reconocida en la psiquiatría mundial, pero más bien asociada a un daño orgánico que disminuye la capacidad cognitiva del sujeto. De todas formas, es una expresión omnicomprendiva de diversos cuadros, caracterizados por el desarrollo de múltiples déficit cognoscitivos, que incluyen el deterioro de la memoria, debido a los efectos fisiológicos directos de una enfermedad médica, a los efectos persistentes de una sustancia o a múltiples etiologías. Véase, VV. AA., *DSM IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría*. Estados Unidos, Masson, 2003, p. 313.

64 Ciencia médica que estudia y clasifica las enfermedades.

65 CURY, ob. cit., p. 414.

66 En 1936 Abraham Drapkin también llegaba a conclusiones similares: “(...) Por consiguiente, la expresión “demencia”, en nuestro Código, debe adquirir una significación legal, independiente de la que le asigna el tecnicismo psiquiátrico, que comprenda todas las formas de enajenación mental, siempre que afecten la inteligencia del delincuente de tal forma, que su responsabilidad desaparezca”. Véase, DRAPKIN, ob. cit., p. 520. Opinión contraria sostenía el Profesor Rivacoba y Rivacoba, quien veía en el anacronismo de la norma un problema para el intérprete: “La fórmula de inimputabilidad por alteración mental, del artículo 10, número 1, es uno de los elementos más anacrónicos y rudimentarios del Código penal chileno, que no responde en absoluto a los progresos y las exigencias, ni de la psiquiatría ni de la ciencia jurídica de nuestros días, y constituye uno de los relativamente pocos puntos en que resultan estériles los esfuerzos de la doctrina para lograr soluciones acordes con los postulados modernos, reclamando por ello una reforma inmediata”. Véase, RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*. Valparaíso, EDEVAL, 1975, p. 78.

*cionario de la Real Academia de la Lengua, obra en la cual, dichos términos conservan su primitivo significado*<sup>67</sup>.

Siguiendo a Cury, parece sí ser constante que las enfermedades que pueden ser incluidas dentro de la nomenclatura legal tienen patrones comunes, caracterizándose por la existencia de modificaciones cuantitativas de los componentes de la personalidad<sup>68</sup>. De esta forma, señala el autor, tendencias o rasgos naturales de esta última parecerían en algunos individuos atrofiadas o disminuidas, por razones de diversa índole, provocando variaciones más o menos acentuadas del conjunto.

De todas formas, pueden conceptualizarse tanto la *locura* como la *demencia*, hoy, como términos jurídicos sinónimos que engloban todo trastorno, perturbación o enfermedad psíquica que destruya, anule o desordene psicopatológicamente, y en forma más o menos permanente, las facultades o funciones psíquicas superiores (inteligencia, voluntad y conciencia) en grado tal que sea capaz de eliminar en la persona su imputabilidad<sup>69</sup>. Ambos son estados psicopatológicos de enajenación<sup>70</sup>:

*“La capacidad de reconocer el injusto y de obrar en consecuencia presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de una persona, que son las únicas que posibilitan la existencia de una personalidad responsable. Cuando estas funciones mentales (la posibilidad de determinación conforme a sentido de la vida anímica) quedan eliminadas por procesos causales indiferentes al sentido, entonces también desaparece la capacidad de la culpabilidad”*<sup>71</sup>.

A efectos de esbozar las posibilidades de establecer imputabilidad en cada uno de los casos, distinguiremos, dentro del conjunto de las enfermedades mentales que comúnmente podrían llegar a ser entendidas como comprensivas de *locura* o *demencia* a las psicosis, oligrofenias y psicopatías<sup>72</sup>. Estudiaremos brevemente cada una de éstas, a efectos de establecer la posibilidad de que exista un correlato entre lo que indican las ciencias médicas y psicológicas, con lo que busca el legislador penal al eximir de conducta conforme a la norma a las personas que sufren alguno de estos trastornos.

67 NÁQUIRA, ob. cit., p. 23.

68 CURY, ob. cit., p. 414.

69 NÁQUIRA, ob. cit., p. 27.

70 Cury entiende en este concepto una paralización del desarrollo intelectual, lo que no puede resultar cierto, toda vez que ello no sucede en los casos en que hay pérdida del juicio de realidad, en los que el sujeto puede tener su dote cognitiva plena. Véase, CURY, ob. cit., p. 189.

71 WELZEL, ob. cit., p. 184.

72 Se usa esta nomenclatura por ser la más comúnmente empleada en la dogmática penal.

### 3.1.1. PSICOSIS<sup>73</sup>

Bajo este trastorno el sujeto cambia completamente su personalidad, enajenándose por completo. Se “hace otro”, en palabras del profesor Cury<sup>74</sup>, ya que el individuo ve completamente alterado el juicio de realidad, no distinguiendo entre lo que efectivamente es, o creía que era, y lo que ahora pasa a ver y entender. Esto último, muchas veces está acompañado de voces, imágenes y creaciones varias que le determinan a obrar conforme a esta alteración completa en sus sentidos. Las causas pueden ser endógenas si éstas nacen en el propio organismo (por ejemplo, la esquizofrenia) o exógenas, si tienen su origen en factores externos que afectan el cerebro, como intoxicaciones graves por alcohol o drogas, de carácter permanente.

Característica fundamental de la psicosis es el advenimiento de ideas delirantes<sup>75</sup> y alucinaciones manifiestas (ya sea una o la otra, o ambas) en las que el sujeto cree estar viviendo circunstancias inexistentes o derechamente se enajena y adopta una identidad distinta (se cree otro personaje). Hay aquí por parte del enfermo una falta de conciencia de su situación patológica: el sujeto tiene certeza apodíctica de la realidad de sus visiones o escuchas.

A efectos de que la persona sea caracterizada como psicótica, presentando un trastorno delirante, por ejemplo, o una esquizofrenia, deben cumplirse ciertos requisitos: alteración persistente durante a lo menos seis meses, en los cuales uno debe ser de fase activa, incluyendo allí alucinaciones varias, ideas delirantes, lenguaje desorganizado o catatónico<sup>76</sup>.

### 3.1.2. OLIGOFRENIAS<sup>77</sup>

Son alteraciones conductuales de relevancia, pero sin una entidad tal como para ser englobadas dentro de la psicosis, en que el individuo no pierde su

73 Dentro del término psicosis, y de acuerdo al Manual DSM IV, incluiremos a la esquizofrenia, el trastorno esquizofreniforme, el trastorno esquizoafectivo, el trastorno delirante, el trastorno psicótico breve, el trastorno psicótico compartido, el trastorno psicótico debido a una enfermedad médica, el trastorno psicótico inducido por sustancias y el trastorno psicótico no especificado. Véase: VV. AA., ob. cit., p. 333.

74 CURY, ob. cit., p. 414.

75 El delirio se comunica a través de ideas, las cuales se elaboran desde el juicio de realidad. Así, las ideas delirantes son juicios de realidad patológicamente falseados. Sus características principales son: 1) Certeza subjetiva incomparable, o sea, el sujeto las afirma con una convicción extraordinaria; 2) No influenciadas por la experiencia, ni por las conclusiones irrefutables; 3) Contenido imposible, esto es, no pueden ser. Véase: CAPPONI, ob. cit., p. 101.

76 VV. AA., ob. cit., p. 333.

77 Bajo este desorden entenderemos a la amplia gama de trastornos en la inteligencia, que se estudian bajo la psicopatología de la misma. De acuerdo a Capponi, mejor es

identidad por completo ni necesariamente mantiene ideas delirantes. El sujeto ve dificultada su adaptación a las exigencias de la convivencia social<sup>78</sup>.

Las oligofrenias se caracterizan por un menoscabo en el desarrollo de los procesos cognitivos, no teniendo posibilidades de ampliar su campo de crecimiento y conocimiento. Es un estado de tipo permanente que se produce en los momentos iniciales de su maduración psicopatológica.

Característico de las oligofrenias es el deterioro o compromiso tardío de la inteligencia en la capacidad de asimilación y del razonamiento lógico<sup>79</sup>.

### 3.1.3. PSICOPATÍAS

En este ítem se ubican trastornos más severos dentro de la estructura de la personalidad, en que no hay problemas con el yo: el sujeto tiene plena conciencia de su identidad y del comportamiento que es estimado correcto dentro del todo social, reconociendo incluso las normas de comportamiento, pero no opta por orientarse conforme a ellas, ya que tiene una necesidad, precisamente, de contravenirlas. Son personas que sufren por su anormalidad o hacen sufrir bajo ella a la sociedad.

En estos sujetos hay una completa anulación del juicio ético y del correspondiente reproche social de la conducta. La persona llega incluso a disfrutar de la realización de actos de dolor en otros, conociendo siempre que su conducta no está permitida.

Su actuar básico es agresivo, pero, en general, manejan relaciones sociales con normalidad, a través de una convincente máscara de salud<sup>80</sup>. No obstante lo anterior, no manifiestan vínculos afectivos, ya que son incapaces de ello. Su ceguera ética<sup>81</sup> los muestra siempre centrados en un objetivo, cuya búsqueda hará que no se preocupen de las consecuencias que ello genere en los otros. A mayor abundamiento, no conocen con realismo los planos temporales: no se vinculan con el pasado ni proyectan el futuro en otros términos que no sea el de la satisfacción de sus intereses.

---

llamar retardo mental, ya sea mínimo, leve, moderado, severo o profundo, al compromiso psicopatológico de la inteligencia, independiente de su etiología; y oligofrenias al cuadro clínico nosológico o sindromático. Véase: CAPPONI, ob. cit., p. 192.

78 CURY, ob. cit., p. 415.

79 CAPPONI, ob. cit., p. 196.

80 LAINO, Nicolás. "El dilema acerca de la imputabilidad de las personalidades psicopáticas", publicado en Revista Electrónica de Pensamiento Penal, 2006, p. 20 [en línea]. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/33laino.pdf> [fecha de consulta: 22 de septiembre 2013].

81 LAINO, ob. cit., p. 25.

Relevante es para el Derecho penal que los psicópatas no modifican su actuar a través del ejemplo, ya que ni con premios ni con castigos se logra un cambio de comportamiento, por lo que siempre creen estar actuando en términos de que algo se les debe, que se ha hecho mal a su respecto por parte de los demás. En su actuar no hay culpa, remordimiento o vergüenza por lo ya hecho ya que su juicio no está en conexión con la realidad.

En cuanto a los inicios, la conducta contraria a la norma se presenta desde muy temprana edad:

*“Son individuos que se enfrentan y chocan con la ley desde épocas tempranas de su vida, y aunque algunos logran un equilibrio inestable durante algún tiempo, un gran número termina incurriendo en actividades antirreglamentarias, ilegales y delictivas. Esta colisión o choque con las leyes o normas sociales, se origina en un sistema de valores y una visión del mundo y de sí mismo totalmente distintos de las del resto de las personas que los rodean. Y ello se debe a que su moral se basa en sus fantasías vindicatorias, en que la víctima aparece como un sustituto de las figuras parentales narcisistas que a su vez fueron frustradoras en la niñez del sujeto. Su daltonismo ético les lleva a realizar actos agresivos y aberrantes cuya finalidad última es alcanzar el objetivo propuesto: la venganza”<sup>82</sup>.*

Finalmente Laino agrega:

*“El psicópata no se arrepiente, no siente culpa, no se deprime, no se corrige, no muestra angustia, permanece afectivamente ajeno al hecho, como si él no tuviera ningún tipo de responsabilidad en lo ocurrido”<sup>83</sup>.*

Tradicionalmente la psicopatía no es considerada como una circunstancia de enajenación mental capaz de fundar la inimputabilidad del hechor, en razón de que el sujeto que la padece puede entender el significado criminal de su hecho, dirigiendo su actuar conforme a esa comprensión. Son personas capaces de acción que se conducen de manera antijurídica<sup>84</sup>.

### 3.2. La *locura* o *demencia* y la privación total de razón. Trastornos que hoy pueden ser entendidos como comprensivos de inimputabilidad

Siguiendo al profesor Cury, las expresiones *locura* o *demencia* deben ser entendidas en relación a la *privación total de razón* de que habla la segunda parte del

82 LAINO, ob. cit., p. 16.

83 LAINO, ob. cit., p. 21.

84 BARBERO, Natalia y SALDUNA, Mariana. “Responsabilidad penal del psicópata”, Revista Latinoamericana de Derecho, N°7-8, 2007, p. 90. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt4.pdf> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014]

numeral 1° del artículo 10° del Código Penal<sup>85</sup>. Lo anterior, debido a que las consecuencias jurídicas que se desprenden de las dos situaciones que presenta la norma son idénticas: se perturban las funciones psíquicas del sujeto en una misma forma<sup>86</sup>, resultando estados patológicos de cierta permanencia en el tiempo<sup>87</sup> que hacen a las personas perder su capacidad de obrar con plena conciencia.

En este orden, Cury explica que se entenderá que el sujeto se encuentra totalmente privado de razón cuando no ha sido capaz de comprender lo injusto de su actuar y de autodeterminarse conforme a esa comprensión<sup>88</sup>.

El problema está determinado en dos ámbitos que se tratarán en las líneas siguientes: primero, qué trastornos de los ya mencionados pueden ser subsumidos bajo la *locura* o *demencia*; y segundo, la posibilidad de graduar estas enfermedades, vale decir, si es posible encontrar, bajo nuestro ordenamiento jurídico penal, al instituto de la imputabilidad disminuida cuando existan síntomas de un trastorno de cierta entidad, pero en que el sujeto todavía, en algún aspecto, es dable de ser compelido a actuar conforme a la norma.

De acuerdo a la presentación realizada, en términos generales, sólo nos parece que la psicosis presentaría las características que se exigen a una condición de inimputabilidad en el sujeto que actúa. La pérdida del juicio de realidad de la persona, en que sufre alteraciones en la discrepancia de aquello que *es* con lo que cree que *es*, permite circunscribir al psicótico como un sujeto en quien el comportamiento conforme a derecho no puede ser exigido, ya que no lo comprende. Las visiones que rodean al enfermo, premunido ello de un evidente daño orgánico funcional a nivel cerebral, reafirman lo expresado<sup>89</sup>.

No estimamos lo mismo tratándose de las oligofrenias y de las psicopatías. En las primeras, el retardo mental evolutivo del sujeto merece, primero, ser evaluado en cada caso concreto para así analizar qué tipo de retardo es el que mantiene. Destacando el hecho que esta circunstancia se presenta como evolutiva y que impide un regreso a la normalidad, se estudiará en cada momento la mayor o menor posibilidad que el individuo tuvo de guiar su actuar conforme a la norma de conducta, dado su posible conocimiento de ésta.

---

85 CURY, ob. cit., p. 415.

86 CURY, ob. cit., p. 415.

87 Esto, en relación a los posibles tratamientos médicos y psicológicos que se puedan aplicar.

88 CURY, ob. cit., p. 416.

89 En este sentido, NÚÑEZ DE ARCO, Jorge. *“El Informe Pericial en Psiquiatría Forense”*. Sucre, Bolivia, Editorial Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2007, p. 170.

Caso aparte merecen las psicopatías. En éstas, el sujeto, como se mencionó *supra*, no ha perdido el yo ni el juicio de realidad: distingue lo correcto de lo incorrecto, pero son ciertas circunstancias vindicativas –sus actos dañosos tienen motivaciones de venganza social en muchos casos– las que le mueven a actuar delictivamente. El primer aspecto es decisivo para hablar a este respecto de imputabilidad, ya que la persona entiende y conoce que su actuar se encuentra prohibido, optando por el hecho ilícito.

#### 4. La Imputabilidad Disminuida

Bajo este concepto se designa una situación especial que se presentaría en determinados casos en que no existiría una privación total de la razón. Así, el sujeto no cumpliría con todos los requisitos sintomáticos de alguna de las enfermedades mentales precedentemente descritas, pero su conducta resulta alterada ya que sí mantiene elementos que no posibilitan una exigencia plena de actuar conforme a derecho. De esta forma, su imputabilidad permanecería, pero atenuada o disminuida.

En efecto, el artículo 11, numeral 1° del Código penal, dispone considerar como circunstancia atenuante cuando no se cumplan todos los requisitos para eximir de responsabilidad penal al sujeto, de acuerdo a las exigencias del artículo 10. Por su parte, el artículo 73 permite la rebaja de pena hasta en tres grados cuando:

*“El hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurran”<sup>90</sup>.*

En términos históricos, el concepto es propio del siglo XIX, en que los estudios de la escuela clásica entienden la imputabilidad con posibilidades de graduación y de ser medida cuantitativamente<sup>91</sup>, por lo que podía estar completa o incompleta; agravada o atenuada; ser total o parcial<sup>92</sup>. Se trataría de una cierta escala, en que en un lugar máximo están los imputables y en el otro extremo, los inimputables *completos*<sup>93</sup>.

90 La aplicación de la mencionada norma implica desde ya un reconocimiento que las circunstancias eximentes pueden resultar divisibles, no sólo aquellas que lo permitan en términos materiales, sino también las que se denominan intelectuales, de la que es parte el numeral 1° del artículo 10.

91 YÁÑEZ, ob. cit., p. 306.

92 YÁÑEZ, ob. cit., p. 308.

93 YÁÑEZ, ob. cit., p. 309.

Siguiendo a Zaffaroni, el sistema penal debe dirigirse a ejercer sus efectos sólo respecto de la persona que ha alcanzado una edad para determinarse a actuar conforme a la norma, y que no posea graves perturbaciones que le impidan comprender la antijuridicidad de su actuar en conformidad a ese entendimiento<sup>94</sup>. La referida comprensión, como parece obvio, necesita un mínimo de desarrollo por parte del sujeto a quien le es exigida.

Ahora bien, de acuerdo al planteamiento que entiende la imputabilidad también en estado disminuido, no existiría un corte tajante al momento de analizar lo uno o lo otro. Se niega así, lo que se entiende como una fórmula tiránica:

*“La fórmula legal de inimputabilidad responde a la tiránica clasificación que divide al mundo en dos: salud o enfermedad. De ella se deriva que, si el agente posee determinada aptitud, es sano y hay que tratarlo como tal, lo cual conduce a la plena imputabilidad y a la aplicación de pena; en cambio, si carece de capacidad, se etiqueta como “enfermo”, se lo exime de pena y se le aplica una medida de seguridad si es que, además, resulta “peligroso”<sup>95</sup>.*

Vannini muestra cómo en el derecho comparado la institución ha sido recogida, como es el caso del Código italiano de 1930, que prescribe:

*“Quién en el momento de cometer el hecho estaba, por enfermedad, en tal estado mental que alterase grandemente sin excluirla, la capacidad de entender o de querer, responde del hecho cometido; pero la pena será atenuada”<sup>96</sup>.*

Por su parte, el Código penal alemán, en su artículo 21 establece una atenuación de pena, tomando al instituto en comentario:

*“(…) cuando la capacidad del autor para apreciar y comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a esa apreciación y conocimiento estuviere, al tiempo de su comisión, considerablemente disminuida por alguna de las causas mencionadas en el art. 20°, podrá atenuarse la pena...”<sup>97</sup>.*

En referencia a este tratamiento, la doctrina ha desarrollado diversos cuestionamientos. Por una parte, se señala que el concepto de imputabilidad dismi-

94 ZAFFARONI CATTANEO, Eugenio. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar, 2000, p. 674.

95 VANNINI, Fabiana, et. al. “Imputabilidad Disminuida”. En: *Revista Electrónica Derecho Penal on line* [en línea]. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,107,0,0,1,0> [fecha de consulta: 15 de septiembre 2013].

96 VANNINI, ob. cit., p. 8.

97 ESPÍNDOLA, Julio César. *Código Penal Alemán, Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1976, p. 157.



nuida adolecería de problemas, ya que su contenido sería confundido con los casos de aquellos sujetos que gozan de plena imputabilidad<sup>98</sup>, quienes deben esforzarse más por cumplir con el comportamiento conforme a derecho, toda vez que a ellos, por sus características personales, les resulta más difícil internalizar la adecuada norma prohibitiva. De esta forma existiría imputabilidad siempre y hablar de que ésta se encuentra disminuida presentaría el equívoco de señalar que puede ser cuantificable y medible.

Entendemos que lo que se denomina bajo esta terminología es una situación de imputabilidad atenuada, pero siempre de imputabilidad, toda vez que el solo hecho de establecer la referida característica ya implica entender, en cierto grado, que el sujeto pudo actuar conforme a derecho. Por ello, la diferencia entre ambos extremos es más bien cualitativa y no cuantitativa<sup>99</sup>:

*“El imputable disminuido es siempre y ante todo un imputable, pues ha de poseer capacidad de entender y de querer con un sentido de dominio y de dirección a efectos de actuar culpablemente como cualquier espíritu “normal”<sup>100</sup>.*

Ya Welzel establecía que tratándose de enfermos mentales, la culpabilidad queda siempre eliminada: una imputabilidad parcial no podría darse respecto de ellos<sup>101</sup>.

En nuestra doctrina, el profesor Cury también ve problemas en el uso del término:

*“Desde el punto de vista de los resultados prácticos, la solución es, en principio, satisfactoria. Sin embargo, en mi opinión es sistemáticamente incorrecta. La imputabilidad, como tal, es un estado personal que determina una cierta consecuencia (la incapacidad de autodeterminación) y, por consiguiente, no admite graduaciones. El sujeto es o no capaz de comprender lo injusto y actuar en consecuencia; el factor intelectual, desde luego, es indivisible, porque no existe un “entender a medias”; en cuanto al volitivo, como capacidad personal subsiste aunque se encuentre limitado, o bien no existe del todo”<sup>102</sup>.*

98 CORONEL, María Laura. “La denominada imputabilidad disminuida”, publicación electrónica de la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina, 2007, p. 12 [en línea]. Disponible en: [http://www.aapdp.com.ar/archivos-para\\_bajar/03Coronel.pdf](http://www.aapdp.com.ar/archivos-para_bajar/03Coronel.pdf) [fecha de consulta: 9 de agosto 2013].

99 YÁÑEZ, ob. cit., p. 310.

100 YÁÑEZ, ob. cit., p. 310.

101 WELZEL, ob. cit., p. 186.

102 CURY, ob. cit., p. 420.

Seguimos de cerca este planteamiento, amparándonos en lo precedentemente expresado y también, en los casos en que podría aplicarse el concepto. Como se desarrolló *supra*, las enfermedades mentales que, reunidas bajo los conceptos de psicosis, oligofrenias y psicopatías, podrían, de acuerdo a los conocimientos científicos modernos, estudiarse bajo los parámetros de imputabilidad, exigen un estándar alto que implica una mirada tanto a la afectación de su funcionamiento psicológico, como en las manifestaciones que se derivan de ello en el plano relacional del sujeto.

Los avances en el campo de las neurociencias han abarcado conocimientos que, en la época de nacimiento del concepto todavía no existían. Si bien ya desde el siglo XVIII se entendía que diferentes regiones cerebrales eran las encargadas del control de distintas funciones del individuo<sup>103</sup>, hoy las investigaciones han tomado derroteros prácticamente imposibles en esa época. Se han llegado a descubrir, incluso, los mecanismos del cerebro que se activan en la toma de decisiones de las personas y cómo las funciones de razonar y decidir pueden ser ubicadas en específico en alguna región cerebral<sup>104</sup>. Conclusión obvia es, pues, analizar cómo daños orgánicos en un área en específico son capaces de determinar o, al menos, incidir en un comportamiento u otro.

Por lo anterior, los desarrollos científicos exigen al interviniente penal al momento de presentar su caso ante el sentenciador, acreditar que el sujeto imputado se encontraba con un deterioro de proporciones en sus facultades, que implicaba que su capacidad de razonar y desde allí, de conocer el contenido normativo básico, era pobre y no adecuado a los parámetros de la convivencia social.

Hoy, una vez que se conoce y entra en el fondo de cada una de las enfermedades mentales, es factible admitir graduaciones en las mismas, siendo decisivo para el establecimiento de la categoría el diagnóstico de una enfermedad psiquiátrica y cómo sus resultados concretos y externos en el acto cometido permiten un mayor o menor quantum de la pena adjudicada por el sentenciador. Su gradualidad posibilita generar sobre el individuo una recriminación penal individualizada, según sus propias y particulares condiciones, teniendo en consideración el ámbito de autodeterminación que la persona tuvo al actuar, resultando así lícito el reproche entregado:

---

103 Pozo SILVA, Nelson. *Imputabilidad penal y mente*. Santiago, Chile, Editorial Arcis, 2010, p. 72.

104 Pozo, ob. cit., p. 81.

*“El reproche de culpabilidad es graduable; la capacidad de culpabilidad también lo es, este segundo aspecto repercute en el primero conforme a una correcta interpretación de su significación”<sup>105</sup>.*

En este sentido, lo que se conoce como imputabilidad disminuida es un factor que incide en la determinación judicial de la pena; instancia procesal en que se analizan los antecedentes y circunstancias del delito cometido, de acuerdo a la clase, gravedad y forma de ejecución de éste, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente, por la pena en concreto. Es el establecimiento en un caso, de la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible como autor, cómplice o encubridor<sup>106</sup> frente a un sujeto que no ha podido internalizar del todo la norma obligatoria de conducta, pero que no es completamente inimputable. En esta fase, que representa el momento principal de la actividad decisoria del juzgador, el tribunal penal ha de tener presente la culpabilidad y las condiciones personales del autor, como también la posible remisión de la sanción o la aplicación de una medida alternativa, contando para todo lo anterior con una relativa discrecionalidad para la determinación de la pena dentro del marco legal, debiendo respetar los principios que la orientan y los fines que ésta persigue<sup>107</sup>.

La escala de determinación del juez para la pena en concreto es el momento en que el primero podrá considerar, a través de determinados fines, que una persona podrá conminarse o no en el futuro de acuerdo al comportamiento normativo. Por ello es del todo necesario que exista una discrecionalidad normada, para que el sentenciador aplique el derecho en el caso concreto de acuerdo a las particulares circunstancias del mismo.

Por lo anterior es que el reconocimiento de la imputabilidad disminuida como imputabilidad graduada ayuda a que en el momento de aplicar sanción en el caso presentado, sean tomados en consideración los fines de la pena, morigerando ésta de ser necesario, para una persona con trastornos mentales que todavía mantiene rasgos de imputabilidad. Nuestro sistema de determinación discrecional reglada de la pena se vale de este instituto para lograr tan importante fin. Laura Coronel lo explica en estos términos:

*“Al introducirse el juicio de reproche al sujeto por no haber adecuado su conducta a la norma en el ámbito de la culpabilidad, se posibilitó cuantificar la culpabilidad del mismo de acuerdo al grado de comprensión que tuvo al*

105 MORALES GARCÍA, Jorge Luis. “La imputabilidad disminuida”, publicación electrónica portal Ciencias Penales [en línea]. Disponible en: <<http://www.cienciaspenales.org/revista25/n6.pdf>> [fecha de consulta: 9 de agosto 2013].

106 POLITOFF, Sergio et. al., ob. cit., p. 490.

107 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, Tomo I, págs. 316-317.

*momento de realizar su conducta, traducida, a la postre, en la cuantificación de la pena*<sup>108</sup>.

Un margen amplio para el reconocimiento de la imputabilidad disminuida deviene en su innegable alegación en la gran mayoría de los casos en que las personas, movidas por determinadas circunstancias de vida, cometen el delito –principalmente, adicción a drogas y alcohol–. De alguna forma u otra, salvo los casos en que se trate de una auténtica y diagnosticada enfermedad mental, en su aplicación, según da cuenta la jurisprudencia de los últimos años, el sujeto está premunido de una cierta irritabilidad, de un deficiente desarrollo cognitivo o de un escaso juicio empático, situaciones en que no puede plantearse que éstos no han podido, del todo, actuar conforme a la norma.

La jurisprudencia de los últimos años<sup>109</sup>, emanada principalmente de diversos Tribunales Orales en lo Penal, da cuenta precisamente de lo anterior: la regla general es la no aceptación de la categoría, ya que los sentenciadores entienden y constatan que los acusados han podido llevar a cabo una actividad planificada en lo delictivo, esto es, en lenguaje *welzeliano*, planificando, decidiendo y actuando conforme a sentido, por lo que comprendían, en ciertos términos, lo injusto de su actuar.

Así, el Tribunal Oral en lo Penal de La Serena estableció:

*“(...) si un sujeto que tiene un daño orgánico cerebral se encuentra frente a una situación en la que percibe que está siendo agredido, puede reaccionar con un descontrol violento que incluso lo puede llevar a matar a una persona, y ahí claramente hay una imputabilidad disminuida si hay una organicidad bien establecida, pero si se concierta y planifica para asaltar, claramente no la hay, porque en este último caso se trata de un delito que tiene una complejidad y un nivel de procesamiento muy distinto”.*

Se concluye categóricamente:

*“Finalmente, hay que tener presente que no se trata de juzgar la posibilidad del enjuiciado de ajustar su conducta a cualquier norma social, sino que se trata de juzgar su capacidad para adaptar su conducta al respeto de la norma penal, es decir, es su capacidad para llegar a entender el valor de*

108 CORONEL, ob. cit., p. 4.

109 Atendido lo expresado en las páginas anteriores y teniendo presente que los avances en el campo de las neurociencias y de la psiquiatría, así como de la psicología, cobran fuerza en las últimas décadas, es que no se analizará la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores en el transcurso del siglo XX, toda vez que ella apela a circunstancias mentales hoy ampliamente superadas, principalmente en las cinco primeras décadas. De todas formas, puede verse un excelente compendio en NÁQUIRA, ob. cit., págs. 27 y sgtes.

*aquellos bienes jurídicos que resultan más relevantes, como lo son la dignidad humana y la integridad psíquica de otras personas, valores que resultan evidentemente afectados en un delito de robo con intimidación, y sobre los cuales, con sus capacidades, se estima que el acusado pudo tener control, no resultando razonable que deba disminuirse su responsabilidad fundado en pericias que no son concluyentes, y que al parecer, sólo se evacuaron sobre la base de información que el propio examinado proporcionó a los peritos y que no fue debidamente corroborada con otros antecedentes”<sup>110</sup>.*

Estas ideas cruzan a los sentenciadores orales. En causa del Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, se evidenció un planteamiento similar:

*“(…) No es necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley o en general, como punible, ni es suficiente la conciencia de perpetrar una simple inmoralidad, sino que el autor tiene el poder de reconocer que su hecho es una trasgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida en común”<sup>111</sup>.*

Decisivo resulta el origen del acto: cómo el sujeto pudo, no obstante tener un desarrollo cognitivo inferior, **planificar** un comportamiento delictivo. En causa del año 2010, la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena estimó:

*“En el caso sub lite los sentenciadores estimaron, acertadamente, que el encartado Eduardo Carrasco realizó actos que revelan reflexión durante la secuela de los acontecimientos y hasta antes de ser aprehendido, un concierto o designio previo para perpetrar el robo, sino que, además junto a su coimputado procedieron a entrar y salir del local comercial, en búsqueda del momento propicio para acometer, utilizando armas blancas que fueron capaces de provocar amedrentamiento en las víctimas, anunciado el propio Carrasco que se trataba de un asalto, procediendo luego a sustraer el dinero, dándose, en seguida, a la fuga. (...) lo anterior no permite estimar que el encausado carezca de una conciencia básica o elemental que le impida distinguir lo lícito de lo que no lo es, y comprender el daño que provocó su actuar, atendida la forma de comisión del delito, lo que conduce, efectivamente, a determinar que el encartado no tiene el juicio de realidad y valorativo, debiéndose tener presente que no se trata de juzgar la posibilidad del enjuiciado de ajustar su conducta a cualquier norma social, sino que se trata de juzgar su capacidad para llegar a entender el valor de aquellos bienes jurídicos que son más relevantes como son la vida humana y la integridad física, valores que resultan, evidentemente, afectados en un delito de robo con intimidación y sobre los*

110 Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 27 de agosto de 2009, RUC N°0800399286-2, RIT N°134-2009.

111 Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 18 de enero de 2008, RUC N° 0600369717-5, RIT N°98-2007.

*cuales, aún con una presunta capacidad intelectual alterada, se puede estimar que el acusado Carrasco Ferreira pudo tener control*<sup>112</sup>.

En el año 2004, el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción hizo un razonamiento de similares características, estableciendo en la preordenación delictiva un elemento decisivo para el rechazo del instituto en el caso en concreto, en base a la no aportación de antecedentes médico psiquiátricos que dieran cuenta de un disturbio psíquico morbosos, no bastando la mera apreciación de un psicólogo para ello; cuestión propia de nuestro sistema mixto de inimputabilidad, ya referido:

“(…) Ahora bien, a juicio de la mayoría de este tribunal, sin desconocer los resultados, especialmente de la pericia psicológica, se estima que sus conclusiones no son suficientes para conceder al acusado la atenuante –eximente incompleta– del artículo 11 N°1, en relación con el artículo 10 N°1, ambos del Código Penal, teniendo en consideración que se trata de un sujeto que, sin perjuicio de provenir de un ambiente de privación económica y sociocultural, tiene juicio adecuado de la realidad; que puede distinguir lo bueno y lo malo, con una capacidad intelectual limítrofe que no alcanza a retardo mental, cuestiones todas éstas que dejó claro el perito psicólogo durante su declaración en el juicio. Por otra parte, no puede soslayarse la forma de comisión del delito y la actuación que en él le cupo al acusado, teniendo en consideración que al decir del ofendido éste fue el que primero lo agredió con un destornillador que posteriormente se encontró en el lugar donde fue detenido, que fue quien persiguió a la testigo presencial y en su poder se encontró el reloj de la víctima; actuaciones todas que demuestran el actuar de una persona que realiza una conducta con un fin determinado y que al verse sorprendido por carabineros, si bien no se arranca ni se resiste, trata de eludir responsabilidades y da explicaciones tendientes a lograr su impunidad, según lo depuso en la audiencia el funcionario policial aprehensor.

Desde otra perspectiva, cabe tener presente que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias se inclinan en esta materia por la que se ha dado en llamar una fórmula mixta, que tiene como punto de partida el hecho biológico-psiquiátrico de la existencia de un disturbio psíquico morbosos, y que se complementa con una consecuencia psicológica de esa morbilidad. Ahora bien, en la especie el tribunal sólo cuenta con las conclusiones de un perito psicólogo, mas no con una pericia de carácter

112 Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, 31 de mayo de 2010, Rol N°101-2010.

psiquiátrica elaborada por un médico con dicha especialidad, lo que implica que no existen antecedentes serios, directos y fehacientes a partir de los cuales sea posible discurrir inequívocamente sobre la base de un determinado tipo de alteración de las facultades mentales del acusado.

Un psicólogo no es el profesional adecuado para diagnosticar dicho tipo de alteraciones, tal como lo reconoció el perito, y su conclusión sólo es complementaria a lo establecido por un médico psiquiatra. En resumen, del puro sustrato psicológico no es posible determinar una alteración cierta en las facultades mentales del inculcado, razón por la cual ante la ausencia del elemento fundamental de la eximente del numeral primero del artículo 10 del Código Penal, no cabe concluir acerca de la existencia de una eximente incompleta, como quiera que para configurar la minorante del artículo 11 N°1 del citado código, a lo menos debe concurrir el elemento base de la correspondiente eximente. Además, lo que el perito psicólogo indicado denominó condición de organicidad, según lo explicó, puede provenir de diversas fuentes, por lo que tampoco existe certeza en cuanto a su origen o causas<sup>113</sup>.

Esta última exigencia de acreditación del trastorno psiquiátrico, resulta clave para los sentenciadores nacionales. El Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz falló en igual sentido:

“En efecto, porque no se consideró suficiente acreditación científica de la imposibilidad de autodeterminación del encartado o su capacidad de discriminación del mismo para poder discernir entre lo bueno y lo malo y su alcoholismo al momento de los hechos, la presentación de un único peritaje psicológico realizado a éste, por la naturaleza misma del peritaje al referirse a un ámbito netamente de la psicología, ciencia que es blanco de justificadas reservas en cuanto a su exactitud cuando no se apoya en otros elementos, como el diagnóstico médico psiquiátrico, mas aún que no cuenta con otra fuente de información que no sea la dada por el propio examinado.

Es aquí donde estos sentenciadores, aplicando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, concordamos especialmente con los acusadores, ya que ciertamente nos parece que es imposible que el imputado no reconozca que matar a su ex pareja, la madre de sus dos hijos y con quien había convivido por más de 14 años, era malo; o no haya podido en sus circunstancias acreditadas adoptar una decisión tan

113 Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 10 de agosto de 2004, RUC N°0400096562-1, RIT N°23-2004.

básica pero tan esencial como abstenerse de dispararle con un arma de fuego sobre todo cuando la sociedad impone el respeto a la vida como un valor fundamental.

A mayor abundamiento, para dar por establecida la circunstancia atenuante de responsabilidad invocada, no basta el simple test que nos dé cuenta del nivel intelectual del acusado que lo clasificó con una inteligencia limítrofe y otro que nos dé cuenta del alcoholismo del mismo, sino que es necesario relacionar su existencia con el acto concreto que el autor ha realizado para determinar la forma en que aquélla ha influido en su realización. Así las cosas, queda de manifiesto que en el hecho que se ha dado por establecido y en el que se le atribuye participación al acusado no tuvieron influencia relevante estos aspectos<sup>114</sup>.

Por su parte, en una similar línea argumentativa, el Tribunal Oral en lo Penal de Colina, analizando a un acusado para quien la defensa argüía que no actuaba bajo parámetros de normalidad, toda vez que era alcohólico, analfabeto y con trastornos severos en lo cognitivo, determinó:

“La imputabilidad requiere capacidad de comprensión, esto es, que el sujeto debe poder comprender lo que es ilícito. Un sujeto es imputable en tanto su actuar sea consciente del ordenamiento jurídico y si incurre en un injusto bajo esa conciencia, desde luego su imputabilidad será plena, resultando ser su acción consciente, pero incompatible con dicho ordenamiento. Bajo esta condición de capacidad de comprender el injusto y por tanto el ordenamiento jurídico que regula y sanciona conductas, el sujeto también ha de tener dicha conciencia específicamente en relación al delito que se ha cometido, es decir, ella debe ser efectiva en el caso concreto del delito.

De lo expuesto, cabe concluir que el acusado J.A.A. si bien al momento de delinquir, acorde expusieron los expertos, adolecía de manifestaciones de un daño orgánico cerebral progresivo (severa para la sicóloga y moderado para el neurólogo), no evidenció dificultad alguna para comprender su acción, el contenido de ella y las consecuencias que ello implicó. La capacidad del sujeto para representarse su conducta y las consecuencias de la misma, según la prueba analizada no se vio alterada, privada o disminuida. Del claro y categórico testimonio del testigo Pedro Leyton Herrera se reafirma lo sostenido. El acusado señaló que al momento de estar en su casa solo y llegar su nieta de 13 años, de la nada se vio con ella en el dormitorio obli-

---

114 Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, 13 de marzo de 2007, RUC N°0600277257-2, RIT N°1-2007.



gándola a tener relaciones sexuales, para lo cual le bajó los pantalones, la penetró vaginalmente y eyaculó dentro de ella. Terminado el acto le dijo a la niña que no contara nada para no tener problemas. El funcionario agregó que el acusado llegó con un problema y que algo quería contar, sintiéndose aliviado luego de que lo hizo. Asimismo, de la prueba pericial de la defensa no se concluyó que el acusado tuviera problemas de control de impulsos y tampoco se demostró que su memoria hubiere fallado durante el delito, pues al narrar el hecho en marzo de 2008 se acordó de detalles básicos e incluso indicó la génesis de su conducta, al menos externa, excitarse con los senos de la niña. No sólo tuvo conciencia de su actuar mientras ejecutó la acción, sino que posterior al decir a la niña que nada contara. En la actualidad señaló que no recuerda el hecho y cómo dos horas después se dio cuenta de lo que había hecho, lo que no es concordante con lo que relató ante investigaciones. Explicó que luego de ese lapso se percató de la violación. Que ello sea creíble o no, esto es el testimonio del acusado durante el juicio, ha de verse primero en consideración a su situación de acusado y estresado por su situación de privación de libertad. En ello los peritos fueron claros. Además el imputado siente vergüenza por el hecho y se debe considerar también que al exponer el justiciable sólo se le exige que trate de decir la verdad, por ello es que al ser analizada su exposición con la del funcionario policial, el relato cobra consistencia en consideración al resto de la prueba, a modo ejemplar le dijo al funcionario que eyaculó dentro de la niña, lo que es plenamente concordante con el hecho del embarazo, le solicitó a la niña que nada dijera y ello fue así, pues sólo en octubre de 2007 y por medio de un examen médico se detectó el embarazo. Todas esas circunstancias dan cuenta de una declaración clara y consciente de lo sucedido y al mismo tiempo, permite comprender y concluir que su acción durante el hecho fue del mismo modo lúcida y consciente.

“En conclusión, el acusado al momento de cometer el delito no se vio privado ni alterado en su capacidad de comprender el delito que cometió, ni su percepción sobre el mismo y sus circunstancias. Apreciándose en el evento particular del ilícito una normal conciencia de que lo que hacía era indebido e injusto, en otras palabras, una violación. Nótese que al declarar al funcionario de investigaciones, señaló prácticamente todos los elementos del delito, dijo que obligó a la menor a tener relaciones sexuales, que le bajó los pantalones, que la penetró vaginalmente y que eyaculó en su interior, en conocimiento de que se trataba de su nieta y que tenía 13 años de edad. Estas razones son suficientes en criterio del Tribunal, para determinar que el acusado es culpable, por haber actuado bajo plena imputabilidad y con conciencia de su actuar

ilícito. Por lo razonado y expuesto, se rechaza la solicitud de la defensa en orden a considerar el actuar del acusado bajo una imputabilidad disminuida”<sup>115</sup>.

O, analizando el mayor o menor freno de los impulsos sexuales del acusado, el Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago razonó:

“En efecto, la referida perito del Ministerio Público fue clara en sostener que el acusado tiene plena conciencia de la realidad, con un nivel intelectual dentro del rango normal, siendo su único obstáculo una disociación de los impulsos sexuales en el que tiende a transgredir los límites generacionales, no porque se vea impedido de moldear sus impulsos, sino por la sencilla razón de que, voluntariamente, tiende a elegir la satisfacción de sus necesidades de manera inmediata, sin reprimirlas. Lo anterior, no constituye en ningún caso una causal o estadio suficiente para acoger la minorante de fondo en cuestión.

De esta forma, estos sentenciadores estiman que en la especie, no se ha acreditado que al momento de ocurrir los hechos que motivan el presente juicio, se le haya provocado al acusado una alteración en su proceso de deliberación y consecuentemente con ello, una imputabilidad disminuida, que permita ver aminorada su capacidad de comprender el carácter antijurídico de los mismos y de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento”<sup>116</sup>.

Los fallos precedentemente citados son una muestra de las exigencias que nuestros sentenciadores establecen a la hora de acreditar o no la imputabilidad disminuida. El hecho clave, esto es, la preordenación delictiva, resulta decisiva para rechazar la fórmula: un psicótico, precisamente, no puede, de antemano, preordenar su actuar delictivo, ya que no es capaz de conocer la norma prohibitiva.

## Conclusiones

Bajo los parámetros de un Derecho penal en un Estado de Derecho, el principio de culpabilidad funciona como garantía de los ciudadanos frente al poder punitivo del ente persecutor. Así, las penas podrán ser aplicadas no sólo cuando se constate una acción típica no justificada, sino también cuando la persona que ha cometido ésta pueda ser objeto de reproche, esto es, que ha conocido la norma penal y ha optado libremente por comportarse en

---

115 Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 04 de febrero de 2009, RUC N°0700867959-7, RIT N°2-2009.

116 Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 15 de abril de 2008, RUC N°0600344322-k, RIT N°15-2008.

contravención a su mandato de comportamiento. De esta forma se evita que el Estado, en aras de decisiones de bien común o de utilidad social, castigue a determinadas personas en razón de sus pensamientos o circunstancias morales. Se consagra así un Derecho penal de hecho, en oposición a uno de autor, propio de los regímenes totalitarios de escasa factura democrática.

En corolario obvio, el Estado busca preservar la convivencia social entendiendo que es posible exigir un comportamiento acorde a la norma a los ciudadanos, adoptando el baremo de un hombre medio. No es necesario un conocimiento detallado de los tipos en concreto, sino más bien la comprensión de que el comportamiento está o no acorde al ordenamiento jurídico en su conjunto.

De esta forma se conforman las principales características del juicio de culpabilidad: 1) Es posible exigir al sujeto que se comporte en forma diversa a la conducta prohibida; 2) No necesita de elementos subjetivos como el dolo o la culpa, ya que, en términos generales, éstos se encuentran presentes en el tipo. No es necesario, por ende, que el sujeto se sepa culpable; 3) No hay pena sin culpabilidad, funcionando este elemento como regulador de la sanción en el caso en concreto, no pudiendo exceder así el marco aplicable.

Por su parte, los tres elementos que conforman la culpabilidad son: 1) Imputabilidad, en el entendido de que la persona comprende las consecuencias de su actuar y actúa conforme a ese conocimiento; 2) Conciencia de la antijuridicidad de sus realizaciones; 3) Posibilidad de exigencia de que el sujeto dirija sus acciones conforme a derecho.

El primero de los elementos, la imputabilidad precisa de dos componentes, uno cognoscitivo, y otro valorativo. Bajo el primero, el sujeto comprende el injusto y bajo el segundo, dirige su actuar de acuerdo a esa comprensión. No verificándose estos elementos, al sujeto no podrá serle exigido un comportamiento conforme a la norma y por ende, será inimputable, no aplicándose a su respecto pena alguna.

En Chile, el tema está tratado en el numeral 1° del artículo 10 del Código penal, que exime de responsabilidad penal al *loco* o *demente*. Relevante resulta pues entender, bajo las neurociencias, la psiquiatría y la psicología contemporáneas cuáles enfermedades mentales pueden ser comprendidas dentro de los presupuestos del legislador, quien utiliza estos vocablos de manera amplia, abarcando las múltiples posibilidades que hoy ofrece la ciencia.

Dentro de las categorías estudiadas, se entiende que las oligofrenias, psicosis y psicopatías permiten englobar diversas enfermedades mentales que determinan un relativo o importante cambio en el funcionamiento psicológico de una persona. De todas formas, existen entre ellas diferencias importantes. Así, en las oligofrenias hay un retardado desarrollo intelectual; en las psicosis ideas

delirantes que hacen al sujeto enajenarse y alterar su juicio de realidad; mientras que en las psicopatías, hay más bien una falta de empatía en las decisiones con respecto a terceros, no evidenciando arrepentimiento ni dolor por el sufrimiento causado a otros, conservando siempre tanto su yo como el juicio de realidad.

Por lo anterior es que sólo las psicosis permiten, luego de un diagnóstico acreditado, satisfacer los requerimientos de la inimputabilidad. El hecho de que el sujeto no pueda con libertad preordenar su comportamiento, enajenándose, perdiendo el juicio de realidad y actuando en compañía de voces e imágenes inexistentes, satisface lo expresado. Respecto a las oligofrenias, éstas, estudiadas en el caso concreto, podrían configurar inimputabilidad cuando conforman un retraso con una entidad profunda; mas, en relación a la psicopatía, en general se acepta que no es causal de eximente de responsabilidad penal por el conocimiento que mantiene el sujeto de actuar contra derecho.

No obstante lo expresado, existen situaciones en que determinadas personas pueden padecer características de algunas de estas enfermedades, no siendo por tanto del todo imputables, ni por el contrario, completamente inimputables. Así se desarrolla el concepto de imputabilidad disminuida, propio del causalismo naturalista de finales del siglo XIX, que entiende la imputabilidad como posible de ser medida y graduada cuantitativamente.

El concepto no parece del todo feliz, dado que se presta para equívocos, pero posibilita importantes resultados prácticos. Los avances modernos en las neurociencias de la mano con la psiquiatría, dan cuenta de estudios en áreas del cerebro que pueden resultar dañadas, determinando así que un correcto diagnóstico médico pueda desentrañar cómo la capacidad de razonar y decidir puede verse alterada no sólo por el medio y las circunstancias ambientales, sino también, por la estructura cerebral misma.

De la misma forma en que los actos preparatorios de un delito, mientras no tengan principio de ejecución no pueden resultar punibles, es que los síntomas aislados de una enfermedad mental no pueden determinar la inimputabilidad o una disminución de ésta, ya que ello permitiría argüir en la gran mayoría de los casos y circunstancias que el imputado actuó con algún grado de enajenación; circunstancia que no le permitió determinarse conforme a derecho.

La jurisprudencia de los últimos años emanada tanto de los Tribunales Orales en lo Penal, como de algunas Iltmas. Cortes de Apelaciones, niegan en su gran mayoría la aplicación de la imputabilidad disminuida, viendo en la preordenación delictiva del acusado un elemento decisivo para entender que éste pudo comprender la norma prohibida y no obstante ello, actuar. Esto es lo que ocurre en la generalidad de los casos.

Creemos sí que su desarrollo puede permitir morigeraciones importantes en la determinación de la pena, ya que el juez, moviéndose dentro del rango que le entrega el legislador, en un sistema de discrecionalidad judicial reglada, puede sopesar los diversos factores concomitantes del delito, así como la participación y el nivel de conocimiento que el actor tuvo del hecho al momento de ejecutarlo, aplicando la pena que en justicia el caso requiere, teniendo en consideración al hechor con sus circunstancias personales. He ahí la importancia de la elaboración del concepto de imputabilidad disminuida y de su continua alegación en sede penal.

### Bibliografía citada

1. Capponi Martínez, Ricardo. *Psicopatología y Semiología Psiquiátrica*. 8ª ed., Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 2003.
2. Cerezo Mir, José. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, España, Editorial Civitas, Tomo I, 2000.
3. Crespo, Eduardo. “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de *Claus Roxin*”. En: *Revista General de Derecho Penal*, N°8, Madrid, España, 2007.
4. Cury Urzúa, Enrique. “Culpabilidad y Criminología”. En: *Revista de Ciencias Penales*, N°2, Tomo XXIX, Santiago, Chile, 1970.
5. Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.
6. Espíndola, Julio César. *Código Penal Alemán, Parte General*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1976.
7. Etcheberry OrtHusteguy, Alfredo. “*Derecho Penal, Parte General*”. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005.
8. Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo I, 2010
9. Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo II, 2010.
10. Jescheck, Hans Heinrich y Weigand, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*. 5ª ed., Trad.: Manzanares Samaniego, José, Granada, España, Editorial Comares, 2003.
11. Laino, Nicolás. “El dilema acerca de la imputabilidad de las personalidades psicopáticas”, publicado en *Revista Electrónica de Pensamiento Penal*, 2006, p. 20. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/>

- default/files/2011/08/33laino.pdf [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013]
12. Marzi Rivera, Hugo. "Derecho y Enfermo Mental". En: *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y Derecho Penal*, N°5, Santiago, Chile, 1983.
  13. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed., Barcelona, España. Editorial Tecfoto, 1996.
  14. Morales García, Jorge Luis. "La imputabilidad disminuida", publicación electrónica portal Ciencias Penales. Disponible en: <http://www.ciencias-penales.org/revista25/n6.pdf> [fecha de consulta: 9 de agosto de 2013]
  15. Náquira Riveros, Jaime. "Comentario al artículo 10 N°1 del Código Penal". En: Politoff Lifschitz, Sergio; Ortíz Quiroga, Luis (Dirs.); Matus Acuña, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo I, 2002.
  16. Politoff, Alberto. "Intoxicación alcohólica e imputabilidad". En: *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XIX, Santiago, Chile, 1960.
  17. Politoff Lifschitz, Sergio et. al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011.
  18. Pozo Silva, Nelson. *Imputabilidad penal y mente*. Santiago, Chile, Editorial Arcis, 2010.
  19. Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*. El mismo (editor), Valparaíso, Chile, Editorial EDEVAL, 1975.
  20. Roxin. Claus. *Derecho penal, Parte General*. 2ª ed., Madrid, España, Editorial Civitas, 1997.
  21. Schünemann, Bernd, "La culpabilidad: estado de la cuestión". Trad. de Felip I Saborit, David y Ragués I Vallès, Ramón. En: Silva Sánchez, Jesús María (Edit.). *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, España, Editorial Civitas, 2000.
  22. Spolansky, Norberto, "Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad", *Elementos de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, 2005. Disponible en: <http://derechopenalelementos.blogspot.com/2005/10/imputabilidad-disminuida-penas-y.html> [fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013].
  23. Terradillos Basoco, Juan, "Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal español". En: Lascano, Carlos (Dir.), *Nuevas Formula-*

- ciones en las Ciencias Penales*. Córdoba, Argentina, Editorial La Lectura Lerner, 2001.
24. Vannini, Fabiana, et. al. “Imputabilidad Disminuida”. *Revista Electrónica Derecho Penal on line*. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,107,0,0,1,0> [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2013].
25. Velásquez Velásquez, Fernando, “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”, sitio web de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo. Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_33.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_33.pdf) [fecha de consulta: 6 de septiembre de 2013].
26. VV. AA., *DSM IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría*. Estados Unidos, Editorial Masson, 2003.
27. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*. Trad.: Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio, 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011.

### Normas citadas

1. Chile, Código Penal de la República de Chile, Decreto Exento del Ministerio de Justicia N°3661 de 27 de enero de 2014.

### Jurisprudencia citada

1. Corte de Apelaciones de La Serena, 31 de mayo de 2010, Rol N°101-2010.
2. Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 10 de agosto de 2004, RUC N°0400096562-1, RIT N°23-2004.
3. Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, 13 de marzo de 2007, RUC N°0600277257-2, RIT N°1-2007.
4. Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 18 de enero de 2008, RUC N°0600369717-5, RIT N°98-2007.
5. Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 15 de abril de 2008, RUC N°0600344322-k, RIT N°15-2008.
6. Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 4 de febrero de 2009, RUC N°0700867959-7, RIT N°2-2009.
7. Tribunal de Oral en lo Penal de La Serena, 27 de agosto de 2009, RUC N°0800399286-2, RIT N°134-2009.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---





## LA FISCALÍA DE CHILE FRENTE A LA CORRUPCIÓN

*Luis Humberto Contreras Alfaro<sup>1</sup>*

### I. Introducción

Desde el retorno a la democracia, a comienzos de la década de los 90 del siglo XX, Chile ha adoptado diversas políticas públicas para enfrentar la corrupción, tales como la modificación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado; introducción de nuevos tipos penales en el Código Penal y leyes especiales; regulación del acceso a la información pública a través de la denominada “Ley de Transparencia”, entre otras iniciativas. Estos esfuerzos legislativos, aparentemente, han dado frutos, pues los índices de percepción de la corrupción al interior del país son bastante reducidos. Según indica la *Encuesta de Corrupción* del año 2012, realizada por el Instituto Libertad y Desarrollo, el índice de percepción de corrupción de este período mostró su nivel más bajo desde el año 2002, alcanzando 4,0 puntos, en una escala de 1 a 10. Ahora bien, no obstante que la tasa de denuncias por delitos de esta naturaleza es baja en comparación con otros países de nuestro entorno, si hablamos de encuestas, la verdad es que para el ciudadano común y corriente, la delincuencia en general, es un problema relevante. En particular, delitos como los robos en lugar habitado, o los robos de especies ubicadas en bienes nacionales de uso público, provocan sensación de inseguridad en la ciudadanía. Estas percepciones, sin embargo, podrían inducirnos a error al analizar el papel que juega el órgano de persecución penal del Estado en la represión del fenómeno de la corrupción, especialmente si pensamos en proponer reformas legislativas orgánicas y funcionales que busquen incrementar la eficacia de la acción penal en materias especialmente complejas y graves como la corrupción. En otras palabras, si la ciudadanía no percibe que la corrupción representa un costo para los hogares y un freno al desarrollo, podrían pasar a un segundo plano en las discusiones parlamentarias cuestiones tan relevantes como el mayor o menor grado de autonomía del Ministerio Público frente a los poderes tradicionales del Estado, o el aumento de dotación de sus medios personales y materiales para enfrentar de mejor manera las complejas investigaciones que derivan a partir de las denuncias por delitos de esta naturaleza.

A nuestro modo de ver, el análisis del papel que cumple la Fiscalía de Chile frente al fenómeno de la corrupción, no debe perder de vista que los delitos

---

1 Fiscal Adjunto Jefe, Fiscalía Local de Puerto Aysén, especializado en anticorrupción, Fiscalía Regional IX Región de Aisén del Gral. Carlos Ibañez del Campo, Ministerio Público. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

de esta naturaleza no sólo acarrearán perjuicios patrimoniales, sino un alto costo social y político; y por ende, la importancia de contar con órganos especializados en su detección y represión, debe analizarse siempre desde la perspectiva del alto impacto que generan estas conductas, lo que necesariamente implica la existencia de un interés público prevalente en su persecución. Afirmar lo contrario, podría traducirse en la aceptación de ciertos grados de corrupción, que pudieran ser entendidos como inofensivos, o incluso necesarios para el funcionamiento del país.

Sólo han transcurrido 15 años desde la creación del Ministerio Público chileno, engranaje fundamental en el funcionamiento del nuevo sistema procesal penal de tipo acusatorio y contradictorio, que reemplazó al antiguo sistema de carácter inquisitivo. En este contexto, la Fiscalía de Chile fue concebida como un órgano autónomo frente a la judicatura, al poder ejecutivo y al legislativo; y nació bajo el amparo de un Estado Democrático de Derecho, con instituciones administrativas consolidadas, y medios de comunicación libres de censura. Por ello, a pesar del corto tiempo que ha pasado desde su creación, sus características de diseño y organización interna, así como el contexto histórico en el que le ha correspondido cumplir sus funciones, le han permitido perfilarse como un actor relevante en el combate a la corrupción, ganando y manteniendo credibilidad y confianza en la opinión pública.

A través de este trabajo pretendemos mostrar, en líneas generales, como opera la Fiscalía de Chile en el marco general de la lucha contra la corrupción, tanto desde la perspectiva de sus relaciones interinstitucionales, como desde el diseño de su organización interna, para llevar adelante la investigación, acusación y enjuiciamiento de los delitos de corrupción. En este sentido, analizaremos también el marco sustantivo y procesal en el que la Fiscalía de Chile cumple sus funciones, para finalizar resaltando los últimos proyectos legislativos que pretenden dotar al Ministerio Público chileno, de mayores y mejores recursos técnicos y humanos para perfeccionar la persecución penal de esta compleja área de la criminalidad.

Nuestro objetivo es recoger los aspectos más relevantes del diseño institucional del Ministerio Público chileno, a fin de esclarecer las principales problemáticas que enfrenta en la investigación de conductas complejas, que requieren enfoques multidisciplinarios, análisis especializados y eventualmente, cooperación internacional, para levantar medios de prueba u obtener la recuperación de activos.

## **II. La ubicación institucional del Ministerio Público chileno y la persecución penal del fenómeno de la corrupción**

A diferencia de otros ordenamientos, en los cuales el órgano de persecución penal está supeditado al ámbito de influencia de alguno de los poderes tradi-

cionales del Estado, el Ministerio Público chileno no se subordina jerárquicamente ni al poder ejecutivo, ni al legislativo, ni al judicial. Esto no significa que la Fiscalía de Chile sea un poder independiente, sino que goza de *autonomía funcional*, es decir, su capacidad de actuar sin intervención ni influencia externa, está delimitada por las funciones que cumple dentro del Estado Democrático de Derecho. En otras palabras, dicha característica no puede ser analizada al margen del ámbito natural en el que se desenvuelve la Fiscalía: el proceso penal; pues el papel que cumple el órgano de persecución del Estado durante la fase de investigación, y luego al interior del proceso como titular del ejercicio de la acción penal pública, constituye el fundamento y el límite de su capacidad de autodeterminación.

Para entender a cabalidad la posición que ocupa la Fiscalía de Chile dentro del sistema clásico de división de poderes, debemos remontarnos a los principios inspiradores de la Reforma Procesal Penal, que a fines del siglo XX, modificaron por completo nuestra forma de comprender y ejercer el poder punitivo del Estado. En aquel entonces, la Ley de Reforma Constitucional N°19.519, de 16 de septiembre de 1997, agregó el nuevo capítulo VII a la Constitución de 1980, regulando el Ministerio Público en sus artículos 83 a 91, definiéndolo como *un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir, en forma exclusiva, las investigaciones penales, ejercer la acción penal, y proteger a las víctimas y testigos, sin que en caso alguno pueda ejercer funciones jurisdiccionales*.

Es necesario aclarar que, hasta la reforma constitucional del año 1997, no existía Ministerio Público en Chile, al menos no de la manera como hoy lo conocemos. La investigación penal, así como también la función acusadora, se encontraban a cargo del Juez del Crimen, y aunque parezca insólito, era ese mismo Juez del Crimen, quien posteriormente tenía que asumir la función sentenciadora. El procedimiento penal era, por aquella época, una criatura monstruosa. De carácter escrito, secreto, de doble instancia, donde la valoración de la prueba estaba predeterminada por la ley, conforme a parámetros establecidos en el Código de Procedimiento Penal del año 1906. De tal modo, el sistema de equilibrios al interior del proceso se encontraba alterado, existiendo un solo órgano –el órgano jurisdiccional– quien concentraba al mismo tiempo facultades investigativas y decisorias, transformando simplemente en una ilusión el respeto al principio del debido proceso. La defensa del imputado, por su parte, se tornaba una tarea muy compleja, no existiendo al interior del proceso un verdadero juez garante de los derechos del imputado. Antes al contrario, la naturaleza del órgano jurisdiccional era más bien la de un sujeto procesal omnipotente, que tenía la capacidad de decidir sobre lo que él mismo investigaba. Por todo ello, resultaba muy difícil poder hablar de una investigación objetiva, ya que el sistema de enjuiciamiento criminal chileno no era, sino, un reflejo fiel del modelo inquisitivo puro, que imperó en Europa a fines de la Edad Media.

Podemos apreciar las razones por las cuales a partir del retorno a la Democracia, a comienzos de la década de los 90 del siglo pasado, el legislador chileno comenzó a sentar las bases de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, que finalmente vio la luz con el nuevo Código Procesal Penal, publicado el 12 de octubre del año 2000, que separó la función investigadora y acusadora de la función decisoria, estableciendo un sistema procesal de tipo acusatorio y contradictorio, donde el órgano jurisdiccional escucha los planteamientos del Fiscal investigador y acusador, en una audiencia oral y pública, antes de pronunciar su fallo. En este nuevo sistema, la Fiscalía cumple el rol de un actor o sujeto procesal, que previo al ejercicio de la acción penal, investiga con carácter exclusivo y excluyente, los hechos que revisten caracteres de delito, con auxilio de las policías. Protege a las víctimas y testigos y en su caso, ejerce la acción penal en un juicio oral y público, donde el acusado es representado por un abogado defensor, que puede ser un abogado particular o un abogado de la Defensoría Penal Pública.

De esta manera, el constituyente chileno optó por regular al Ministerio Público como un organismo fuera del ámbito de dependencia de los poderes tradicionales, cuyo control en la fase investigativa previa, en la formalización y en la posterior acusación, se encuentra encomendado al órgano jurisdiccional, pero sólo en cuanto al ámbito de la legalidad de las actuaciones del Fiscal, mas no respecto de la oportunidad de las mismas, ni tampoco respecto a los criterios de persecución que aplica. Así las cosas, la función principal del Juez al interior del proceso, es la de cautelar el debido respeto a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, consagrados en la Constitución, y en los Tratados Internacionales suscritos por Chile.

Como podemos apreciar, la Reforma Procesal Penal tuvo como objetivo principal el restablecer el equilibrio al interior del proceso, cuya estructura contradictoria requiere como presupuesto, la existencia de un órgano —el Ministerio Público— que lleve adelante la investigación de los hechos constitutivos de delito, recolecte la prueba, cuya validez y pertinencia será discutida en la etapa preparatoria del juicio, y finalmente formule y sostenga la acusación en el juicio oral y público.

A diferencia del antiguo sistema, los principios fundamentales del nuevo proceso penal son: la separación entre la función investigadora y la función sentenciadora, la oralidad, la inmediación, la contradictoriedad, el conocimiento de los hechos en única instancia y la publicidad de todas las actuaciones procesales ante un Tribunal. Por ello se entiende que el Ministerio Público esté dotado de autonomía, porque sólo un organismo autónomo puede llevar a cabo su labor investigativa y sus actuaciones al interior del proceso, sin presiones ni influencias externas.

Esta autonomía, sin embargo, no puede ser examinada al margen de la estructura del nuevo proceso penal, sino al contrario, la posición institucional que ocupa la Fiscalía es sinónimo de *garantía procesal*, para llevar a cabo sus actuaciones con independencia y objetividad, investigando no sólo los hechos y circunstancias que determinan el delito y la participación del imputado, sino también los que acreditan su inocencia.

Ciertamente, esta singular posición institucional dota a la Fiscalía chilena de una ventaja comparativa en la investigación de delitos complejos, como son los delitos de corrupción, puesto que en esta parcela de la delincuencia, la autonomía se traduce en garantía de transparencia frente a la ciudadanía, evitando que las investigaciones sean permeables a las presiones indebidas de otros poderes públicos, cuyos miembros puedan verse involucrados en los hechos investigados. No es inusual en este tipo de investigaciones, que exista una fuerte cobertura mediática de los hechos, y que las autoridades o funcionarios investigados utilicen los medios de comunicación como una forma de litigar, desprestigiando al Fiscal que lleva a cabo las indagaciones, acusando “persecuciones políticas”, con el fin de desvirtuar los antecedentes reunidos en la Investigación. O bien, puede ocurrir que el funcionario o autoridad investigada, reciba el apoyo corporativo de sus pares, y que la Fiscalía en su conjunto pueda verse cuestionada por otros órganos del Estado, que acusen falta de rigor técnico en la investigación.

De tal modo, la autonomía es el presupuesto de una investigación objetiva, ajustada a parámetros exclusivamente jurídicos y técnicos. En rigor, desde el punto de vista orgánico y funcional, el Ministerio Público chileno es un órgano autónomo, lo que significa que no depende de otros poderes, ni recibe órdenes ni instrucciones del Gobierno, del Poder Legislativo, ni de la Judicatura, en la forma como debe ejercer sus funciones al interior del proceso. La Fiscalía de Chile, comparte esta especial configuración institucional con otros órganos regulados en la Constitución de 1980, como el Banco Central o la Contraloría General de la República. Estos órganos tienen la capacidad de autodeterminarse en la forma como ejercen las funciones encomendadas por la Carta Fundamental.

La autonomía del Ministerio Público se traduce, en primer lugar, en que su autoridad máxima, el Fiscal Nacional, es nombrado en su cargo a través de un procedimiento que asegura una participación de los tres poderes del Estado, pero una vez nombrado, se transforma en un funcionario inamovible durante su período de ejercicio, que dura 8 años (cuatro años más que el período presidencial), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 53 de la Ley N°19.640.

El Fiscal Nacional no recibe órdenes o instrucciones ni del Gobierno, ni del Poder Judicial, ni el Legislativo, y no puede ser nombrado nuevamente para el período siguiente. De esta manera, ningún órgano u organización adminis-

trativa del Estado, ejerce supervigilancia o tutela respecto de las funciones del jefe superior de la Fiscalía. En el ejercicio de sus funciones, el Fiscal Nacional es asesorado por un Consejo General, formado por los Fiscales Regionales, pero este órgano sólo tiene funciones colaborativas y de asesoría, careciendo de atribuciones resolutivas.

Por otro lado, el Ministerio Público es un órgano con personalidad jurídica propia de Derecho Público; tiene su propio patrimonio; es sujeto tributario; y se rige por un estatuto independiente de otros órganos del Estado, que es su Ley Orgánica Constitucional N°19.640.

Ahora bien, la Constitución y la LOCMP definen a la Fiscalía como un órgano jerarquizado. Esto significa que al interior de la institución, las diferentes unidades operativas del Ministerio Público se rigen por instrucciones generales y específicas que emanan de las autoridades superiores del servicio.

En concreto, la Fiscalía de Chile ejerce sus funciones en las comunas o agrupaciones de comunas de cada Región del País, a través de unidades funcionales conformadas por uno o más Fiscales Adjuntos y funcionarios administrativos, denominadas Fiscalías Locales.

Las Fiscalías Locales, a su vez, están sometidas a la supervigilancia y control general y a las instrucciones particulares que emanen del Fiscal Regional.

El artículo 44 de la LOCMP establece que los Fiscales Adjuntos deben ejercer las atribuciones que la ley les encomiende, de conformidad con las instrucciones generales que impartan el Fiscal Nacional y el Fiscal Regional respectivo, y asimismo están obligados a obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija, respecto a cualquier caso que se les hubiere asignado.

De tal modo, en cada región del país, existen Fiscalías Regionales dirigidas por un Fiscal Regional, quien ejerce todas las funciones y atribuciones de la Fiscalía de Chile en el territorio que abarque la respectiva región, existiendo una Fiscalía Regional por cada región del país, salvo en el caso de la Región Metropolitana ubicada en la capital nacional, Santiago, donde existen cuatro Fiscalías Regionales.

Como se dijo, el Jefe superior del Ministerio Público es el Fiscal Nacional, quien fija de modo general y obligatorio los criterios de actuación que deben seguir los Fiscales del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el Fiscal Nacional carece de atribuciones para impartir instrucciones particulares, salvo casos excepcionales, cuando asuma personalmente la investigación de hechos constitutivos de delito, cuando la investidura de las personas involucradas como imputadas o víctimas, lo hicieren necesario para garantizar que la persecución penal se cumplirá con total objetividad y auto-

nomía. La máxima autoridad de la Fiscalía, por lo tanto, no puede impartir órdenes específicas en materia de investigación penal, a las Fiscalías Regionales o a las Fiscalías Locales. Es más, el artículo 35 de la LOCMP establece que en el caso de que un Fiscal Regional objete una instrucción general que incidiera en el ejercicio de sus facultades para dirigir la investigación penal, si el Fiscal Nacional acogiere la objeción, deberá modificar la instrucción con efectos generales para el conjunto del Ministerio Público.

A nuestro modo de ver, la autonomía funcional de la Fiscalía de Chile, constituye suficiente resguardo para garantizar la objetividad de la investigación, en particular tratándose de investigaciones por delitos de corrupción. Cabe preguntarse, sin embargo, si esa autonomía puede llegar a transformarse en un obstáculo para el ejercicio de la política criminal del Estado, particularmente desde la perspectiva de la evaluación, y por ende, del control de la gestión del Ministerio Público.

En las últimas décadas, la gestión de todos los órganos del Estado chileno, ha sufrido notables cambios de enfoque, en especial respecto del control del uso de los recursos que se les entregan, la transparencia respecto a las decisiones que toman, y la responsabilidad y rendición de cuentas de las autoridades que los dirigen. De esta manera, actualmente se entiende que la gestión de las instituciones públicas no puede quedar al margen de una evaluación de su desempeño por parte de la ciudadanía, y no solamente un control de carácter contable, o de probidad, sino un control y evaluación permanente respecto de la efectividad de sus políticas públicas, el impacto y rentabilidad social de las mismas, etc. A este respecto, sin embargo, el Ministerio Público chileno ha recibido críticas, por considerarse por algunos, que la Fiscalía es deficitaria en mecanismos de evaluación de su eficiencia y *accountability*. De hecho, el proyecto de ley que persigue el fortalecimiento del Ministerio Público (que actualmente se encuentra en discusión en el Congreso Nacional, con destino incierto), ha propuesto mecanismos de evaluación para medir el impacto del incremento de funcionarios y recursos en el control de la delincuencia. Estos mecanismos de control de gestión, sin embargo, resultan discutibles en cuanto a su constitucionalidad, ya que podrían traducirse en definitiva, en controles externos que incidan en el ejercicio de funciones eminentemente técnicas y jurídicas, como son las de persecución penal, que no tienen necesariamente que ver con prevención de delincuencia, ni con encuestas de victimización o percepción ciudadana de la criminalidad.

### **III. Aspectos orgánicos del Ministerio Público chileno, en la lucha contra la corrupción**

Chile ha suscrito e incorporado a su Derecho interno, tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996, como la Convención



de las Naciones Unidas contra la Corrupción, del año 2003; que obligan al Estado chileno a sancionar penalmente una serie de conductas consideradas como actos de corrupción; como asimismo, a disponer de órganos especializados en la lucha contra la corrupción, que persigan la responsabilidad penal de personas naturales y jurídicas por delitos de esta naturaleza, con independencia suficiente para que puedan ejercer sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas.

Ya hemos tenido ocasión de apreciar, que la Fiscalía de Chile se ubica con suficiente grado de autonomía dentro del esquema de poderes. Sin embargo, los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, no solamente exigen que exista un órgano de persecución penal que sea independiente, y que dé garantías de imparcialidad, sino que además, sea un órgano especializado.

La necesidad de especialización emana de las propias características del fenómeno de la corrupción, cuya descripción más gráfica, tal vez, sea la de una suerte de *cáncer*, que provoca nefastos procesos de degradación del Estado, especialmente en aquellos países, como Chile, que aún no han consolidado su proceso de desarrollo. La corrupción se caracteriza fundamentalmente, por la existencia de servidores públicos que en el ejercicio de sus atribuciones privilegian la satisfacción de intereses personales antes que las necesidades colectivas de la ciudadanía, fomentando la desigualdad social, y socavando en definitiva, la confianza del ciudadano en las instituciones públicas. De ello se desprende que el órgano encargado de la persecución penal de este tipo de conductas, deba estar dotado de profesionales con competencias transversales suficientes para investigar hechos punibles, no sólo con implicancias de carácter jurídico, sino también de naturaleza administrativa, política, social y financiera.

Asimismo, este órgano especializado deberá ser capaz de recolectar informaciones útiles y medios de prueba que permitan acreditar responsabilidad penal, y obtener la recuperación de los activos ilícitos que sean producto del delito, como asimismo requerir y responder solicitudes de cooperación internacional que provengan de Agencias o Estados extranjeros, a fin de combatir la corrupción a nivel global.

Pues bien, como ya indicamos en párrafos anteriores, las unidades operativas del Ministerio Público chileno son las Fiscalías Locales, y más propiamente, los Fiscales Adjuntos.

En la práctica, es el Fiscal Adjunto quien dirige la investigación de los delitos, realizando actuaciones de investigación por sí mismo o encomendándolas a las policías. Para estos efectos, el Ministerio Público se rige por el principio de *unidad de acción*, pudiendo realizar las actuaciones que la ley le encomienda, a través de cualquiera de sus Fiscales. Esto significa, que, en principio, cualquier denuncia por delito de corrupción, podrá ser investigada por cualquier

Fiscal del país, existiendo, obviamente, regulaciones internas desde el punto de vista de la competencia territorial, para evitar la duplicidad e interferencia de actuaciones.

La Fiscalía de Chile, sin embargo, no cuenta, hasta el momento con un órgano operativo especial para la investigación de esta clase de delitos, sino que la persecución penal de la corrupción se rige por reglas y disposiciones similares a la investigación de cualquier otra clase de delito.

Ahora bien, para asumir los desafíos de la nueva criminalidad, no sólo la corrupción, sino también el tráfico de drogas, el lavado de dinero, la trata de personas, o la pornografía infantil, el Ministerio Público chileno ha optado por el criterio de *especialización funcional preferente* de sus Fiscales, y el apoyo estrecho de las investigaciones más complejas, a través de *unidades asesoras especializadas*, de la Fiscalía Nacional.

Como señalamos previamente, la investigación de los delitos al interior de cada región, está a cargo de la Fiscalía Regional respectiva, que distribuye sus cargas de trabajo tanto por criterios de competencia territorial entre cada una de sus Fiscalías Locales, como asimismo a través de *criterios de especialidad*.

Según el modelo adoptado por la Fiscalía de Chile, en cada Fiscalía Regional, existen Fiscales Adjuntos especializados en diversas formas de criminalidad, como el tráfico de drogas, los delitos sexuales, o los delitos de corrupción. Estos Fiscales especializados, son nombrados por el Fiscal Nacional de entre aquellos Fiscales Adjuntos que se desempeñen en la región respectiva, y asumen la investigación de los delitos de su especialidad de manera preferente, pero no exclusiva. Esto significa que también deben asumir las investigaciones de los delitos comunes que les corresponda según distribución, como asimismo asumir todas las funciones operativas de la Fiscalía en casos urgentes, cuando se encuentren de “turno”, o guardia. Cabe señalar, sin embargo, que por razones de dificultad de desplazamiento geográfico y comunicación expedita –Chile es una “loca geografía”– puede ocurrir que no todas las investigaciones de estas características que existan al interior de la Región respectiva, sean asumidas por el Fiscal especializado, sino por el Fiscal Adjunto local del territorio donde se desarrolle la investigación.

Por otra parte, el diseño del Ministerio Público contempla en su ley orgánica, la existencia de Unidades Especializadas, cuya función es la de asesorar y colaborar con los Fiscales especializados en las investigaciones más complejas. La LOCMP establece en su artículo 17 letra c), que una de las funciones que le corresponde al Fiscal Nacional es crear, previo informe del Consejo General, Unidades Especializadas para colaborar con los Fiscales en la investigación de determinados delitos, las que tendrán a su cargo la asesoría y apoyo estrecho a los Fiscales que tengan a su cargo la dirección de la investigación de delitos complejos.

En materia de delitos contra la corrupción, esta unidad fue creada el 6 de mayo de 2003, y recibe actualmente el nombre de *Unidad Especializada Anticorrupción* (UNAC). Está formada por un Director, un Subdirector, cuatro abogados especialistas, y dos profesionales analistas financieros. En sus comienzos, sin embargo, recibía una denominación distinta, siendo conocida anteriormente como *Unidad Especializada de Delitos Funcionarios y Probidad Pública*. El cambio de nombre de esta Unidad, data del año 2007, bajo el mandato del actual Fiscal Nacional, don Sabas Chahuán Sarrás, y la modificación no obedece simplemente a criterios semánticos, sino a un cambio de enfoque frente a las complejidades asociadas a la investigación de este tipo de criminalidad.

En efecto, la UNAC no sólo asesora y capacita a los fiscales que dirigen investigaciones por delitos de corrupción, sino que también colabora directamente con fiscales regionales o fiscales especializados en el desarrollo de diligencias investigativas concretas. Además, se encuentra a cargo de mantener y fomentar las relaciones interinstitucionales con otros organismos privados o públicos, que de una u otra manera se relacionen con la detección, investigación, o represión de fenómenos de corrupción, tales como la Contraloría General de la República, el Consejo de Defensa del Estado, o la Unidad de Análisis Financiero. Asimismo, la UNAC ha asumido a través de sus funcionarios, en gran parte, el papel de representar al Ministerio Público de Chile, en diversas Comisiones y Mesas de Trabajo internacionales, derivadas de instrumentos multinacionales suscritos por nuestro país. Es así como algunos abogados de la UNAC participan actualmente, por ejemplo, en el proceso de evaluación de Estados como Venezuela o Dominica, para su ingreso a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Del mismo modo, abogados de la UNAC han participado representando al Ministerio Público chileno ante la OCDE, OEA, cumbre APEC, entre otras instancias internacionales.

Ahora bien, para completar el cuadro del diseño orgánico del Ministerio Público chileno para la investigación y represión de la corrupción, debemos señalar que en casos especiales, las investigaciones de carácter particularmente complejo, pueden ser asumidas por el Fiscal Regional o el propio Fiscal Nacional.

Conforme al artículo 19 de la LOCMP, el Fiscal Nacional puede disponer, de manera excepcional, que un Fiscal Regional determinado, asuma la investigación penal y el ejercicio de la acción penal pública, en casos especiales, cuya gravedad o complejidad lo hagan necesario. Ciertamente los casos de corrupción pueden presentar complejidades que hagan necesaria la aplicación de esta medida.

A su vez, el artículo 18 del mismo cuerpo normativo, establece que el Fiscal Nacional puede asumir de oficio y en forma excepcional, la investigación

penal y el ejercicio de la acción penal pública de determinados hechos punibles, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hicieren necesario, para garantizar que las funciones de la Fiscalía se cumplan con absoluta independencia y autonomía.

De esta manera, la Fiscalía de Chile ha organizado sus recursos, siempre escasos, para asumir la investigación de delitos complejos. El modelo chileno de especialización preferente, sin embargo, evidencia deficiencias notorias, pues las causas de carácter complejo deberán ser asumidas en las Fiscalías Locales, en principio, por Fiscales especializados que dentro de sus funciones, también deben investigar el resto de delitos comunes, con los mismos recursos técnicos y humanos con los que deben cumplir el resto de sus tareas. Con ello, la especialización que exige una investigación compleja, puede verse afectada por la falta de tiempo de trabajo, de personal idóneo y de plataformas tecnológicas adecuadas para analizar los grandes volúmenes de información que puedan recopilarse, y que no siempre serán sencillos de interpretar. Por ello, el denominado Proyecto de Fortalecimiento del Ministerio Público, que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional, en un principio había propuesto dotar a la Fiscalía de Chile de un organismo operativo, con capacidad de investigar delitos complejos, con competencia supraterritorial, y dotado de Fiscales y profesionales con competencias transversales para asumir los desafíos de las nuevas formas de criminalidad. Esta iniciativa, sin embargo, tuvo un destino malogrado, ya que el proyecto de ley fue modificado durante los trámites de discusión legislativa, siendo eliminada de la normativa, esta Fiscalía supraterritorial. Volveremos sobre ello más adelante.

#### **IV. Aspectos sustantivos en la lucha contra la corrupción**

En Chile, la corrupción no es un concepto jurídico penal de significado claramente acotado. Sólo desde hace algunos años, el término corrupción ha ganado un lugar dentro de la Dogmática y el foro, para hacer referencia a realidades conflictuales donde se entremezclan ilícitos cometidos por funcionarios públicos, junto con elementos de naturaleza política, financiera o administrativa; o en su caso, ilícitos cometidos por civiles que puedan afectar el patrimonio fiscal, el correcto funcionamiento de la Administración Pública; o incluso, como veremos, el ámbito de las transacciones comerciales internacionales.

Tradicionalmente el término corrupción ha sido utilizado en Chile como equivalente a *delito funcionario*, estimándose que el bien jurídico afectado con esta clase de conductas, es la probidad administrativa. Sin embargo, a partir de finales del siglo XX, el legislador ha mostrado una mayor preocupación por las nefastas consecuencias sociales, políticas y económicas que conlleva este fenómeno, modernizando las normas que tipifican estos delitos, cuyo elemento en común es la utilización indebida de facultades, deberes y prerro-

gativas por parte de servidores públicos, para obtener ventajas o provechos personales, en detrimento del interés general.

A partir de lo expuesto, actualmente se estima que la corrupción atenta contra la función pública entendida como función general de prestación a los ciudadanos, más que en contra del deber de fidelidad del sujeto activo al principio de probidad, que informa el actuar de los funcionarios públicos, individualmente considerados. Se reconoce además, que la corrupción tiene un carácter pluriofensivo, afectando otros bienes jurídicos, como el patrimonio del Estado, o a la fe pública; y que puede tener alcances transnacionales, perjudicando no solamente la confianza que los ciudadanos tengan en sus funcionarios públicos, sino también la confianza que los inversionistas internacionales, y otros Estados, tengan respecto del buen funcionamiento de la Administración del país en su conjunto.

Una de las primeras acciones adoptadas por el Estado chileno para adecuar la legislación a las nuevas concepciones internacionales sobre prevención, persecución y erradicación de la corrupción, fue la denominada *Comisión Nacional de Ética Pública*, creada en el año 1994. Esta Comisión propuso, entre otras cosas, la modernización del Código Penal, a través de la tipificación de conductas que hasta entonces eran reprochables sólo desde el punto de vista ético.

Las propuestas de la Comisión, se concretaron posteriormente en la Ley N°19.645 del año 1999, que modificó el Título V, Libro II del Código Penal, referido a los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Esta normativa, introdujo adecuaciones a tipos tradicionales como el cohecho y las exacciones ilegales, y creó nuevos ilícitos, como el tráfico de influencias, y el uso indebido de información privilegiada.

Posteriormente, la Ley N°19.913 del año 2003, que creó la *Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera*, tipificó el delito de lavado de activos (entre otros, respecto del producto de delitos de corrupción), contemplado en el artículo 19 letra a) de dicho cuerpo normativo.

A su turno, en el año 2006, la Ley N°20.088 introdujo el delito de enriquecimiento ilícito, agregando el artículo 241 bis, al Código Penal, que difiere de tipos similares contemplados en legislaciones comparadas en que la prueba del enriquecimiento público en Chile, siempre es de cargo del Ministerio Público.

También es oportuno mencionar que la Ley N°20.341 del año 2009, introdujo una nueva regulación del delito de cohecho a funcionario público extranjero o internacional, adecuando la normativa interna a las exigencias de la Convención OCDE para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales (cuya primera consagración legislativa databa del año 2002), contemplando en el artículo 251 bis del Código

Penal, la posibilidad de que los beneficios prometidos u obtenidos por el funcionario corrupto, no sean solamente de naturaleza económica.

A todo lo anterior debemos agregar que la Ley N°20.393 del año 2009, reguló un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo la posibilidad de considerar como sujeto activo en los delitos de lavado de activos; financiamiento del terrorismo y cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, a una persona jurídica de derecho privado, o a las empresas del Estado.

Ahora bien, es importante dejar en claro, que no todos los delitos de corrupción se encuentran regulados en el Título V del Código Penal, si bien algunos de los tipos penales recogidos bajo el epígrafe “*De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*”, sean los más significativos desde la perspectiva de la corrupción, entendida como la utilización torcida del poder por parte de servidores públicos con fines de aprovechamiento personal o de terceros relacionados; tales como el cohecho, la negociación incompatible o el tráfico de influencias. Fuera de este título, el Código Penal chileno contiene numerosos delitos cuyo sujeto activo puede ser un funcionario público, y dentro de aquellos, nos encontramos con varios ilícitos que podemos considerar delitos de corrupción desde el punto de vista de la infracción de normas y deberes funcionarios, para la obtención de provecho personal, en perjuicio del interés público. Así, por ejemplo, el delito de exacción ilegal, regulado en el artículo 157 del Código Punitivo. Por su parte, existen varios cuerpos normativos especiales, como la Ley de Tránsito, el Código Tributario, o la Ley del Registro Civil, que contienen delitos cuyo sujeto activo puede ser un funcionario público. Así las cosas, la legislación chilena anticorrupción carece de una regulación sistemática; y en la Doctrina, su análisis continúa fuertemente vinculado al concepto de funcionario público.

De tal modo, cualquier aproximación a la normativa chilena anticorrupción debe tener como punto de partida, el análisis del concepto de funcionario público. A este respecto, debemos tener presente que el artículo 260 del Código Penal, contempla un concepto amplio de funcionario público basado en el tipo de funciones que cumple.

La definición de funcionario público utilizada por el legislador chileno, abarca a todo aquel sujeto que ejerza o desempeñe un *cargo o función pública* en la administración central, en las instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas, organismos creados por el Estado o dependientes de él, o al que se hallare encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia; no siendo relevante el carácter del órgano en el que se desempeñe el funcionario, ni tampoco el régimen jurídico que vincule al funcionario con la Administración.

El concepto de función pública, a su vez, se encuentra definido en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que rige en Chile como ley de la República, abarcando cualquier actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado, o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

A partir de lo expuesto, podemos afirmar que la definición chilena se encuentra en sintonía con la definición amplia de funcionario público contemplada en la Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996; así también, con la definición contenida en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003; y con la definición utilizada por la Convención OCDE para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. De esta manera, cualquiera que sea la forma en la que el Estado se manifieste en la actividad pública a través de sus agentes, aquella quedará amparada bajo la noción de función pública, y por ello no solamente se entenderá funcionario público aquel que se desempeñe en un órgano público regulado en la Constitución, sino también, por ejemplo, un gerente o director de empresa pública, o de una corporación municipal de educación o salud, salvo que exista una norma que expresamente los excluya de esta denominación.

Ahora bien, como dijimos, la legislación penal chilena anticorrupción se encuentra dispersa en el Código Penal y en leyes especiales, aunque la mayor parte de los tipos penales que se asocian a esta forma de criminalidad, están contenidos en el Título V, del Libro II del Código Penal. En este sentido, desde sus inicios, el Ministerio Público chileno se ha ocupado de regular a través de oficios e instrucciones del Fiscal Nacional, criterios de persecución penal para los diversos delitos que investigan los Fiscales. No han quedado exentos de regulación, aquellos delitos que afectan al patrimonio del Estado o que sean cometidos por servidores públicos en el desempeño de sus funciones.

Sin entrar al análisis pormenorizado de toda la documentación interna de la Fiscalía de Chile, debemos tener en cuenta el oficio FN/059/2009 de fecha 30 de enero del año 2009, que fija los criterios actualizados de persecución penal del Ministerio Público en materia de delitos de corrupción. De acuerdo a esta normativa interna, a la cual deben someterse todos los Fiscales del país, se estiman como delitos de corrupción y contra la función pública en general, los siguientes:

- a) Tipos de falsedades: donde se consideran diversos tipos de infracción al deber de decir verdad, que afectan la fe pública, tales como la falsificación de instrumentos públicos (arts. 193 y 194 CP); la falsificación de pasaporte o autorizaciones de porte de armas (art. 199 CP); falsificación de

- certificados en general (arts. 203, 204, 205 CP); falsedades vertidas en el proceso y perjurio (arts. 206, 207, 210 y 212 CP).
- b) Tipos de malversación de caudales o efectos públicos: entre las que se distinguen el peculado o malversación propia, sin devolución de los caudales o efectos (art. 233 CP); la malversación culposa o negligente (art. 234 CP); la malversación por distracción, o distracción de caudales o efectos públicos con reintegro de los mismos (art. 235 CP); la aplicación pública diferente, que sanciona la utilización de caudales o efectos en una finalidad pública distinta de la cual estuvieren predeterminados (art. 236 CP); la negativa del funcionario a efectuar un pago, como tenedor de fondos del Estado (art. 237 CP); y la norma de extensión, que hace aplicable los delitos anteriormente referidos a cualquier persona, sea funcionario o particular, que se halle encargado, por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos municipales, o establecimientos públicos de instrucción o beneficencia (art. 238 CP).
- c) Defraudaciones al Estado y exacciones ilegales: que incluye diversas conductas que implican la obtención de ventajas indebidas, afectando al patrimonio del Estado, tales como el fraude al Fisco (art. 239 CP); la estafa al Fisco (art. 470 N°8 CP); las negociaciones incompatibles (art. 240 CP); el tráfico de influencias (art. 240 bis CP); las exacciones ilegales (arts. 157 y 241 CP); el enriquecimiento ilícito (art. 241 bis CP); y el uso de información privilegiada (art. 247 bis CP).
- d) Los nombramientos ilegales: que sanciona la infracción de las normas que regulan el nombramiento de un funcionario en un cargo público (art. 220 CP).
- e) Las prevaricaciones: Donde se distinguen la prevaricación judicial (arts. 223 a 227 CP); y la prevaricación de autoridades políticas y administrativas (arts. 228 a 230 CP).
- f) La violación de secretos: Que sanciona la revelación indebida de informaciones que tengan carácter secreto o reservado (arts. 247 y 248 CP).
- g) La obstrucción a la investigación cometida por Fiscales o Abogados Asistentes de Fiscal actuando como Fiscales: Que sanciona la ocultación, alteración o destrucción de antecedentes y medios de prueba para establecer el delito y sus responsables, o la inexistencia del hecho o la inocencia de sus partícipes (art. 269 ter CP).
- h) Los tipos de cohecho: Donde distinguimos el cohecho activo y pasivo, para ejecutar u omitir actuaciones propias del cargo, o con infracción a los deberes del cargo (arts. 248 a 250 bis CP).



- i) El cohecho a funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales: (art. 251 bis, 251 ter CP).
- j) Otros delitos: El instructivo deja abierta la posibilidad de considerar como delito de corrupción, cualquier otro delito contemplado en leyes especiales, que sea cometido por funcionario público y que pueda afectar a la Administración Pública o a la Administración de Justicia.

La normativa antes expuesta, ha experimentado una notable evolución en los últimos veinte años, pasando desde la evidente insuficiencia para enfrentar el fenómeno de la corrupción, en los inicios del retorno a la democracia; al momento actual, en que el Estado chileno ha introducido una batería de nuevas figuras penales que se encuentran en sintonía con los tratados internacionales anticorrupción suscritos por nuestro país.

A nuestro modo de ver, sin embargo, la legislación penal chilena anticorrupción aún adolece de disfuncionalidades de importancia, tales como su falta de sistematización; algunos problemas de proporcionalidad respecto a las sanciones asociadas a esta clase de conductas; algunos tipos penales obsoletos; la falta de claridad en relación al castigo por la obtención de ventajas no patrimoniales; o la ampliación de los tipos penales que pueden tener a personas jurídicas como sujeto activo, puesto que la Ley N°20.393 del año 2009, que regula el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sólo es aplicable a los delitos de lavado de activos, al financiamiento del terrorismo y al cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

Pese a todo, el legislador chileno ha optado, antes y ahora, por la reforma parcial del Código Penal, o la introducción de tipos penales a través de leyes especiales que regulan materias diversas, sin acometer una reforma profunda al Código Penal que ha sido reclamada desde hace tiempo por la doctrina. De esta manera, nos sumamos a aquellos que estiman que solamente una reforma profunda a la legislación penal sustantiva, a través de un nuevo Código Penal, podría contribuir a resolver las endémicas deficiencias que presenta el sistema penal chileno en su conjunto.

## **V. Aspectos procesales en la lucha contra la corrupción**

El sistema procesal penal chileno tiene carácter acusatorio y contradictorio, vale decir, el órgano jurisdiccional cumple un rol pasivo frente a la actividad de los sujetos procesales, quienes actúan en igualdad de condiciones, sosteniendo pretensiones procesales opuestas. Estos sujetos procesales son, por un lado, la Fiscalía, que ejerce la acción penal; y por otro, la Defensa (particular o pública), que representa al imputado. Ambas partes, en oposición de pretensiones, deben aportar al sentenciador, todos los medios de prueba que sean necesarios, ya sea para acreditar la existencia del delito y la participación del

acusado, o en su caso, para acreditar la inocencia del mismo, o introducir elementos que generen una duda razonable de culpabilidad en el Tribunal.

A lo anterior, deben sumarse los principios de oralidad y la publicidad de las actuaciones procesales; el juzgamiento en única instancia, y la valoración libre de la prueba por parte del sentenciador, con la sola limitación de no poder contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados.

Ahora bien, la persecución penal en Chile se rige por el principio de oficialidad. Es el Estado quien asume el deber de investigar y probar ante el órgano jurisdiccional, la existencia del delito y la participación culpable del acusado; y lo hace a través del Ministerio Público, quien tiene el deber constitucional de iniciar la investigación penal de oficio ante la *notitia criminis*, sin que el ofendido o perjudicado pueda disponer o renunciar la acción penal pública. Esto no significa que todas las investigaciones deban judicializarse, ni tampoco que toda investigación que se judicialice deba terminar en una sentencia condenatoria o absolutoria. El proceso penal chileno, permite una serie de “salidas alternativas” a la sentencia, para solucionar el conflicto penal; como asimismo procedimientos simplificados y abreviados que se basan en la aceptación de responsabilidad, o aceptación de los hechos de la acusación, por parte del imputado, como formas de justicia penal negociada (*Plea Bargain*).

En el procedimiento penal ordinario, se pueden distinguir tres fases o etapas. La primera de ellas es la etapa de investigación, la segunda es una etapa intermedia de preparación de juicio oral, donde se produce la depuración de la prueba, y la tercera es la fase de juicio oral propiamente tal. En estas etapas pueden interactuar, en formas diversas, los siguientes sujetos:

- a) El Ministerio Público: Que dirige la investigación penal, ejerce la acción penal y protege a las víctimas y testigos. Cabe destacar que conforme a la ley (art. 77 CPP), la Fiscalía debe cumplir estas funciones con estricto apego al principio de objetividad.
- b) El imputado: Quien es la persona en contra de quien se dirige la investigación, el que cuenta con una serie de derechos y garantías establecidos en la Constitución, en la ley, y en los tratados internacionales suscritos por Chile. Se hace presente que en Chile, pueden tener la calidad de imputados no sólo las personas naturales, sino también, dentro del ámbito de la Ley N°20.393, las personas jurídicas.
- c) La Defensa: En Chile existe el derecho de todo imputado, a designar libremente a un defensor letrado, que asuma su representación en el proceso penal. Si el imputado no designa un defensor particular, el Juez deberá nombrarle uno. Por su parte, el sistema de Defensa Penal de Imputados que carecen de recursos, se basa en la existencia de Defensores Pena-

les Públicos, como así también, de abogados licitados, que son personas naturales o jurídicas, que contratan con la Defensoría Penal Pública, un determinado porcentaje de causas que excede la capacidad de atención de los Defensores Públicos. La Defensoría Penal Pública está regulada por la Ley N°19.718 del año 2001.

- d) La víctima: Se considera víctima al directamente ofendido por el delito, quien es el titular del bien jurídico lesionado, sea persona natural o jurídica. En aquellos casos en que la consecuencia del delito sea la muerte del ofendido, la ley establece en el artículo 108 CPP, un orden de prelación entre diversas personas que poseen vínculo conyugal o de parentesco con el fallecido. En Chile no existe regulación en materia procesal penal respecto de acciones populares para víctimas colectivas en caso de delitos que afecten bienes jurídicos cuya titularidad se encuentre difundida o difuminada en la colectividad; sin embargo, el artículo 111 CPP, consagra la posibilidad de que cualquier persona capaz de comparecer en juicio domiciliada en la provincia, pueda interponer querrela, en caso de delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.
- e) El querellante: Que puede ser la víctima, o cualquier persona capaz de comparecer en juicio, pero sólo en casos determinados, establecidos en el artículo 111 CPP. Cabe mencionar que en materia de delitos de corrupción, que afectan el patrimonio público o el principio de probidad que informa el actuar de funcionarios públicos, un organismo denominado Consejo de Defensa del Estado, puede asumir el papel de querellante, en representación de los intereses del Estado chileno.
- f) El órgano jurisdiccional: Durante la fase de investigación y en la fase intermedia, el órgano jurisdiccional es el Juez de Garantía (Tribunal unipersonal), quien conoce las autorizaciones judiciales para que el Ministerio Público realice diligencias que puedan afectar garantías constitucionales. A su vez, dirige las audiencias, fija el plazo de investigación una vez que la causa se ha formalizado, y decide respecto de las medidas cautelares requeridas por la Fiscalía. A su turno, durante la fase de juicio, el Tribunal Oral en Lo Penal (Tribunal colegiado), es el llamado a pronunciarse con veredicto condenatorio o absolutorio, respecto de la acción penal ejercida por la Fiscalía, y a dictar la sentencia que pone término al juicio en única instancia.

Como se dijo, es el Ministerio Público quien dirige la investigación de los hechos constitutivos de delito, pudiendo efectuar las diligencias investigativas directamente a través de sus Fiscales, o a través de las Policías u otros organismos auxiliares de la Justicia. Una vez que el Ministerio Público recibe la *notitia criminis*, inicia la investigación, otorgándole al expediente o carpeta

investigativa un número único a nivel nacional, denominado RUC (rol único de causa), que permite a través de diversos sistemas informáticos que “conversan entre sí”, la identificación de la causa para todas las instituciones que interactúan en el sistema procesal penal (Tribunales, Defensoría, Policías, Registro Civil e Identificación, etc.).

Sin embargo, en la práctica no todas las denuncias serán efectivamente investigadas, puesto que la Fiscalía cuenta con una serie de facultades jurídicas que permiten descomprimir el sistema a través de salidas tempranas. Entre ellas distinguimos:

- a) Archivo provisional: Facultad regulada en el artículo 167 CPP, que permite cesar el curso de aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.
- b) La facultad para no iniciar investigación: que consiste en una decisión motivada del Fiscal, sujeta a la aprobación del Juez de Garantía. Se encuentra regulada en el artículo 168 CPP, y por medio de la misma, el Ministerio Público se abstiene de investigar hechos que no son constitutivos de delito, o hechos en los cuales se encuentra extinta la responsabilidad penal del imputado.
- c) El principio de oportunidad: Regulado en el artículo 170 CPP, que permite al Fiscal no investigar, o abandonar una investigación ya iniciada, cuando se trate de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público. Se encuentra limitado a ilícitos cuya pena mínima no supere el presidio o reclusión menor en grado mínimo (61 a 540 días de privación de libertad). Se encuentra expresamente prohibida esta facultad, cuando se trate de un delito cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Una vez iniciada la investigación, si se reúnen antecedentes que permitieren el esclarecimiento de los hechos, el Fiscal decidirá la *formalización* de la investigación, que es un acto procesal que se desarrolla ante el Juez de Garantía en audiencia pública, en la cual el Fiscal comunica formalmente al imputado que se dirige una investigación en su contra por determinados hechos constitutivos de delito. La formalización fija los términos de la pretensión punitiva, y sólo los hechos contenidos en la formalización podrán ser objeto de posterior enjuiciamiento en juicio oral, a través de la correspondiente acusación. Por regla general, esta audiencia es necesaria para poder requerir medidas cautelares contra el imputado, y para poder realizar cualquier diligencia que pueda afectar sus garantías fundamentales. Sólo de manera excepcional, pueden autorizarse diligencias sin conocimiento del afectado, y sin previa formalización (arts. 9 y 236 CPP).

A partir de la formalización, pueden existir salidas alternativas al enjuiciamiento, que son las *suspensiones condicionales del procedimiento* y los *acuerdos reparatorios* (arts. 237, 241 CPP).

Las suspensiones condicionales del procedimiento consisten en un acuerdo entre el Fiscal y el imputado a través de su defensa, aprobado por el Juez de Garantía, por medio del cual se imponen una serie de condiciones a las que deberá someterse el imputado durante un determinado plazo, a cuyo vencimiento, si dichas condiciones se cumplen o no son revocadas, la responsabilidad penal se extingue. Se encuentran limitadas a delitos en los cuales la pena que pudiere imponerse al imputado no supere los tres años de privación de libertad, y sólo proceden si el imputado no registra condena anterior por crimen o simple delito, y siempre que no tuviere otra suspensión condicional vigente al momento de verificarse los hechos materia del proceso.

Por su parte, el acuerdo reparatorio es un acuerdo de voluntades entre el imputado y la víctima, que consiste en el cumplimiento de una o más prestaciones en favor de la víctima, para resarcir el perjuicio ocasionado con el delito. Debe ser aprobado por el Juez de Garantía, y el Fiscal puede oponerse si estimare que existe interés público prevalente en la persecución de los hechos. Estos acuerdos reparatorios sólo proceden en delitos que afecten intereses patrimoniales, consistieren en lesiones menos graves o leves, o consistieren en delitos imprudentes o culposos.

Si no se producen salidas alternativas, el Tribunal puede fijar, a petición de la Defensa, un plazo de investigación. Una vez finalizado este plazo, el Fiscal deberá decidir al término de la investigación: si formula acusación, si solicita el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, o si comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento por no reunir antecedentes suficientes para fundar acusación (art. 248 CPP). Si el Fiscal decide acusar, la causa será conocida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que deberá decidir, en juicio oral y público, si condena o absuelve al imputado.

Sin perjuicio de lo anterior, existen procedimientos de tramitación más sencilla y expedita, que permiten el enjuiciamiento de los hechos ante el propio Juez de Garantía. Estos son los denominados *procedimiento simplificado* (arts. 388 y siguientes CPP), *procedimiento monitorio* (art. 392 CPP) y *procedimiento abreviado* (arts. 406 y siguientes CPP). En estos procedimientos, pueden existir acuerdos entre el persecutor y la defensa, a partir de los cuales, el Fiscal puede reducir su pretensión punitiva para el evento en que el imputado reconozca su responsabilidad en los hechos, o acepte la existencia de los hechos y los antecedentes reunidos por el Fiscal en su carpeta investigativa. En estos casos, el Juez no puede condenar a una pena superior a aquella que sea pedida por el Fiscal en la audiencia (*Plea Bargain*).

Ahora bien, los delitos de corrupción siguen las reglas generales de cualquier clase de delito, en cuanto a su investigación y enjuiciamiento. Dependiendo de la pena en concreto que requiera el Fiscal conforme a la ley, podrán someterse indistintamente al procedimiento simplificado, abreviado o al procedimiento ordinario. Conviene, sin embargo, efectuar algunas observaciones que distingan la investigación de estos delitos complejos, de los otros, que podríamos denominar “comunes”.

1. Como ya se indicó, el principio de oportunidad para no iniciar investigación o abandonar la persecución penal ya iniciada (art. 170 CPP) se encuentra expresamente prohibido en caso de delitos de corrupción, pues se entiende que en este tipo de delitos, siempre existe interés público prevalente en su persecución.

2. En los delitos de corrupción, el Consejo de Defensa del Estado puede asumir el papel de querellante, de acuerdo a lo preceptuado en su Ley Orgánica (DFL N°1 de 1993), por lo cual, el Ministerio Público informa al Consejo de Defensa, a la brevedad posible, todos los antecedentes relacionados con la investigación de delitos de corrupción, a fin de que este organismo decida si deducirá o no querrela.

3. Respecto de las diligencias de investigación patrimonial, es importante mencionar que el secreto bancario se encuentra morigerado en la Ley General de Bancos, tratándose de delitos de corrupción, estableciendo el artículo 1° del DFL N°707, que los Fiscales, previa autorización del Juez de Garantía, pueden solicitar el alzamiento del secreto bancario respecto de un imputado, sin necesidad de individualizar partidas determinadas.

4. Por la especial relevancia que adquiere la investigación de este tipo de conductas, los instructivos internos del Ministerio Público restringen el ámbito de decisión del Fiscal. Así, por ejemplo, a pesar de reunirse los requisitos legales, el Fiscal debe abstenerse de proponer la suspensión condicional del procedimiento cuando la persecución penal aparezca como necesaria, por ejemplo, por la gravedad y trascendencia de los hechos en el caso concreto. En la práctica, la decisión del Fiscal Adjunto para divertir el proceso a una salida alternativa a la sentencia, será sometida a consulta ante el Fiscal Regional.

5. De igual modo, en el caso de los acuerdos reparatorios, debe tenerse en consideración el carácter pluriofensivo de los delitos de corrupción, que no solamente afectan el patrimonio del Estado. Por este motivo, si la gravedad y trascendencia de los hechos lo amerita, el Fiscal debe oponerse al acuerdo reparatorio.

6. En caso de requerimientos de penas privativas de libertad que no superen el ámbito del presidio menor en grado mínimo (de 61 a 540 días), es perfectamente posible la aplicación del procedimiento simplificado, aunque la pena

privativa de libertad vaya asociada a penas privativas de derechos que superen el margen indicado (art. 388 CPP).

7. En Chile, el ejercicio de la acción penal respecto de determinadas autoridades y funcionarios, como por ejemplo, los Diputados y Senadores, los ex presidentes de la República, los Intendentes, Gobernadores, Jueces, Fiscales del Ministerio Público, y otros; requiere que previamente se efectúe un antejuiicio denominado “desafuero”, tratándose de autoridades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Tribunales Especiales; y “querrela de capítulos”, tratándose de miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público. Es importante señalar que esta limitación no impide a la Fiscalía desarrollar una investigación, sino que se trata de un requisito de procesabilidad para poder requerir medidas cautelares personales contra el imputado; y en su caso, para permitir la continuación del procedimiento a través de las respectivas audiencias de preparación de juicio oral y juicio oral ordinario o simplificado. El procedimiento de desafuero y la querrela de capítulos son muy similares en cuanto a su tramitación; conoce de ellos la Corte de Apelaciones respectiva, y la resolución que se pronuncie sobre el desafuero o querrela de capítulos, puede ser apelable ante la Corte Suprema de Justicia.

Como podemos apreciar, la investigación de los casos de corrupción no tiene características distintas a la investigación de otro tipo de delitos. A diferencia de otras parcelas complejas de la criminalidad, como las infracciones a la Ley de Drogas, los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, o la trata de personas; la investigación de los delitos de corrupción no cuenta con herramientas especiales de investigación, como agentes reveladores o agentes encubiertos, rebajas de pena para cooperadores eficaces, ni tampoco con normas procesales especiales para la protección de denunciantes y testigos. Así las cosas, la autorización para la práctica de medidas intrusivas, dependerá de la pena asignada por la ley al delito concreto que se investigue. Asimismo, la colaboración de imputados sólo podrá traducirse en circunstancias atenuantes generales, como la colaboración sustancial para el esclarecimiento de los hechos, o la reparación celosa del mal causado (arts. 11 N°9, 11 N°7 CP).

En nuestro concepto, las normas procesales no han constituido hasta ahora, un obstáculo para la investigación de delitos de corrupción; y aunque siempre son deseables mayores garantías de protección para denunciantes y testigos, que normalmente serán funcionarios públicos del mismo servicio al que pertenezca el imputado.

## VI. El proyecto de fortalecimiento del Ministerio Público

Aunque la creación del Ministerio Público chileno fue precedida de profundos estudios que proyectaban las cifras anuales de ingreso de causas en relación a la carga de trabajo que asumiría cada Fiscal, y la dotación mínima de

personal que sería necesaria para que la Fiscalía cumpliera sus funciones, a muy poco andar, las autoridades del país cayeron en la cuenta de que las proyecciones se habían quedado cortas. De un ingreso estimado de 1.200 causas al año por Fiscal, las cifras actuales superan ampliamente las 2.000 causas por cada persecutor. De hecho, en el contexto Latinoamericano, Chile tiene una de las tasas más bajas de Fiscales por número de habitantes (3,9 Fiscales por cada 100.000 habitantes).

De esta manera, la dotación original de 625 Fiscales sólo aumentó en 22 el año 2006 (aumento de menos de un 4%), a pesar que desde ese mismo año, el número de ingreso de causas a nivel país ha aumentado en un 46%. Por ello, desde hace ya algunos años, la Fiscalía de Chile ha desarrollado un Plan de Fortalecimiento que persigue el aumento de dotación de Fiscales y funcionarios, para alcanzar cuatro objetivos puntuales:

- a) El primero de ellos es ajustar los procesos de trabajo para la tramitación de casos complejos y menos complejos, fortaleciendo la persecución penal sobre focos delictivos de mayor connotación social, reduciendo el número de causas que se archivan provisionalmente por falta de antecedentes suficientes para el esclarecimiento de los hechos;
- b) El segundo objetivo, era crear una *Fiscalía Supraterritorial*, encargada de investigar delitos de alta complejidad, para mejorar la persecución de organizaciones criminales que operen a nivel interno y transnacional. Este objetivo, sin embargo, ha quedado reducido actualmente a un anhelo histórico, puesto que esta iniciativa no recibió respaldo del Ejecutivo ni de los parlamentarios durante la tramitación del proyecto de ley de fortalecimiento, siendo finalmente eliminada del articulado en discusión;
- c) El tercer objetivo, es mejorar el control de las condiciones impuestas en las suspensiones condicionales del procedimiento, como asimismo efectuar un seguimiento permanente de las sanciones en el medio libre, para reducir la percepción ciudadana de impunidad, asociada a este tipo de salidas alternativas a la pena privativa de libertad, y
- d) Finalmente, se busca mejorar los servicios de atención a víctimas y testigos, a través de espacios presenciales y virtuales.

Ahora bien, el aumento de Fiscales y funcionarios requiere una modificación a la Ley Orgánica del Ministerio Público, y el consiguiente aumento presupuestario para financiar los mayores costes que implique este incremento de dotación. Así las cosas, durante el primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se encargó al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) un informe de análisis del Plan de Fortalecimiento del Ministerio Público, auditando la justificación del necesario aumento presupuestario. Este estudio se llevó a cabo durante el año 2010 y culminó proponiendo un aumento de 166



Fiscales y 837 funcionarios. Por otro lado, durante el año 2011, la Fundación Paz Ciudadana llevó a cabo un análisis similar, llegando a la conclusión de que el número de Fiscales debe aumentar en 156, y el número de funcionarios debe incrementarse en 587. Finalmente, el proyecto ingresado al Congreso, considera un aumento de dotación de sólo 70 Fiscales y 300 nuevos funcionarios, entre abogados asistentes, técnicos jurídicos y administrativos, que se traduce en un aumento de presupuesto de la Fiscalía de aproximadamente un 12,8%.

Sin profundizar en el análisis respecto del aumento de dotación, nos interesa señalar en este momento que el proyecto de ley de modificación de la Ley N°19.640, que fue enviado al Congreso Nacional por medio del Mensaje N°54-360 del Presidente de la República, de fecha 26 de abril del año 2012, contemplaba en un principio, como uno de sus objetivos fundamentales, la creación de una Fiscalía Especial para las Investigaciones de Delitos de Alta Complejidad.

Sin embargo, tal como lo hemos esbozado previamente, esta iniciativa resultó fallida durante las primeras etapas de discusión del proyecto, siendo finalmente eliminada del articulado. De tal modo, este propósito de crear una unidad operativa al interior del Ministerio Público, que abordara la criminalidad de gran complejidad, tuvo un destino malogrado, quedando reducida actualmente a una simple aspiración histórica.

Insistimos, sin embargo, en la importancia de contar con un órgano especializado que supere la lógica de persecución penal de los delitos comunes y corrientes.

## VII. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, la persecución penal de los delitos de corrupción, no difiere fundamentalmente de la persecución de otras parcelas de la criminalidad. De tal modo, el modelo de investigación penal de la corrupción que actualmente se aplica en Chile, no tiene en cuenta el que, a pesar de que las tasas de denuncia son bajas en relación a otro tipo de delitos, las materias investigadas, como asimismo las implicancias sociales y políticas asociadas a este tipo de causas, generan una mayor inversión de horas de trabajo por Fiscal elevando el tiempo promedio de tramitación por causa, como asimismo, requieren de una mayor inversión de recursos técnicos y humanos para analizar los grandes volúmenes de información que se recopilan.

En efecto, en Chile, el concepto de especialización funcional no es sinónimo de exclusividad, sino sólo de atención preferente. Si a ello le sumamos el problema endémico de la falta de Fiscales para atender las cargas de trabajo ordinarias que debe asumir cada Fiscalía Local, la conclusión obvia es que el

Ministerio Público chileno carece, en realidad, de órganos operativos dotados de herramientas y recursos suficientes para enfrentar adecuadamente las complejidades asociadas a la investigación de los delitos de corrupción.

Hasta ahora, las bajas tasas de denuncia han permitido asumir con eficiencia las investigaciones por este tipo de delitos, sin embargo la pregunta que debemos hacernos es si la Fiscalía chilena está preparada para enfrentar un incremento en el número de denuncias, o casos de corrupción extremadamente complejos, con implicancias interinstitucionales, o vinculaciones con redes de narcotráfico o terrorismo.

Sin duda todos los países latinoamericanos han sido, en uno u otro momento de la historia, víctimas de gobernantes que han privilegiado el beneficio personal o el beneficio político, antes que el bien común. Por otro lado, bien sabemos que la corrupción es multifacética, y puede adoptar el carácter de un tráfico de influencias, un soborno, o conductas aparentemente inofensivas, disfrazadas de acciones de benevolencia. Por eso no es exagerado aspirar a contar, al interior de la Fiscalía, con un órgano especializado en la investigación de esta clase de conductas, que tenga competencias operativas y cuente con herramientas y recursos suficientes para el desarrollo de sus funciones, lo cual implica resguardarlo también de las presiones internas o externas por alcanzar determinados niveles de desempeño, pues la investigación de delitos de corrupción no puede medirse con los mismos mecanismos de control de gestión que se aplican en otras parcelas de la criminalidad. Desde luego, los tiempos de tramitación de una investigación de estas características, no pueden ser evaluados de la misma manera que una investigación por delitos comunes; por otro lado, los porcentajes de casos terminados en relación al número de ingresos según el año de inicio del caso, tampoco puede ser tenido en cuenta del mismo modo que el número general de ingresos al año por Fiscalía. Una persecución penal especializada en la investigación de delitos complejos, debe orientarse, sobre todo, a elevar la calidad de los estándares de investigación, reduciendo los archivos y otras salidas facultativas, incrementando a su vez los términos judicializados, a fin de reducir al máximo los niveles de impunidad en las áreas complejas de la criminalidad.

En este orden de consideraciones, el concepto de autonomía funcional cobra especial relevancia, pues mantener al órgano especializado a salvo de presiones externas, debe traducirse en la posibilidad real de llevar a cabo la labor investigativa y las actuaciones al interior del proceso con eficacia y transparencia, de modo tal que no sea tan importante la “cifra”, en cuanto estadística, sino más bien la “calidad” de la labor realizada. En estos tiempos, en los cuales la rendición de cuentas se ha convertido en un paradigma de los modelos de operación de los órganos del Estado, el control de la gestión no debe afectar jamás la objetividad de la investigación, ni transformarse en un incentivo perverso que propicie salidas facultativas o grandes volúmenes de término, en

detrimento de las funciones que la Constitución le ha entregado al órgano de persecución penal del Estado.

### VIII. Bibliografía

- BINDER, A.M. (2007). “Tensiones político-criminales en el proceso penal”, *Jueces para la Democracia. Información y debate*. N°60, págs. 21-35.
- CEA EGAÑA, J.L. (1999): “Fisonomía Constitucional del Ministerio Público de Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*. Agosto 1999, vol. 10 supl., págs. 59-66.
- CONTRERAS ALFARO, L. (2005): “Anotaciones sobre la legislación penal sustantiva y procesal chilena, referida al fenómeno de la corrupción”, en: N. Rodríguez García, E. Fabián Caparrós, y L. Contreras Alfaro (coords.) *Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho*. Santiago: Lexis Nexis, págs. 409-427.
- DUCE, M. RIEGO, C. (Coords.) (2006): *Los desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- FERNÁNDEZ, M.A. (2005). “La exclusividad de la función investigadora del Ministerio Público y su vinculación con el quehacer de la Defensoría Penal”. *Estudios Constitucionales*. Año 3, N°2, Universidad de Talca: págs. 277-307.
- HERRERA, M. MORALES, R. (2012) “Modernización del Estado, Convenciones Internacionales y Ministerio Público. Tres ejes del proceso permanente del combate a la corrupción en Chile”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°51, junio de 2012, págs. 9-27.
- JIMÉNEZ, M.A. (1994), *El proceso penal chileno y los derechos humanos*. Volumen II, Santiago. Cuadernos de Análisis Jurídico 4. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. VERA INSTITUTE OF JUSTICE. (2004) *Analizando la reforma a la justicia criminal en Chile. Un estudio comparativo entre el nuevo y el antiguo sistema penal*. Santiago de Chile.
- PÁSARA, L. (2009). *Claroscuros en la reforma procesal penal chilena: el papel del Ministerio Público*. Santiago. Flacso Chile, Documentos Electrónicos N°3.
- PÉREZ, P. (2005) “Una primera mirada al modelo de operación de la Fiscalía del Centro de Justicia de Santiago”, en: Duce, M. Riego, C. Vargas, J.E. (eds.) *Reformas procesales penales en América Latina: discusiones locales*. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, págs. 399-423.
- RODRÍGUEZ, L. OSSANDÓN M.M. (2008) *Delitos contra la función pública*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- SOLARI PERALTA, T. (1999): “Presupuestos teóricos del Ministerio Público”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XX, 1999: págs. 475-488.
- ZARAGOZA AGUADO, X (2005): “Las Fiscalías Especiales. Su función en la lucha contra la moderna criminalidad y su relación con el Fiscal General del Estado”, en: N. Rodríguez García, E. Fabián Caparrós, y L. Contreras Alfaro (coords.) *Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho*. Santiago de Chile: Lexis Nexis, págs. 445-470.
- ZÚÑIGA URBINA, F. (2007): “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional”)”. *Revista Ius et Praxis*. 13 (2), 2007: págs. 223-244.



## RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. SENTENCIA CONDENATORIA A SALMONES COLBÚN LTDA. Y A SERVICIOS AGRÍCOLAS MECANIZADOS LTDA.

Patricio Caroca Luengo  
Francisco Ávila Calderón<sup>1</sup>

---

### I. Introducción

Los principios del derecho penal, en ocasiones, son reflejo del afianzamiento de los postulados prácticamente imperturbables y de vieja data, el *nullum crimen sine lege*, el *nullum poena sine lege*, el *non bis in idem*, entre otros, que conforman la expresión máxima del derecho penal clásico.

Sin embargo ya desde los años 70, la evolución del derecho penal, –debido a las nuevas formas de delincuencia, la aparición de criminalidad moderna difícil de encuadrar alrededor de un tipo penal claro o estructurar desde el clásico concepto de “autor”, y la dificultad de encontrar mecanismos procesales adecuados para la investigación y sanción de estas modernas infracciones hacen más urgente modernizar nuestro ordenamiento penal hacia uno más eficiente y tutelador, que permita sancionar aquellas conductas que forman parte de la “criminalidad moderna”, ello sin abandonar por cierto los principios del derecho penal clásico, que forman parte del estado democrático de derecho.

En este contexto la empresa como foco de desarrollo industrial incorpora variantes que modifican ostensiblemente las relaciones sociales, así como la dialéctica entre las personas jurídicas y las naturales que la integran. Los atributos de cada una, los derechos y obligaciones que surgen en la interacción con el mercado, incorporan riesgos y potenciales violaciones a derechos adquiridos por los ciudadanos. Esta rama de agresiones –intangibles en la mayoría de los casos–, pueden generar grandes consecuencias para la sociedad, particularmente cuando quien se erige como causante de estas afecciones resulta ser una persona jurídica, visto como sujeto activo e independiente de las personas que la componen, lo que refuerza la idea de adaptar el derecho a las nuevas conductas generadas con la industria y los modelos capitalistas de producción.

Estas breves reflexiones nos llevan nuevamente a los paradigmas de referencia, “los principios del derecho penal”, y como su inamovilidad es discutible,

---

1 Fiscal Adjunto de Talca y Fiscal Adjunto de Cauquenes, respectivamente, ambos especializados en Delitos Anticorrupción, Fiscalía Regional VII Región del Maule, Ministerio Público.

en efecto, uno de ellos atingente al presente artículo y ya mencionado dice relación con “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”<sup>2</sup>.

## II. “Societas delinquere non potest”

La imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, se podría fundar según algunos en argumentos como la ausencia de voluntad por parte de éstas, es decir, la imposibilidad de actuar con dolo. Otros argumentos se relacionan a la actuación de la empresa dentro del ámbito de los negocios, las relaciones comerciales que los rigen y en general dentro del espectro de nuestra sociedad. Para varios autores la atribución de responsabilidad penal a la empresa sigue siendo inclusive incompatible con la noción clásica de acción, culpabilidad y pena.

Así Van Weezel, en contra de la responsabilidad de persona jurídica, indica que *“...Esta evidencia no es sino el reflejo de una realidad más profunda: la tenue identidad de las personas jurídicas, su carácter instrumental y, en directa relación con ello, su absoluta dependencia respecto de las decisiones que toman las personas naturales que las administran directamente o a través de otros. De allí que las personas jurídicas se “creen” y “supriman” a voluntad, según lo requieran los negocios e intereses de quienes las manejan. Es posible que en ellas pueda desarrollarse con el paso de los años un cierto grado de autorreferencialidad, como el que existe en todo sistema relativamente complejo, pero dicha autorreferencialidad nunca superará a la que posee una ameba. Por la misma razón no puede hablarse de autoconciencia o autocomprensión, de ese “volver sobre sí mismo” que es el gesto propio del espíritu. Y cuando en la imposición del castigo no está presente la posibilidad de una toma de conciencia, sólo subsisten la coacción, la ingeniería social y la protección de intereses más o menos cosificados”*<sup>3</sup>.

Imputar a la persona jurídica responsabilidad por algo que habría hecho de forma completamente autónoma un ser autoconsciente diferiría supondría hacerle responsable de un hecho ajeno. De un hecho que en realidad habría cometido un tercero, lo que llevaría a que dicha imputación violase una de las exigencias básicas derivadas del irrenunciable principio penal de culpabilidad, como es la exigencia de la personalidad de las penas<sup>4</sup>.

- 2 A este respecto nuestro ordenamiento en el artículo 58 del Código Procesal Penal, inciso 2do consagra este principio al señalar *“...La responsabilidad penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responder los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare.-...”*
- 3 VAN WEEZEL, Alex, “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Política Criminal, Vol. 5, N°9 (Julio 2010), 114-142, p. 125-126.
- 4 MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor. Barcelona, 2005, p. 194; el mismo autor en “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, págs 01-9.

La aceptación de la responsabilidad de las personas jurídicas constituye actualmente una tendencia cuya fuerza e influencia pone de manifiesto un somero examen del derecho comparado. Desde hace varias décadas ya no están solos los ordenamientos anglosajones en esta postura, puesto que varios sistemas legales de tradición continental han abierto sus puertas a una modificación de los criterios clásicos, recepcionando aunque sea en forma limitada una responsabilidad criminal o administrativa-penal de las asociaciones. El principio *societas delinquere potest* ha sido consagrado entre otras en las legislaciones de Holanda, Noruega, Dinamarca y Francia<sup>5</sup>.

De esta forma se ha apuntado que la teoría general del delito actual no se ajustaría a los parámetros que definen y caracterizan a las personas jurídicas. Se trataría de una teoría desarrollada atendiendo a las características y peculiaridades de la persona natural (física) con lo que no puede responder a las que definen a las jurídicas como entes colectivos diferentes de aquellos; hecho que ha llevado a que la mayor parte de quienes propugnan la necesidad de atribuirles una verdadera responsabilidad penal propongan que se cree un nuevo sistema de imputación, distinto del aplicable a las personas físicas y que atienda específicamente a las características y peculiaridades propias de estos nuevos sujetos activos del Derecho penal, para que se les pueda imputar dicha clase de responsabilidad sin sacrificar en el intento los principios y garantías que la caracterizan e incluso la diferencian de otras que ya se le atribuyen sin mayores dificultades.

### III. Dificultades

#### 1. Noción de empresa y persona natural

Una de las dificultades de la presente investigación fue justamente extraer y aislar el concepto clásico de responsabilidad penal, puesto que aún suscita en gran parte del foro penal la idea que si dentro de la empresa se producen hechos típicos, quien los exterioriza es siempre un sujeto (persona natural) provisto de conciencia y voluntad.

Quien conforma una persona jurídica, quien la dirige, quien se beneficia es siempre una o más personas naturales, aún cuando hablemos de grandes conglomerados económicos.

A este respecto Van Weezel señala que el dilema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que no existe una opción intermedia o de

5 KUNSEMULLER, Carlos. “Societas delinquere non potest” “Societas delinquere potest”, En: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ediciones Universidad Fines Terrae noviembre 2010 p. 165.



compromiso que permita tomar realmente en serio a la persona jurídica como sujeto penal, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien estar dispuesto a echar por la borda el principio de culpabilidad.

Estos mismos argumentos se plasman desde otro enfoque: posibilitar la sanción o el reproche o el perjuicio de la pena de quienes sin ninguna actividad en la comisión del delito (socios en general) sufren las consecuencias de un acto en el que no participaron, inclusive con desconocimiento absoluto en torno a la comisión del hecho.

La dictación de la Ley 20.393, de diciembre del año 2009, introdujo en Chile una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas producto de la comisión de un grupo determinado de delitos (lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, cohecho de funcionarios públicos chilenos y extranjeros), haciendo aplicable esta responsabilidad a toda clase de organizaciones<sup>6</sup>. De esta forma “(...) el acto de la autoridad legislativa impone nuevos términos a la discusión teórica y práctica, la que ya no puede solo girar en torno al “sí” de una tal responsabilidad, sino que debe hacerse cargo de la respuesta inequívocamente afirmativa que esta pregunta ha recibido en el derecho penal chileno”<sup>7</sup>. No cabe duda entonces que pese a las diversas posturas dogmáticas, nuestro legislador ha optado por un sistema de responsabilidad penal para las empresas sin modificar la teoría del delito ni crear un sistema paralelo.

La Ley 20.393, aún cuando recoge claramente la responsabilidad de las personas jurídicas bajo determinados supuestos, deja ciertos aspectos no cubiertos que en la práctica resultan al menos discutibles. Señalaremos algunos.

- Uno de ellos tiene que ver con la implementación del modelo de prevención como causal de exención de responsabilidad. El artículo 4° de la ley citada en relación al artículo 3° señalan que se considerarán cumplidos los deberes de supervisión y dirección si con anterioridad a la comisión del delito se ha implementado un modelo. Entonces cómo se distingue el cumplimiento formal o cosmético de una real supervisión y dirección, el

6 GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?” En: Revista Política Criminal Vol. 5 N°1’ (diciembre 2010) p. 459. criticando a Van Weezel, incluso va a mas allá y postula la idea que no todas las personas jurídicas son capaces de responder penalmente ya que sosteniendo la idea de empresas que pueden tener capacidad de culpabilidad, también existen otras personas jurídicas que carecen de ellas y por ende, inimputables.

7 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Revista de Estudios de la Justicia, N°16, Año 2012.

modelo por su sola existencia no puede acarrear irresponsabilidad especialmente cuando se actúa de mala fe.

- Tipo de personas jurídicas: no se distingue y según dijimos el legislador utilizó fórmulas amplias para describir el sujeto activo utilizando el concepto “empresa”, dentro de ellas se encuentran las empresas de papel o pantalla que sirven de base para la comisión de otros, las pequeñas empresas que por su estructura y precariedad no se encontrarían eventualmente en condiciones de implementar modelos de prevención.
- Las dificultades procesales: como señala Héctor Hernández, la discusión más importante parecer ser la que habrá que darse en relación con la existencia de un derecho de la persona jurídica a no auto incriminarse (Art. 93 letra g CPP) que en la práctica queda entregado a sus representantes. Amen de cuestiones meramente técnicas, lo que está en juego en este contexto es la preservación de los intereses de la persona jurídica como imputada y, especialmente, la prevención y control de posibles conflictos de interés en su representación. La responsabilidad penal de la persona jurídica esta invariablemente asociada a la de una persona natural, que en principio pertenece al círculo directivo del ente y puede ser, incluso su representante. La situación es fuente de evidentes conflictos de interés que amenazan con resolverse indebidamente en perjuicio de la persona jurídica<sup>8</sup>.

## 2. Delito base y persona natural

En la presente causa, como dijimos, los dueños de las empresas condenadas son dos hermanos, Sres. Miguel y José Iracheta, dueños en partes iguales, representantes legales con idénticos derechos, quienes a su vez fueron formalizados junto con su empleado el asesor legal Jaime Rojas San Martín, como autores de cohecho activo y falsificación de documento público, delitos que en síntesis generaban beneficios a favor de las empresas de su propiedad.

A continuación un extracto del párrafo inicial de la imputación

“...Que los imputados José Iracheta Cartes y Miguel Iracheta Cartes, son los socios y propietarios de las Empresas Salmones Colbún S.A., Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., y Salmones Bio-Bio, en esta última junto a un tercero de nombre Jorge Goles Spiess, que por su parte PABLO IRACHETA PAROT hijo de José Iracheta Cartes trabaja junto al resto de los imputado como

8 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor., “Desafíos de la Ley de responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, ob. cit.

GERENTE COMERCIAL sin perjuicio de realizar indistintamente funciones para el resto de las empresas.

Estos imputados, en conocimiento de la ilegalidad de la conducta y de la carencia de derechos al respecto, instruían a Jaime Rojas San Martín, empleado de la sociedad ya citada, con el objeto de cohechar a un funcionario del Poder Judicial, para que les proveyera de sentencias ideológica y materialmente falsas, que les permitiera a ellos como a terceros, respecto de los cuales tenían intereses creados, que les otorgara derechos de agua sobre determinados predios, sin cumplir con los requisitos legales.

Para obtener los datos y coordenadas que se empleaban en la constitución de las sentencias, el imputado Pablo Iracheta Parot, procedía a constituirse en los predios de propiedad de la empresa a la que prestaba servicios o de terceros, tomar los datos (coordenadas, puntos de captación, cantidad de litros, etc.), entregarlos a Jaime Rojas San Martín y, este –a su vez– los pasaba a al funcionario judicial para la confección de la sentencia en su materialidad.

Asimismo cancelaron al Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO (ABOGADO) por facilitar las firmas en los procesos antes indicados la suma aproximada de CINCO millones de pesos, de esta forma con su auxilio y cooperación legitimaban el actuar del Sr. Jaime Rojas San Martín ante el tribunal y en las demás instituciones involucradas.

De esta manera, previo pago al funcionario judicial se hacía emanar la sentencia con los timbres y formalidades propias de una sentencia judicial, que no existía en su materialidad y que no fue jamás dictada por el juez de letras de la plaza.

En consecuencia, las referidas sentencias establecían la concesión de derechos de agua respecto de los cuales los beneficiarios, específicamente las sociedades de los imputados Miguel y José Iracheta carecían de todo derecho para obtener aguas por las cantidades ya indicadas y sin seguir los procedimientos y formalidades de su obtención.

Al parecer, dogmáticamente hablando, no existe mayor dificultad en el surgimiento de la responsabilidad penal de la empresa cuando uno de sus empleados, en este caso el asesor legal, comete el delito base cohecho y éste genera directamente beneficios para la empresa, producto de una ausencia de supervisión y dirección (ausencia de modelo). Una de las dificultades de la presente investigación, inclusive al día de hoy como discusión posterior, es si es posible sostener la responsabilidad penal de ambas empresas, cuando sus dueños y representantes legales son autores a la vez del delito base, pese al

texto expreso del artículo 3° de la Ley 20.393. Los debates giraron en torno a la imposibilidad que la misma conducta cohecho de los dueños pudiera generar un reproche independiente a sus empresas, puesto que el beneficio finalmente era para las personas naturales, discusión en la que cobró valor el principio **“SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST”** al que ya nos hemos referido.

La fórmula amplia que ocupa el legislador chileno para referirse a las personas naturales permite igualmente una interpretación amplia que logra salvar complejidades, en efecto, en lo que concierne al primer grupo de sujetos, esto es, aquellos cuya conducta puede acarrearle directamente responsabilidad a la persona jurídica (inciso primero del artículo 3°), los únicos conceptos estrictamente jurídicos que emplea la ley son los de “dueño” y “representante”, más allá de lo cual emplea conceptos mucho más amplios y susceptible de una interpretación fáctica como los de “controlador” “responsable” o “ejecutivo principal” para terminar refiriendo en general a “quienes realicen actividades de administración y supervisión”, lo que permite hacerse cargo de cualquier forma de “administración de hecho”, ejercida por un sujeto perteneciente a los cuadros directivos de la persona jurídica.

No obstante la discusión y el planteamiento doctrinario de una posible vulneración al principio *non bis in idem*, cedió ante la construcción legislativa de la Ley 20.393, ya que ésta descansa sobre responsabilidades paralelas, primero la de los sujetos que cometen el delito base y por otra la persona jurídica que falta a su deber de supervisión y dirección generándose por esta actuación (omisión) beneficios directos, cobra relevancia en este punto los atributos de la personalidad para evitar la discusión de personas cuando estas pueden reunir las calidades de dueño y a su vez autor del delito base.

La persona jurídica es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, de nacer y extinguirse ante el derecho, y desde el punto de vista comercial, la independencia de la suerte económica de la persona jurídica respecto de quienes la constituyen o forman parte de ella, es el argumento para sostener que el beneficio directamente o indirectamente lo fue para la persona jurídica, siendo los patrimonios independientes.

De allí entonces que cobre importancia la distinción entre responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno, en efecto, si se observa el panorama de la discusión chilena en esta materia, puede verse que en ella, como en la española, suele admitirse que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería el llamado “defecto de organización” lo que suele caracterizarse también como un hecho propio, sin embargo de la regulación legal se desprende que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica nace como

consecuencia de un hecho ajeno, cual es, la comisión de un delito por parte de sus ejecutivos o empleados como fuente de responsabilidad de la persona jurídica. Entonces no es la falta del modelo de prevención, sino que el delito que comete uno de sus directivos y subordinados, por supuesto limitado por la exigencia que tal hecho sea consecuencia de la falta de adopción e implementación de un modelo de organización para prevenir hechos similares<sup>9</sup>.

### 3. Concepto de empleado

Como ya se ha dicho, los dueños de la empresa, concertados con un empleado “asesor legal” entregaron dinero para que este último lo utilizara para sobornar a un funcionario público. La cuestión a dilucidar y que probatoriamente representó dificultades es el concepto de empleado, ¿qué debe entenderse por tal?: ¿es un concepto formal referido a la vinculación contractual solamente, o aquel que sin tener el vínculo por escrito realiza funciones bajo subordinación y dependencia? Fue justamente este concepto el que recogimos y el cual además nos permitió abarcar más actos de corrupción, ya que el asesor legal sólo registraba contrato de trabajo en los últimos para una sola de las empresas, sin embargo desde el año 2009, al menos, éste ya prestaba servicios para ambas empresas, siendo este concepto el recogido por el tribunal.

El inciso 2 del artículo 3°, nos permitió incorporar a este asesor legal bajo la forma amplia que antes describíamos y que explica Héctor Hernández, estimar lo contrario es decir una interpretación restrictiva vinculada a la existencia de una relación contractual formal, dejaría fuera todas aquellas situaciones que en inclusive el propio derecho laboral estima se desarrollan bajo vínculo de subordinación o dependencia, aún cuando no exista contrato de trabajo<sup>10</sup>.

### 4. Concepto de persona jurídica y modelo de prevención

Aún cuando la ley nada señala al respecto, resulta evidente que para acreditar la existencia de cada empresa era necesario incorporar las escrituras de constitución, determinar tipo de sociedad, socios, representantes legales, giro, nómina de empleados y sus respectivos contratos de trabajo.

Ahora bien, estos documentos normalmente son de fácil ubicación y no presentan mayor dificultad probatoria, no obstante la ausencia de modelo de pre-

9 MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Sobre el valor de las certificación de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” En: *Diritto Penale Contemporáneo*, p. 5.

10 Inciso 2° Art. 3 Ley 20.393 “...serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior...”

vención se encuentra en un nivel más complejo probatoriamente hablando: ¿cómo se prueba que la empresa no tiene modelo prevención?, ¿señalando que no se encontró?, ¿que no existe porque los mismos dueños dijeron que no lo tenían? En este sentido resultó útil oficiar a la Superintendencia de Valores y Seguros y conforme la norma de carácter general N°302 de 25 de enero de 2011, solicitar se informara si las empresas habían sido informadas como aquellas que habían implementando un modelo de prevención y si este había sido objeto de certificación por parte de entidades certificadoras (Art. 4° Ley 20393).

Sin embargo, no hay que olvidar que el proceso de “certificación” de la adopción, e implementación de su programa de cumplimiento no es obligatorio. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento “contempla todos los requisitos” establecidos por la ley, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingreso y complejidad de la persona jurídica.

Ello implica que una empresa puede tener un modelo de prevención, pero no uno certificado (no es obligatorio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la ley). En ese contexto, las diligencias de toma de declaraciones, revisión de contratos de trabajo y otros también son esenciales para establecer la inexistencia de un modelo de prevención (o no implementación o existencia de uno no idóneo).

## 5. Exposición de los elementos exigidos por la Ley 20.393 para atribuir responsabilidad penal a personas jurídicas.

Expusimos que correspondía aplicar la normativa especial a los delitos de cohecho activo cometido por los dueños, socios, gerentes y empleados de las sociedades Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., por expresa disposición de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 20.393.

En sí, basado en la prueba contundente destinada a establecer que el cohecho ejercido respecto de don Rodolfo Sarria Tejada (funcionario público del Juzgado de letras de Talca, encargado de la tramitación de causas no contenciosas) fue ejecutado por dos tipos de personas:

- Por el empleo de Salmones Colbún Ltda., el imputado Jaime Rojas San Martín (funcionario contratado legalmente desde el año 2012 como asesor legal y desde 2009 como asesor externo).
- Dueños, socios y gerentes generales de las empresas ya citadas, José y Miguel Iracheta Cartes.

Habiéndose demostrado y acreditado que el delito de COHECHO PASIVO y ACTIVO estaba directa e indisolublemente vinculado a las empresas de

los acusados y en beneficio de éstas y no de los socios a título personal, nos permitía saltar el escalón de imputación, básico para la persecución penal de la persona jurídica.

Luego, quedaba como labor la exposición de tales antecedentes y presupuestos, a saber:

- i) Hecho punible cometido por personas que realicen administración de la persona jurídica o por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de estos sujetos

Constaba que los imputados José y Miguel Iracheta Cartes, de acuerdo a las escrituras de constitución social y actual información vigente según las interconexiones del Servicio de Impuestos Internos, son dueños de Salmones Colbún Ltda. y SAM Ltda., siendo gerentes, dueños y socios. Ejecutando actos directos de administración en dichas sociedades, como consta de los antecedentes probatorios. De igual forma, Pablo Iracheta Parot, tenía participación social en las mismas empresas.

Estas empresas, que tenían como empleado a Jaime Rojas San Martín, encargado directamente de cohechar, bajo instrucciones directas de los ejecutivos de aquellas, al funcionario del Poder Judicial, para que les proveyera de sentencias adulteradas relativas a derechos de aguas, sobre los cuales no le cabía derecho alguno para su concesión.

- ii) Hecho cometido en interés o provecho de la persona jurídica

Las sentencias falaces provenían y eran confeccionadas por y para beneficiar a las empresas y sociedades ya citadas, pues le generaban un aumento en los derechos de aguas que incorporaban al activo de las mismas y les permitían participar de negocios de hidroeléctricas o solicitar préstamos y caucionarlos con dichos derechos irregularmente obtenidos.

Así, las sentencias de los siguientes roles estaban inscritas a favor de las siguientes sociedades (todas del 2° Juzgado de Letras de Talca):

Rol 242-2009: Inscritas y a beneficio de la Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda.

Roles 106-2012, 192-2012, 193-2012, 210-2011 y 211-2011 dictadas en beneficio y nombre de Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda.

Rol 326-2009, dictada en beneficio de Salmones Colbún Ltda.

Rol 126-2011, 127-2011, 128-2011, a favor de José Rodríguez Mangiamarchi, que establecía derechos a favor de los acusados Iracheta Cartes, a su vez propietarios y socios de las sociedades ya citadas.

Se hizo especial énfasis en que la sentencia Rol 326-2009, constaba de las inscripciones en el Registro Público y los oficios de Rabobank que fue empleada para garantizar la solicitud de ocho créditos desde el 13 de diciembre de 2011 por US \$4.000.000. Con esto se aumentaba ficticiamente el patrimonio de las empresas citadas, facilitándoles el acceso a créditos con cauciones imposibles de ser ejecutadas en la realidad (no podemos olvidar que los recursos hídricos son escasos y limitados, por lo que el valor de la inscripción mendaz era letra muerta, por la imposibilidad de ejecutarse o gozarse los derechos materialmente).

Sentencias que establecen derechos irregularmente generados y que efectivamente han aumentado el patrimonio de las sociedades imputadas.

### iii) Incumplimiento del deber de dirección y supervigilancia

Es verificable el hecho negativo de la carencia de un modelo de prevención de delitos, de acuerdo a los antecedentes recopilados durante la investigación.

Esta carencia de modelo de prevención delictual, sumado al positivo actuar de los representantes y empleados de las empresas en la comisión del delito reiterado de cohecho, generaba la posibilidad final de la imputación a la persona jurídica.

Otro de los objetivos era poder exponer correctamente la penalidad a aplicar a la persona jurídica, en lo que correspondía. Aquello, en consideración a que el delito base para la persecución de la persona jurídica corresponde al delito de cohecho, en relación con el criterio del artículo 15 de la referida Ley 20.393 que lo considera simple delito.

Lo anterior, suponía las siguientes penas en abstracto:

- a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.
- b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.
- c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el artículo 13, esto es la publicación de un extracto de la sentencia, lo que se ordenó fuera efectuado a costa del condenado, en el diario “El Mercurio”, por ser de circulación nacional. En cuanto al comiso, éste se ordenó en cuanto a las inscripciones, las que –por iniciativa del querellante Consejo de Defensa del Estado– consistió en la cancelación de las inscripciones generadas por las sentencias falsificadas.



Finalmente, la parte resolutive de la sentencia determinó imponer las siguientes penas para las empresas condenadas, a saber:

- Multa para cada empresa de 500 unidades tributarias mensuales.
- Pérdida de beneficios fiscales por el término de 3 años, en especial las de la Ley 18.450.
- Publicación en el diario El Mercurio del extracto a que se refiere el artículo 13 de la Ley 20.393.
- Adopción de un modelo de prevención de delitos con código de ética, otorgándosele a las condenadas el plazo de un año para certificar su existencia y vigencia.
- Cancelación de las inscripciones pendientes, aun vigentes en el Conservador de Bienes Raíces.

Para la aplicación de la pena en concreto, se reconocieron las atenuantes del artículo 11 N°9 y 11 N°7, ambas del Código Penal. La atenuante del artículo 11 N°9 se logró en base a lo previsto en el artículo 407 del Código Procesal Penal y la atenuante del 11 N°7 fue reconocida por la adopción del modelo de prevención de delitos y cancelación de las inscripciones pendientes, permitía aplicar la norma del artículo 6 de la Ley 20.393, pudiendo bajar la pena al mínimo.

#### **IV. Resumen de sentencia condenatoria en juicio abreviado**

Se comparte copia de la sentencia condenatoria obtenida en procedimiento abreviado en el Juzgado de Garantía de Talca en la cual se obtuvo condena por el delito de cohecho activo (soborno) a persona natural, entre otros delitos, lo que nos permitió obtener condena por responsabilidad penal de persona jurídica en contra de las empresas Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizada Ltda.

**Los hechos se dividieron en dos grupos,** que correspondían a:

a) Investigación RUC 1201092968-5 en contra de las personas naturales José Iracheta Cartes y Miguel Iracheta Cartes (dueños de las empresas) por los delitos de:

1. Falsificación y uso malicioso de documento público (193 N°1, 2, 3, 4, 7, en relación al artículo 194 y 196 CP, en grado de consumado);
2. Cohecho activo (Art. 250 CP en relación al Art. 248 Bis, en grado de consumado);
3. Usurpación de aguas (459 N°3 y 4 CP, en grado de consumado). Todos los delitos en carácter de reiterado y en calidad de autores del Art. 15 N°1 CP;

**Pablo Iracheta Parot** (gerente de las empresas e hijo) por los delitos de: 1) Falsificación y uso malicioso documento público (Art. 193 N°1, 2, 3, 4, 7, en relación al artículo 194 y 196 CP, consumado); 2) Cohecho (Art. 250 CP en relación al Art. 248 Bis, consumado); 3) Usurpación de aguas (459 N°3 y 4 CP, consumado); 4) Obstrucción a la investigación (Art. 269 Bis, consumado). Todos los delitos en carácter de reiterado y en calidad de autor del Art 15 N°1 CP.; **Jaime Rojas San Martín** (asesor legal de las empresas) por los delitos de 1) Falsificación y uso malicioso documento público (Art. 193 N°1, 2, 3, 4, 7, en relación al artículo 194 y 196 CP, consumado); 2) Cohecho (Art. 250 CP en relación al Art. 248 Bis, consumado); 3) Hurto de expediente (Art. 4 Inc. 1° Ley 5.507). Todos los delitos en carácter de reiterado y en calidad de autor del Art 15 N°1 del Código penal; **Rodolfo Sarria Tejada** por los delitos de 1) Falsificación documento público (Art. 193 N°1, 2, 3, 4, 7, consumado); 2) Cohecho (Art. 248 Bis CP, consumado). Todos los delitos en carácter de reiterado.

b) Investigación RUC 1300555215-4 por responsabilidad penal persona jurídica Ley N°20.393 en contra de **Empresa SALMONES COLBÚN LTDA.** y **Empresa SERVICIOS AGRÍCOLAS MECANIZADOS LTDA.** Empresas a cuyos nombres se falsificaron 10 sentencias por derechos de aguas de los ríos Lircay y Maule, y se inscribieron siete de ellas en el Conservador de Bienes Raíces de Talca, obteniendo mayores derechos de los que les correspondían u obteniendo derechos donde no les correspondían. Con ello aumentaron falsamente su patrimonio y obtuvieron importantes créditos bancarios en base a una garantía hipotecaria general sobre los derechos de aprovechamientos de agua.

En la parte final del considerando SEXTO, se desarrolla una argumentación sobre RPPJ de interés:

**“Por su parte los hechos señalados en el N°2, del considerando segundo precedente, configuran** el delito de COHECHO, en la modalidad de soborno, previsto y sancionado en los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 20.393, en relación al artículo 250 del Código Penal, en grado de consumado, en el cual se le atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas **SALMONES COLBUN LTDA y SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA**, ya individualizadas, en calidad de autoras, conforme a lo prescrito en el artículo 3 de la Ley ya citada.”

Se razona de este modo toda vez que dicho ilícito fue cometido directa e inmediatamente en su interés o provecho por sus dueños y representantes y como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión los cuales no se consideran cumplidos toda vez que no se ha adoptado ni implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos conforme al artículo 4 de la Ley 20.393, esto último acreditado mediante el Oficio No. 1831 de 28 de enero de 2013 de la Superintendencia de valores y Seguros, a quien corresponde llevar el registro de la

Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos que alude el artículo 4 de la Ley 20.393 las cuales deben remitir información anual sobre las personas jurídicas que certifiquen, que da cuenta que SALMONES COLBUN LTDA y SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA no figuran en la información remitida como personas jurídicas certificadas.

A mayor abundamiento, conforme al artículo 3 de la Ley No. 20.393 las personas jurídicas serán responsables del delito previsto en el artículo 250 del Código Penal cuando fuere cometido directa e inmediatamente en su interés por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión en el evento en que, además, se configure la hipótesis señalada en dicha norma, es decir, que fuere consecuencia del incumplimiento por parte de ésta de los deberes de dirección y supervisión; en la especie, como ya se indicó previamente, resulta claro que esto último se infringió toda vez que no se cumplió con el modelo de prevención de delitos prescrito en el artículo 4 de la Ley ya citada y teniendo presente que los imputados José y Miguel Iracheta Cartes, son dueños de dichas empresas, socios y representantes legales, que a su vez Pablo Horacio Iracheta Parot, es el gerente comercial de las empresas imputadas y que Jaime Rojas San Martín es el asesor legal de ellas, además, se ha justificado que el tipo del artículo 250 del Código Penal, el soborno, fue perpetrado en directo e inmediato interés de las personas jurídicas sancionadas ya que se le pagó al oficial cuarto del Segundo Juzgado de Letras de Talca, Osvaldo Sarria Tejada, para que confeccionaría las sentencias falsas mencionadas, máxime, cuando dichas sentencias apócrifas fueron inscritas en el Conservador de Bienes Raíces de Talca a nombre de las sociedades sentenciadas lo que hizo aumentar falsamente su patrimonio y, en consecuencia, las benefició.”

### Las Penas

“I.- Que se **CONDENA** a **JOSE ARTURO IRACHETA CARTES** y a **MIGUEL ANGEL IRACHETA CARTES**, ya individualizados, como autores de los delitos de 1.- FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO, en grado de consumado; 2.- COHECHO, en grado de consumado y 3.- USURPACIÓN DE AGUAS, en grado de consumado, en carácter de reiterados, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir, cada uno, la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago, cada uno, de dos multas, la primera de **VEINTE UTM** y la segunda de **TRES MILLONES DE PESOS**; sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

II.- Que se **CONDENA** a **PABLO HORACIO IRACHETA PAROT**, ya individualizado, como autor de los delitos de 1.- **FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO**, en grado de consumado; 2.- **COHECHO**, en grado de consumado; 3.- **USURPACIÓN DE AGUAS**, en grado de consumado y 4.- **OBSTRUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN**, en grado de consumado, en carácter de reiterados, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago de dos multas, la primera de **VEINTE UTM** y la segunda de **TRES MILLONES DE PESOS**, sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

III.- Que se **CONDENA** a **JAIME LUIS ROJAS SAN MARTIN** ya individualizado, como autor de los delitos de 1.- **FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO**, en grado de consumado; 2.- **COHECHO**, en grado de consumado y 3.- **HURTO DE EXPEDIENTE**, en grado de consumado, en carácter de reiterados, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago de una multa de **TRES MILLONES DE PESOS**, sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

IV.- Que se **CONDENA** a **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, ya individualizado, como autor de los delitos de 1.- **FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO**, en grado de consumado, y 2.- **COHECHO**, en grado de consumado, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago de una multa de **TRES MILLONES DE PESOS**, sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

VIII.- Que se **CONDENA** a la persona jurídica **SALMONES COLBUN LTDA. RUT 79.798.290-3**, representada por **José Arturo Iracheta Cartes** y por **Miguel Ángel Iracheta Cartes** y a la persona jurídica **SERVICIOS AGRÍCOLAS MECANIZADOS LTDA. RUT 89.529.200-1**, representada por **José Arturo Iracheta Cartes** y por **Miguel Ángel Iracheta Cartes**; a

sufrir, cada una, la pena de **MULTA**, en su grado mínimo, de **QUINIENTOS UTM** y la **PERDIDA, EN SU GRADO MINIMO, DEL 40%** (cuarenta por ciento) **DE LOS BENEFICIOS FISCALES QUE ACTUALMENTE MANTIENEN** y, si no los tuvieran, a la **PROHIBICIÓN ABSOLUTA PARA OBTENERLOS POR EL TERMINO DE TRES AÑOS**.

IX.- Que conforme al Artículo 13 No. 1 de la Ley 20.393, como pena accesoría, **PUBLIQUESE** en el Cuerpo C del Diario El Mercurio, un **EXTRACTO DE LA PARTE RESOLUTIVA** de este fallo dentro de treinta días de ejecutoriado, a costa de las personas jurídicas que fueron condenadas.

**Sentencia completa**

Talca, doce de agosto de dos mil trece.

**OIDO, VISTO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que se siguió esta causa en contra de:

1.- **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, cedula de identidad N°7.807.432-9, domiciliado en Villa Los Robles pasaje 5 poniente C N°190 Talca.

2.- **JAIME LUIS ROJAS SAN MARTÍN** cedula de identidad N°7.093.535-K, domiciliado en calle Población Edén 8 sur N°473 Talca

3.- **MIGUEL ANGEL IRACHETA CARTES**, cedula de identidad N°6.0222.112-K domiciliado en 2 ½ Norte N°10 Talca.

4.- **PABLO HORACIO IRACHETA PAROT** cedual de identidad N°12.521.832-6 domiciliado en 4 Sur N°1419 Talca.

5.- **JOSÉ ARTURO IRACHETA CARTES** cedula de identidad

N°6.022.113-8 domiciliado en calle 38 oriente N°1451 Talca.

6.- **SALMONES COLBUN LTDA.** Persona jurídica representada por el Sr. José Arturo Iracheta Cartes y por el Sr. Miguel Ángel Iracheta Cartes.

RUT 79.798.290-3

7.- **SOCIEDAD AGRÍCOLA MECANIZADA LTDA.** Persona jurídica representada por el Sr. José Arturo Iracheta Cartes y por el Sr. Miguel Ángel Iracheta Cartes, RUT 89.529.200-1

Es querellante el Consejo de Defensa del Estado y la Junta de Vigilancia del Río Claro.

**SEGUNDO:** Que la acusación verbal fue la siguiente:

**1.- HECHOS CAUSA RIT 9211-2012:** Que el imputado **JAIME ROJAS SAN MARTIN**, estudiante de derecho, empleado de la sociedad Salmón COLBUN Ltda. desde el año 2009 a septiembre de 2012, encomendado por los SRES: **JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CAR-**

TES y con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, se coordinó y concertó con el oficial 4°, actuario del 2° juzgado de letras de Talca, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, encargado de la tramitación de las causas voluntarias de dicho tribunal, con el objeto de proceder a la inscripción de derechos de aprovechamientos de agua en el conservador de Bs. Raíces de Talca a favor de sus representados, mediante sentencias falsificadas del 2° juzgado de letras, supuestamente emitidas en un proceso legalmente tramitado.

Así desde el año 2009 a septiembre de 2012, en un complejo sistema de simulación de procesos reales, con intervención del abogado Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO, quien facilitó su patrocinio y firma en todas las causas y escritos para que el Sr. Jaime Rojas procediera ante el tribunal previa coordinación con el Sr. Rodolfo Sarria con requerimientos tramitados sin documentos, o en otros casos solo con los números de causas de otros, y respecto de roles verdaderos en los que nunca se ha dictado fallo, a la confección de DIEZ sentencias supuestamente dictadas y firmadas por el juez titular y autorizadas por el secretario del tribunal, documentos que elaboraban en fotocopia y luego utilizando el timbre del tribunal rotulado como secretaria, y un segundo timbre que indicaba segundo juzgado de letras conforme con su original, procedían a falsificar la firma del secretario del tribunal y de esta forma las copias falsas aparecían como autorizadas

por el Secretario como verdaderas, las que luego, procedían a inscribir en el conservador de Bs. Raíces de Talca.

Para la falsificación de estas sentencias, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, recibía entre 100 a 300 mil pesos por cada sentencia que falsificaba, y a su vez JAIME ROJAS SAN MARTIN recibía de sus representados la suma aproximada de \$800.000,-

Que los imputados José Iracheta Cartes y Miguel Iracheta Cartes, son los socios y propietarios de las Empresas Salmones Colbún S.A., Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., y Salmones Bio-Bio, en esta última junto a un tercero de nombre Jorge Goles Spiess, que por su parte PABLO IRACHETA PAROT hijo de José Iracheta Cartes trabaja junto al resto de los imputados como GERENTE COMERCIAL sin perjuicio de realizar indistintamente funciones para el resto de las empresas.

Estos imputados, en conocimiento de la ilegalidad de la conducta y de la carencia de derechos al respecto, instruían a Jaime Rojas San Martín, empleado de la sociedad ya citada, con el objeto de cohechar a un funcionario del poder judicial, para que les proveyera de sentencias ideológica y materialmente falsas, que les permitiera a ellos como a terceros, respecto de los cuales tenían intereses creados, que les otorgara derechos de agua sobre determinados predios, sin cumplir con los requisitos legales.

Para obtener los datos y coordenadas que se empleaban en la constitución de las sentencias, el imputado Pablo Iracheta Parot, procedía a constituirse en los predios de propiedad de la empresa a la que prestaba servicios o de terceros, tomar los datos (coordenadas, puntos de captación, cantidad de litros, etc.), entregarlos a Jaime Rojas San Martín y, este –a su vez– los pasaba a Sarria para la confección de la sentencia en su materialidad.

Asimismo cancelaron al Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO por facilitar las firmas en los procesos antes indicados la suma aproximada de CINCO millones de pesos, de esta forma con su auxilio y cooperación legitimaban el actuar del Sr. Jaime Rojas San Martín ante el tribunal y en las demás instituciones involucradas.

De esta manera, previo pago al funcionario judicial se hacía emanar la sentencia con los timbres y formalidades propias de una sentencia judicial, que no existía en su materialidad y que no fue jamás dictada por el juez de letras de la plaza

En consecuencia, las referidas sentencias establecían la concesión de derechos de agua respecto de los cuales los beneficiarios, específicamente las sociedades de los imputados Miguel y José Iracheta y don José Rodríguez Mangiamarchi (3° respecto de los cuales a petición de José y Miguel Iracheta también se falsificaron sentencias), carecían de todo derecho para obtener aguas por las cantidades ya indicadas y sin

seguir los procedimientos y formalidades de su obtención.

De igual forma, los imputados Iracheta Cartes obtenían –sin derecho alguno– aguas y enturbiaban el goce de terceros quienes tenían inscritos sus derechos de aprovechamiento de aguas y recibían menos agua que la que legalmente correspondían, empleando de esta manera las sentencias falsificadas para ejercer mayores derechos que aquellos que le correspondían o sin derecho alguno.

Los procesos que procedieron a falsificar son los siguientes:

#### **1.- ROL 242-2009**

Procedimiento voluntario correspondiente a una causa por información de perpetua memoria del 2° Juzgado de Letras cuyo demandante correspondía a MARIO BRAVO BARAHONA ingresada en el Tribunal según sistema computacional con fecha 26.10.2009, falsificaron una sentencia, especialmente en lo relativo a la intervención del Secretario del Tribunal, falsificando la firma que autoriza la copia de la sentencia y con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO quien facilitó su patrocinio y poder y firmó los escritos en los cuales se daba por notificado de la sentencia y renunciando a los plazos en representación de la Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., de propiedad de JOSE IRACHETA y MIGUEL IRACHETA en cuyo fallo se otorgaban derechos de agua respecto del Fundo El Guanaco correspondiente

a 700 litros por segundo, acompañaron posteriormente dicha sentencia de fecha 26.08.2009 al Conservador de Bienes Raíces y lograron inscribir derechos de agua a favor de la Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., posteriormente y una vez inscritos estos derechos en el Conservador de Bienes Raíces de Talca, generaron una segunda sentencia en este mismo ROL, esta vez de fecha 05.11.2009, complementando la anterior ya que habían omitido algunos datos inicialmente, sentencia que no se encuentra en los registros del sistema computacional del Tribunal, sentencia que no se ha dictado en el ROL 242-2009 y que tampoco se encuentra en el Copiador de Fallos del 2° Juzgado de Letras de Talca.

**2.- ROL 326-2009 sentencia fecha 03/12/2009 a favor de Salmones Colbún Limitada.-**

Posteriormente con fecha 23.11.2009 con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación de la Sociedad Salmón Colbún Ltda. de propiedad de JOSÉ y MIGUEL IRACHETA iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 326-2009, procedimiento voluntario, luego encontrándose en tramitación dicho proceso, falsificaron la sentencia, en la que se le otorgaba, una sentencia favorable, es decir se le otorgaba derechos a favor de la Sociedad, respecto del Fundo Las Garzas de San Clemente Vertiente las Garzas por 350 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tri-

bunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces con fecha 26.08.2011 la inscripción quedando así inscritos finalmente en el Conservador de Bienes Raíces.

**3.- ROL 126-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI**

Luego con fecha 11.03.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, esta vez en representación de una persona natural don JOSE RODRIGUEZ y a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 126-2011 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad respecto del Fundo El Picazo de San Clemente Estero las piedras esta vez por 330 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces con fecha 30.09.2011 la inscripción quedando así inscritos finalmente en el Conservador de Bienes Raíces, sentencia que no había sido dictada en



el Tribunal, que no constaba en los registros computacionales y tampoco en el copiador de fallos.

**4.- ROL 127-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI**

Posteriormente con fecha 11.03.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación también de persona natural don JOSE RODRIGUEZ y a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 127-2011 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad respecto del Fundo El Picazo de San Clemente esta vez por 320 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces quedando así inscritos finalmente en dicho Servicio.

**5.- ROL 128-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI**

Con fecha 11.03.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado

IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación de la persona natural don JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI y a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca, encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad respecto del estero el Novillo, esta vez por 400 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces la inscripción quedando así inscritos en dicho Servicio.

**6.- ROL 210-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Posteriormente con fecha 03.06.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, esta vez en representación de SERVICIO AGRICOLA MECANIZADOS LIMITADA iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 210-2012 encontrándose en tramitación dicho proceso, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la sociedad indicada respecto del Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente

por la cantidad de 0.8 metros cúbicos por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces la inscripción quedando así inscritos finalmente en el Conservador de Bienes Raíces con fecha 05.12.2011.

**7.- ROL 211-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Siguiente sentencia, con fecha 03.06.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, esta vez en representación esta vez SOCIEDAD AGRICOLA MECANIZADA LIMITADA, iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 211-2012 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de su representado correspondientes a un caudal de 400 litros por segundo de la Vertiente denominada Cajón de Neira en la comuna de San Clemente, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos requerir ante el Conservador de Bienes Raíces con fecha 08.11.2011 la

inscripción quedando así inscritos finalmente en dicho Servicio.

**8.- ROL 106-2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Luego con fecha 31.05.2012 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación de la Sociedad Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. o SAM LTDA. de propiedad de don JOSÉ IRACHETA CARTES y MIGUEL IRACHETA CARTES, iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 106-2012 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad de Servicios Agrícolas Mecanizados, respecto del Fundo El Guanaco de San Clemente esta vez por 800 litros por segundo, posteriormente dicha sentencia fue llevada al Conservador de Bienes Raíces donde no se alcanzó a realizar la inscripción por cuanto funcionarios de dicho Servicio se percataron que dicha sentencia adolecía de irregularidades y que finalmente se trataba de una sentencia falsa, ya que el procedimiento real se encontraba en autos para fallo en el despacho del Juez Titular.

**9.- ROL 192- 2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Luego se inicia la causa ROL 192-2012 con el patrocinio del abo-

gado IVAN GOMEZ OVIEDO de fecha 24.08.2012, en dicha proceso de requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca en representación de la Sociedad Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. o SAM LTDA. don IVAN GOMEZ OVIEDO requiere la inscripción de derechos de agua correspondiente al Fundo El Guanaco por un caudal de 1 metro cúbico por segundo, sentencia falsa que importaba la supuesta participación del Secretario del Tribunal que habría autorizado copia de la misma y demás escritos, que posteriormente llevada dicha sentencia al Conservador de Bienes Raíces para proceder a su inscripción, el Conservador de Bienes Raíces no procedió a la inscripción por cuanto se percataron de irregularidades por lo que finalmente se pudo establecer que esta sentencia era falsa, por cuanto no había sido dictada en el procedimiento iniciado en el Tribunal, encontrándose la causa en autos para fallo y

**10.- ROL 193-2012 sentencia de 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Finalmente con fecha 24.08.2012 se inicia la causa ROL 193-2012 patrocinada por el abogado IVAN GOMEZ OVIEDO en representación de la Sociedad Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. o SAM LTDA en la que se solicitaba la inscripción a favor de dicha Sociedad particularmente del Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente la cantidad de 1.7 metros cúbicos por segundo, sentencia falsa

que importaba la supuesta participación del Secretario del Tribunal que habría autorizado copia de la misma y demás escritos, que posteriormente llevada dicha sentencia al Conservador de Bienes Raíces para proceder a su inscripción, el Conservador de Bienes Raíces no procedió a la inscripción por cuanto se percataron de irregularidades por lo que finalmente se pudo establecer que esta sentencia era falsa, por cuanto no había sido dictada en el procedimiento iniciado en el Tribunal, encontrándose la causa en autos para fallo.

Que luego de falsificadas las sentencias anteriormente, y con el objeto de ocultar la existencia de los procesos irregulares y de esta forma procurar su impunidad el imputado JAIME ROJAS SAN MARTIN, procedió a sustraer sistemáticamente cada expediente directamente desde el mesón de atención de público, así en fechas posteriores a cada fallo concurrió al 2° juzgado de letras de esta ciudad, desde donde la llamada “letra”, sacó cada expediente en particular los siguientes

242-2009, fecha de sentencia 26/08/2009

326-2009, fecha de sentencia 03/12/2009

127-2011, fecha de sentencia 23/09/2011

128-2011, fecha de sentencia 23/09/2011

126-2011, fecha de sentencia 23/09/2011

210-2011, fecha de sentencia 04/10/2011

211-2011, fecha de sentencia 04/10/2011

Sustracción que se efectuó en fecha indeterminada con posterioridad a la dictación de cada sentencia.

Producto de estas falsificaciones e inscripciones de derechos fraudulentos, que implicaron que los imputados se beneficiaran con derechos de aguas ascendentes al menos a 3300 litros por segundo, perturbaron el derechos de todos los usuarios de derechos de aguas río abajo por el Río Lircay y Río Maule, entre ellos perturbaron los derechos de los usuarios agrupados en la junta de vigilancia decreto MOP 951 y la cooperativa de servicios de riego del centro por el lado del río Lircay y por su parte por el lado del río Maule, se perjudicaron las captaciones pertenecientes a la usuarios de la junta de vigilancia del río Maule, (asociación canal Maule norte, asociación canal Maule sur, canal las garza, canal la suizas entre otros.)

Posteriormente con los derechos inscritos habiendo aumentado falsamente su patrimonio, los imputados concurren al banco RABOBANK constituyeron una garantía hipotecaria general sobre los derechos de aprovechamientos de agua correspondiente a la vertiente las garzas, rol 326-2009 por 350 litros por segundo y de esa forma obtuvieron 6 créditos desde el 13/12/2011 al 04/09/2013 por 4.000.000 millones de dólares.

Que los hechos antes indicados esto es la permanente y constante obtención de sentencias falsas, a través de los mecanismos indicados, estaba vinculada a la venta del fundo el guanaco con una superficie aproximada de 8500 hectáreas a inversionistas extranjeros quienes pretendían adquirir el mencionado fundo para

la instalación de centrales hidroeléctricas negocio que importaba una transacción aproximada de 10 millones de dólares, siendo necesario para dicha venta contar con todos los derechos de aguas regularizados.

Finalmente cabe tener presente que una vez develados los hechos descritos, y encontrándose en plena investigación los imputados MIGUEL IRACHETA CARTES, JOSE IRACHETA CARTES Y PABLO IRACHETA PAROT en conocimiento que una de las pericias acompañadas en las causa 106-2012, 192-2012 y 193-2012 era falsa ya que había sido confeccionada para respaldar los requerimientos de aguas, y que además no había sido confeccionada por quien los suscribía sino que por un terceros que recibió la suma de \$700.000, se coordinaron y concertaron para que la Fiscalía no pudiera develar este hecho, así PABLO IRACHETA PAROT entre el 23 y 28 de noviembre de 2012 instruyó al testigo CESAR HERRERA para que declarará falsamente en la investigación ante la Fiscalía y funcionarios de la Policía, entregando información falsa respecto de una pericia que no realizó, señalando fechas y diligencias inexistentes, lo cual solo se pudo establecer era falso en el mes de marzo de 2013, obstruyendo de esta forma la investigación.

### **CALIFICACIÓN JURIDICA**

**Respecto de los acusados JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES constituyen los delitos de**

1.- FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DOCUMENTO PÚBLICO previstos y sancionados en los artículos 193 N°1, 2, 3, 4, 7, EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 194 Y 196, todos Código Penal, en grado de CONSUMADO

2.- COHECHO previsto y sancionado en los artículos 250 EN RELACIÓN AL ART. 248 BIS, del Código Penal, en grado de CONSUMADO

3.- USURPACIÓN DE AGUAS, previsto y sancionado en el artículo 459 N°3 Y 4 Código Penal, en grado de CONSUMADO.

TODOS LOS DELITOS EN CARÁCTER DE REITERADO Y EN CALIDAD DE AUTOR DEL ARTICULO 15 N°1 CODIGO PENAL.

**Respecto de PABLO IRACHETA PAROT**

1.- FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DOCUMENTO PÚBLICO previstos y sancionados en los artículos 193 N°1, 2, 3, 4, 7, EN RELACIÓN A Los ARTÍCULOS 194 Y 196, todos Código Penal, en grado de CONSUMADO

2.- COHECHO previsto y sancionado en los artículos 250 EN RELACIÓN AL ART. 248 BIS, del Código Penal, en grado de CONSUMADO

3.- USURPACIÓN DE AGUAS previsto y sancionado en el artículo

459 N°3 Y 4 Código Penal, en grado de CONSUMADO.

4.- OBSTRUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN, previsto y sancionado en el artículo 269 BIS del Código Penal, CONSUMADO

TODOS LOS DELITOS EN CARÁCTER DE REITERADO Y EN CALIDAD DE AUTOR DEL ARTICULO 15 N°1

**Respecto de JAIME ROJAS SAN MARTIN**

1.- FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DOCUMENTO PÚBLICO previstos y sancionados en los artículos 193 N°1, 2, 3, 4, 7, EN RELACIÓN A Los ARTÍCULOS 194 Y 196, todos Código Penal, en grado de CONSUMADO

2.- COHECHO previsto y sancionado en los artículos 250 EN RELACIÓN AL ART. 248 BIS, del Código Penal, en grado de CONSUMADO.

3.- HURTO DE EXPEDIENTE. Previsto y sancionado en el ARTICULO 4 INC. 1° LEY 5.507.

TODOS LOS DELITOS EN CARÁCTER DE REITERADO Y EN CALIDAD DE AUTOR DEL ART 15 N°1 DEL CODIGO PENAL.

**Respecto de RODOLFO SARRIA TEJADA**

1.- FALSIFICACIÓN DOCUMENTO PÚBLICO previstos y sancionados en los artículos 193

Nº1, 2, 3, 4, 7, EN RELACIÓN A Los ARTÍCULOS 194 Y 196, todos Código Penal, en grado de CONSUMADO

2.- COHECHO previsto y sancionado en el artículo. 248 BIS del Código Penal, en grado de CONSUMADO

TODOS LOS DELITOS EN CARÁCTER DE REITERADO.

**El Ministerio Público pide las siguientes penas:**

**Respecto de MIGUEL IRACHETA, JOSE IRACHETA Y PABLO IRACHETA, para cada uno de ellos, una pena de CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO; ACCESORIAS ART. 29 DEL CÓDIGO PENAL, INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA del artículo 248 bis del Código Penal, MULTA DE 20 UTM (PENA ACCESORIA DE USURPACIÓN DE AGUAS) y MULTA DE 3 MILLONES de pesos para cada uno (PENA ACCESORIA COHECHO ACTIVO)**

**Respecto de JAIME ROJAS SAN MARTIN Y RODOLFO SARRIA TEJADA, para cada uno de ellos, una pena de 5 AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO, ACCESORIAS ART. 29 DEL CÓDIGO PENAL, INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA del art.248 bis Código Penal y una MULTA DE 3 MILLONES C/U (PENA ACCESORIA COHECHO ACTIVO)**

Sin oponerse a que se les otorgue un PLAZO MAXIMO DE 12 MESES PARA EL PAGO DE LAS MULTAS

Se hace presente que para solicitar estas penas, en concreto, el órgano acusador reconoce las atenuantes de los Nos. 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal (el último conforme a lo previsto en el artículo 407 del Código Procesal Penal)

**2.- HECHOS CAUSA RIT 4411-2013 (acumulada a la causa RIT 9211-2012)**

**RESPONSABILIDAD PENAL PERSONA JURIDICA LEY 20.393**

**EMPRESA SALMONES COLBUN LTDA**

**EMPRESA SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA**

Que desde finales del año 2009 hasta el mes de octubre del año 2012, JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES, socios, propietarios y representantes legales de las Empresas Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., personas jurídicas de derecho privado, en conjunto con su Gerente Comercial PABLO IRACHETA PAROT y del asesor Legal JAIME ROJAS SAN MARTIN, cometieron los delitos reiterados de cohecho activo o soborno, previstos y sancionados en el artículo 250 del Código Penal, en interés y provecho de las Empresas Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrí-

cola Mecanizados Ltda., siendo su comisión consecuencia del incumplimiento, por parte de las empresas imputadas, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a lo dispuesto en la Ley N°20.393, del modo en que se desarrolla a continuación:

En efecto la empresa SALMONES COLBUN LTDA Rut 79.798.290-3 es una persona jurídica de derecho privado, constituida el día 21 de marzo de 1998 por escritura pública suscrita en la Notaría Ignacio Vidal Domínguez en la ciudad de Talca, bajo razón social Salmones Colbún, son socios de dicha empresa el Sr. JOSE ARTURO IRACHETA CARTES y su hermano JACINTO MIGUEL IRACHETA CARTES quienes poseen el 50% cada uno de los derechos sociales, respectivamente, siendo ambos representantes legales de la referida sociedad, además de dueños de la misma, hasta la fecha.

Que asimismo la empresa SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA, RUT 8900529-1 es una persona jurídica de derecho privado, constituida el día 23 de abril de 1986, por escritura pública suscrita en la notaría Ignacio Vidal Domínguez en la ciudad de Talca, bajo razón social SERVICIOS AGRICOLA MECANIZADOS LTDA, O SAM LTDA, son socios de dicha empresa el Sr. JOSE ARTURO IRACHETA CARTES y su hermano JACINTO MIGUEL IRACHETA CARTES quienes poseen el 60% cada uno de los derechos sociales, respectivamente,

siendo ambos representantes legales de la referida sociedad, además de dueños de la misma, hasta la fecha.

Que asimismo PABLO IRACHETA PAROT, hijo de José Iracheta Cartes, era el Gerente comercial de la empresa Salmones Colbún Ltda. Desde el año 2007, aun cuando prestaba servicios indistintamente para ambas empresas.

Que finalmente JAIME ROJAS SAN MARTIN, estudiante de derecho, desde el año 2009 presta servicios en beneficios de las empresas indicadas, siendo desde el año 2012 su asesor legal,-

En consecuencia las personas naturales indicadas ostentaban las calidades de dueños, socios y representantes legales y empleados de las empresas indicadas a la fecha de comisión de los delitos de cohecho, que se relataron.

Con fecha 12 de noviembre de 2012, JAIME ROJAS SAN MARTIN, asesor legal, empleado del los representantes legales fue formalizado, por los delitos de FALSIFICACION Y USO MALICIOSO DE DOCUMENTO PÚBLICO, COHECHO ACTIVO REITERADO.

Que con fecha 15 de marzo de 2013, MIGUEL IRACHETA CARTES, dueño, socio y representante legal de las empresas antes indicadas, fue formalizado por falsificación, uso, cohecho activo(soborno) y usurpación de aguas, lo mismo que el Gerente comercial PABLO IRACHETA PAROT.

Finalmente con fecha 23 de marzo de 2013 JOSE IRACHETA CARTES, dueño, socio y representante legal de las empresas antes indicadas, fue formalizado por falsificación, uso, cohecho activo (soborno) y usurpación de aguas.-

Los hechos constitutivos de los delitos de cohecho activo o soborno que dan lugar a la responsabilidad penal de las empresas Salmones Colbún Ltda. Y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda. y por los cuales se formalizó, anteriormente a sus dueño y empleados, son los siguientes:

*Que el imputado **JAIME ROJAS SAN MARTIN**, estudiante de derecho, empleado de la sociedad Salmón COLBUN Ltda. desde el año 2009 a septiembre de 2012, encomendado por los SRES: JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES y con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, se coordinó y concertó con el oficial 4°, actuario del 2° juzgado de letras de Talca, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, encargado de la tramitación de las causas voluntarias de dicho tribunal, con el objeto de proceder a la inscripción de derechos de aprovechamientos de agua en el conservador de Bs. Raíces de Talca a favor de sus representados, mediante sentencias falsificadas del 2° juzgado de letras, supuestamente emitidas en un proceso legalmente tramitado.*

*Así desde el año 2009 a septiembre de 2012, en un complejo sistema de simulación de procesos reales, con intervención del abogado Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO, quien facilitó su patrocinio*

*y firma en todas las causas y escritos para que el Sr. Jaime Rojas procediera ante el tribunal previa coordinación con el Sr. Rodolfo Sarria con requerimientos tramitados sin documentos, o en otros casos solo con los números de causas de otros, y respecto de roles verdaderos en los que nunca se ha dictado fallo, a la confección de DIEZ sentencias supuestamente dictadas y firmadas por el juez titular y autorizadas por el secretario del tribunal, documentos que elaboraban en fotocopia y luego utilizando el timbre del tribunal rotulado como secretaria, y un segundo timbre que indicaba segundo juzgado de letras conforme con su original, procedían a falsificar la firma del secretario del tribunal y de esta forma las copias falsas aparecían como autorizadas por el Secretario como verdaderas, las que luego, procedían a inscribir en el conservador de Bs. Raíces de Talca.*

*Para la falsificación de estas sentencias, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, recibía entre 100 a 300 mil pesos por cada sentencia que falsificaba, y a su vez **JAIME ROJAS SAN MARTIN** recibía de sus representados la suma aproximada de \$ 800.000.-*

*Que los imputados José Iracheta Cartes y Miguel Iracheta Cartes, son los socios y propietarios de las Empresas Salmones Colbún S.A., Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., y Salmones Bio-Bio, en esta última junto a un tercero de nombre Jorge Gales Spiess, que por su parte **PABLO IRACHETA PAROT** hijo de José Iracheta Cartes trabaja junto al resto de los imputado como GERENTE COMERCIAL sin perjuicio de reali-*



*zar indistintamente funciones para el resto de las empresas.*

*Estos imputados, en conocimiento de la ilegalidad de la conducta y de la carencia de derechos al respecto, instruían a Jaime Rojas San Martín, empleado de la sociedad ya citada, con el objeto de cohechar a un funcionario del poder judicial, para que les proveyera de sentencias ideológica y materialmente falsas, que les permitiera a ellos como a terceros, respecto de los cuales tenían intereses creados, que les otorgara derechos de agua sobre determinados predios, sin cumplir con los requisitos legales.*

*Para obtener los datos y coordenadas que se empleaban en la constitución de las sentencias, el imputado Pablo Iracheta Parot, procedía a constituirse en los predios de propiedad de la empresa a la que prestaba servicios o de terceros, tomar los datos (coordenadas, puntos de captación, cantidad de litros, etc.), entregarlos a Jaime Rojas San Martín y, este —a su vez— los pasaba a Sarria para la confección de la sentencia en su materialidad.*

*Asimismo cancelaron al Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO por facilitar las firmas en los procesos antes indicados la suma aproximada de CINCO millones de pesos, de esta forma con su auxilio y cooperación legitimaban el actuar del Sr. Jaime Rojas San Martín ante el tribunal y en las demás instituciones involucradas.*

*De esta manera, previo pago al funcionario judicial se hacía emanar la sentencia con los timbres y formalidades propias de una sentencia judicial, que*

*no existía en su materialidad y que no fue jamás dictada por el juez de letras de la plaza*

*En consecuencia, las referidas sentencias establecían la concesión de derechos de agua respecto de los cuales los beneficiarios, específicamente las sociedades de los imputados Miguel y José Iracheta y don José Rodríguez Mangiamarchi (3° respecto de los cuales a petición de José y Miguel Iracheta también se falsificaron sentencias), carecían de todo derecho para obtener aguas por las cantidades ya indicadas y sin seguir los procedimientos y formalidades de su obtención.*

*De igual forma, los imputados Iracheta Cartes obtenían —sin derecho alguno— aguas y enturbiaban el goce de terceros quienes tenían inscritos sus derechos de aprovechamiento de aguas y recibían menos agua que la que legalmente correspondían, empleando de esta manera las sentencias falsificadas para ejercer mayores derechos que aquellos que le correspondían o sin derecho alguno.*

*Los procesos que procedieron a falsificar son los siguientes:*

*1.- ROL 242-2009 con fecha 26.10.2009, en beneficio de la Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., en cuyo fallo se otorgaban derechos de agua respecto del Fundo El Guanaco correspondiente a 700 litros por segundo,*

*2.- ROL 326-2009 sentencia fecha 03/12/2009 a favor de Salmones Colbún Limitada. Respecto del Fundo Las Garzas de San Clemente Vertiente las Garzas por 350 litros por segundo*

3.- ROL 126-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGLAMARCHI a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES que otorgaba derechos respecto del Fundo El Picazo de San Clemente Estero las piedras esta vez por 330 litros

4.- ROL 127-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGLAMARCHI a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES otorgaba derechos a favor respecto del Fundo El Picazo de San Clemente esta vez por 320 litros por segundo

5.- ROL 128-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGLAMARCHI a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES respecto del estero el Novillo, esta vez por 400 litros por segundo

6.- ROL 210-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA respecto del Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente por la cantidad de 0.8 metros cúbicos por segundo,

7.- ROL 211-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA correspondientes a un caudal de 400 litros por segundo de la Vertiente denominada Cajón de Neira en la comuna de San Clemente

8.- ROL 106-2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS

LIMITADA respecto del Fundo El Guanaco de San Clemente esta vez por 800 litros por segundo

9.- ROL 192- 2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA correspondiente al Fundo El Guanaco por un caudal de 1 metro cúbico por segundo,

10.- ROL 193-2012 sentencia de 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente la cantidad de 1.7 metros cúbicos por segundo

Producto de estas falsificaciones e inscripciones de derechos fraudulentos, que implicaron que los imputaron se beneficiaran con derechos de aguas ascendentes al menos a 3300 litros por segundo, perturbaron el derechos de todos los usuarios de derechos de aguas río abajo por el Río Lircay y Río Maule, entre ellos perturbaron los derechos de los usuarios agrupados en la junta de vigilancia decreto MOP 951 y la cooperativa de servicios de riego del centro por el lado del río Lircay y por su parte por el lado del río Maule, se perjudicaron las captaciones pertenecientes a la usuarios de la junta de vigilancia del río Maule, (asociación canal Maule norte, asociación canal Maule sur, canal las garza, canal la suizas entre otros.)

Posteriormente con los derechos inscritos habiendo aumentado falsamente su patrimonio, los imputados concurren al banco RABOBANK constituyeron una garantía hipotecaria general sobre los derechos de aprovechamientos de agua correspondiente a la vertiente las

*garzas, rol 326-2009 por 350 litros por segundo y de esa forma obtuvieron 6 créditos desde el 13/12/2011 al 04/09/2013 por 4.000.000 millones de dólares.*

*Que los hechos antes indicados esto es la permanente y constante obtención de sentencias falsas, a través de los mecanismos indicados, estaba vinculada a la venta del fundo el guanaco con una superficie aproximada de 8500 hectáreas a inversionistas extranjeros quienes pretendían adquirir el mencionado fundo para la instalación de centrales hidroeléctricas negocio que importaba una transacción aproximada de 10 millones de dólares, siendo necesario para dicha venta contar con todos los derechos de aguas regularizados.*

De esta forma, la comisión reiterada de delitos de cohecho del artículo 250 del Código Penal respecto del funcionario público RODOLFO SARRIA TEJADA, por parte de MIGUEL IRACHETA CARTES Y JOSE IRACHETA CARTES, dueño y representante legal de SALMONES COLBÚN LTDA. Y SERVICIO AGRÍCOLA MECANIZADO LTDA., y de los empleados JAIME ROJAS SAN MARTIN Y PABLO IRACHETA PAROT, la benefició por cuanto permitió un aumento patrimonial de los activos de cada empresa, mediante la incorporación fraudulenta de derechos de aguas en predios de su propiedad ubicados en la región de Maule equivalente a 3300 litros por segundo

La comisión de los referidos hechos ilícitos fue consecuencia del incum-

plimiento, por parte de las empresas imputadas, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a lo dispuesto en la Ley N°20.393, por cuanto no adoptaron ningún tipo de medida idónea de prevención de delitos a su interior ni tampoco implementó un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo 4° del referido cuerpo legal, sin dar cumplimiento de forma alguna a los referidos deberes.

### CALIFICACIÓN JURIDICA

Los hechos antes descritos, cometidos por las empresas SALMONES COLBUN LTDA y SERVICIOS AGRICOLA MECANIZADOS LTDA., son constitutivos del delito consumado de cohecho, en la modalidad de soborno, los cuales en virtud de lo prescrito por lo artículos 1,3 y 4 de la Ley 20.393, y en relación al 250 del código penal originan la responsabilidad penal de las personas jurídicas individualizadas, en calidad de autores.

Para dichas personas jurídicas solicita las siguientes penas, considerando que se tratan conductas que configuran simples delitos de conformidad a la Ley 20.393:

- MULTA PARA CADA EMPRESA DE 500 UTM Y QUE LE OTORQUE UN PLAZO MAXIMO PARA PAGAR MULTA 18 MESES), CONFORME AL ARTÍCULO 12 de la Ley 20.393.
- PERDIDA DE BENEFICIOS FISCALES POR EL TERMINO DE TRES AÑOS, EN ESPE-

CIAL EL DE LA LEY 18.450 (LOS QUE TUVIERAN Y LOS QUE PUDIERAN SOLICITAR) CONFORME AL ARTÍCULO 11 LEY 20.393 y si ya los tuvieron la PERDIDA DEL 40% RESPECTO DE LOS BENEFICIOS QUE ACTUALMENTE MANTIENE Y EN CASO QUE NO MANTENGA CONFORME A SU INCISO FINAL PROHIBICIÓN PARA OBTENERLO PARA CUYO CASO SOLICITA SE OFICIE A LA SECRETARIA Y ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y A LA SUBSECRETARIA DE DESARROLLO REGIONAL Y ADMINISTRATIVO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR CON EL FIN DE QUE SEA CONSIGNADA EN LOS REGISTROS CENTRALES DE COLABORADORES DEL ESTADO Y MUNICIPALIDADES QUE, RESPECTIVAMENTE, LA LEY 19.862, LES ENCOMIENDE ADMINISTRAR.

Pide además la PUBLICACIÓN EN EL DIARIO EL MERCURIO (CUERPO C) ARTÍCULO 13 LEY 20.393 N°1, DE UN EXTRACTO DE LA PARTE RESOLUTIVA de la sentencia que se dicte a su respecto.

Hace presente que no se opone al plazo para el pago de las multas. Para determinar estas penas, en concreto, se tiene presente que por la escala especial del artículo 14 y 15 de la Ley 20.393.

**El querellante CDE se adhiere a lo solicitado, no se opone a los términos planteados por el ministerio público y pide la cancelación de las cinco inscripciones que fraudulentamente se practicaron en el registro de Aguas del Sr. Conservador de Bienes Raíces de Talca en virtud de las sentencias falsificadas, a saber, 1.- fs. 708 No.598 del Registro de Aguas del año 2011 a favor de Salmones Colbún Ltda.; 2.- fs.883 No.754 del Registro de Aguas del año 2011 a favor de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi ; 3.- fs.888 No.753 de Registro de Aguas del año 2011 José Manuel Rodríguez Mangiamarchi; 4.- fs. 888 No. 759 de Registro de Aguas del año 2011 a favor de Sociedad Mecanizada y 5.- fs.884 No.755 Registro de Aguas del año 2011 a favor de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi**

**El querellante Junta de Vigilancia del Río Maule se adhiere a la acusación fiscal.**

La defensa de RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA no cuestiona los hechos, pide el beneficio de la libertad vigilada conforme al artículo 15 de la Ley 18.216 ya que cumple los requisitos legales para ello y si bien su informe presentencial es desfavorable su análisis se contradice con su vida personal y con el informe psicológico evacuado por la psicóloga Mariela Valdebenito Suazo que concluye que su conducta es modificable con un tratamiento psicológico, que cuenta con el apoyo de su familia, que no aprecia rasgos anormales o compatibles con cuadros de persona-

alidad antisocial o psicopáticos por lo que no constituye un peligro para la sociedad; pide doce plazo para pagar la multa ya que se encuentra en una situación socioeconómica precaria según si informe social, además que se le exima del pago de las costas de la causa. No se opone a lo solicitado por la querellante

La defensa de JAIME LUIS ROJAS SAN MARTÍN sostiene que no cuestiona los hechos y solicita que se le conceda el beneficio de libertad vigilada ya que tiene un informe presentencial favorable al efecto practicado por el CRS de Talca; solicita plazo para pagar las multas ya que su informe social evacuado por el asistente social Pablo Cañete da cuenta que depende económicamente de su hijo y está en la categoría de pobreza urbana, en cuanto a la salud señala que tiene un síndrome depresivo post separación que se ha agudizado con su reclusión, por ello pide que dentro de los próximos 12 meses pueda pagar la totalidad de la multa y hasta ahora no ha generado ingresos porque ha estado privado de libertad por 269 días, por ello, además pide eximición de costas; sin oponerse a que se cancelen las inscripciones;

La defensa de MIGUEL ANGEL IRACHETA CARTES; PABLO HORACIO IRACHETA PAROT y de JOSÉ ARTURO IRACHETA CARTES no cuestiona los hechos ni las penas solicitadas, pide el beneficio de la libertad vigilada ya que se reúnen todos los requisitos necesarios para ello y cuentan con informes presentenciales favorables al efecto;

pide doce meses para el pago de la multa y que se les exima del pago de las costas.

Respecto de las personas jurídicas, la defensa tampoco cuestiona los hechos ni las penas solicitadas, pide que se les dé un plazo de 18 meses para pagar las multas de 500 UTM solicitadas; sostiene que la empresa Salmones Colbún presenta pérdidas de \$593.000.000.- según balance lo que se agravó con la detención de Pablo Iracheta y para evitar la quiebra se ha solicitado una designación de experto facilitador para negociar con los acreedores en causa Rol 2217-2013 del Cuarto Juzgado de Letras de Talca, además, posee deudas de cotizaciones por 72 millones y 12 millones en sueldos impagos y 68 millones por finiquitos pendientes de pago; por ello hace esa solicitud, agrega que esto mismo es válido para la Sociedad Agrícola Mecanizada, la cual, además, no tiene mayores movimientos; termina indicando que ofrece un modelo de prevención del delito como una forma de reparar los efectos del delito conforme al artículo 20 letra e) del reglamento de Ley 18.216 y por ello, además, no se opone a que se cancelen las inscripciones.

TERCERO: Que estimándose los antecedentes de la investigación suficientes para proceder conforme a las normas del procedimiento abreviado, habiéndose conformado la pena solicitada a lo previsto en el artículo 406 del Código Procesal penal y habiéndose verificado que los acusados prestaron su acuerdo con conocimiento de sus derechos

y libre y voluntariamente, que no hubo oposición de los querellantes, se accedió a la solicitud del Sr. Fiscal de proceder conforme a las normas del Procedimiento Abreviado.

CUARTO: Que habiendo ponderado la prueba producida el Tribunal da por acreditados los siguientes hechos:

### 1.- HECHOS CAUSA RIT 9211-2012

Que el imputado **JAIME ROJAS SAN MARTIN**, estudiante de derecho, empleado de la sociedad Salmón COLBUN Ltda. desde el año 2009 a septiembre de 2012, encomendado por los SRES: JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES y con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, se coordinó y concertó con el oficial 4°, actuario del 2° juzgado de letras de Talca, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, encargado de la tramitación de las causas voluntarias de dicho tribunal, con el objeto de proceder a la inscripción de derechos de aprovechamientos de agua en el conservador de Bs. Raíces de Talca a favor de sus representados, mediante sentencias falsificadas del 2° juzgado de letras, supuestamente emitidas en un proceso legalmente tramitado.

Así desde el año 2009 a septiembre de 2012, en un complejo sistema de simulación de procesos reales, con intervención del abogado Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO, quien facilitó su patrocinio y firma en todas

las causas y escritos para que el Sr. Jaime Rojas procediera ante el tribunal previa coordinación con el Sr. Rodolfo Sarria con requerimientos tramitados sin documentos, o en otros casos solo con los números de causas de otros, y respecto de roles verdaderos en los que nunca se ha dictado fallo, a la confección de DIEZ sentencias supuestamente dictadas y firmadas por el juez titular y autorizadas por el secretario del tribunal, documentos que elaboraban en fotocopia y luego utilizando el timbre del tribunal rotulado como secretaria, y un segundo timbre que indicaba segundo juzgado de letras conforme con su original, procedían a falsificar la firma del secretario del tribunal y de esta forma las copias falsas aparecían como autorizadas por el Secretario como verdaderas, las que luego, procedían a inscribir en el conservador de Bs. Raíces de Talca.

Para la falsificación de estas sentencias, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, recibía entre 100 a 300 mil pesos por cada sentencia que falsificaba, y a su vez JAIME ROJAS SAN MARTIN recibía de sus representados la suma aproximada de \$800.000,-

Que los imputados José Iracheta Cartes y Miguel Iracheta Cartes, son los socios y propietarios de las Empresas Salmones Colbún S.A., Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., y Salmones Bio-Bio, en esta última junto a un tercero de nombre Jorge Goles Spiess, que por su parte PABLO IRACHETA PAROT hijo de José

Iracheta Cartes trabaja junto al resto de los imputado como GERENTE COMERCIAL sin perjuicio de realizar indistintamente funciones para el resto de las empresas.

Estos imputados, en conocimiento de la ilegalidad de la conducta y de la carencia de derechos al respecto, instruían a Jaime Rojas San Martín, empleado de la sociedad ya citada, con el objeto de cohechar a un funcionario del poder judicial, para que les proveyera de sentencias ideológica y materialmente falsas, que les permitiera a ellos como a terceros, respecto de los cuales tenían intereses creados, que les otorgara derechos de agua sobre determinados predios, sin cumplir con los requisitos legales.

Para obtener los datos y coordenadas que se empleaban en la constitución de las sentencias, el imputado Pablo Iracheta Parot, procedía a constituirse en los predios de propiedad de la empresa a la que prestaba servicios o de terceros, tomar los datos (coordenadas, puntos de captación, cantidad de litros, etc.), entregarlos a Jaime Rojas San Martín y, este –a su vez– los pasaba a Sarria para la confección de la sentencia en su materialidad.

Asimismo cancelaron al Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO por facilitar las firmas en los procesos antes indicados la suma aproximada de CINCO millones de pesos, de esta forma con su auxilio y cooperación legitimaban el actuar del Sr. Jaime Rojas San Martín ante el tribunal y en las demás instituciones involucradas.

De esta manera, previo pago al funcionario judicial se hacía emanar la sentencia con los timbres y formalidades propias de una sentencia judicial, que no existía en su materialidad y que no fue jamás dictada por el juez de letras de la plaza

En consecuencia, las referidas sentencias establecían la concesión de derechos de agua respecto de los cuales los beneficiarios, específicamente las sociedades de los imputados Miguel y José Iracheta y don José Rodríguez Mangiamarchi (3° respecto de los cuales a petición de José y Miguel Iracheta también se falsificaron sentencias), carecían de todo derecho para obtener aguas por las cantidades ya indicadas y sin seguir los procedimientos y formalidades de su obtención.

De igual forma, los imputados Iracheta Cartes obtenían –sin derecho alguno– aguas y enturbiaban el goce de terceros quienes tenían inscritos sus derechos de aprovechamiento de aguas y recibían menos agua que la que legalmente correspondían, empleando de esta manera las sentencias falsificadas para ejercer mayores derechos que aquellos que le correspondían o sin derecho alguno.

Los procesos que procedieron a falsificar son los siguientes:

**1.- ROL 242-2009**

Procedimiento voluntario correspondiente a una causa por información de perpetua memoria del 2° Juzgado de Letras cuyo demandante correspondía a MARIO BRAVO

BARAHONA ingresada en el Tribunal según sistema computacional con fecha 26.10.2009, falsificaron una sentencia, especialmente en lo relativo a la intervención del Secretario del Tribunal, falsificando la firma que autoriza la copia de la sentencia y con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO quien facilitó su patrocinio y poder y firmó los escritos en los cuales se daba por notificado de la sentencia y renunciando a los plazos en representación de la Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., de propiedad de JOSE IRACHETA y MIGUEL IRACHETA en cuyo fallo se otorgaban derechos de agua respecto del Fundo El Guanaco correspondiente a 700 litros por segundo, acompañaron posteriormente dicha sentencia de fecha 26.08.2009 al Conservador de Bienes Raíces y lograron inscribir derechos de agua a favor de la Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., posteriormente y una vez inscritos estos derechos en el Conservador de Bienes Raíces de Talca, generaron una segunda sentencia en este mismo ROL, esta vez de fecha 05.11.2009, complementando la anterior ya que habían omitido algunos datos inicialmente, sentencia que no se encuentra en los registros del sistema computacional del Tribunal, sentencia que no se ha dictado en el ROL 242-2009 y que tampoco se encuentra en el Copiador de Fallos del 2° Juzgado de Letras de Talca.

**2.- ROL 326-2009 sentencia fecha 03/12/2009 a favor de Salmones Colbún Limitada.-**

Posteriormente con fecha 23.11.2009 con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación de la Sociedad Salmón Colbún Ltda. de propiedad de JOSÉ y MIGUEL IRACHETA iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 326-2009, procedimiento voluntario, luego encontrándose en tramitación dicho proceso, falsificaron la sentencia, en la que se le otorgaba, una sentencia favorable, es decir se le otorgaba derechos a favor de la Sociedad, respecto del Fundo Las Garzas de San Clemente Vertiente las Garzas por 350 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces con fecha 26.08.2011 la inscripción quedando así inscritos finalmente en el Conservador de Bienes Raíces.

**3.- ROL 126-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI**

Luego con fecha 11.03.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, esta vez en representación de una persona natural don JOSE RODRIGUEZ y a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de



Talca mediante el ROL 126-2011 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad respecto del Fundo El Picazo de San Clemente Estero las piedras esta vez por 330 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces con fecha 30.09.2011 la inscripción quedando así inscritos finalmente en el Conservador de Bienes Raíces, sentencia que no había sido dictada en el Tribunal, que no constaba en los registros computacionales y tampoco en el copiador de fallos.

**4.- ROL 127-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI**

Posteriormente con fecha 11.03.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación también de persona natural don JOSE RODRIGUEZ y a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 127-2011 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad respecto del Fundo El Picazo de San

Clemente esta vez por 320 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces quedando así inscritos finalmente en dicho Servicio.

**5.-ROL 128-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI**

Con fecha 11.03.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación de la persona natural don JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI y a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca, encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad respecto del estero el Novillo, esta vez por 400 litros por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces la inscripción quedando así inscritos en dicho Servicio.

**6.- ROL 210-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Posteriormente con fecha 03.06.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, esta vez en representación de SERVICIO AGRICOLA MECANIZADOS LIMITADA iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 210-2012 encontrándose en tramitación dicho proceso, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la sociedad indicada respecto del Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente por la cantidad de 0.8 metros cúbicos por segundo, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, para luego con dichos documentos, don JAIME ROJAS SAN MARTÍN, requerir ante el Conservador de Bienes Raíces la inscripción quedando así inscritos finalmente en el Conservador de Bienes Raíces con fecha 05.12.2011.

**7.- ROL 211-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Siguiente sentencia, con fecha 03.06.2011 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, esta vez en representación esta vez SOCIEDAD

AGRICOLA MECANIZADA LIMITADA, iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 211-2012 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de su representado correspondientes a un caudal de 400 litros por segundo de la Vertiente denominada Cajón de Neira en la comuna de San Clemente, falsificación que importaba la supuesta intervención del Secretario del Tribunal, autorizando copia de la sentencia y demás escritos firmados por el abogado IVAN GOMEZ, para luego con dichos documentos requerir ante el Conservador de Bienes Raíces con fecha 08.11.2011 la inscripción quedando así inscritos finalmente en dicho Servicio.

**8.- ROL 106-2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Luego con fecha 31.05.2012 con el patrocinio nuevamente del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, en representación de la Sociedad Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. o SAM LTDA. de propiedad de don JOSÉ IRACHETA CARTES y MIGUEL IRACHETA CARTES, iniciaron un requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca mediante el ROL 106-2012 encontrándose en tramitación dicha causa, procedieron a falsificar la sentencia que otorgaba derechos a favor de la Sociedad de Servicios Agrícolas Mecanizados, respecto del Fundo El Guanaco de

San Clemente esta vez por 800 litros por segundo, posteriormente dicha sentencia fue llevada al Conservador de Bienes Raíces donde no se alcanzó a realizar la inscripción por cuanto funcionarios de dicho Servicio se percataron que dicha sentencia adolecía de irregularidades y que finalmente se trataba de una sentencia falsa, ya que el procedimiento real se encontraba en autos para fallo en el despacho del Juez Titular.

**9.- ROL 192- 2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Luego se inicia la causa ROL 192-2012 con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO de fecha 24.08.2012, en dicho proceso de requerimiento de inscripción de aguas en el 2° Juzgado de Letras de Talca en representación de la Sociedad Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. o SAM LTDA. don IVAN GOMEZ OVIEDO requiere la inscripción de derechos de agua correspondiente al Fundo El Guanaco por un caudal de 1 metro cúbico por segundo, sentencia falsa que importaba la supuesta participación del Secretario del Tribunal que habría autorizado copia de la misma y demás escritos, que posteriormente llevada dicha sentencia al Conservador de Bienes Raíces para proceder a su inscripción, el Conservador de Bienes Raíces no procedió a la inscripción por cuanto se percataron de irregularidades por lo que finalmente se pudo establecer que esta sentencia era falsa, por cuanto no había sido dictada en el procedimiento iniciado

en el Tribunal, encontrándose la causa en autos para fallo y

**10.- ROL 193-2012 sentencia de 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA**

Finalmente con fecha 24.08.2012 se inicia la causa ROL 193-2012 patrocinada por el abogado IVAN GOMEZ OVIEDO en representación de la Sociedad Servicios Agrícolas Mecanizados Ltda. o SAM LTDA en la que se solicitaba la inscripción a favor de dicha Sociedad particularmente del Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente la cantidad de 1.7 metros cúbicos por segundo, sentencia falsa que importaba la supuesta participación del Secretario del Tribunal que habría autorizado copia de la misma y demás escritos, que posteriormente llevada dicha sentencia al Conservador de Bienes Raíces para proceder a su inscripción, el Conservador de Bienes Raíces no procedió a la inscripción por cuanto se percataron de irregularidades por lo que finalmente se pudo establecer que esta sentencia era falsa, por cuanto no había sido dictada en el procedimiento iniciado en el Tribunal, encontrándose la causa en autos para fallo.

Que luego de falsificadas las sentencias anteriormente, y con el objeto de ocultar la existencia de los procesos irregulares y de esta forma procurar su impunidad el imputado JAIME ROJAS SAN MARTIN, procedió a sustraer sistemáticamente cada expediente directamente desde el mesón de atención de público, así

en fechas posteriores a cada fallo concurrió al 2° juzgado de letras de esta ciudad, desde donde la llamada “letra”, sacó cada expediente en particular los siguientes

242-2009, fecha de sentencia 26/08/2009

326-2009, fecha de sentencia 03/12/2009

127-2011, fecha de sentencia 23/09/2011

128-2011, fecha de sentencia 23/09/2011

126-2011, fecha de sentencia 23/09/2011

210-2011, fecha de sentencia 04/10/2011

211-2011, fecha de sentencia 04/10/2011

Sustracción que se efectuó en fecha indeterminada con posterioridad a la dictación de cada sentencia.

Producto de estas falsificaciones e inscripciones de derechos fraudulentos, que implicaron que los imputados se beneficiaran con derechos de aguas ascendentes al menos a 3300 litros por segundo, perturbaron el derechos de todos los usuarios de derechos de aguas río abajo por el Río Lircay y Río Maule, entre ellos perturbaron los derechos de los usuarios agrupados en la junta de vigilancia decreto MOP 951 y la cooperativa de servicios de riego del centro por el lado del río Lircay y por su parte por el lado del río Maule, se perjudicaron las captaciones pertenecientes a la usuarios de la junta de vigilancia del río Maule, (asociación canal Maule norte, asociación canal Maule sur, canal las garza, canal la suizas entre otros.)

Posteriormente con los derechos inscritos habiendo aumentado falsamente su patrimonio, los imputados concurrieron al banco RABOBANK constituyeron una garantía hipotecaria general sobre los derechos de aprovechamientos de agua correspondiente a la vertiente las garzas, rol 326-2009 por 350 litros por segundo y de esa forma obtuvieron 6 créditos desde el 13/12/2011 al 04/09/2013 por 4.000.000 millones de dólares.

Que los hechos antes indicados esto es la permanente y constante obtención de sentencias falsas, a través de los mecanismos indicados, estaba vinculada a la venta del fundo el guanaco con una superficie aproximada de 8500 hectáreas a inversionistas extranjeros quienes pretendían adquirir el mencionado fundo para la instalación de centrales hidroeléctricas negocio que importaba una transacción aproximada de 10 millones de dólares, siendo necesario para dicha venta contar con todos los derechos de aguas regularizados.

Finalmente cabe tener presente que una vez develados los hechos descritos, y encontrándose en plena investigación los imputados MIGUEL IRACHETA CARTES, JOSE IRACHETA CARTES Y PABLO IRACHETA PAROT en conocimiento que una de las pericias acompañadas en las causa 106-2012, 192-2012 y 193-2012 era falsa ya que había sido confeccionada para respaldar los requerimientos de aguas, y que además no había sido confeccionada por quien los suscribía sino que por un terceros que recibió

la suma de \$700.000, se coordinaron y concertaron para que la Fiscalía no pudiera develar este hecho, así PABLO IRACHETA PAROT entre el 23 y 28 de noviembre de 2012 instruyó al testigo CESAR HERRERA para que declarará falsamente en la investigación ante la Fiscalía y funcionarios de la Policía, entregando información falsa respecto de una pericia que no realizó, señalando fechas y diligencias inexistentes, lo cual solo se pudo establecer era falso en el mes de marzo de 2013, obstruyendo de esta forma la investigación.

## **2.- HECHOS CAUSA RIT 4411-2013 (acumulada a esta causa RIT 9211-2012)**

Que desde finales del año 2009 hasta el mes de octubre del año 2012, JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES, socios, propietarios y representantes legales de las Empresas Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., personas jurídicas de derecho privado, en conjunto con su Gerente Comercial PABLO IRACHETA PAROT y del asesor Legal JAIME ROJAS SAN MARTIN, cometieron los delitos reiterados de cohecho activo o soborno, previstos y sancionados en el artículo 250 del Código Penal, en interés y provecho de las Empresas Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., siendo su comisión consecuencia del incumplimiento, por parte de las empresas imputadas, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a lo dispuesto en la Ley N°20.393,

del modo en que se desarrolla a continuación:

En efecto la empresa SALMONES COLBUN LTDA Rut 79.798.290-3 es una persona jurídica de derecho privado, constituida el día 21 de marzo de 1998 por escritura pública suscrita en la Notaría Ignacio Vidal Domínguez en la ciudad de Talca, bajo razón social Salmones Colbún, son socios de dicha empresa el Sr. JOSE ARTURO IRACHETA CARTES y su hermano JACINTO MIGUEL IRACHETA CARTES quienes poseen el 50% cada uno de los derechos sociales, respectivamente, siendo ambos representantes legales de la referida sociedad, además de dueños de la misma, hasta la fecha.

Que asimismo la empresa SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA, RUT 8900529-1 es una persona jurídica de derecho privado, constituida el día 23 de abril de 1986, por escritura pública suscrita en la notaría Ignacio Vidal Domínguez en la ciudad de Talca, bajo razón social SERVICIOS AGRICOLA MECANIZADOS LTDA, O SAM LTDA, son socios de dicha empresa el Sr. JOSE ARTURO IRACHETA CARTES y su hermano JACINTO MIGUEL IRACHETA CARTES quienes poseen el 60% cada uno de los derechos sociales, respectivamente, siendo ambos representantes legales de la referida sociedad, además de dueños de la misma, hasta la fecha.

Que asimismo PABLO IRACHETA PAROT, hijo de José

Iracheta Cartes, era el Gerente comercial de la empresa Salmones Colbún Ltda. Desde el año 2007, aun cuando prestaba servicios indistintamente para ambas empresas.

Que finalmente JAIME ROJAS SAN MARTIN, estudiante de derecho, desde el año 2009 presta servicios en beneficios de las empresas indicadas, siendo desde el año 2012 su asesor legal,-

En consecuencia las personas naturales indicadas ostentaban las calidades de dueños, socios y representantes legales y empleados de las empresas indicadas a la fecha de comisión de los delitos de cohecho, que se relataron.

Con fecha 12 de noviembre de 2012, JAIME ROJAS SAN MARTIN, asesor legal, empleado del los representantes legales fue formalizado, por los delitos de FALSIFICACION Y USO MALICIOSO DE DOCUMENTO PUBLICO, COHECHO ACTIVO REITERADO.

Que con fecha 15 de marzo de 2013, MIGUEL IRACHETA CARTES, dueño, socio y representante legal de las empresas antes indicadas, fue formalizado por falsificación, uso, cohecho activo(soborno) y usurpación de aguas, lo mismo que el Gerente comercial PABLO IRACHETA PAROT.

Finalmente con fecha 23 de marzo de 2013 JOSE IRACHETA CARTES, dueño, socio y representante legal de las empresas antes indicadas, fue formalizado por falsifica-

ción, uso, cohecho activo (soborno) y usurpación de aguas.-

Los hechos constitutivos de los delitos de cohecho activo o soborno que dan lugar a la responsabilidad penal de las empresas Salmones Colbún Ltda. Y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda. y por los cuales se formalizó, anteriormente a sus dueño y empleados, son los siguientes:

*Que el imputado **JAIME ROJAS SAN MARTIN**, estudiante de derecho, empleado de la sociedad Salmón COLBUN Ltda. desde el año 2009 a septiembre de 2012, encomendado por los SRES: JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES y con el patrocinio del abogado IVAN GOMEZ OVIEDO, se coordinó y concertó con el oficial 4°, actuario del 2° juzgado de letras de Talca, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, encargado de la tramitación de las causas voluntarias de dicho tribunal, con el objeto de proceder a la inscripción de derechos de aprovechamientos de agua en el conservador de Bs. Raíces de Talca a favor de sus representados, mediante sentencias falsificadas del 2° juzgado de letras, supuestamente emitidas en un proceso legalmente tramitado.*

*Así desde el año 2009 a septiembre de 2012, en un complejo sistema de simulación de procesos reales, con intervención del abogado Sr. IVAN GOMEZ OVIEDO, quien facilitó su patrocinio y firma en todas las causas y escritos para que el Sr. Jaime Rojas procediera ante el tribunal previa coordinación con el Sr. Rodolfo Sarria con requerimientos tramitados sin documentos, o*

en otros casos solo con los números de causas de otros, y respecto de roles verdaderos en los que nunca se ha dictado fallo, a la confección de DIEZ sentencias supuestamente dictadas y firmadas por el juez titular y autorizadas por el secretario del tribunal, documentos que elaboraban en fotocopia y luego utilizando el timbre del tribunal rotulado como secretaria, y un segundo timbre que indicaba segundo juzgado de letras conforme con su original, procedían a falsificar la firma del secretario del tribunal y de esta forma las copias falsas aparecían como autorizadas por el Secretario como verdaderas, las que luego, procedían a inscribir en el conservador de Bs. Raíces de Talca.

Para la falsificación de estas sentencias, el imputado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, recibía entre 100 a 300 mil pesos por cada sentencia que falsificaba, y a su vez **JAIME ROJAS SAN MARTIN** recibía de sus representados la suma aproximada de \$ 800.000,-

Que los imputados José Iracheta Cartes y Miguel Iracheta Cartes, son los socios y propietarios de las Empresas Salmones Colbún S.A., Salmones Colbún Ltda. y Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., y Salmones Bio-Bio, en esta última junto a un tercero de nombre Jorge Goles Spiess, que por su parte **PABLO IRACHETA PAROT** hijo de José Iracheta Cartes trabaja junto al resto de los imputados como **GERENTE COMERCIAL** sin perjuicio de realizar indistintamente funciones para el resto de las empresas.

Estos imputados, en conocimiento de la ilegalidad de la conducta y de la caren-

cia de derechos al respecto, instruían a **Jaime Rojas San Martín**, empleado de la sociedad ya citada, con el objeto de cohechar a un funcionario del poder judicial, para que les proveyera de sentencias ideológica y materialmente falsas, que les permitiera a ellos como a terceros, respecto de los cuales tenían intereses creados, que les otorgara derechos de agua sobre determinados predios, sin cumplir con los requisitos legales.

Para obtener los datos y coordenadas que se empleaban en la constitución de las sentencias, el imputado **Pablo Iracheta Parot**, procedía a constituirse en los predios de propiedad de la empresa a la que prestaba servicios o de terceros, tomar los datos (coordenadas, puntos de captación, cantidad de litros, etc.), entregarlos a **Jaime Rojas San Martín** y, este —a su vez— los pasaba a **Sarría** para la confección de la sentencia en su materialidad.

Asimismo cancelaron al Sr. **IVAN GOMEZ OVIEDO** por facilitar las firmas en los procesos antes indicados la suma aproximada de CINCO millones de pesos, de esta forma con su auxilio y cooperación legitimaban el actuar del Sr. **Jaime Rojas San Martín** ante el tribunal y en las demás instituciones involucradas.

De esta manera, previo pago al funcionario judicial se hacía emanar la sentencia con los timbres y formalidades propias de una sentencia judicial, que no existía en su materialidad y que no fue jamás dictada por el juez de letras de la plaza

En consecuencia, las referidas sentencias establecían la concesión de derechos de agua respecto de los cuales los beneficiarios, específicamente las sociedades de los imputados Miguel y José Iracheta y don José Rodríguez Mangiamarchi (3° respecto de los cuales a petición de José y Miguel Iracheta también se falsificaron sentencias), carecían de todo derecho para obtener aguas por las cantidades ya indicadas y sin seguir los procedimientos y formalidades de su obtención.

De igual forma, los imputados Iracheta Cartes obtenían –sin derecho alguno– aguas y enturbiaban el goce de terceros quienes tenían inscritos sus derechos de aprovechamiento de aguas y recibían menos agua que la que legalmente correspondían, empleando de esta manera las sentencias falsificadas para ejercer mayores derechos que aquellos que le correspondían o sin derecho alguno.

Los procesos que procedieron a falsificar son los siguientes:

- 1.- ROL 242-2009 con fecha 26.10.2009, en beneficio de la Sociedad Agrícola Mecanizados Ltda., en cuyo fallo se otorgaban derechos de agua respecto del Fundo El Guanaco correspondiente a 700 litros por segundo,
- 2.- ROL 326-2009 sentencia fecha 03/12/2009 a favor de Salmones Colbún Limitada. Respecto del Fundo Las Garzas de San Clemente Vertiente las Garzas por 350 litros por segundo
- 3.- ROL 126-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGLAMARCHI a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA

CARTES que otorgaba derechos respecto del Fundo El Picazo de San Clemente Estero las piedras esta vez por 330 litros

4.- ROL 127-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGLAMARCHI a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES otorgaba derechos a favor respecto del Fundo El Picazo de San Clemente esta vez por 320 litros por segundo

5.- ROL 128-2011 sentencia de fecha 23/09/2011 a favor de JOSE RODRIGUEZ MANGLAMARCHI a petición de JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES respecto del estero el Novillo, esta vez por 400 litros por segundo

6.- ROL 210-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA respecto del Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente por la cantidad de 0.8 metros cúbicos por segundo,

7.- ROL 211-2011 sentencia de fecha 04/10/2011 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA correspondientes a un caudal de 400 litros por segundo de la Vertiente denominada Cajón de Neira en la comuna de San Clemente

8.- ROL 106-2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA respecto del Fundo El Guanaco de San Clemente esta vez por 800 litros por segundo



9.- ROL 192- 2012 sentencia de fecha 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA correspondiente al Fundo El Guanaco por un caudal de 1 metro cúbico por segundo,

10.- ROL 193-2012 sentencia de 14/09/2012 a favor de SERVICIO AGRICOLAS MECANIZADOS LIMITADA Fundo El Guanaco de la comuna de San Clemente la cantidad de 1.7 metros cúbicos por segundo

*Producto de estas falsificaciones e inscripciones de derechos fraudulentos, que implicaron que los imputaron se beneficiaran con derechos de aguas ascendentes al menos a 3300 litros por segundo, perturbaron el derechos de todos los usuarios de derechos de aguas río abajo por el Río Lircay y Río Maule, entre ellos perturbaron los derechos de los usuarios agrupados en la junta de vigilancia decreto MOP 951 y la cooperativa de servicios de riego del centro por el lado del río Lircay y por su parte por el lado del río Maule, se perjudicaron las captaciones pertenecientes a la usuarios de la junta de vigilancia del río Maule, (asociación canal Maule norte, asociación canal Maule sur, canal las garza, canal la suizas entre otros.)*

*Posteriormente con los derechos inscritos habiendo aumentado falsamente su patrimonio, los imputados concurren al banco RABOBANK constituyeron una garantía hipotecaria general sobre los derechos de aprovechamientos de agua correspondiente a la vertiente las garzas, rol 326-2009 por 350 litros por segundo y de esa forma obtuvieron 6 créditos desde el 13/12/2011 al 04/09/2013 por 4.000.000 millones de dólares.*

*Que los hechos antes indicados esto es la permanente y constante obtención de sentencias falsas, a través de los mecanismos indicados, estaba vinculada a la venta del fundo el guanaco con una superficie aproximada de 8500 hectáreas a inversionistas extranjeros quienes pretendían adquirir el mencionado fundo para la instalación de centrales hidroeléctricas negocio que importaba una transacción aproximada de 10 millones de dólares, siendo necesario para dicha venta contar con todos los derechos de aguas regularizados.*

De esta forma, la comisión reiterada de delitos de cohecho del artículo 250 del Código Penal respecto del funcionario público RODOLFO SARRIA TEJADA, por parte de MIGUEL IRACHETA CARTES Y JOSE IRACHETA CARTES, dueño y representante legal de SALMONES COLBÚN LTDA. Y SERVICIO AGRÍCOLA MECANIZADO LTDA., y de los empleados JAIME ROJAS SAN MARTIN Y PABLO IRACHETA PAROT, la benefició por cuanto permitió un aumento patrimonial de los activos de cada empresa, mediante la incorporación fraudulenta de derechos de aguas en predios de su propiedad ubicados en la región de Maule equivalente a 3300 litros por segundo

La comisión de los referidos hechos ilícitos fue consecuencia del incumplimiento, por parte de las empresas imputadas, de sus deberes de dirección y supervisión, con arreglo a lo dispuesto en la Ley N°20.393, por cuanto no adoptaron ningún tipo

de medida idónea de prevención de delitos a su interior ni tampoco implementó un modelo de prevención de delitos en los términos del artículo 4° del referido cuerpo legal, sin dar cumplimiento de forma alguna a los referidos deberes.

QUINTO: Que para arribar a la conclusión consignada precedentemente se valoraron, en la forma prevista en el artículo 297 del Código Procesal Penal como conducentes los antecedentes de la investigación referidos por la fiscal, a saber,

1.- Declaración de **ANDREA IGLESIAS NOACK** de fecha 07/11/2012, **abogada del Conservador de Bs. Raíces de Talca**, ella indica en su declaración que con fecha **30/10/2012** recibió una sentencia para realizar la inscripción de derechos de agua a favor de la empresa **SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADO LTDA** de los Sres. Iracheta, lo que llamó mucho la atención ya que a través de este mismo procedimiento habían inscrito otras sentencias, y la cantidad de agua que le habían otorgado era visiblemente abundante y además no existía un informe negativo del conservador que habían emitido en estas causas, por lo que al día siguiente se comunicó con la **DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS**, específicamente con el ingeniero **ENRIQUE OSORIO**, el mismo día se dirigió a la DGA y se entrevistó con el ingeniero, con la funcionaria **SUSAN VALENZUELA** y la **DIRECTORA** a quien les exhibió los documentos, quienes se sorprendieron con la situación luego de conversar se pudo establecer que las sentencias en su contenido eran ilegales aun cuando formalmente parecían estar en regla, ya que se observa en ellos timbre y firma del tribunal, el día 05 de noviembre fuimos informados por la DGA que no se habían dictado sentencias en las causas de agua y que no realizará ningún trámite con las sentencias.

2.- Declaración de **MARCELA ROJAS CABELLO, DIRECTORA REGIONAL DIRECCIÓN DE AGUAS**, de fecha 06 de noviembre de 2012, en la que indica que con fecha 31 de octubre de 2012, fue informada por la funcionaria **SUSAN VALENZUELA** que habían llamado desde el Conservador de Bs. Raíces de Talca si tenían antecedentes de inscripción de derechos de aguas del Sr. **JOSE IRACHETA CARTES**, agrega que luego tuvo acceso a unas sentencias del tribunal que le exhibió la funcionaria del Conservador, las cuales le parecieron extrañas, y además producto de la fiscalización que se estaba realizando por el desvío de aguas del río Claro, se decidió remitir los antecedentes a Stgo. Quienes dispusieron que un abogado se constituyera el 05 de noviembre de 2012 en el 2° juzgado de Letras de Talca, obteniendo como resultado de dicha diligencia un certificado del tribunal, el cual indica básicamente que el juez no habría dictado ninguna de esas sentencias (Rol 106-2012, 192-2012 y 193/2012).-

3.- Declaración de **SUSAN VALENZUELA ARANGUIZ**, Ingeniero forestal de la dirección general de aguas, quien reitera lo señalado por **MARCELA ROJAS CABELLO**.-

4.- Declaración realizado por el Sr. Juez **ERIC SEPULVEDA CASANOVA**, titular del 2° juzgado de Letras en la que indica el día 05 de noviembre de 2012, en horas de la mañana se presentó en su oficina el abogado **RICARDO CACERES GOMEZ**, de la dirección general de aguas de santiago, y a través de el tomé conocimiento de la existencia de 3 sentencias falsas (RIT 106-2012, 192-2012 Y 193-2012), supuestamente emitidas en

su tribunal y con la firma del juez y del secretario **JORGE OMAR VALENZUELA**, sentencias que eran falsas ya que no habían sido dictadas e inclusive el tenía los expedientes en espera de dictar sentencia, además se percató que las sentencias tenían como fecha 14/09/2012 época en la cual no estaba trabajando haciendo uso de permiso.

Agrega que la persona encargada de tramitar las causas voluntarias era el actuario **RODOLFO SARRIA TEJEDA**

2.- Copia de las 10 sentencias, todas del Segundo Juzgado de Letras de Talca y patrocinadas por el abogado **IVAN GOMEZ OVIEDO**

| ROL      | Fecha sentencia | Beneficiado    | Inscrita | extraviada | lugar                | Litros             |
|----------|-----------------|----------------|----------|------------|----------------------|--------------------|
| 106-2012 | 14/09/2012      | SAM            | NO       | NO         | Fundo el guanaco     | 800 lts/s          |
| 192-2012 | 14/09/2012      | SAM            | NO       | NO         | Fundo el guanaco     | 1 mts c/s          |
| 193-2012 | 14/09/2012      | SAM            | NO       | NO         | Fundo el guanaco     | 1,7 mts c/s        |
| 242-2009 | 26/08/2009      | SAM            | SI       | SI         | Fundo el Guanaco     | 700 lts/s          |
| 326-2009 | 03/12/2009      | SALMONES LTDA  | SI       | SI         | Vertiente las garzas | 350 lts/s          |
| 127-2011 | 23/09/2011      | J.RODRIGUEZ M. | SI       | SI         | Estero Los canelos   | 320 lts/s          |
| 128-2011 | 23/09/2011      | J.RODRIGUEZ M. | SI       | SI         | Estero el novillo    | 400 lts/s          |
| 126-2011 | 23/09/2011      | J.RODRIGUEZ M. | SI       | SI         | Estero las Piedras   | 330 lts/s          |
| 210-2011 | 04/10/2011      | SAM            | SI       | SI         | Río Radal            | 0.8 mts c/s        |
| 211-2011 | 04/10/2011      | SAM            | SI       | SI         | Cajón de Neira       | 400 lts/s          |
|          |                 |                |          |            |                      | <b>5.8 mts c/s</b> |

3.- **Informe policial N°1244 de 12/11/2012 de la Brigada de delitos Económicos de Talca**, en el que se entrevista a Erick Sepúlveda Casanova, Juan Carlos Carrillo Pino, Rolando Iglesias López, Andrea Iglesias Noack, Pablo Mendoza

Prado, Rodolfo Sarria Tejeda, Marcela Rojas Cabello Y Susan Valenzuela Aránguiz.

En el mismo informe se indica que se incautaron las siguientes sentencias desde el conservador de Bs. Raíces de Talca

| ROL      | Fecha sentencia | Beneficiado    | Inscrita | extraviada | lugar                | Litros             |
|----------|-----------------|----------------|----------|------------|----------------------|--------------------|
| 106-2012 | 14/09/2012      | SAM            | NO       | NO         | Fundo el guanaco     | 800 lts/s          |
| 192-2012 | 14/09/2012      | SAM            | NO       | NO         | Fundo el guanaco     | 1 mts c/s          |
| 193-2012 | 14/09/2012      | SAM            | NO       | NO         | Fundo el guanaco     | 1,7 mts c/s        |
| 242-2009 | 26/08/2009      | SAM            | SI       | SI         | Fundo el Guanaco     | 700 lts/s          |
| 326-2009 | 03/12/2009      | SALMONES LTDA  | SI       | SI         | Vertiente las garzas | 350 lts/s          |
| 127-2011 | 23/09/2011      | J.RODRIGUEZ M. | SI       | SI         | Estero Los canelos   | 320 lts/s          |
| 128-2011 | 23/09/2011      | J.RODRIGUEZ M. | SI       | SI         | Estero el novillo    | 400 lts/s          |
| 126-2011 | 23/09/2011      | J.RODRIGUEZ M. | SI       | SI         | Estero las Piedras   | 330 lts/s          |
| 210-2011 | 04/10/2011      | SAM            | SI       | SI         | Río Radal            | 0.8 mts c/s        |
| 211-2011 | 04/10/2011      | SAM            | SI       | SI         | Cajón de Neira       | 400 lts/s          |
|          |                 |                |          |            |                      | <b>5.8 mts c/s</b> |

Todas correspondientes a copias autorizadas del tribunal aludido.

4.- Declaración de **IVAN GOMEZ OVIEDO, de fecha 05/11/2012**, prestada en la Fiscalía Local de Talca, en la que indica que desde hace dos años patrocina en materia de aguas a la empresa SALMONES COLBUN siendo sus propietarios los hermanos Iracheta, a quien desde el año 2012 los representa en prácticamente todas las materias, respecto de los procedimientos de agua indica que fueron tramitados en el 2° juzgado de letras con mi firma y patrocinio por el Sr. Jaime Rojas San Martín, empleado de Salmones Colbún, indicando desconocer antecedentes en torno a las falsedades.-

5.- declaración de **JAIME ROJAS SAN MARTIN de fecha 05/11/2012**, prestada en la Fiscalía Local de Talca, en la que señala ser empleado de la empresa SALMONES COLBUN, y estudiante de derecho, agrega que él tramitó las causas de agua con el patrocinio del abogado Gómez, explica el procedimiento, indicando que el funcionario RODOLFO SARRIA era el encargado de tramitar en el tribunal y el

hacia fallo y luego el juez lo debía firmar, señalando que han tramitado otras de igual forma sin problemas, respecto de las causas ROL 106-2012, 192-2012 Y 193-2012, impugnadas por ser falsas, indica que le fueron entregadas por RODOLFO SARRIA, siendo copias autorizadas para el conservador de BS Raíces.

6.- Declaración de **JAIME ROJAS SAN MARTIN de fecha 07/11/2012**, oportunidad en la cual declara junto a su abogado Luis Sepúlveda López, y en síntesis reconoce su participación en los hechos, específicamente en coordinarse con RODOLFO SARRIA para falsificar las sentencias, y luego inscribirla, indica que por cada sentencia le pagaba a SARRIA entre 100 a 300 mil pesos y que esto era desconocidos por sus jefes (Sres. Iracheta) y por el abogado Gómez.

Señala que desde el año 2009 presta servicios para las empresas de la familia IRACHETA

**DECLARACIÓN de FECHA 20/12/2012**

Reconoce los hechos y agrega mayores detalles de cómo se falsificaban cada sentencia, señalando que los detalles técnicos para la confección de sentencias se los entregaba PABLO IRACHETA PAROT por instrucción de sus jefes MIGUEL Y JOSE IRACHETA.

**DECLARACIÓN DE JAIME ROJAS DE ENERO DE 20/03/2013**

En que vincula directamente a JOSE IRACHETA, MIGUEL IRACHETA Y PABLO IRACHETA, con la falsificación de las sentencias, el pago de dinero, da detalles de cómo Pablo Iracheta entregaba la información para la confección de las SENTENCIAS falsas

7.- declaración de **ERICK SEPULVEDA CASANOVA de fecha 07/11/2012**, en el que reitera sus declaración indica que el 05 de noviembre luego de tomar conocimiento de los hechos se comunicó con la Policía de Investigaciones, específicamente con el detective MAURICIO URBINA quien le tomo la denuncia.-

Señala que el día 05 de noviembre de 2012 en el tribunal luego de tomar conocimiento de los hechos sorprendió en la oficina del actuario RODOLFO SARRIA a JAIME ROJAS SAN MARTIN, junto con el abogado IVAN GOMEZ OVIEDO y que se culpaban mutuamente de las falsificaciones (Sarría-Rojas)

En su segunda declaración da mayores detalles de cómo falsificaban las

sentencias y que la orden para realizar los tramites fueron sus jefes JOSE IRACHETA Y MIGUEL IRACHETA, con el apoyo técnico de PABLO IRACHETA, inclusive la orden para tramitar las causas de JOSE RODRIGUEZ provino de sus jefes y no del Sr. Rodríguez Mangiamarchi.

Agrega que cada requerimiento y cada escrito era revisado por IVAN GOMEZ.

8.- Declaraciones de **RODOLFO SARRIA TEJADA**, de fecha 06/11/2012 Actuario DEL 2° JUZGADO DE LETRAS, que en una primera declaración negó los hechos, luego en una declaración del mes de enero, RECONOCE su participación en los hechos, reitera detalles de la declaración de JAIME ROJAS, sin embargo agrega, que la persona que le enviaba los dineros era el SR. José Iracheta Cartes, que recibió entre 100 mil a 150 mil pesos cada 15 días desde el año 2009, que estaba en conocimiento que el dinero era para falsificar las sentencias, que lo conoció en persona en el tribunal y que hablaron de las sentencias falsas, en esa misma oportunidad concurre con el abogado IVAN GOMEZ.

Inclusive señala haber recibido un cheque de la cuenta de JOSE IRACHETA CARTES por un monto de \$300.000 el cual cobró en mayo de 2012.

Señala que cuando el juez se dio cuenta de la falsificación llamo de inmediato a JAIME ROJAS y este llegó al tribunal con IVAN

GOMEZ, AGREGA que el sabía de que se trataba todo.

Finalmente indica que los expedientes fueron sustraídos por JAIME ROJAS SAN MARTIN.

9.- COPIA DE CHEQUE DE LA CUENTA BCI DE JOSE IRACHETA CARTES, DE FECHA 28/05/2012, COBRADO POR RODOLFO SARRIA TEJADA.

10. Contrato de trabajo de fecha 01/07/2012 respecto de JAIME ROJAS SAN MARTIN con la empresa SALMONES COLBUN LTDA, como asesor legal por el monto de \$1.000.000 con fecha de inició de labores de diciembre 2011.-

11.- INFORME DIRECCION GENERAL DE AGUAS DE 22/12/2012, en el que se analiza cada sentencia y se establece que no hay derechos concedidos, ni informes efectuados y que en definitiva no existe intervención de la DGA en los procesos de los cuales se emitieron las sentencias falsas como debería ser.

En el que se concluye que en ninguno de los procedimientos cuestionados se solicito informe de la DGA (por ley debe solicitarse informe) y que siguiendo los procedimiento no se hubiera otorgado derechos como finalmente se otorgaron.

12.- Declaración de MARCELA ROJAS Y SUSAN VALENZUELA de la DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, de fecha 21/11/2012, en la que explican los procedimientos para obtener derechos de aguas,

siendo las sentencias y procedimientos indicados irregulares no ajustados al código de aguas y que los sres Iracheta no tienen derechos ya que inclusive durante los años 2001 a 2003 habían solicitado derechos de aguas los cuales en algunos casos les fueron rechazados y en otros se les otorgo una cantidad muy inferior a lo solicitado.-

13.- Informe patrimonial de fecha NOVIEMBRE DE 2012, JOSE IRACHETA Y MIGUEL IRACHETA se indica que ambos son socios, y propietarios, entre otras, de las empresas SALMONES COLBUN LTDA Y SOCIEDAD AGRICOLA MECANIZADA LTDA, además de ser sus representantes legales.

14.- Copia del procedimiento administrativo número 184-2004, seguido respecto de RODOLFO SARRIA TEJADA en el que fue sancionado por la Excma. corte suprema por irregularidades en la tramitación de causas voluntarias.

15.- Declaración de MARIA TERESA NOACK, funcionaria del conservador de Bs. Raíces de Talca, quien indica que se percató que irregularidades en las sentencias del año 2012, por la cantidad de litros y ausencia de informes de la DGA, indica que el abogado de los Sres. Iracheta era IVAN GOMEZ y su procurador JAIME ROJAS SAN MARTIN.

16- Informe policial con las escuchas telefónicas (04/12/2012)

IVAN GOMEZ OVIEDO

- Varias conversaciones con Jaime Rojas para tener estrategia común
  - Inclusive el abogado de Jaime Rojas fue gestionado por Iván Gómez como favor
  - Iván Gómez indica haber escuchado que los Iracheta reconocieron haber pasado dinero para sacar las cuestiones antes
  - Traspaso de información y de estado de la defensa, entre el abogado de Jaime Rojas e Iván Gómez
  - Iván Gómez reitera que sabe que los Iracheta pagaban al actuario
  - Acuerdan no hablar por teléfono por temor a estar intervenidos.
  - José Iracheta habla con su secretaria y comentan posibilidad de pagar el silencio de Jaime Rojas.
  - Nueva conversación con Jaime Rojas para ponerse de acuerdo en la justificación de los dineros entregados.-
  - Conversación con secretaria donde se indica que todos saben que los cheques eran pagar coimas.
- 17.- Informe policial en el que se acompañan diversos documentos

#### PABLO IRACHETA PAROT

- Habla con su hermana y le indica que pese a todo pueden continuar con el proyecto y vender predio el Guanaco.

#### JOSE IRACHETA CARTES

- El día del allanamiento de las oficinas de Salmones Colbún, habla con Jaime Rojas y acuerdan señalar a la PDI que Rojas había renunciado.
- El mismo día se comunica con el abogado Iván Gómez, informándole que estaban allanando la oficina.
- Conversación con Jaime Rojas para ponerse de acuerdo en lo que iba a declarar, especialmente le recomienda a José Iracheta indicar que no tenía idea de lo que había pasado.
- Certificado de avalúo fiscal de casa donde habitaba JAIME ROJAS de propiedad de JOSE IRACHETA CARTES
- Contrato de trabajo de JAIME ROJAS SAN MARTIN, de 01 de diciembre de 2011, empleador SALMONES COLBUN LTDA, cargo asesor legal, monto sueldo 400 mil pesos indefinidos.
- Contrato de trabajo de JAIME ROJAS SAN MARTÍN, de 01 de julio de 2012, empleador SALMONES COLBUN LTDA, cargo asesor lega, monto sueldo \$1.000.000
- Cinco boletas de honorarios a nombre de Iván Gómez Oviedo entre julio y septiembre de 2012, monto total 40 millones de pesos, glosa, asesora legal y defensas penales.

18.- **Informe de LACRIM Central (Perito eco biólogo)**, que demuestra la imposibilidad de establecer más derechos por carencia de afluentes. Daño ecológico...ver causa Fundo Guanaco con Radal 7 Tazas.

19 .- **Informe policial N°1388 de fecha 07/12/2012** en el que se retira diversos documentos desde el 2° juzgado de letras de Talca, entre ellos, una certificación que indica que en ninguno de los procesos anteriormente descritos se ha dictado sentencia y que en el tribunal 7 de los 10 están extraviados.

20.- **INFORME TECNICO SOBRE APROVECHAMIENTO DE AGUAS FUNDO EL GUANACO**, suscrito por el sr CESAR HERRERA MUÑOZ, respecto del fundo indicado de propiedad de José y Miguel Iracheta, documento que se presentó en los procesos falsificados.

Este documento se pudo establecer es falso por cuanto no se realizó ninguna visita técnica y se pago a este perito y a don PEDRO BRAVO por parte de José y Miguel Iracheta en conocimiento de Pablo Iracheta 700 mil pesos para su confección.

21.- **INFORME 132 DE 2012, DE LACRIM TALCA**, en el que se concluye que las firmas en las sentencias indicadas precedentemente son falsas no corresponden al secretario del tribunal, que los timbres son genuinos del tribunal de letras y que el resto de la sentencia se realizar a través de un proceso de yuxtaposición, es decir un fotomontaje

que luego se validaba con los timbres originales y la firma falsificada.-

22.- **informe patrimonial enero de 2013**, correspondiente a la empresa SALMONES COLBUN LTDA Y SOCIEDAD AGRICOLA MECANIZADA LTDA.

23.- **INFORME N°1831 de fecha 28/01/2013 de la SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS**: Que da cuenta que las empresas SOCIEDAD AGRICOLA MECANIZADA KTDA Y SOCIEDAD SALMONES COLBUN LTDA, no se encuentran registradas con un modelo de prevención del delito informado por entidad certificadora.

24.- Escrituras de constitución de las empresas SALMONES COLBUN LTDA Y SOCIEDAD AGRICOLA MECANIZADA LTDA, que da cuenta que los socios y representantes y dueños de las empresas indicadas corresponden a JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES.

25.- Contrato de trabajo de PABLO IRACHETA PAROT con la empresa SALMONES COLBUN LTDA, del año 2007, con el cargo de gerente comercial.

26.- **DECLARACIÓN DE CESAR HERRERA**

27.- **DECLARACIÓN DE PEDRO BRAVO**

28.- **COPIA DE CHEQUE DEL BANCO BCI NUMERO 5468297 28 DE MAYO DE 2012, POR**



LA SUMA DE 300 MIL PESOS, DE LA CUENTA DE JOSE IRACHETA CARTES A NOMBRE DE RODOLFO SARRIA TEJADA-

29.- contrato de regularización y uso de los derechos de aprovechamiento, suscrito por JOSE RODRIGUEZ MANGIAMARCHI, y JOSE IRACHETA CARTES Y PABLO IRACHETA PAROT,

30- HIPOTECA PARA EL OTORGAMIENTO DE 4 MILLONES DE DOLARES A FAVOR DE SALMONES COLBUN LTDA, SIENDO UNO DE LOS BS DENTRO DE LA CLAUSULA DE GARANTÍA GENERAL LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS INSCRITOS MEDIANTE LA SENTEICAS 326 DE 2009.-

**31.- Dichos de JUAN CARLOS CARRILLO PINO**, funcionario público, domiciliado en 3 Poniente N°69, Villa Juan Pablo II de Talca quien dará cuenta de la ocurrencia de los hechos materia de la presente acusación, como también del funcionamiento del segundo juzgado de letras y todos aquellos hechos que haya podido percibir a través de sus sentidos.-

32.- Dichos de PABLO MENDOZA PRADO, empleado, domiciliado en San Miguel, Parcela 1 de Talca, quien depondrá en relación a los hechos materia de esta acusación, principalmente sobre el procedimiento de inscripción de derechos

de agua y forma de descubrimiento de los hechos materia del presente libelo.

33.- Dichos de JOSÉ MANUEL RODRIGUEZ MANGIAMARCHI, agricultor, con domicilio en Javiera Carrera Sur N°422 de La Reina, Santiago, quien depondrá en relación a los hechos materia de la acusación, conocimiento y relación con los acusados, tratativas previas, vínculos comerciales y cualquier hecho que haya podido percibir a través de sus sentidos.;

34.- Dichos de MAURICIO URBINA URBINA, Subcomisario de la Policía de Investigaciones, domiciliado en Prefectura regional de la Policía de Investigaciones de Talca, para deponer sobre los hechos materia de la investigación policial, toma de declaraciones, diligencias investigativas, incautación de evidencias, cualquier hecho que haya podido percibir a través de sus sentidos.

35.- CLAUDIO GUEVARA FUENTES, Subcomisario de la Policía de Investigaciones, domiciliado en Prefectura regional de la Policía de Investigaciones de Talca, para deponer sobre los hechos materia de la investigación policial, toma de declaraciones, diligencias investigativas, incautación de evidencias, cualquier hecho que haya podido percibir a través de sus sentidos.

36.- JOSÉ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Subcomisario de la Policía de Investigaciones, domiciliado en Prefectura regional de la Policía de

Investigaciones de Talca, para deponer sobre los hechos materia de la investigación policial, toma de declaraciones, diligencias investigativas, incautación de evidencias, cualquier hecho que haya podido percibir a través de sus sentidos.

37.- OSCAR BUSTAMANTE MUÑOZ, Subcomisario de la Policía de Investigaciones, domiciliado en Prefectura regional de la Policía de Investigaciones de Talca, para deponer sobre los hechos materia de la investigación policial, toma de declaraciones, diligencias investigativas, incautación de evidencias, cualquier hecho que haya podido percibir a través de sus sentidos.

38.- JUAN BERNARDO MERA OLAVE, Subinspector de la Policía de Investigaciones, domiciliado en Prefectura regional de la Policía de Investigaciones de Talca, para deponer sobre los hechos materia de la investigación policial, toma de declaraciones, diligencias investigativas, incautación de evidencias, cualquier hecho que haya podido percibir a través de sus sentidos.

39.- CESAR HERRERA MUÑOZ, INGENIERO FORESTAL, domiciliado en Calle 6 Norte casa número 392, 5 Poniente de Talca, para deponer sobre su conocimiento previo con los acusados, gestiones realizadas para evacuar informes técnicos de aprovechamiento de aguas en fundo el guanaco.

40.- MARÍA TERESA NOACK ORTÍZ, funcionaria del Conservador de Bienes Raíces de Talca, domi-

ciliada en 1 norte nro 963, oficina 202 de Talca, para deponer sobre el procedimiento de inscripción de derechos de aguas, conocimiento de los acusados y formalidades de la misma.

41.- ERICK ESPINOZA SALINAS, Subcomisario de la Policía de Investigaciones, domiciliado en Prefectura regional de la Policía de Investigaciones de Talca, para deponer sobre los hechos materia de la investigación policial, toma de declaraciones, diligencias investigativas, incautación de evidencias, cualquier hecho que haya podido percibir a través de sus sentidos.

42.- MARIA CAROLINA CRUZ DUKE, secretaria, domiciliada en 5 Norte casa nro 5020 de Talca, para deponer sobre su relación laboral con los acusados, conocimiento laboral y personal de los mismos, labores que estos prestaban para la empresa Salmones Colbún SA y Ltda., actuaciones previas a la develación de los hechos y todo aquello que haya podido percibir a través de sus sentidos.

43.- PEDRO BRAVO CARRASCO, condominio Del Alto, Casa número 7, Las Rastras de Talca, para deponer sobre sus relaciones comerciales con los acusados, procedimiento de asesorías para las empresas de los imputados, confección de informes de sustentabilidad de inscripciones de aguas y todos aquellos hechos que haya podido percibir a través de sus sentidos

44.- JAIME ALFONSO PAROT OSSA, administrador de empresas, domiciliado en 36 Oriente nro 1475, Parque Universitario de Talca, para deponer sobre los hechos materia de la acusación, relación y conocimiento con los acusados de marras, procedimiento administrativo interno, créditos solicitados por las empresas de los imputados y cauciones sobre los mismos.

45.- ROSA ELENA MORENO ROJAS, técnico contable, domiciliada en Pasaje Retiro número 318, Doña Antonia de Talca, para declarar sobre los hechos materia de la acusación, conocimiento y funcionamiento empresarial de los imputados.

46.- RICARDO CÁCERES GÓMEZ, abogado unidad de Litigios de la Dirección General de Aguas, para deponer sobre la forma en que tomó conocimiento de los hechos, procedimientos administrativos y judiciales para obtener derechos de aprovechamiento de aguas, y hechos de la acusación.

También se valoraron los siguientes documentos:

- 1.- 09 Cheques Del Banco Bci Girados De La Cuenta Corriente N°44054122.
- 2.- 02 Boletas Para Deposito Banco Bci N°399586712 Y 379733599
- 3.- Nue 1286480 01 Bolsa Con Talonarios De Cheques Varios;
- 4.- Carpetas Judiciales Originales En Procesos Roles 106-2012, 192-

2012 Y 193-2012 Ante El Segundo Juzgado De Letras De Talca.

5.- Libro De Registro De Sentencias Voluntarias Del Segundo Juzgado De Letras De Talca, Sección Civil.

6.- Copia Autorizada Sentencia Dictada En Proceso Voluntario Rol 193-2012 Del Segundo Juzgado De Letras De Talca.

7.- Copia Autorizada Sentencia Dictada En Proceso Voluntario Rol 192-2012 Del Segundo Juzgado De Letras De Talca.

8.- Archivador Marca Torre, Contenedor De Los Derechos De Aprovechamientos De Aguas, Certificados De Difusión Y Publicación, Comunicaciones Dga Y Pisciculturas De Las Garzas, Canelo I, Canelo Ii, Talca Chico Y La Suiza.

9.- Copia De Inscripción De 17 De Julio De 2009, Inscrita En El Repertorio 8795 De Talca

10.- Resolución De Fecha 12 De Agosto De 2009 De La Dirección General De Aguas, N°073.

11.- Resolución De Fecha 20 De Agosto De 2007 De La Dirección General De Aguas, N°294.

12.- Resolución De Fecha 12 De Agosto De 2009 De La Dirección General De Aguas, N°076.

13.- Resolución De Fecha 20 De Agosto De 2007 De La Dirección General De Aguas, N°293

- 14.- Resolución De Fecha 10 De Marzo De 2009 De La Dirección General De Aguas, N°04
15. Reducción A Escritura Pública De La Resolución Dirección General De Aguas N°293
- 16.- Mandato Judicial Del Repertorio N°3.874/2009 De La Sociedad De Servicios Agrícolas Mecanizados A Iván Gómez Oviedo.
- 17.- Mandato Judicial Del Repertorio N°4541-2010 De Salmones Colbún Limitada A Iván Gómez Oviedo
- 18.- Minuta técnica de la Dirección Regional de Aguas del Maule, fechada el 22 de noviembre de 2012.
- 19.- contrato de regularización de aguas y uso de derechos de aprovechamiento entre José Rodríguez Mangiamarchi y José Iracheta Cartes, de fecha 19 de enero de 2011, inscrito en el repertorio nro 1151-2011 en la Notaría Héctor Ferrada Escobar de Talca.
- 20.- certificado de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas sobre la propiedad de actual dominio de José Rodríguez Mangiamarchi, de fojas 882 número 753 de 2011.
- 21.- certificado de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas sobre la propiedad de actual dominio de José Rodríguez Mangiamarchi, de fojas 883 número 754 de 2011.
- 22.- certificado de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas sobre la propiedad de actual dominio de José Rodríguez Mangiamarchi, de fojas 884 número 755 de 2011.
- 23.- certificado de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas sobre la propiedad de actual dominio de Salmones Colbún limitada, de fojas 708, número 598 de 2011
- 24.- certificado de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas sobre la propiedad de actual dominio de Sociedad Agrícola Mecanizados, inscrito a fojas 818, número 689 de 2011.
- 25.- certificado de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas sobre la propiedad de actual dominio de Sociedad Agrícola Mecanizados, inscrito a fojas 522, número 448 de 2009.
- 26.- certificado de hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas sobre la propiedad de actual dominio de Sociedad Agrícola Mecanizados, inscrito a fojas 888, número 759 de 2011.
- 27.- Copia autorizada del repertorio 112, nro 1, Hipoteca de aguas de Salmones Colbún Ltda. a Rabobank Chile.
- 28.- Copia autorizada del repertorio 114, nro 1, Hipoteca de aguas de Salmones Colbún Ltda. a Rabobank Chile.

- 29.- Copia de dominio de aguas, nro 193 de Salmones Colbún Limitada a Dirección General de Aguas.
- 30.- Copia de dominio de aguas, nro 194 de Miguel Iracheta Cartes a Dirección General de Aguas.
- 31.- Copia de dominio de aguas, nro 195 de Miguel Iracheta Cartes a Dirección General de Aguas.
- 32.- Escritura N°1607-2009, Hipoteca, prohibición de gravar, enajenar de José Iracheta Cartes a Banco de Crédito e Inversiones.
- 33.- Pagaré nro de operación 4420046202 del Banco de Crédito e Inversiones.
- 34.- Certificado del Segundo Juzgado de Letras de Talca de fecha 27 de diciembre de 2012, proveído por SS Eric Sepúlveda Casanova, que consta de 28 hojas de copias de fojas de las causas voluntarias y su estado computacional y de tramitación en dicho tribunal.
- 35.- Copia de dominio de aguas, nro 753 de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi.
- 36.- Copia de dominio de aguas, nro 754 de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi.
- 37.- Copia de dominio de aguas, nro 755 de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi.
- 38.- oficio nro. 0632 de don Antonio Larraín Fernández de fecha 22 de enero de 2013, sobre el estado de tramitación de las causas investigadas, claves y direcciones IP de los PC del Segundo Juzgado de Letras de Talca, funcionarios a cargo de la tramitación de las causas, y registro informático de la tramitación de las mismas.
- 39.- Boletas de honorarios electrónica números 102, 104, 109 110,111 del imputado Iván Alexis Gómez Oviedo.
- 40.- Contrato de trabajo de Jaime Luis Rojas San Martín para con Salmones Colbún Limitada
41. Copia de publicación en el diario oficial, de fecha 10 de septiembre de 2011, por la cual se constituye la sociedad anónima “Río Radal S.A.”
42. Extracto de inscripción nro 938 de Energías Río Radal en la Notaría de Ignacio Vidal Domínguez
- 43.- Pacto de accionistas de Río Radal S.A. de fecha 23 de agosto de 2011.
- 44.- Impresión de imágenes histórico firmada por don Marcelo Court Donoso, Jefe de oficina de BCI Talca, sobre el cheque de la cuenta 44054122, serie 4568297 por un monto de \$300.000.
- 45.- cartola de cuenta corriente del banco BCI del período 30/04/2012 al 31-05-2012 del cuentacorrentista José Iracheta Cartes.
- 46.- copias simples de las causas voluntarias números 192 y 193 V ante el segundo juzgado de letras de Talca y sus antecedentes.
- 47.- oficio de don Jaime Díaz de Valdés Ríos, Abogado Jefe de Rabo-

- bank Chile, de fecha 21 de marzo de 2013.
- 48.- Contrato de trabajo de don Pablo Iracheta Parot de fecha 01 de julio de 2012 con Salmones Colbún Limitada.
- 49.- liquidaciones de sueldo del acusado pablo Iracheta Parot con Salmones Colbún Limitada de fechas agosto 2012 a febrero 2013.
- 50.- Copia de repertorio 11.552/2012 modificación y división de sociedad salmones Colbún limitada.
- 51.- Oficio de fecha 4 de marzo de 2013, firmado por José Ricardo Cofré , Jefe Oficina Rabobank Talca, y sus anexos.
- 52.- Contrato de crédito y fianza entre Rabobank Chile y Salmones Colbún Limitada, de numero 10.235-2011 de la notaria de Carlos Hormazábal Troncoso y sus anexos.
- 53.- Prenda sin desplazamiento entre Salmones Colbún a Rabobank Chile, del número 10234/2011.
- 54.- prenda sobre valores mobiliarios de Salmones Colbún e Inversiones Monteverde a Rabobank Chile, con el número de repertorio 1.388.
- 55.- Carpeta judicial Rol V-192-2012 del Segundo Juzgado de Letras de Talca.
- 56.- Carpeta judicial Rol V-193-2012 del Segundo Juzgado de Letras de Talca.
- 57.- Sentencia dictada, con fecha 26 de agosto de 2009, en rol 242-2009 por el Juzgado de Letras (2do) de Talca ( sentencia dubitada).
- 58.- Certificado de Hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas de la vertiente “El indio”, inscrito a fojas 522, número 448 del año 2009.
- 59.- copia de inscripción de dominio de aguas número 448 de Servicio Agrícolas Mecanizados, de fecha 14 de septiembre de 2009.
- 60.- Copia carpeta judicial V-127 de 2011 ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.
- 61.- Sentencia dubitada, de fecha 23 de septiembre de 2011 del 2do Juzgado de Letras de Talca, Rol 127/2011.
- 62.- Certificado de Hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar aguas del Estero Los Canelos”, inscrito a fojas 882, número 753 del año 2011.
- 63.- copia de inscripción de dominio de aguas número 753 a favor de don José Rodríguez Mangiamarchi.
- 64.- sentencia dubitada dictada en fecha 14 de septiembre de 2012, en causa Rol 192-2012 V ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.
- 65.- sentencia dubitada dictada en fecha 14 de septiembre de 2012, en causa Rol 106-2012 V ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.
- 66.- sentencia dubitada dictada en fecha 14 de septiembre de 2012,

en causa Rol 193-2012 V ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.

67.- sentencia dubitada dictada en fecha 06 de septiembre de 2012, en proceso Rol 128-2011 ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.

68.- copia de inscripción de dominio de aguas número 755 a favor de don José Rodríguez Mangiamarchi.

69.- sentencia dubitada dictada en fecha 23 de septiembre de 2012, en proceso Rol 127-2011 ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.

70.- sentencia dubitada de fecha 23 de septiembre de 2011, en proceso Rol 126-2011 ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.

71.- sentencia dubitada de fecha 03 de diciembre de 2009, en proceso judicial caratulado “salmones Colbún Ltda.”, causa rol 326-2009 ante el Segundo Juzgado de Letras de Talca.

72.- copia de inscripción de dominio de aguas número 598 en favor de Salmones Colbún Limitada, ordenada por sentencia 326-2009.

73.- copia de inscripción de dominio de aguas número 448 en favor de Sociedad Agrícola Mecanizados S.A., ordenada por sentencia 242-2009.

Se incorporan a la capeta investiga los siguientes peritajes:

1.- CONSUELO GAJARDO GAJARDO, perito documental y caligráfico, domiciliada en Prefectura de Investigaciones de Talca.

2.- CLAUDIA CLAVERO RUIZ, perito ecólogo, sección Ecología y Medioambiente Lacrim Central.

3.- RICARDO HENRIQUEZ FUENZALIDA, perito fotógrafo, domiciliado en Prefectura de Investigaciones de Talca y su informe pericial fotográfico, que consta de 36 diapositivas.

4.- ISMAEL CASTILLO LILLO, perito contable y analista y su pericia sobre el contenido y conclusiones del informe pericial patrimonial número 07397-2012 de la Unidad Especializada Anticorrupción de la Fiscalía Nacional.

Se hace presente que todos estos asertos, documentos, pericias y antecedentes resultaron contundentes, no controvertidos y acordes a los hechos aceptados por el acusado.

SEXTO: Que los hechos acreditados en el considerando cuarto precedente configuran los delitos reiterados de:

- 1.- FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO previstos y sancionados en los artículos 193 N°1, 2, 3, 4, 7, en relación con los artículos 194 y 196, todos Código Penal, en grado de consumados;
- 2.- COHECHO, previsto y sancionado en los artículos 250 en relación al artículo. 248 BIS, del Código Penal, en grado de consumado y
- 3.- USURPACIÓN DE AGUAS, previsto y sancionado en el artículo 459 N°3 Y 4 Código Penal, en grado de consumado; en los cuales les ha correspondido a los acusados

**JOSE IRACHETA CARTES Y MIGUEL IRACHETA CARTES una participación culpable de autores por haber tenido parte en su ejecución de una manera inmediata y directa.**

Asimismo configuran los delitos reiterados de:

1.- FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO, en grado de consumado; 2.- COHECHO, en grado de consumado; 3.- USURPACIÓN DE AGUAS, en grado de consumado y 4.- OBSTRUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN, previsto y sancionado en el artículo 269 BIS del Código Penal, en grado de consumado; en los cuales les ha correspondido al acusado **PABLO HORACIO IRACHETA PAROT una participación culpable de autor por haber tenido parte en su ejecución de una manera inmediata y directa.**

También configuran los delitos reiterados de:

1.- FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO, en grado de consumado; 2.- COHECHO, en grado de consumado y 3.- HURTO DE EXPEDIENTE, previsto y sancionado en el ARTICULO 4 INC. 1° LEY 5.507, en grado de consumado, en los cuales les ha correspondido al acusado **JAIME LUIS ROJAS SAN MARTIN una participación culpable de autor por haber tenido parte en su ejecución de una manera inmediata y directa.**

Además configuran los delitos reiterados de:

1.- FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO, en grado de consumado, y 2.- COHECHO previsto y sancionado en el artículo. 248 BIS del Código Penal, en grado de consumado y en ellos le ha correspondido al acusado **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA** una participación culpable de autor por haber intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa.

**Por su parte los hechos señalados en el N°2, del considerando segundo precedente, configuran el delito de COHECHO, en la modalidad de soborno, previsto y sancionado en los artículos 1, 3 y 4 de la Ley 20.393, en relación al artículo 250 del Código Penal, en grado de consumado, en el cual se le atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas SALMONES COLBUN LTDA y SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA, ya individualizadas, en calidad de autoras, conforme a lo prescrito en el artículo 3 de la Ley ya citada.**

Se razona de este modo toda vez que dicho ilícito fue cometido directa e inmediatamente en su interés o provecho por sus dueños y representantes y como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión los cuales no se consideran cumplidos toda vez que no se ha adoptado ni implementado un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos conforme



al artículo 4 de la Ley 20.393, esto último acreditado mediante el Oficio No.1831 de 28 de enero de 2013 de la Superintendencia de valores y Seguros, a quien corresponde llevar el registro de la Entidades Certificadoras de Modelos de Prevención de Delitos que alude el artículo 4 de la Ley 20.393 las cuales deben remitir información anual sobre las personas jurídicas que certifiquen, que da cuenta que SALMONES COLBUN LTDA y SERVICIOS AGRICOLAS MECANIZADOS LTDA no figuran en la información remitida como personas jurídicas certificadas.

A mayor abundamiento, conforme al artículo 3 de la Ley No. 20.393 las personas jurídicas serán responsables del delito previsto en el artículo 250 del Código Penal cuando fuere cometido directa e inmediatamente en su interés por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión en el evento en que, además, se configure la hipótesis señalada en dicha norma, es decir, que fuere consecuencia del incumplimiento por parte de ésta de los deberes de dirección y supervisión; en la especie, como ya se indicó previamente, resulta claro que esto último se infringió toda vez que no se cumplió con el modelo de prevención de delitos prescrito en el artículo 4 de la Ley ya citada y teniendo presente que los imputados José y Miguel Iracheta Cartes, son dueños de dichas empresas, socios y representantes legales, que a su vez Pablo

Horacio Iracheta Parot, es el gerente comercial de las empresas imputadas y que Jaime Rojas San Martín es el asesor legal de ellas, además, se ha justificado que el tipo del artículo 250 del Código Penal, el soborno, fue perpetrado en directo e inmediato interés de las personas jurídicas sancionadas ya que se le pagó al oficial cuarto del Segundo Juzgado de Letras de Talca, Osvaldo Sarria Tejada, para que confeccionaría las sentencias falsas mencionadas, máxime, cuando dichas sentencias apócrifas fueron inscritas en el Conservador de Bienes Raíces de Talca a nombre de las sociedades sentenciadas lo que hizo aumentar falsamente su patrimonio y, en consecuencia, las benefició.

SEPTIMO: Que conforme a lo prescrito en el artículo 412 del Código Procesal Penal no se podrá imponer una pena superior ni más desfavorable que la solicitada por el ministerio público por lo que se le impondrá la pena única y en el quantum solicitado por los acusadores y se les sustituirá a todas las personas naturales acusadas por la pena de Libertad Vigilada, por reunirse los requisitos previstos en la Ley 18.216 y Ley 20.603 y si bien respecto del imputado Rodolfo Sarria no se ha evacuado un informe presentencial favorable, lo cierto es que dicho informe conforme a la Ley 20.603 no es un requisito exigible para ello y teniendo presente que su informe psicológico, incorporado mediante su lectura, concluye que **su conducta es modificable con un tratamiento psicológico, que cuenta con el apoyo de su familia, que no se aprecia rasgos anormales o compatibles con**

**cuadros de personalidad antisocial o psicopáticos por lo que no constituye un peligro para la sociedad, siendo así y teniendo presente que los acusadores no se opusieron a ello, se estima que un tratamiento en libertad lo disuadirá de cometer nuevos delitos.**

**Respecto de las multas, al no haber oposición de los acusadores y teniendo presente los informes y antecedentes incorporados y lo prescrito en el artículo 70 del Código Penal, se les darán los plazos solicitados por sus defensas para su pago; asimismo teniendo presente, además, los balances y demás antecedentes de las personas jurídicas acusadas, incorporadas por su defensa, y especialmente que para evitar la quiebra de ellas se ha solicitado una designación de experto facilitador para negociar con sus acreedores en causa Rol 2217-2013 del Cuarto Juzgado de Letras de Talca, parece aconsejar el interés social que se le otorgue también el plazo solicitado para su pago, ello conforme al artículo 12 No. 3 de la Ley 20.393.**

OCTAVO: Que el Consejo de Defensa del Estado solicitó se ordenara la cancelación de las cinco inscripciones que fraudulentamente se practicaron en el Registro de Aguas del Sr. Conservador de Bienes Raíces de Talca en virtud de las sentencias falsificadas, a saber, 1.- la de fs. 708 No. 598 del Registro de Aguas del año 2011 practicada a favor de Salmones Colbún Ltda.; 2.- la de fs.883 No.754 del Registro de Aguas del año 2011 practicada a favor

de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi; 3.- la que rola a fs.888 No.753 de Registro de Aguas del año 2011 practicada a favor de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi; 4.- la de fs. 888 No. 759 de Registro de Aguas del año 2011 practicada a favor de Sociedad Mecanizada y 5.- la de fs.884 No. 755 Registro de Aguas del año 2011 a favor de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi; que el ministerio público se adhirió a lo solicitado y no se opusieron a ello los condenados, es más, indican que ello será una forma de reparar el mal causado; siendo así y estimando que dicha inscripción resultó ser un efecto del delito por los cuales se les investigó y condenó, el tribunal accederá a ello pero tan sólo respecto de quienes han sido oídos y condenados en este proceso, por cuanto las que rolan a fs.883 No. 754 del Registro de Aguas del año 2011; a fs.888 No. 753 de Registro de Aguas del año 2011 y la de fs. 884 No. 755 del Registro de Aguas del año 2011, todas del Sr. Conservador de Bienes Raíces de Talca fueron practicadas a nombre de José Manuel Rodríguez Mangiamarchi, tercero que no ha sido formalizado ni menos condenado en esta sede, sin perjuicio del derecho de ocurrir a las instancias que correspondan.

Por lo que en mérito de las consideraciones precedentes y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 5, 7, 11 N°6 y 9, 14 N°1, 15 N°1, 30, 193, 197, 248, 250 del Código Penal, Ley 5.507, Ley 18.216, Ley 20.603, Ley 20.393 y artículos 406 y siguientes

tes del Código Procesal Penal **SE DECLARA:**

I.- Que se **CONDENA** a **JOSE ARTURO IRACHETA CARTES** y a **MIGUEL ANGEL IRACHETA CARTES**, ya individualizados, como autores de los delitos de 1.- **FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PUBLICO**, en grado de consumado; 2.- **COHECHO**, en grado de consumado y 3.- **USURPACIÓN DE AGUAS**, en grado de consumado, en carácter de reiterados, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir, cada uno, la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago, cada uno, de dos multas, la primera de **VEINTE UTM** y la segunda de **TRES MILLONES DE PESOS**; sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

II.- Que se **CONDENA** a **PABLO HORACIO IRACHETA PAROT**, ya individualizado, como autor de los delitos de 1.- **FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO**, en grado de consumado; 2.- **COHECHO**, en grado de consumado; 3.- **USURPACIÓN DE AGUAS**, en grado de consumado y 4.- **OBSSTRUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN**, en grado de consumado, en

carácter de reiterados, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago de dos multas, la primera de **VEINTE UTM** y la segunda de **TRES MILLONES DE PESOS**, sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

III.- Que se **CONDENA** a **JAIME LUIS ROJAS SAN MARTIN** ya individualizado, como autor de los delitos de 1.- **FALSIFICACIÓN Y USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO**, en grado de consumado; 2.- **COHECHO**, en grado de consumado y 3.- **HURTO DE EXPEDIENTE**, en grado de consumado, en carácter de reiterados, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago de una multa de **TRES MILLONES DE PESOS**, sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

IV.- Que se **CONDENA** a **RODOLFO OSVALDO SARRIA TEJADA**, ya individualizado, como autor de los delitos de 1.- **FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO**, en grado de consumado, y 2.- **COHECHO**, en grado de consumado, perpetrados en Talca entre los años 2009 y 2012 a sufrir la pena única de **CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos temporales y al pago de una multa de **TRES MILLONES DE PESOS**, sin costas por haber aceptado un procedimiento abreviado.

VI.- Que se les sustituye a todos los sentenciados la pena principal por la de **Libertad Vigilada por el mismo término de las condenas y deben cumplir las demás exigencias legales**.

**Deberán iniciar su cumplimiento dentro de décimo día de ejecutoriado este fallo.**

VI.- Que si incumplen dicha pena sustitutiva, deberán cumplir la pena principal efectivamente, se les contará desde que se presenten o sean habidos y les servirá de abono el tiempo que estuvieron privados de libertad en esta causa, a saber, a los sentenciados Sarria Tejada y Rojas San Martín el tiempo que media entre el día 12 de noviembre de 2012 y 7 de agosto de 2013, ambos

incluidos; a los sentenciados Pablo Iracheta Parot y Miguel Iracheta Cartes el tiempo que media entre el 15 de marzo de 2013 y el 7 de agosto de 2013, ambos incluidos y al sentenciado José Iracheta Cartes el tiempo que media entre el 23 de mayo de 2013 y el día 7 de agosto de 2013, ambos incluidos, y los días 23, 24, 25, 26, 27 y 28 de marzo de 2013.

VII.- Que se les concede a los sentenciados el plazo de **DOCE MESES** para el pago total de las multas impuestas a cada uno de ellos. Si no tuvieren medios para satisfacerla se estará a lo prescrito en el artículo 49 del Código Penal.

VIII.- Que se **CONDENA** a la persona jurídica **SALMONES COLBUN LTDA. RUT 79.798.290-3**, representada por **José Arturo Iracheta Cartes** y por **Miguel Ángel Iracheta Cartes** y a la persona jurídica **SOCIEDAD AGRÍCOLA MECANIZADA LTDA. RUT 89.529.200-1**, representada por **José Arturo Iracheta Cartes** y por **Miguel Ángel Iracheta Cartes**; a sufrir, cada una, la pena de **MULTA**, en su grado mínimo, de **QUINIEN-TOS UTM** y la **PERDIDA, EN SU GRADO MINIMO, DEL 40% (cuarenta por ciento) DE LOS BENEFICIOS FISCALES QUE ACTUALMENTE MANTIE-NEN** y, si no los tuvieran, a la **PROHIBICIÓN ABSOLUTA PARA OBTENERLOS POR EL TER-MINO DE TRES AÑOS**.

**OFICIESE** a la Secretaría y Administración General del **MINIS-**

TERIO DE HACIENDA y a la Subsecretaría De Desarrollo Regional y Administrativo del MINISTERIO DEL INTERIOR, para que sea CONSIGNADA en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades.

IX.- Que conforme al Artículo 13 No. 1 de la Ley 20.393, como pena accesoria, **PUBLIQUESE** en el Cuerpo C del Diario El Mercurio, un **EXTRACTO DE LA PARTE RESOLUTIVA** de este fallo dentro de treinta días de ejecutoriado, a costa de las personas jurídicas que fueron condenadas.

X.- Que se les concede a las personas jurídicas condenadas un plazo de dieciocho meses para el pago total de las multas que se les impusieron.

XI.- Que para los fines previstos en el artículo 12 inciso final de las Ley 20.393 **COMUNIQUESE** de la pena de multa impuesta a las personas jurídicas condenadas a la Tesorería General de la República.

XII.- Que se ordena la **CANCELACION** de las siguientes ins-

cripciones que se practicaron en el Registro de Propiedad de Aguas del Sr. Conservador de Bienes Raíces de Talca: 1.- la de fs. 708 No. 598 del Registro de Aguas del año 2011 practicada a favor de Salmones Colbún Ltda.; y 2.- la de fs. 888 No. 759 de Registro de Aguas del año 2011 a favor de Sociedad Mecanizada Ltda. **OFICIESE** al Sr. Conservador de Bienes Raíces de Talca.

XIII.- Que se ordena el **COMISO** de los elementos incautados (sentencias y otros) y se faculta al administrador de la Fiscalía Local para su destrucción.

Devuélvase los documentos aportados.

Regístrese y, en su oportunidad, dése cumplimiento a lo prescrito en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Pronunciada por don **HUMBERTO ANDRES PAIVA PASERO**, Juez de Garantía de Talca.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
DE TRÁFICO ILÍCITO  
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

---



## OCULTAMIENTO DE LA DROGA Y PERFIL DEL NARCOTRAFICANTE

*Alejandro Ivelic Mancilla*<sup>1</sup>

---

*“Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas”.*

KOFI A. ANAAN<sup>2</sup>

### I. Introducción

El tráfico de drogas en un delito en constante evolución, es una actividad autorreflexiva que se reinventa día a día. Se caracteriza por ser un fenómeno global, transnacional, lucrativo, con altos grados de mutabilidad y de dispersión geográfica.

Estas características hacen que una persecución eficaz contra el narcotráfico requiera contar con información y conocimientos empíricos actualizados sobre la operatividad de esta actividad ilícita y de las diversas formas en que se va adaptando a las nuevas realidades.

Las oportunidades de ascenso social que presenta el narcotráfico, sumado a las altas expectativas socioeconómicas de los sujetos que emprenden el liderazgo de estas organizaciones, hacen que esta actividad ilícita sea asumida como una especie de modelo de vida por las personas que requieren mostrarse y validarse frente a los demás como exitosas, audaces e ingeniosas.

Dentro de esta actividad ilícita, se van produciendo nuevas formas de interacción entre sus actores que le atribuyen características especiales a la organización donde se desenvuelven, formando y consolidando identidades, entendidas éstas como el conjunto de rasgos, informaciones, valores, códigos y lenguaje, que distinguen una organización criminal de otra.

Uno de estos fenómenos creados por el dinamismo del narcotráfico es el ocultamiento de la droga, el cual es producto de una intensa labor de contra-

---

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

2 Secretario General de las Naciones Unidas 1997-2006. Premio Nobel de la Paz año 2001.



inteligencia de las organizaciones criminales y que tiene múltiples dimensiones, no solamente jurídicas, cómo ser una conducta típica, elemento de mayor desvalor del injusto o estrategia de la defensa (en el sentido que el autor alega desconocer el contenido de lo que transportaba o guardaba precisamente por estar oculta), sino que es una manifestación del estilo e identidad de una organización criminal. Es ahí donde se aprecia con intensidad el ingenio y la tecnología aplicada por sus autores en el desarrollo y modernización de esta actividad ilícita. El ocultamiento de la droga no solamente está vinculado a la clandestinidad buscada por los narcotraficantes, sino que en muchos casos es un elemento característico distintivo de una organización criminal que contribuye a generar su identidad, a diferenciarla de otra organización a partir de ese rasgo. En ese sentido la modalidad de ocultamiento le da un sello o fisonomía a la organización como elemento simbólico que da cuenta de su alto grado de versatilidad, de su prestigio y poderío económico. Así, veremos que los mecanismos más sofisticados para el ocultamiento y traslado de la droga son utilizados por organizaciones criminales que disponen de ingentes recursos económicos, que les permiten invertir en tecnología para esconder la droga y desarrollar contrainteligencia criminal<sup>3</sup> para descubrir las técnicas de investigación de los agentes de persecución penal.

Desde la aparentemente simple figura del burrero (que conforma un eslabón de una poderosa organización criminal internacional) hasta los complejos mercados virtuales de venta de drogas por internet (que han llegado a crear mercados casi perfectos perfilando un nuevo cyber consumidor), el narcotráfico ha sabido adaptarse con rapidez a la modernidad buscando nuevas rutas y tecnologías para el ocultamiento y transporte de la droga, mimetizándose bajo una apariencia inofensiva.

Los nuevos modus operandi en el ocultamiento y transporte de la droga obedecen a un cambio valorativo, dan cuenta de una evolución delictiva, desde las formas más básicas de ocultamiento hasta las manifestaciones más complejas de la criminalidad organizada. Es por ello que presentamos este breve trabajo, que tiene como objetivo analizar el narcotráfico como una verdadera actividad

3 Se habla de contrainteligencia criminal o narco-contrainteligencia, ya que la Ley 19.974, sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia. Diario Oficial del 2 de octubre de 2004, en su artículo 2 letra b) utiliza la expresión contrainteligencia como una parte de la actividad de inteligencia desarrollada por las agencias estatales, definiéndola de la siguiente manera:

“ b) *Contrainteligencia: aquella parte de la actividad de inteligencia cuya finalidad es detectar, localizar y neutralizar las acciones de inteligencia desarrolladas por otros Estados o por personas, organizaciones o grupos extranjeros, o por sus agentes locales, dirigidas contra la seguridad del Estado y la defensa nacional*”.

empresarial y analizar las distintas modalidades de ocultamiento de la droga, como elemento distintivo de un perfil determinado de traficante.

## II. El tráfico de drogas como actividad empresarial

Para tener una comprensión global del tráfico de drogas, hay que entenderlo como un fenómeno que va mucho más allá de la comisión de un delito.

Como punto de partida podríamos decir que el tráfico de drogas es una actividad de emprendimiento. Tanto desde un punto de vista doctrinario como económico, el narcotráfico es una actividad empresarial.

Doctrinariamente se define el delito de tráfico de drogas como un “delito de emprendimiento”. Para el profesor Jean Pierre Matus, consiste en la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por su autor<sup>4</sup>. Lo que se castiga no es una conducta en particular sino dedicarse a una actividad. Lo característico en los delitos de emprendimiento es que se sanciona participar en una cadena delictiva, castigando como autores a todos los que concurren en cualquier etapa de esta progresión delictiva, sin importar si le dieron o no principio de ejecución<sup>5</sup>.

El tráfico de drogas también es una empresa entendida como una actividad económica jerárquicamente estructurada y organizada en puestos de trabajo, es decir, una actividad organizada tanto vertical como horizontalmente, que apunta a la maximización de los beneficios económicos en la producción y distribución de bienes y servicios.

El narcotráfico es una empresa económica de carácter delictivo, se inicia como una actividad de emprendimiento que genera ganancias económicas con una cadena de producción, un producto específico, un consumidor y el condicionamiento de esa actividad regida por las reglas del mercado. El producto final va a ser distribuido según la cantidad de la producción y el mercado que se quiera abarcar, que puede ser un mercado regional, local o barrial. De esta

4 MATUS, Jean Pierre. *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, LexisNexis, 1999, p. 113.

5 La misma idea señaló la Corte Suprema en sentencia de 23 de mayo de 1995: “lo castigado es el tráfico de drogas en tanto conducta habitual de un sujeto en orden a la compra, venta, e intermediación de ella, sin una referencia necesaria a la situación en que se encuentra específicamente la droga con el sujeto que sea sorprendido; en otras palabras, se castiga el tráfico de drogas y no exclusivamente el tráfico de solo aquella droga con la que sea efectivamente descubierto o aprehendido un sujeto” (Fuente: POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1999, p. 113).

manera, el producto deberá ser trasladado y transportado en distintas etapas, desde el lugar de la producción hasta el lugar de transformación, de acondicionamiento, de acopio, de la distribución, al consumidor final, etc.

La sustancia que se produzca tendrá como destinatario final un consumidor con perfil definido, que accederá a ella según el tipo de droga y su poder adquisitivo.

Esta actividad empresarial ilícita conforma un negocio lucrativo, provocando que en muchos niveles de esta cadena de tráfico se asuman riesgos y se realicen cuantiosas inversiones para hacer más eficiente el negocio y disminuir sustancialmente los riesgos asociados.

En cada uno de los eslabones de esta cadena delictiva, se pueden distinguir varios actores, entre ellos, el líder de la organización, el financista, el reclutador, el transportista, el cocinero, el vigilante o soldado, el distribuidor, el consumidor, etc.

Dentro de estos actores es posible advertir en nuestro país, (principalmente por los antecedentes judiciales que poseen los condenados) una evidente posibilidad de “escalar” en el negocio, lo que se traduce en términos prácticos, en que una organización barrial, puede llegar a ser, al cabo de un tiempo, una organización importadora<sup>6</sup>.

Muchos de estos actores se conocieron en las cárceles, desde donde dirigieron operaciones de narcotráfico generando así importantes organizaciones criminales<sup>7</sup>.

También ha sido posible advertir que la figura del intermediario entre el importador de la droga y el vendedor, es escasa o inexistente. Es habitual que la organización importadora, venda a la barrial sin que existan intermediarios,

6 La movilidad social del narcotraficante es un fenómeno que también se repite en otras latitudes. Así por ejemplo en Guatemala: *“Como se puede observar, la presencia del narcotráfico forma parte de la sociedad y a la vez la transforma: el productor, el distribuidor y el consumidor de drogas, así como la amplia red que la industria llega a requerir, se han unido estructuralmente dentro de la sociedad. Esta red de actores, fuerzas y relaciones sociales que se organiza y funciona alrededor del narcotráfico implica la creación u ocupación de considerables espacios sociales, rurales y urbanos, en tanto se identifica con la rápida movilidad social y el desplazamiento de un grupo social de orígenes y rasgos determinados (inserción de nuevos ricos procedentes del campo en los espacios urbanos) hacia el centro del escenario nacional e internacional; tales espacios se entrelazan con el papel del campesinado cultivador en el proceso y la estructura general del narcotráfico y de los cuales éste es a la vez causa y efecto”*. (Fuente: VILLATORO, Carolina. *Aspectos socioculturales e imágenes del narcotráfico*. Guatemala, Editorial Imagonauta, 2012, p. 60).

7 Este fenómeno también ha ocurrido en las cárceles españolas y francesas donde la cohabitación entre narcotraficantes sudamericanos y africanos, puso en práctica la llamada ruta africana de la cocaína.

en la cadena del tráfico. Esto nos lleva a sostener que la oferta de droga en Chile está compuesta principalmente por dos grandes actores: la organización importadora y la barrial.

A nivel barrial, existe una gran atomización de las organizaciones, con un bajo perfil de sus integrantes y de sus operaciones, lo cual dificulta su detención y desbaratamiento. Se trata de organizaciones centradas en la venta de droga a consumidores, principalmente en las calles de algunos barrios o espacios urbanos, que en general requieren cubrir un pequeño número de tareas necesarias para efectuar la venta, tales como los vendedores, una persona a cargo de guardar la droga que se va entregando gradualmente a los vendedores, otra a cargo de ir guardando el dinero que se va recolectando entre los vendedores, guardias armados (eventualmente cuando la zona puede significar disputar el espacio con grupos rivales) y un jefe que coordina y asigna tareas a cada uno de los miembros.

En el proceso de interacción social entre los distintos actores del narcotráfico (líderes, financistas, transportistas, vigilantes, vendedores, consumidores, etc.) se van adoptando roles como verdaderas representaciones del “yo” y a la vez, se van asignando roles correspondiente al “otro” (sapos, informantes, mexicanos, etc.). Estos procesos van formando una identidad en cada banda u organización de traficantes la cual se va expresando real y simbólicamente en los nuevos modus operandi. La identidad del narcotraficante es definida en principio por las ideas compartidas acerca de sí mismo como actor y las ideas que construye sobre los demás actores; ideas que son reforzadas posteriormente a través de la interacción constante<sup>8</sup>.

### **III. Ocultamiento de la droga como elemento distintivo de organizaciones criminales**

El fuerte dinamismo de este fenómeno delictual, la necesidad de adaptarse a las diversas formas de control de la autoridad, la amenaza que representa la competencia delictual y de ser víctima de otros delitos violentos asociados al narcotráfico como las quitadas de droga, hace que las organizaciones criminales busquen formas y vías más seguras para ocultar y transportar la droga.

El ocultamiento de la droga no solamente es un elemento relevante desde el punto de vista jurídico (como elemento del tipo penal del delito de tráfico y de mayor injusto), sino que también es un elemento que le da identidad a ciertas organizaciones criminales, el cual tiene su origen en la capacidad de generar información y contrainteligencia en esas empresas delictuales. En efecto, el fenómeno no se produce intuitivamente, sino que es producto de un

8 VILLATORO, ob. cit., p. 60.

proceso de aprendizaje, de construcción de identidades, de estudio sobre los nuevos mecanismos de fiscalización policial, lo cual conlleva la inversión de tiempo y de importantes sumas de dinero por parte de los narcotraficantes.

El ciclo de aprendizaje se inicia con la importación de la droga, su ocultamiento, transporte, transformación en algunos casos y distribución a organizaciones barriales donde se inicia otro nuevo ciclo, hasta que se descubre la maniobra de ocultamiento, ya sea por parte de las agencias de control o por parte de otra organización criminal. Producto del descubrimiento del modus operandi, comienzan a operar los mecanismos de contrainteligencia criminal de las organizaciones criminales para recolectar información proveniente de fuentes formales e informales, para luego analizarlas con el objeto de verificar si la incautación policial fue producto de un mero hallazgo casual (control de identidad) o de una investigación previa. A partir de esos datos, la organización criminal puede perseverar en el modus operandi, o si existen dudas, volver a ensayar o reinventar nuevas formas para esconder la droga, donde se produce un estado de latencia que siempre juega en favor del narcotraficante, hasta que el modus operandi es nuevamente descubierto por los agentes de persecución penal o por otras organizaciones criminales.

En este último punto, los agentes de persecución penal, especialmente las policías, pueden operar en base a tres técnicas de control:

1. Técnicas investigativas: Son aquellas que resultan de un proceso interactivo entre Fiscal y Policía, basado en la retroalimentación de conocimientos y experiencias, en que el primero aporta sus conocimientos jurídicos y de litigación, mientras que el otro aporta con su experiencia táctica operativa; como resultado de la conjugación de ambas miradas y experiencias, se obtienen las mejores técnicas investigativas que permiten enfrentar el problema de fondo, no como un caso policial, sino como un verdadero problema delictual, ya que este ejercicio entrega información integral no solamente del ¿cómo? sino del ¿por qué? del asunto y de las diversas fórmulas para enfrentarlo con una visión compartida del problema.
2. Indicios sospechosos: Son aquellos en que la policía, previo análisis de perfiles de riesgo o alertas sospechosas, aportados por distintas agencias de inteligencia y en base a criterios selectivos, descubre droga oculta utilizando como herramienta el control de identidad o las facultades administrativas (por ejemplo, del Servicio de Aduanas y DIRECTEMAR).
3. Mero azar: En estos casos la policía actúa de propia iniciativa, sin la utilización de ninguna técnica investigativa y en base a un precario control de identidad.

En toda esta actividad realizada por los agentes de persecución penal se va generando un cúmulo de información y de experiencia que es aprovechada

no solamente por las policías, sino también por las organizaciones criminales a través de sus propios sistemas de contrainteligencia. Estos últimos en forma constante van probando nuevas rutas y formas de encubrimiento de la droga. Descubierta un nuevo modus operandi en el ocultamiento de la droga, éste no deja de ser utilizado. No se puede afirmar que en forma inmediata se desestime una maniobra de ocultamiento por haber sido interceptada por la policía. La propia contrainteligencia criminal de la organización criminal va a indagar a través de sus fuentes de información si esa incautación fue obra de un simple control de identidad o de una investigación más compleja<sup>9</sup>.

Las formas de ocultamiento de la droga más ingeniosas y sofisticadas son materializadas por las organizaciones criminales más poderosas que se han consolidado a través del tiempo, que tienen contacto con otras organizaciones en el extranjero y que cuentan además con un aparato de contrainteligencia que les permite conocer los métodos de control y registro por parte de las agencias de persecución penal. Los mecanismos más sencillos y tradicionales de ocultamiento de la droga son utilizados por organizaciones más pequeñas. En ese sentido podemos clasificar, entre otras, las siguientes formas de ocultamiento y transporte de la droga:

**1) Burreros:** Si bien parece una figura bastante simple en que una sola persona interna droga por pasos habilitados o no habilitados a territorio nacional, adosada al cuerpo o en equipaje simulando tener mercadería, esta actividad constituye un eslabón de una importante organización criminal de carácter internacional. El burrero es un personaje en esencia fungible<sup>10</sup>, no pertenece a

9 La narco-contrainteligencia dispone de varias fuentes de información, ello va a depender del tipo de organización criminal que dirija la operación y de la cantidad de recursos que maneje: La asistencia a audiencias de control de la detención (les proporciona información valiosa sobre los antecedentes de la investigación), la información periodística (les entrega detalles inéditos del caso), la presentación de recursos de amparo por parte de abogados defensores de las organizaciones criminales (con el objeto de saber qué personas son sujetos de investigación o si sus teléfonos están siendo intervenidos), la información proporcionada desde las cárceles, los propios informantes de las policías (son agentes de alto riesgo para la persecución penal por el escaso control que se tiene sobre sus actividades y el peligro que filtren antecedentes de una investigación o las metodologías utilizadas por la policía). Además de las fuentes de información, la narco-contrainteligencia también dispone de sus propias técnicas de chequeo. Por ejemplo, una de las técnicas de contrainteligencia empleada por los narcotraficantes en sus operaciones de ocultamiento de la droga, consiste en que una vez trasladada hasta su destino, no es retirada en forma inmediata por las personas encargadas de recibirla, sino que esperan un tiempo razonable con el objeto de monitorear si hay reacción por parte de la policía (allanamientos, detenciones, vigilancias) y así verificar si el traslado de la droga estaba siendo investigado por la policía o se trata de una entrega vigilada o controlada, es lo que se llama en la jerga delictual “andar con cola”.

10 Ese solo hecho es indicio de que se está frente a una verdadera “organización criminal” en el sentido clásico, esto es, la figura del hombre del escritorio que no toca la droga y actúa como autor mediato dirigiendo los cursos causales de la actividad ilícita.

la estructura permanente de la organización criminal, se le proporciona escasa información sobre el origen de la droga y sus destinatarios, la información se le entrega en forma instantánea, compartimentada y vía telefónica. El burrero actúa en coordinación con otros integrantes de la organización, por un reclutador que lo contrata, por un financista que le proporciona pasajes y dinero para alojamiento, por un vigilante que muchas veces lo acompaña y que tiene como función:

- Darle cobertura e información sobre vigilancia o controles en los pasos fronterizos.
- Brindarle protección ante una eventual quitada de drogas o mexicana.
- Distraer a los agentes de control fronterizos. Este personaje es denominado “ángel” dentro de la jerga criminal, es una persona que cuenta con antecedentes judiciales o policiales por narcotráfico y que distrae a los policías al momento de ser controlado en la frontera. También el ángel, en algunos casos, impregna sus ropas con droga para que los canes detectores de droga lo marquen y haga reaccionar a la policía en su contra, debilitando el control del burrero.
- Vigilar al burrero para que no desvíe la droga e informar a la organización para el caso que sea detenido.

Para el caso que el burrero sea detenido, debido a la rigurosa compartimentación con que funcionan estas organizaciones criminales, y a la escasa información con que cuenta el burrero, la organización solamente se expone a la pérdida de la droga sin muchas posibilidades de ser develada por la eventual confesión del burrero<sup>11</sup>.

**2) Correos humanos:** Son personas que ocultan la droga en el interior de su propio cuerpo, ya sea en la cavidad vaginal o en el aparato digestivo. La droga se reviste de un material resistente a los ácidos corrosivos, generalmente de látex. Esta modalidad de ocultamiento también es característica de las organizaciones criminales internacionales y es más disvaliosa que la anterior, ya que no solamente existe una mayor probabilidad de que la droga sea efectivamente internada a territorio nacional, sino que además hay un riesgo concreto para la vida del que transporta la droga oculta en su cuerpo. Generalmente se utilizan personas de escasos recursos económicos a las cuales la organización criminal recluta de acuerdo a un perfil determinado, las acondiciona físicamente a través de la ingesta de alimentos y las entrena para una mayor capacidad de ingesta de droga (aproximadamente medio kilo), para una mayor

11 En la práctica judicial se ha visto en forma habitual que la “organización criminal” proporciona defensa jurídica al burrero cuando éste puede contar con información que permita delatar a la estructura organizativa o el modus operandi.

capacidad de retención y también para no ser descubiertas por la policía. Así se les enseña por ejemplo, que deben fumar bastante para que el humo no permita visualizar mediante el sistema de rayos X las cápsulas de droga en el aparato digestivo.

**3) Adaptación de vehículos:** Es una forma de ocultamiento y transporte de droga utilizada por organizaciones criminales internacionales tanto para ingresar droga a territorio nacional, como para trasladarla a su destino.

Esta metodología es usada por organizaciones criminales altamente estructuradas y con alto nivel de ingresos económicos. Ello debido a la gran cantidad de droga que pueden ocultar mediante estos mecanismos, el costo que significa el tiempo invertido, el dinero gastado en la compra de vehículos y en personal calificado para su transformación (mecánicos, soldadores, tapiceros, desabolladores, pintores, chapistas, etc.).

Los vehículos empleados son de patente nacional para no despertar sospechas, son de propiedad de la propia organización criminal adquiridos a través de testaferros, muchas veces en automotoras vinculadas con la organización<sup>12</sup>. Los vehículos son adaptados en talleres de confianza de la organización, donde usando múltiples e ingeniosas fórmulas para la transformación del móvil, ocultan la droga de manera embutida en diferentes compartimentos: guardabarros, dobles fondos del estanque de gasolina, dobles fondos en el piso del móvil, en los zócalos o paneles de las puertas, en neumáticos, etc.

Esta forma de ocultamiento puede ser descubierta por investigaciones más complejas en que se han combinado varias técnicas investigativas que permiten descifrar el modus operandi de la organización o, mediante controles policiales en que se manejan otras tecnologías como el uso de canes detectores de droga, aparatos de medición de densidad de masa o rigurosas inspecciones visuales en que se detectan indicios sospechosos como tornillos relativamente nuevos o limpios en los sujetadores de los tanques de combustibles o ensamblajes de los paneles del vehículo.

**4) Contenedores:** La utilización de contenedores de tráfico marítimo comercial como forma de ocultamiento y transporte de la droga, es una técnica de tráfico marítimo usada por organizaciones criminales internacionales que por lo general van a tener contactos con personal calificado en los puertos de origen y destino de la droga (funcionarios de aduana, estibadores, choferes de grúas, camioneros, guardias, etc.). Hay tres tipos de modus operandi:

---

12 Actualmente las automotoras no son entidades obligadas a informar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero.



**a. La creación de empresas importadoras:** Consiste en el transporte de droga oculta en el interior de contenedores junto a mercancía legal, entre empresas controladas por las organizaciones criminales. Requiere cierto asentamiento de dichas empresas para disminuir los análisis de riesgo por parte de los funcionarios de aduana. Las mercancías lícitas con que acompañan a la droga serán de preferencia artículos perecederos para agilizar los trámites aduaneros.

**b. Falsificación de documentación requerida:** Esta importación es realizada entre una empresa exportadora instrumentalizada por la organización criminal y una empresa importadora legal que desconoce la actividad delictiva. Al llegar el contenedor a destino o lugar de transbordo de la droga, mediante documentación falsificada de la importación, desvían el contenedor hacia lugares de acopio controlados por la organización.

**c. Método del “gancho ciego”:** También llamado “rip-off”. Consiste en la utilización por parte de la organización criminal de una empresa exportadora del país de origen de la droga que en forma habitual envía mercadería legal al país de destino o de tránsito. Tanto la empresa exportadora como la importadora, desconocen el ocultamiento de la droga que se hará en uno de sus contenedores. De esta manera, la organización criminal en forma clandestina, introduce droga en el contenedor en el país de envío de la droga para lo cual rompen el precinto del contenedor colocando uno nuevo de similares características. Al llegar al puerto de destino o de transbordo de la droga, la misma organización abre el contenedor para sacar la droga, sellándolo con un precinto de similares características al original.

**5) Ocultamiento Virtual:** Las nuevas tecnologías, especialmente Internet, han sido aprovechadas por los narcotraficantes para crear verdaderos “mercados virtuales” de la droga en que bajo un nombre inofensivo se ofrecen desde marihuana hasta nuevas drogas sintéticas. Estos “mercados virtuales” cuando alcanzan cierto grado de institucionalización, inciden fuertemente sobre el comportamiento de los vendedores, el perfil del consumidor, el precio de la droga y en general sobre el comportamiento del mercado<sup>13</sup>.

13 Un claro ejemplo de la forma en que estos nuevos mercados virtuales han incidido en el fenómeno del narcotráfico, se presentó en EE.UU. “Silk Road”, un mercado negro en línea en internet operado como uno de los servicios ocultos de la red Tor, conocido en términos informáticos como “Internet profunda”. El 2 de octubre del 2013 fue clausurado por el FBI. El sitio había sido lanzado en febrero del 2011 y los compradores podían registrarse en Silk Road gratuitamente, aunque los vendedores debían adquirir cuentas a través de subastas. Las comisiones de esas ventas eran destinadas al administrador del sitio.

La mayoría de los productos vendidos en Silk Road estaban calificados como contrabando y muchos de los vendedores tenían su sede en Reino Unido y Estados Unidos, ofreciendo, entre otras drogas, heroína, LSD y marihuana. Los compradores y vendedores hacían sus transacciones por medio de la moneda virtual Bitcoin, que provee

**6) Formas de ocultamiento que alteran la apariencia de la droga:** Consisten en procedimientos que alteran la composición de la droga, transformando algunos de sus rasgos característicos como el color o el estado (sólido al líquido). Esta forma de camuflaje de la droga es utilizada por organizaciones criminales internacionales que cuentan con personas con conocimientos químicos denominados “cocineros”, los cuales no solamente pueden transformar el estado de la droga, sino también volverla a su estado original.

Principalmente son tres las formas de alteración de la droga que tienden a darle clandestinidad y que son:

- El ocultamiento por cambio de color (cocaína negra).
- El ocultamiento por cambio de estado (cocaína líquida).

---

fuerte anonimato y el 99% de todas las transacciones se completaron a satisfacción del comprador y del vendedor.

Dado el éxito y curioso mercado del sitio, el blog de noticias Gawker escribió un artículo sobre Silk Road. La National Public Radio se refirió al sitio como “el Amazon.com de las drogas ilegales”.

Tras los artículos, el tráfico de Silk Road aumentó y Bitcoin registró un aumento considerable en valor. Frente a la situación, el Senador demócrata norteamericano Charles Schumer pidió al Fiscal General de los EE.UU. y el Jefe de la DEA poner fin a Silk Road. Sin embargo, los esfuerzos fueron en vano debido a que paquetes como Tor han hecho que sea más fácil para los consumidores acceder a la “red profunda” y porque Silk Road es también accesible en los navegadores no-Tor vía direcciones abiertas.

La institucionalización de ese mercado hizo que los precios de drogas como la marihuana bajaran a la mitad respecto de los valores de venta en la calle. El blog ThePriceGeek realizó un estudio de precios luego de la caída de Silk Road para establecer una comparación de valores de varias drogas en el sitio y la venta en las calles en diversos países. El índice de The Price Geek representaría cuánto cuesta en dólares un gramo de cada una de esas sustancias en los mercados. Sorprendentemente, para el caso de la marihuana, los países más baratos fueron Canadá y EE.UU., con un valor del gramo de hierba de 0,2 y 0,3 dólares respectivamente, la mitad de lo que cuesta en la calle. Los más caros, en tanto fueron Italia, con 7 dólares; Polonia, con 4,9 dólares y Alemania, con 2,1 dólares. El promedio de países como Australia, Suiza, Inglaterra, Francia, España o Sudáfrica llegó a alrededor de los 0,9 dólares y en la mayoría cerca del 50% del costo callejero.

Lo que evidenció el estudio es que cierta institucionalidad en ese mercado operó el valor de la droga hacia la baja, por lo que es previsible que ese modelo de transacción haya desestimulado parte del negocio callejero y producido cierta morigeración de la violencia relacionada con ese comercio, dado el anonimato de los vendedores y el término de la lucha por el dominio de las calles.

Silk Road también agregó transparencia a los precios y comercio de las drogas, generando un mercado más eficiente, donde vendedores poco fiables se revelaron fácilmente a través del sistema de retroalimentación del sitio. Por otro lado, los foros Silk Road también proporcionaron un medio para que los consumidores habituales intercambiaran consejos sobre uso seguro de drogas. Meza, Roberto. Comercio de drogas por Internet. Disponible en: <http://radio.uchile.cl/2013/10/09/comercio-de-drogas-por-internet> [fecha de consulta: mayo de 2014].

- El ocultamiento por cristalización (se confeccionan objetos como vajillas, maletas, etc.).

**7) Encomiendas:** La droga se oculta en paquetes que son transportados por vía terrestre, aérea o marítima ya sea por bandas de narcotraficantes u organizaciones criminales. Estas asociaciones a través de su actividad de contrainteligencia, detectan los puntos débiles de la fiscalización policial y aduanera, aprovechando el alto flujo comercial y de transporte de mercaderías para estos envíos ilícitos.

**8) Artefactos diversos:** Son todo tipo de objetos de apariencia inocua, desde piedras, calzado, pilas, hasta artículos electrónicos, diseñados o adaptados especialmente para el ocultamiento de la droga. Son usados tanto por pequeños traficantes como por grandes organizaciones criminales.

#### **IV. Conclusiones**

Las novedosas formas delictivas del crimen organizado, van de la mano con el desarrollo de la economía y los avances tecnológicos. La globalización del comercio y la tecnología ofrecen oportunidades excepcionales a los narcotraficantes para forjar diversas cadenas de suministros de drogas y originales mecanismos para esconder la misma.

Las nuevas sustancias psicoactivas que están apareciendo en el mercado, que no pueden ser detectadas por los reactivos de droga convencionales y que muchas veces son transadas a través de mercados virtuales (lo cual hace más difícil su control), se presentan como un desafío para los organismos de persecución penal, que requieren como hemos visto, poner en práctica sus mejores procesos de aprendizaje para generar información, analizarla y luego compartirla con las distintas agencias nacionales e internacionales relacionadas con el tema.

La versatilidad de las organizaciones criminales, la rapidez de sus procesos de aprendizaje, el alto grado de cooptación y los poderosos estímulos económicos para mantenerse en esta actividad que es adoptada como un estilo de vida, se aprecian en toda su magnitud en las ingeniosas formas de ocultamiento y transporte de la droga.

Este fenómeno no es azaroso, no solamente es producto de la necesidad de realizar la actividad sin riesgo de persecución penal o confrontación con otras organizaciones delictivas, sino que también es resultado de la conformación de la identidad de la organización criminal. En este sentido, es una especie de distintivo, un sello de la organización, su firma, un elemento que le da una característica especial.

La relevancia de esta materia se puede resumir en lo siguiente:

1. El ocultamiento de la droga es una conducta típica.
2. Ciertas formas de ocultamiento de la droga pueden representar un elemento de mayor desvalor del injusto, ya sea porque ponen en riesgo concreto la vida y salud de la persona que la oculta o hay un mayor peligro de difusión incontrolable en la población.
3. El ocultamiento de la droga representa una necesidad para la actividad de emprendimiento.
4. El ocultamiento de la droga es una forma de evitar la confrontación con otras organizaciones criminales.
5. El ocultamiento de la droga es una manifestación de la identidad de la organización criminal.

Las organizaciones criminales desarrollan una interesante labor de contrainteligencia, que les permite conocer las técnicas de investigación contra el narcotráfico y así poder mejorar sus sistemas de ocultamiento y transporte.

La contrainteligencia más básica consiste en: lectura de diarios, noticiarios (especialmente programas mediáticos policiales como “133” o “Policías en Acción”), socialización de las experiencias delictuales con otros narcotraficantes, asistencia a audiencias orales de Tribunales, etc.

La contrainteligencia más sofisticada utiliza a abogados que asumen la defensa colectiva de las organizaciones criminales, la presentación de recursos de amparo para conocer detalles sobre las investigaciones en curso, infiltración en organismos de persecución criminal a través de supuestos informantes de la policía, asesorías por parte de ex investigadores, asesorías de los propios abogados, etc.

Para lograr investigaciones con relativos grados de eficiencia y eficacia, se requiere estar a la vanguardia de los conocimientos en materia de técnicas de transporte y ocultamiento. Para alcanzar dicho objetivo, es necesario recoger la valiosa información que se obtiene en cada procedimiento investigativo, relativa a la fórmula de ocultamiento, el tipo de contenedor, envoltorio, huellas, etc. y así comenzar a sistematizar y analizar esa información.

Por otra parte, se requiere también ser celoso en el manejo de la información por parte de las agencias de persecución penal, en especial de las técnicas de investigación utilizadas para investigar el narcotráfico, como por ejemplo: las interceptaciones de comunicaciones telefónicas, las diligencias de allanamientos, el registro de inmuebles, etc. En este punto el sistema de persecución penal se torna vulnerable. El afán mediático de exhibir resultados en los medios de comunicación social, muchas veces conspira contra la eficiencia y proyección del propio sistema de persecución. La narco-contrainteligencia

rápida y asimila y socializa en la organización criminal las técnicas investigativas utilizadas por la fiscalía y la policía, adecuando sus modus operandi a las nuevas técnicas de investigación policial. El fuerte dinamismo de la actividad ilícita del narcotráfico promueve actitudes proactivas en sus cuadros los cuales se anticipan a la actividad persecutoria.

La velocidad con que opera el narcotráfico, es mucho más rápida que la de las agencias de persecución penal. En este nuevo contexto de un mercado tan dinámico y veloz como es el de las drogas, poco importa definirse como un país de tránsito o “no productor”, ya que en poco tiempo dicha denominación no va a ser garantía de seguridad para la salud de la población. Es la capacidad de enfrentar el fenómeno en forma integral, con procedimientos basados en datos científicos, objetivos y comprobables, utilizando técnicas investigativas de vanguardia acompañadas de procesos de coordinación entre las distintas agencias de persecución y de control y de constante capacitación, lo que permitirá hacer frente en forma eficaz y eficiente al narcotráfico.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## RETRACTACIÓN EN MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE PAREJA. ESTUDIO EXPLORATORIO DESCRIPTIVO A PARTIR DE LA NEGATIVA A CONTINUAR CON LA DENUNCIA

Sofía Huerta Castro<sup>1</sup>

Roberto Rodríguez Manríquez<sup>2</sup>

### Resumen

*Se estudia el fenómeno de retractación en casos de violencia de pareja a partir de entrevistas telefónicas realizadas a una muestra de mujeres de la Región Metropolitana que denunciaron delitos en contexto de violencia intrafamiliar y manifestaron tempranamente su negativa a continuar con el proceso. La retractación en este estudio se comprende en un sentido amplio como la manifestación de negativa a participar del proceso, la modificación del testimonio inicial, desistimiento (retiro) de la denuncia, la minimización de la gravedad de los hechos o des-responsabilización del agresor. Se trata de un estudio exploratorio descriptivo que busca conocer el fenómeno desde la dimensión individual, a partir del discurso de la víctima sobre los factores asociados a su voluntad de no continuar con el proceso, permitiendo identificar aspectos personales, sociales e institucionales relacionados con su retractación. Si bien la mayoría de las mujeres entrevistadas señalan como argumento de desistimiento la mayoría en la relación de pareja o la percepción de un cambio (positivo) por parte de su cónyuge o conviviente, al consultársele por cuáles serían las razones de otras mujeres para retractarse, se alude al temor, la falta de apoyo posterior a la denuncia y la dependencia económica como motivaciones principales y significativas para abandonar el proceso. La relevancia de estos contenidos, aparentemente contradictorios, podría representar un reflejo de la trampa relacional en la que se perciben implicadas al hacer pública su demanda a los órganos de justicia penal y familiar. En este contexto resulta crucial el desarrollo de procedimientos que consideren las características de este fenómeno, así como las variables que explican la retractación, de manera de realizar intervenciones adaptadas, proporcionales y coordinadas de los órganos de justicia en su actuación frente a la problemática de la violencia de pareja.*

*Palabras Clave:* violencia de pareja, retractación, sistema penal.

### 1. Introducción

El presente estudio aborda la retractación de la mujer denunciante de delitos en contexto de violencia de pareja como el discurso de retiro de la denuncia,

1 Psicóloga de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Trabajador Social de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.



o desistimiento de participar en el proceso penal, que emerge, para el caso de la muestra en estudio, en el momento en que desde la Fiscalía se la contacta para la Evaluación de Riesgo que se realiza entre 24 y 48 horas después de ingresado el parte de denuncia. Se estimó, en este caso, que la manifestación de la negativa a continuar participando del proceso penal podría representar un indicador temprano significativo de la presencia del fenómeno de la retractación. Esto no obsta que el fenómeno en estudio pueda surgir en momentos procesales posteriores.

Cabe señalar que la mujer, una vez que entra en contacto con el sistema penal a través de la interposición de la denuncia, pasa a convertirse en un actor jurídico que traslada de la esfera privada a la pública el problema de la violencia, convirtiéndolo en un *conflicto penal*. Este traslado, y sobretodo las consecuencias que trae aparejadas, puede poner en juego una serie de influencias internas y externas que pueden conducirla a modificar sus dichos iniciales o, incluso, negar los hechos de la denuncia.

Para explorar el fenómeno de retractación se entrevistó telefónicamente a un número de mujeres de la Región Metropolitana que realizaron una denuncia y luego manifestaron su intención de no continuar con ella, con el fin de conocer, a partir de su propio discurso, los argumentos esgrimidos para abandonar el proceso. Los testimonios recogidos permiten comprender las distintas aristas que asume el fenómeno una vez que se activa el sistema de persecución penal.

## 2. Contexto de realización del estudio

La complejidad para la intervención penal y proteccional se presenta cuando la mujer, al manifestar su rechazo a participar del proceso penal, se retracta o desiste de la denuncia, viéndose el órgano persecutor exigido a sustentar la investigación sin la víctima.

En los delitos en contexto de violencia intrafamiliar que investiga la Fiscalía, la participación activa de la víctima resulta sumamente relevante durante las diferentes etapas del proceso penal. Si aquélla se retracta, la prueba se debilita y, por lo tanto, la investigación se entorpece. En este sentido, la retractación puede constituirse en una dificultad para la persecución penal y forzará a los actores encargados de la investigación de estos delitos a comprenderla y abordarla con criterios de especialización que permitan no revictimizar y disminuir las brechas de impunidad.

Al concentrar la percepción sólo en el impacto negativo que provoca la retractación a la gestión procesal del fiscal, defensor o juez penal, se refuerzan mitos

acerca de la violencia familiar y se producen resistencias al abordaje investigativo de los delitos cometidos en el dominio familiar. Se genera un circuito comprensivo *saturado de problemas* entre el sistema familiar de la víctima y el sistema de persecución penal: los discursos que las víctimas transmiten a los operadores traen insertos mensajes de desesperanza, confusión, temor y dependencia; la comprensión del actor a cargo de la investigación se contamina con dichos discursos y se refuerza un marco interpretativo plagado de imágenes pesimistas acerca de la persecución de los delitos cometidos en contextos intrafamiliares. Se limitan así los caminos para la interrupción de los malos tratos y se inhiben las posibilidades para que, desde el sistema jurídico, se construyan interpretaciones centradas en recursos y soluciones.

Por último, si se soslaya la retractación o se la define como una condición *ex profeso* de la víctima, se producirán efectos en todos los niveles: en la familia (microsistema) no se interrumpirá la escalada de violencia; las instituciones sociales y comunitarias (exosistema), especialmente las judiciales, se verán privadas de generar contiendas y litigaciones que permitan construir nuevos marcos interpretativos a la violencia intrafamiliar; y a nivel cultural (macro) permanecerán enquistadas costumbres patriarcales hegemónicas que paralizan nuevos patrones relacionales más igualitarios entre hombres y mujeres.

Se debe partir de la premisa que la denuncia de un delito en contexto de violencia intrafamiliar representa un llamado de atención de la afectada, o de alguna persona significativa de su entorno, hacia el sistema penal, lo que provoca una transformación del espacio en que se despliega el *conflicto íntimo* (contexto privado de control familiar) hacia un espacio público en el que se convierte en un *conflicto penal* (espacio público de control social).

Si luego del pedido de auxilio a los actores encargados de la persecución penal, la víctima se retracta, lo hace como resultado de diversas condiciones y creencias que intentarán ser conocidas a través de este estudio.

### 3. Marco conceptual

La concepción sobre la violencia de pareja se ha configurado a partir de la construcción de tipologías que obedecen a patrones simplistas que patologizan y rotulan al *agresor* y a la *agredida*, es decir, a los actores individuales de la violencia: por un lado, el hombre, que es descrito frecuentemente como de baja escolaridad, de escasos recursos económicos y/o desempleado, alcohólico o drogadicto, que a la menor provocación, o sin ella, arremete psicológica y con frecuencia físicamente contra la mujer. Por otro, la mujer, a la que se asigna un rol pasivo como víctima, receptora de la violencia, confundida o demandante, sin percibir en ella la capacidad de agencia de un cambio en la

situación. Estas concepciones impregnan no sólo la literatura especializada en violencia sino que se traspasan a los organismos e instituciones de justicia o salud que, a través de sus operadores, van retransmitiendo estas imágenes cargadas de sesgo y prejuicio<sup>3</sup>.

Si bien el concepto de violencia intrafamiliar es amplio y abarca diferentes tipos de violencia que ocurren al interior de una familia, como el maltrato infantil, a ancianos o discapacitados, encontrándose a la base de todos ellos el que una persona, que se impone por la fuerza, tiene mayor poder que la otra y utiliza la violencia como un instrumento para dominarla<sup>4</sup>, este estudio se ocupará particularmente del concepto de violencia de pareja.

A este respecto cabe hacer la salvedad que el término violencia de pareja puede llevar a equívocos si se utiliza como homólogo a violencia de género. Este último es un concepto amplio que hace referencia a un tipo de violencia que se produce con el objetivo exclusivo de dominar a la mujer e indica una desigualdad de poder que existe en nuestra sociedad: la de género y que se produce en diferentes dominios sociales, como la familia o la comunidad en general<sup>5</sup>.

La violencia de pareja se conceptualiza, en este estudio, 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 de 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<sup>6</sup>. A la vez se entenderá por violencia intrafamiliar de pareja aquella que ocurre en las relaciones vinculares que se incluyen en el artículo 5° de la Ley N°20.066, esto es, los cónyuges y convivientes actuales y pasados y los padres de hijos/as en común.

3 CASTRO, Roberto. y RIQUER, Florinda. La investigación sobre violencia contra las mujeres en América Latina: entre el empirismo ciego y la teoría sin datos. Cuadernos de Salud Pública, vol. 19 N°1 [en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v19n1/14913.pdf> [fecha de consulta: 14 de abril de 2014].

4 QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo. *Hombres maltratadores*. Madrid, Editorial Grupo 5, 2008, págs. 13-14.

5 OEA. "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", Belem do Pará, 1994.

6 VALDÉS-SANTIAGO, Rosario et. al. "Escala de violencia e índice de severidad: una propuesta metodológica para medir la violencia de pareja en mujeres mexicanas". Salud pública de México. 2006. [en línea]. Disponible en: <http://bvs.insp.mx/rsp/articulos/articulo.php?id=001389> [fecha de consulta: 10 de abril de 2014].

Como lo indica Johnson<sup>7</sup>, existen dos tipos de violencia de pareja: estructural y circunstancial. La violencia estructural es realizada por el agresor de manera sistemática y permanente para ejercer el control y mantener el poder sobre la mujer. Por el contrario, la violencia circunstancial no se produce permanentemente, sino que surge frente a conflictos puntuales. No debe entenderse de lo anterior que sucede en un único episodio, su duración depende del conflicto puntual o crisis familiar que desencadena la violencia, es decir, puede ser prolongada en la medida que el conflicto no se supere y puede ser muy agresiva, llegando incluso a la muerte. La violencia circunstancial puede ser ejercida tanto por hombres como por mujeres<sup>8</sup>.

La retractación, por otro lado, será entendida en un sentido amplio como la modificación de los dichos de la denunciante, a través de la negación de la versión original de los hechos durante el transcurso de la investigación penal, la minimización significativa de su gravedad o la des-responsabilización del agresor, y/o como el desistimiento activo, a través de la manifestación del deseo de no continuar con el proceso, o pasivo, a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias del proceso penal.

A partir de lo anterior se considerarán las siguientes situaciones como manifestaciones de retractación:

- i) Negativa de la víctima a declarar.
- ii) Modificación del testimonio en el proceso y audiencias.
- iii) Retiro de la denuncia, desistimiento de la denuncia, inasistencias.
- iv) Minimización de la gravedad de los hechos/des-responsabilización del agresor.

#### **4. Objetivos de investigación**

##### Objetivo general

- Desarrollar un estudio de carácter exploratorio descriptivo sobre retractación de mujeres víctimas de violencia de pareja de la Región Metropolitana que denunciaron delitos en contexto de violencia intrafamiliar entre el 1 de julio y el 31 de diciembre del año 2012.

7 JOHNSON, Michael. "Patriarchal terrorism and common couple violence: two forms of violence against women in U.S families". *Journal of Marriage and the Family*, Vol. 57, N°2, Mayo 1995, págs. 283-294. [en línea]. Disponible en: <http://cooley.libarts.wsu.edu/schwartzj/pdf/johnsondv.pdf> [fecha de consulta: 10 de abril de 2014].

8 QUINTEROS, Andrés y CARBAJOSA, Pablo, ob. cit., p. 3.

### Objetivos específicos

- Identificar factores asociados a la retractación de la denuncia en mujeres víctimas de violencia de pareja.
- Describir los procesos de denuncia y participación posterior en los procesos penales en el caso de mujeres víctimas de violencia de pareja retractadas, o en proceso de retractación.
- Caracterizar el perfil de los casos en que se produce la retractación.
- Identificar prácticas discursivas respecto al fenómeno de retractación, desde la perspectiva de la mujer.
- Conocer los distintos términos procesales de los casos de la muestra en estudio.

## 5. Análisis de datos

### 5.1. Descripción y justificación de la estrategia de muestreo

Los criterios de selección de la muestra, concordantes con la formulación de objetivos del estudio y que definieron la estrategia de muestreo, fueron los siguientes:

1. Víctima de delito con marca VIF: lesiones, amenazas, maltrato habitual y desacato.
2. Vínculo con el imputado de: cónyuge o conviviente, ex cónyuge, ex conviviente, padres de hijos/as en común.
3. Víctima mujer que responde NO a la pregunta 31 de la Pauta de Riesgo.
4. Víctima con teléfono.
5. Víctima de la Región Metropolitana.

Para la selección de casos de las cuatro Fiscalías Regionales Metropolitanas se trabajó sobre la base de datos proporcionada por la División de Atención a Víctimas y Testigos que incluía a todas aquellas víctimas de delitos VIF a las cuales se aplicó la Pauta de Riesgo entre el 1 de julio y el 31 de diciembre del año 2012. De este total se consideraron aquellas que respondieron en forma negativa a la pregunta “Está dispuesta a continuar con la denuncia?” (pregunta N°31 de la Pauta de Evaluación de Riesgo). De este último segmento, correspondiente al 16% del Universo, se extrajo la muestra de casos objeto de estudio (Tabla N°1).

**TABLA N°1 ¿ESTÁ DISPUESTO/A A CONTINUAR CON LA DENUNCIA?**

| ¿Está dispuesto/a a continuar con la denuncia? | N°            | %           |
|--|---------------|-------------|
| Sí   | 15.112        | 84%         |
| <b>No</b>                                      | <b>2.821</b>  | <b>16%</b>  |
| Total  | <b>17.933</b> | <b>100%</b> |

Debido a que el estudio se aboca a la retractación de mujeres víctimas de delitos en contexto de violencia intrafamiliar se realizó un filtro de los casos considerando la variable sexo, lográndose la siguiente distribución porcentual:

**TABLA N°2 RESPUESTA “NO” A PREGUNTA N°31 DE PAUTA DE RIESGO**

| Respuesta NO a Pregunta 31 por sexo | N°           | %           |
|-------------------------------------|--------------|-------------|
| Hombre                              | 685          | 24%         |
| Mujer                               | 2.136        | 76%         |
| Total                               | <b>2.821</b> | <b>100%</b> |

El total de víctimas mujeres que respondieron en forma negativa a la pregunta 31 de la Pauta de Riesgo es igual a 2.136, sin embargo se continuó depurando esta muestra excluyendo aquellos casos que no correspondían a los vínculos con el imputado definidos en los criterios de inclusión para el estudio, esto es, cónyuge o conviviente, ex cónyuge, ex conviviente, padres de hijo/as en común, así como también aquellos que no correspondían a los delitos incluidos en el estudio por ser los delitos más comunes en contexto de violencia de pareja, esto es, lesiones, amenazas, maltrato habitual y desacato<sup>9</sup>.

## 5.2. Universo y muestra

De esta manera, considerando los criterios de inclusión, el total de mujeres alcanzó un número de 1.430, con la siguiente distribución regional:

**TABLA N°3 DISTRIBUCIÓN DEL UNIVERSO EN CADA FR METROPOLITANA**

| FR Metropolitana | N°           |
|------------------|--------------|
| FRM Centro Norte | 442          |
| FRM Occidente    | 350          |
| FRM Oriente      | 338          |
| FRM Sur          | 300          |
| <b>Total</b>     | <b>1.430</b> |

9 En el año 2012 las categorías de delitos con mayor presencia en casos VIF fueron lesiones (51,0%) y amenazas (39,7%) lo que representan el 90,7% de los ilícitos (Boletín Estadístico Fiscalía de Chile año 2012).

De este universo de 1.430 mujeres, se extrajo una muestra aleatoria representativa de la Región Metropolitana, utilizando el software SPSS, considerando un 10% de error muestral, quedando la muestra conformada por 91 casos.

## 6. Resultados

El diseño de investigación contempló el análisis de variables relevantes en la comprensión del fenómeno de retractación: edad, nivel educacional, número de hijos, número de hijos comunes con el imputado, ocupación, tipo de delito, vínculo con el imputado, diligencias realizadas, y motivos expresados a la base de la retractación.

Como se señaló, la estrategia muestral del estudio se basó en la selección de víctimas mujeres que respondieron negativamente a la pregunta N°31 de la Pauta de Evaluación de Riesgo VIF que cumplieran con los requisitos de tipo de delito y vinculación con el imputado. Debido a dificultades para lograr el contacto con los 91 casos seleccionados fue necesario el reemplazo de 68 de éstos, debido a que los teléfonos registrados estaban fuera de servicio, no contestaban, habían sido traspasados los números, etc. El reemplazo fue igualmente aleatorio, resguardando que se conservaran las variables originales del estudio.

Como ya se indicó, se estimó que las mujeres que tempranamente manifestaran su negativa a continuar con el proceso penal, presentarían, con una mayor probabilidad, el fenómeno de la retractación. Por lo anterior se consideró a la manifestación negativa a continuar participando del proceso penal como un indicador temprano significativo de la presencia del denominado fenómeno de la retractación.

A partir de los hallazgos es posible afirmar, inicialmente, que en casi la totalidad de los casos, al momento de la entrevista telefónica correspondiente al estudio, se mantiene la consistencia en relación a la respuesta pretérita de negativa a participar del proceso penal.

A continuación se presenta la información correspondiente a las variables vinculadas a la caracterización demográfica y, en seguida, los datos correspondientes al delito y el proceso penal, obtenidos de los resultados de la aplicación de la pauta de riesgo, de las bases de datos de los distintos sistemas informáticos de la Fiscalía, así como de las entrevistas telefónicas realizadas.

### 6.1. Variables de caracterización sociodemográficas

#### 6.1.1. Vínculo al momento de aplicación de pauta de riesgo y vínculo actual

Respecto al vínculo con el imputado se estima como información relevante si se ha registrado una modificación o mantención de éste al momento de aplicación de la entrevista telefónica del estudio, respecto al momento de aplica-

ción de la pauta de riesgo, modificación o mantención que podría vincularse directamente con la retractación<sup>10</sup>.

Resulta significativo que un porcentaje mayoritario de las mujeres que presentaban convivencia con el imputado al aplicarse la pauta de riesgo, a la fecha de aplicación de la encuesta habían interrumpido dicha convivencia (59% de los casos), mientras un 41% la mantiene, lo que permite hipotetizar que la retractación, considerada solamente como el desistimiento de la denuncia, no necesariamente constituye un factor vinculado a la continuidad de la relación.

Lo anterior difiere en el caso de la conyugalidad, en el que se da una relación inversa, esto es, que un porcentaje mayor de mujeres, en el contexto de unión legal con el imputado, mantienen dicha relación conyugal a la fecha de aplicación de la entrevista telefónica (57% de los casos).

Cabe señalar al respecto que no se pregunta en la entrevista telefónica la duración de la convivencia en forma previa a su interrupción, lo cual habría resultado un dato relevante para la caracterización del fenómeno, puesto que se hipotetiza que una convivencia de más larga data podría ser un factor relevante a la hora de dar continuidad o no a la relación de pareja luego del episodio de violencia que motiva la denuncia.

Por último se debe señalar que en aquellos casos de ex convivencia al momento de la aplicación de la pauta de riesgo (19), un 37% ha retomado dicha convivencia a la fecha de aplicación de la entrevista telefónica (7 casos), lo que ocurre en un 0% de los casos en la relación de ex cónyuges.

**TABLA N°4 VÍNCULO AL MOMENTO DE APLICACIÓN  
DE PAUTA DE RIESGO Y VÍNCULO ACTUAL CON EL IMPUTADO**

| Vínculo con imputado al momento de aplicación pauta de riesgo | Total | Vínculo ACTUAL con el imputado          | Total     | Porcentaje |
|---|-------|---|-----------|------------|
| Conviviente   | 39    | <b>Mantiene convivencia</b>             | <b>16</b> | 41%        |
|   |       | Separación(ex convivientes)             | 23        | 59%        |
| Cónyuge   | 28    | <b>Mantiene relación cónyuges</b>       | <b>16</b> | 57%        |
|   |       | Separación (ex cónyuges)                | 12        | 43%        |
| Ex Conviviente  | 19    | <b>Vuelve al vínculo (convivientes)</b> | <b>7</b>  | 37%        |
|   |       | Mantiene separación (ex convivientes)   | 12        | 63%        |
| Ex cónyuge  | 4     | Vuelve al vínculo (cónyuges)            | 0         | 0%         |
|   |       | Mantiene separación (ex cónyuges)       | 4         | 100%       |
| Padres hijo común   | 1     | Padres hijo en común                    | 1         | 100%       |

10 Cabe destacar que la relación vincular mantenida con el imputado al momento de la aplicación de la pauta de riesgo no necesariamente coincide con la mantenida al momento inmediatamente posterior a la denuncia, por el desfase en el tiempo entre un hito y otro.



Se destaca que en 39 casos, las parejas mantienen o han vuelto a la relación de convivencia o conyugalidad.

### 6.1.2. Edad de la víctima por tramo etáreo

**TABLA N°5 TRAMO ETÁREO DE LA VÍCTIMA**

| Tramo etáreo | N°        | %    |
|--------------|-----------|------|
| 18-29        | 32        | 35%  |
| 30-39        | 26        | 29%  |
| 40-49        | 25        | 27%  |
| 50-59        | 5         | 5%   |
| 60 y más     | 3         | 3%   |
| Total        | <b>91</b> | 100% |

En cuanto a la distribución por tramo etáreo, un 64% de las mujeres entrevistadas tienen menos de 39 años, un 27% entre 40 y 49 y sólo un 8% tienen más de 50 años. Si se considera que la muestra se acotó a aquellas mujeres que responden de manera negativa a la pregunta sobre su disposición a continuar con la denuncia, es posible que mayoritariamente se concentre en las mujeres jóvenes la disposición negativa a la continuidad del proceso penal y, por ende, la retractación. En este sentido sería relevante considerar si esta misma distribución etárea se presenta en aquellas mujeres que manifiestan su disposición a continuar con la denuncia. De ser así se podría señalar que son las denuncias las que se concentran en este grupo etáreo.

### 6.1.3. Ocupación de la víctima

La variable “Ocupación de la víctima” se estimó relevante también para la caracterización del fenómeno de la retractación, considerando que la dependencia económica ha sido descrita como una variable vinculada a la dificultad de las mujeres para poner término a relaciones de violencia; cuestión que también aparece como una variable de relevancia en la propia referencia de las víctimas entrevistadas. Al respecto se puede señalar que del total de mujeres entrevistadas que dan una respuesta negativa a la continuidad del proceso penal, considerada para este estudio un indicador temprano de retractación, un 57% desarrollan una labor remunerada, ya sea en el trabajo formal (49%) o informal (8%), por lo menos a la fecha de aplicación de la entrevista telefónica.

TABLA N°6 OCUPACIÓN

| Ocupación        | N°        | %    |
|------------------|-----------|------|
| Trabajo formal   | 45        | 49%  |
| Trabajo informal | 7         | 8%   |
| Dueña de Casa    | 36        | 40%  |
| Estudiante       | 2         | 2%   |
| Pensionada       | 1         | 1%   |
| Total            | <b>91</b> | 100% |

Cabe hacer la salvedad que si bien mantener un trabajo remunerado no necesariamente se vincula a independencia económica, estas cifras cobran relevancia en el análisis que se realizará posteriormente respecto de las referencias de las propias mujeres en cuanto a sus razones para desistirse de la denuncia o las que suponen en otras víctimas.

#### 6.1.4. Nivel educacional

TABLA N°7 NIVEL EDUCACIONAL

| Nivel                      | N°        | %           |
|----------------------------|-----------|-------------|
| Sin estudios               | 1         | 1%          |
| E. Básicos                 | 14        | 15%         |
| E. Medios                  | 62        | 69%         |
| E. Universitarios/Técnicos | 14        | 15%         |
| Total                      | <b>91</b> | <b>100%</b> |

Un 84 % de las mujeres entrevistadas tienen estudios medios o superiores. Esto permite señalar que un importante porcentaje de las víctimas que manifiestan su intención de desistirse de la continuación del proceso penal posee recursos educativos que les permiten desempeñarse en el ámbito laboral, lo cual, como se señaló en el punto anterior, la mayoría de ellas hace.

#### 6.1.5. Número de hijos con el imputado

Una variable de gran relevancia la constituye la existencia de hijos en común con el imputado. Al respecto, un 84% de las mujeres entrevistadas tiene uno o más hijos con el imputado. Lo anterior resulta relevante si se considera que una de las razones que las mujeres esgrimen para el desistimiento de las denuncias, es evitar sufrimiento a los hijos o evitar la separación de éstos y el padre, si continúan con el proceso penal.

**TABLA N°8 NÚMERO DE HIJOS CON EL IMPUTADO**

| N° de hijos con el imputado | N° | %   |
|-----------------------------|----|-----|
| 0                           | 14 | 15  |
| 1                           | 30 | 33  |
| 2                           | 25 | 27  |
| 3                           | 17 | 19  |
| 4                           | 4  | 4   |
| 5                           | 1  | 1   |
| Total                       | 91 | 100 |

Resulta significativo que aquellas mujeres que al momento de la entrevista para el estudio mantienen la relación (39 casos, Ver Tabla N°4), presentan uno o más hijos en común con el imputado.

## 6.2. Variables de caracterización correspondientes al proceso penal

### 6.2.1. Delito y nivel de riesgo

En cuanto al tipo de delito, como se aprecia en el Cuadro N°9 el porcentaje mayoritario de denuncias corresponde al delito de amenazas (40%), seguido por el delito de lesiones menos graves. Con respecto a la evaluación de riesgo realizada a través de la Pauta de Evaluación de Riesgo (Cuadro N°10), un 65% de los casos presenta un riesgo bajo y sólo un 2% un riesgo caracterizado como alto/vital.

**TABLAS N°9 DELITO Y N°10 NIVEL DE RIESGO**

| Delito                | N° | %    |
|-----------------------|----|------|
| Lesiones leves        | 17 | 19%  |
| Lesiones menos graves | 22 | 24%  |
| Amenazas              | 36 | 40%  |
| Maltrato habitual     | 16 | 18%  |
| Total                 | 91 | 100% |

| Nivel de riesgo                      | Total | %    |
|--------------------------------------|-------|------|
| Bajo                                 | 59    | 65%  |
| Medio                                | 16    | 18%  |
| Alto/Vital                           | 2     | 2%   |
| Sin Eval. (Víctima Rechaza Contacto) | 14    | 15%  |
| Total                                | 91    | 100% |

## 6.2.2. Tipos de término

TABLA N°11 TIPOS DE TÉRMINO

| Tipo de término    | N° | %    |
|--------------------|----|------|
| Salida no judicial | 76 | 84%  |
| Judicial           | 15 | 16%  |
| Total              | 91 | 100% |

A modo de hipótesis puede señalarse que la presencia de retractación o desistimiento de la víctima a través de la manifestación de la negativa a continuar en el proceso podría vincularse al alto porcentaje que se registra en las salidas no judiciales, que alcanza un 84%, puesto que la falta de motivación de la víctima puede constituir un factor que desmotiva la disposición a dar continuidad al proceso penal por parte del operador. Al respecto el porcentaje correspondiente a las salidas no judiciales en el total del país el año 2012<sup>11</sup>, para los delitos contemplados en el estudio, es de un 39%; cifra que difiere significativamente de la encontrada para la muestra en estudio, y que respaldaría la hipótesis formulada en cuanto a que, la decisión del/la fiscal se ve influenciada por la actitud y disposición de la víctima a la continuidad del proceso penal. Para comprobar esta hipótesis sería necesario realizar una comparación de estos resultados con los resultados de los casos que no ingresaron a la muestra, es decir, aquellas mujeres que responden positivamente en la Pauta de Evaluación a la continuación del proceso, información de contraste que se estima relevante de obtener con otro estudio o una profundización del actual (cuadros N°11, 12 y 13).

TABLA N°12: SALIDA NO JUDICIAL

| Salida no judicial        | N° | %    |
|---------------------------|----|------|
| Archivo provisional       | 54 | 71%  |
| Decisión de no perseverar | 17 | 22%  |
| Principio de oportunidad  | 5  | 7%   |
| Total                     | 76 | 100% |

TABLA N°13: SALIDA JUDICIAL

| Tipo término judicial                         | N° | %    |
|---|----|------|
| Sentencia definitiva condenatoria             | 3  | 20%  |
| Sentencia definitiva absolutoria              | 0  | 0%   |
| Sobreseimiento definitivo (causales art. 250) | 2  | 13%  |
| Suspensión condicional del procedimiento      | 3  | 20%  |
| Facultad de no iniciar investigación          | 7  | 47%  |
| Total   | 15 | 100% |

11 Se consideran los términos aplicados durante el año, independiente de la fecha de recepción.

Respecto a las causas con término judicial, en seis de los ocho casos<sup>12</sup>, se trata de mujeres con relación de convivencia con el imputado al momento de la aplicación de la Pauta de Riesgo de las cuales sólo dos continúan con la convivencia al momento de aplicación de la entrevista telefónica correspondiente al estudio. Los otros dos casos se trataban de relación de conyugalidad la que se interrumpe posteriormente, en uno, y de una ex convivencia que se mantiene como ex convivencia, en el otro.

Como aspectos comunes en la caracterización de los casos, si bien se trata de una muestra pequeña para formular conclusiones generalizables, se presentan dos constantes: por una parte en la mayoría de los casos (siete) se trataba del delito de lesiones, leves y menos graves, y, por otra, en seis de los ocho casos, de acuerdo a lo señalado por las entrevistadas, se realizó una entrevista presencial en la Fiscalía.

### 6.3. Retracción

Como se señaló anteriormente, para efectos de este estudio, retractación se definió en un sentido amplio como la modificación de los dichos de la denunciante, a través de la negación de la versión original de los hechos durante el transcurso de la investigación penal, la minimización significativa de su gravedad o la des-responsabilización del agresor, y/o como el desistimiento activo, a través de la manifestación del deseo de no continuar con el proceso, o pasivo, a través de la no concurrencia a citaciones, diligencias, audiencias y otras comparecencias en el proceso penal.

Para consignar la presencia o ausencia de retractación en cada caso de la muestra se incluyeron las siguientes preguntas en la encuesta telefónica:

- ¿Usted continuó su participación en el proceso hasta el final de éste?, ¿Por qué?

El resultado a partir de las respuestas obtenidas a estas preguntas se grafica en la siguiente tabla:

**TABLA N°14: PRESENCIA/AUSENCIA RETRACTACIÓN**

| <b>Retractación</b> | <b>N°</b> | <b>%</b> |
|---------------------|-----------|----------|
| Presencia           | 89        | 98%      |
| Ausencia            | 2         | 2%       |
| <b>Total</b>        | 91        | 100%     |

12 No se consideran las causas terminadas por Facultad de No Iniciar Investigación.

De esta manera se puede señalar que en un 98% de los casos la respuesta de las mujeres puede ser clasificada como retractatoria al representar alguna de las posibilidades descritas para la consideración de la presencia del fenómeno, tal como se grafica en la siguiente tabla:

**TABLA N°15: TIPO DE RETRACTACIÓN**

| <b>Tipo de Retracción</b>           | <b>N°</b> | <b>%</b>    |
|-------------------------------------|-----------|-------------|
| Negación de la versión original     | 1         | 1%          |
| Retiro, desistimiento, inasistencia | 88        | 97%         |
| No corresponde a retractación       | 2         | 2%          |
| <b>Total</b>                        | <b>91</b> | <b>100%</b> |

Cabe señalar como un hallazgo de relevancia que, si bien en general se señala que la retractación en violencia intrafamiliar se manifiesta como una modificación en la versión inicial de la mujer entregada al momento de la denuncia, en la gran mayoría de los casos correspondientes a la muestra, esta retractación se manifiesta sólo como un desistimiento a la continuación del proceso penal más que como un cambio en la versión original sobre la ocurrencia y características de los hechos.

En cuanto a las razones para la retractación, se realizó una clasificación de lo expresado por las mujeres como motivación para el desistimiento, generándose las siguientes categorías según orden de relevancia en su aparición:

- Mejoría en la relación, reconciliación, percepción de cambio conductual, acuerdo (27 referencias).
- Separación/ruptura en la relación/expulsión (14 referencias).
- Falta de tiempo, burocracia y demora del proceso (13 referencias).
- Minimización de la gravedad del hecho (“fue un forcejeo”, “él no es un maltratador”) (11 referencias).
- Por evitar daño al imputado (no perjudicarlo) (10 referencias).
- Des-responsabilización del imputado (por ej. alcohol, necesidad de tratamiento) (8 referencias).
- Temor (5 referencias).
- Por evitar sufrimiento a los hijos (4 referencias).
- Falta de apoyo posterior a la denuncia, dependencia económica (4 referencias).
- Vergüenza (2 referencias).

Cabe señalar en este punto que se registra un hallazgo importante al analizar los resultados de la respuesta a la siguiente pregunta del cuestionario:

- ¿Qué razones cree usted que llevan a una persona, por quien se inicia una investigación por violencia intrafamiliar, a no querer continuar con el proceso de investigación/judicial?

Esta pregunta tiene el valor de obtener una respuesta menos influenciada por la deseabilidad social puesto que la proyección de un pensamiento o conducta en otra persona permitiría disminuir en las entrevistadas eventuales defensas que surjan para el resguardo de su autoimagen y la imagen proyectada.

Los resultados de esta aplicación son los siguientes:

- Temor/falta de protección (56 referencias).
- Falta de apoyo posterior a la denuncia, dependencia económica (21 referencias).
- Falta de tiempo, burocracia y demora del proceso (12 referencias).
- Por evitar sufrimiento a los hijos (10 referencias).
- Manipulación del agresor/pide perdón y le vuelven a creer (9 referencias).

Resulta significativa la irrupción del temor como un elemento a la base de la retractación y el desistimiento, así como la dependencia económica; factores que tienen una escasa representación al consultarles directamente por su experiencia. Así también se señala la baja autoestima en las mujeres como un contenido vinculado al desistimiento, el que si bien no presenta una frecuencia significativa de aparición es importante tener en cuenta para la formulación de una intervención que pudiera considerar la derivación a atención psicológica. Finalmente el amor a la pareja también es mencionado como un factor vinculado a la retractación.

## 7. Síntesis y sugerencias para la investigación y la protección

- La presencia de retractación o desistimiento de la víctima podría ser un factor vinculado al alto porcentaje de salidas no judiciales, que alcanza un 84%, puesto que la falta de motivación de la víctima puede constituir una variable que disminuye las posibilidades de dar continuidad al proceso por parte de la Fiscalía, desincentivando la persecución penal.
- A este respecto es útil continuar investigando el fenómeno de la retractación y asociar la respuesta de la víctima con el tipo de término procesal. Para el caso del presente estudio, la intención explícita de la víctima de NO continuar con la denuncia incide de manera significativa en la salida no judicial o término facultativo con que se cierran los casos.
- Cabe señalar que, si bien no se puede generalizar una conclusión, constituye un indicio el que en seis de los ocho casos con salida judicial, de

acuerdo a lo señalado por las entrevistadas, se realizó una entrevista presencial en la Fiscalía. Puede hipotetizarse al respecto que el contacto personal, si bien puede no necesariamente incidir de manera significativa en la disposición de las víctimas al proceso penal, puede reforzar el convencimiento del fiscal respecto de la necesidad de la intervención judicial en el enfrentamiento del delito.

- El nivel de riesgo evaluado tendría una incidencia relativa en la retractación de la víctima, ya que en un 65% de la muestra el resultado es bajo, lo que podría implicar que la víctima estuviera proclive al retiro de la denuncia o desistimiento por el hecho de que no se percibe o se minimiza la gravedad del episodio.
- Si bien la mayoría de las mujeres entrevistadas señalan que a la base de su desistimiento se encuentran la mejoría en la relación de pareja, la percepción de un cambio conductual por parte del imputado o derechamente la separación o ruptura en la relación, así como la falta de tiempo, burocracia y demora del proceso, cuando se les consulta por las razones por las que otras mujeres se desisten, con una frecuencia muy significativa aluden al temor y la dependencia económica como factores asociados a la retractación. La relevancia de estos factores en el discurso de las mujeres lleva a destacar la importancia de la existencia de medios de protección efectivos, así como la generación de instancias para el fortalecimiento de los recursos con los que pueden disponer en forma posterior a una denuncia, como estrategias que, a partir de la seguridad de las víctimas, puedan contribuir a un abordaje más exitoso de esta problemática.
- En este sentido, los resultados del presente estudio sobre retractación y respuesta negativa de la víctima a continuar con la denuncia implicaría que para la víctima *la solución* que propone el sistema penal (redefiniendo el conflicto familiar en un conflicto jurídico) no responde necesariamente a sus expectativas y demandas. Las expectativas de la víctima no serían resueltas por el accionar clásico del sistema penal, puesto que sus intereses al hacer la denuncia puede que estén lejos del alcance del sistema penal. La sola persecución penal al agresor no parecería ser la expectativa prioritaria de la denunciante, ni tampoco la implementación de acciones percibidas como perjudiciales para el denunciado. Retirar la denuncia, entonces, sería la respuesta frente a un reclamo no satisfecho con la intervención del sistema penal (al momento de la denuncia) al encontrarse con un proceso judicial público que no atendería sus necesidades especiales de protección, económicas y de apoyo.
- Finalmente resulta relevante considerar, para un estudio posterior, la metodología de grupo control, es decir, trabajar simultáneamente el análisis de una muestra de mujeres que manifesten positivamente su deseo de continuar con la denuncia de manera de evaluar, frente a esta disposición de la víctima, la respuesta del sistema judicial en términos de protección y persecución.



## ANEXO N°1: FICHA DE CARACTERIZACIÓN ESTUDIO DE RETRACTACIÓN

|  |                |  |                |                                      |  |
|--|----------------|--|----------------|--------------------------------------|--|
| N° Caso  | Fecha denuncia | Edad   |                | Ocupación                            |  |
| Nivel Educativo  |                | Sin estudios   | Básicos        |                                      |  |
|  |                | Medios   | Universitarios |                                      |  |
| N° de hijos  |                | N° de hijos en común con imputado  |                |                                      |  |
| Delito   |                | Lesiones   |                |                                      |  |
|  |                | Amenazas   |                |                                      |  |
|  |                | Desacato   |                |                                      |  |
|  |                | Maltrato habitual  |                |                                      |  |
|  |                | Otros  |                |                                      |  |
| Vínculo con el imputado                                |                | Cónyuge  |                |                                      |  |
|  |                | Conviviente  |                |                                      |  |
|  |                | Ex – cónyuge   |                |                                      |  |
|  |                | Ex – conviviente   |                |                                      |  |
|  |                | Padres hijo en común   |                |                                      |  |
| Nivel de riesgo  |                | Vital/alto   | Medio          | Bajo                                 |  |
| ¿Quién realiza la denuncia?                            |                | La propia víctima  |                | Un familiar                          |  |
|  |                | Otro   |                | Flagrancia                           |  |
| Diligencias realizadas con participación de la víctima |                |  |                |                                      |  |
| Término procesal                                       |                | Término Judicial   |                | Sentencia Condenatoria               |  |
|  |                |  |                | Sentencia Absolutoria                |  |
|  |                |  |                | Suspensión Condicional               |  |
|  |                |  |                | Acuerdo Reparatorio                  |  |
|  |                |  |                | Sobreseimiento Definitivo o Temporal |  |
|  |                | Término Facultativo  |                | Archivo Provisional                  |  |
|  |                |  |                | Principio de Oportunidad             |  |
| Facultad de no inicio                                  |                |  |                |                                      |  |
| Retractación   | Presencia      |  | Ausencia       |                                      |  |
| Tipo de retractación                                   |                | Negativa de la víctima a declarar  |                |                                      |  |
|  |                | Modificación del testimonio en el proceso y audiencias                       |                |                                      |  |
|  |                | Retiro, desistimiento de la denuncia, inasistencias                          |                |                                      |  |
|  |                | Minimización de la gravedad de los hechos/des-responsabilización del agresor |                |                                      |  |
| Motivos a la base de la retractación                   |                |  |                |                                      |  |

## ANEXO N°2: ENCUESTA TELEFÓNICA

N° de caso:

Fecha:

*Buenos días Sra./Srta. \_\_\_\_\_, Mi nombre es \_\_\_\_\_, de la Fiscalía y la estoy llamando porque estamos realizando un estudio sobre violencia intrafamiliar para mejorar nuestra atención. ¿Puedo hacerle algunas preguntas sobre lo que sucedió en su caso?*

*Se mantendrá el resguardo de su identidad, y la confidencialidad de la información que me entregue, salvo que usted esté en alguna situación de riesgo actual.*

Otorga Consentimiento: \_\_\_\_\_ SÍ \_\_\_\_\_ NO

- 1) ¿Qué edad tiene usted? \_\_\_\_\_
- 2) ¿Cuál es su ocupación? \_\_\_\_\_
- 3) ¿Qué estudios cursó? \_\_\_\_\_
- 4) ¿Tiene hijos? \_\_\_\_\_ ¿Cuántos? \_\_\_\_\_
- 5) ¿Tiene hijos en común con la persona denunciada? \_\_\_\_\_ ¿Cuántos? \_\_\_\_\_
- 6) ¿Cuál es su relación actual con la persona denunciada? \_\_\_\_\_
- 7) Indíqueme quién realizó la denuncia en su caso \_\_\_\_\_
- 8) Indíqueme en qué diligencias/actividades participó usted por indicación de la Fiscalía luego de la denuncia \_\_\_\_\_
- 9) ¿Usted continuó su participación en el proceso hasta el final de éste? \_\_\_\_\_
- 10) ¿Por qué? \_\_\_\_\_
- 11) ¿Qué razones cree usted que llevan a una persona, por quien se inicia una investigación por violencia intrafamiliar, a no querer continuar con el proceso de investigación/judicial? \_\_\_\_\_

*Hemos finalizado. ¿Tiene alguna pregunta que me quiera realizar? \_\_\_\_\_*



## COMENTARIO AL FALLO DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE TALCA QUE CONDENA A IMPUTADO FONOAUDIÓLOGO, COMO AUTOR DE VIOLACIÓN IMPROPIA, CON LA AGRAVANTE DEL ART. 368 DEL CÓDIGO PENAL

Marcela Moreno Ríos<sup>1</sup>

### Introducción

La relevancia del fallo en comento, dice relación con el aporte que éste puede significar en la persecución penal de delitos sexuales con víctimas menores de edad, cuya dificultad implica un desafío mayor en la obtención de medios de prueba para acreditar el hecho punible y la participación. En efecto, se afirma –con bastante asidero jurisprudencial– que en este tipo de delitos –en que no existen generalmente testigos presenciales– es de vital importancia el relato de la víctima<sup>2</sup>. Así las cosas, día a día se debe lidiar con el relato de niños pequeños, los que, por razones obvias, no siempre son lo suficientemente precisos y detallados, resultando necesario reforzar su relato con otros medios de prueba. No obstante ello, la falta de precisión en las declaraciones de los menores conlleva muchas veces a absoluciones o a la calificación de eventos reiterados como delito continuado<sup>3</sup>, como ocurrió en este caso, en que el Ministerio Público dedujo acusación por reiteración de delitos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

### Antecedentes

En el año 2005 el imputado Wladimir Leonardo Díaz Carmona se desempeñaba como fonoaudiólogo en la Escuela de Lenguaje X, de Talca. A partir

- 1 Abogada asesora Fiscalía Regional VII Región del Maule, Ministerio Público.
- 2 Ejemplos recientes de víctimas cuyo relato fue fundamental para fundar una decisión condenatoria se pueden encontrar en los siguientes fallos: Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 16 de agosto de 2013, RUC N°1100040142-2, RIT N°30-2013, considerando 10°; Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 3 de diciembre de 2013, RUC N°1000996628-0, RIT N°107-2013, considerando 6°; y Tribunal en lo Penal de Linares, 24 de julio de 2013, RUC N°1200328927-1, RIT N°54-2013, considerando 9°. Por otro lado, un caso de víctima retractada en el mismo juicio oral –debido a lo cual se dicta fallo absolutorio– del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 30 de julio de 2012, RUC N°1100558490-8, RIT N°51-2012, considerando sexto.
- 3 Sobre el tema: GUZMÁN VALENZUELA, Karen. “Indeterminación temporal fáctica de la acusación, derecho a la defensa y hallazgos científicos en la investigación de los procesos de memoria en niños y niñas víctimas de delitos sexuales”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°56, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 131-144.

de octubre de ese año, se efectúan una serie de denuncias en su contra, por supuestos abusos sexuales y violación perpetrados en contra de cinco alumnos de esta escuela, cuyas edades bordeaban los cuatro años; todos ellos con problemas de lenguaje. Estas denuncias dan origen a la causa RUC 0500517208-1, en la cual se dedujo acusación, realizándose el juicio oral en noviembre de 2010.

Con fecha 15 de noviembre de 2010, la Segunda Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Talca absuelve al imputado de todos los delitos por los cuales el Ministerio Público acusó, es decir, por un delito de violación impropia y cinco delitos de abuso sexual impropio, cometidos en contra de cinco menores<sup>4</sup>. Al respecto, el fallo refiere en su considerando décimo: *“Cabe consignar, que en todos los casos anteriores, la develación no fue espontánea y más bien sugerida. En los casos de XX y XX, no refieren hechos abusivos con connotación sexual.*

*En lo referente a los informes psicológicos, se establece una relación causal entre los síntomas que se encuentran en los niños y los hechos con connotación sexual denunciados; lo que según la doctora en psicología Macurán, científicamente no es soportable. Como tampoco, que los informes periciales de naturaleza clínica, sean efectuados por los tratantes, en términos de procedimiento, los inhabilitan, ya que está demostrado que los psicólogos tiende a ver más de lo que hay. También sostiene que de acuerdo a la metodología, con los instrumentos utilizados, no se podía arribar a una conclusión forense, y siendo así no hay relato”<sup>5</sup>.*

El caso que nos convoca dice relación con una sexta denuncia interpuesta en contra del mismo imputado, por hechos constitutivos de abuso sexual impropio y violación impropia perpetrados en contra de XXXX., y que a la fecha de ocurrencia de los hechos (2005) tenía cerca de 3 años de edad.

Los hechos ocurren de manera similar a los anteriores, en el contexto de la atención que, como fonoaudiólogo, prestaba el imputado al afectado en la Escuela de Lenguaje X durante el año 2005. Tales hechos dieron origen a la causa RUC N°0901072200-1, RIT N°57-2013 del Tribunal Oral en lo Penal de Talca y cuyo fallo, dictado por la Segunda Sala de dicho Tribunal<sup>6</sup>, de fecha 24 de noviembre de 2013 resuelve condenar por mayoría<sup>7</sup> al acusado Wladi-

4 Cabe hacer presente que ninguno de los menores fueron presentados a declarar en el juicio oral realizado el año 2010.

5 Tribunal Oral en lo Penal de Talca, 5 de noviembre de 2010, RUC N°0500517208-1, RIT N°142-2009.

6 Segunda Sala integrada por los jueces Jeannette Valdés Suazo, Gretchen Demandes Wolf y Cecilia Díaz Arrué.

7 Segunda Sala, cuyo voto de mayoría fueron las Magistrados Gretchen Demandes Wolf y Jeanette Valdés Suazo, en tanto la Magistrado Cecilia Díaz Arrué, estuvo por absolver.

mir Leonardo Díaz Carmona como autor del delito continuado<sup>8</sup> de violación de una persona menor de 14 años, en menoscabo de XXXX, a la pena de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

### **Credibilidad del relato, e importancia de los “testigos de oídas”**

En este aspecto, al valorar la prueba rendida en juicio, los jueces de mayoría hacen un análisis del relato del menor desde dos perspectivas:

1°.- Apreciando de manera directa la declaración prestada por el afectado en el juicio oral. En este sentido se destaca del fallo la relevancia otorgada al testimonio de la víctima en juicio, pues se pone especial énfasis en las características especiales de ésta, lo que le dificultaba aún más la posibilidad de comunicarse. Ello queda plasmado en el considerando octavo del fallo, de la siguiente manera:

*“Que tal como se ha señalado en el motivo precedente, estos sentenciadores estiman que los hechos de la acusación se probaron con los dichos del **ofendido**, cuyo relato fue consistente en lo medular, coherente con las versiones entregadas anteriormente y además convincente atendida las especiales condiciones que tiene el menor”.*

En cuanto a los hechos, el niño da cuenta en su declaración que: *“A su mamá le cuenta las cosas que le pasan.- Le contó lo que le ocurrió con el tío cuando estuvo en la primera escuela.- Le metió el “penecito” en la boca dos veces y en el potito tres veces.- Eso ocurría en el patio.- No había ningún niño, sólo el tío y él.- El resto de los niños estaba en clases.- También le pasó a otros niños, a un niño llamado X y también le pasó a una niña que le pegó en el potito, pero ella tenía ropa.- El colegio tenía afuera un caballo pintado y adentro había una escuela chica, pero parecía*

8 Lo anterior, toda vez que se estimó por los jueces de mayoría que *“Si bien se estableció que el acusado penetró a la víctima, en más de una oportunidad; no se pudo determinar la fecha en que ocurrió cada uno de los eventos; de manera que, en opinión de estas jueces de mayoría, tales conductas deben ser consideradas como un solo hecho punible, lo que en doctrina se conoce como delito continuado, toda vez que se reúnen en la especie las exigencias que ésta precisa para su configuración. A saber, existen varias acciones que, aisladamente consideradas, cada una conforma un delito; además, la norma jurídica transgredida es la misma, esto es, el artículo 362 del Código Penal, existe también unidad de sujeto tanto activo como pasivo; y la afectación de un mismo bien jurídico protegido, como es la indemnidad sexual, que si bien tendría el carácter de personal, por tratarse de un mismo sujeto pasivo como titular de él, hace aceptable la existencia de continuidad. Asimismo, los hechos se desarrollaron en un contexto y entorno similar, bajo una misma modalidad de acción y separados en el tiempo entre uno y otro. Por último, en el plano subjetivo, el accionar del agente ha respondido a una igual motivación, en cada uno de los episodios, como es el ánimo libidinoso dirigido al mismo menor”.* Considerando noveno del fallo en comentario.

*grande y tenía una reja con monitos.- Había una sala de clases.- Parece que se llamaba tío “Wladi”, no recuerda donde trabajaba él.- El “penecito” es una parte íntima y con ésa le hizo algo en el cuerpo de él, en el potito y en la boca.- Le bajó los pantalones y los sleep.- Esto se lo contó a la mamá cuando estaba en primero”.* (considerando octavo).

En el caso en cuestión, la tesis de la defensa (a cargo del mismo abogado que tomó la defensa técnica en el juicio anterior) consistía en una supuesta “implantación” del contenido del relato del menor por parte de la madre, lo que según éste queda ratificado por los propios dichos del niño en estrados; teoría que fue descartada por los jueces quienes sostuvieron al respecto que: *“De otra parte, resulta relevante considerar la forma en que el menor ha entregado su relato, incluso, como ocurrió con el otorgado en estrados, ingenuamente, lo cual está acorde a sus escasos años y a su especial condición intelectual de pertenecer a la categoría de limítrofe, al punto de reconocer que su madre le ayudaba a recordar cuando se le olvidaba el nombre del tío y el lugar donde acontecieron los hechos, como ocurrió, el día anterior al juicio, quien debió explicarle a qué venía, situación que se produjo en más de una ocasión, dado que la audiencia fue suspendida en otra época previa, por ardid del acusado, puesto que se quedó sin abogado al revocarle el patrocinio y poder al que tenía, para luego otorgárselo al mismo profesional.”* (considerando octavo).

2°.- Por otro lado, el relato del menor es apreciado de manera indirecta, a través de los testigos de oídas, —a quienes la víctima les contó lo ocurrido— otorgándole a éstos gran importancia a la hora de efectuar la valoración de los medios de prueba. En este contexto, se presentaron tanto a los testigos de la develación<sup>9</sup>, como también a los profesionales que en el curso de la investigación dieron atención a la víctima, quienes depusieron en su calidad de testigos expertos.

En el mismo considerando octavo se realiza el análisis de estos testimonios, los que, valorados y contrastados entre sí, ayudan a reforzar el testimonio del

9 El Diccionario de la Lengua Española (DRAE) define el término “develación” como “Acción de descorder el velo que cubre una estatua, un retrato o una inscripción en una ceremonia inaugural”, (en línea [www.rae.es](http://www.rae.es)) utilizándose este término a modo de metáfora, por la dinámica de ocurrencia de este tipo de delitos, al quedar al descubierto el hecho abusivo, el que hasta ese momento se encontraba oculto, secreto (bajo un velo). La forma en que se descubre este secreto puede ser de manera accidental, es decir, cuando la víctima no tiene el propósito de que se descubra, pero por circunstancias ajenas a su voluntad se toma conocimiento de él (como es el caso del fallo analizado), o bien de manera directa cuando si existe este propósito, y la víctima se lo cuenta directamente a terceros. Este evento puede producirse inmediatamente ocurrido el hecho, o de manera tardía luego de haber transcurrido un lapso de tiempo, el que puede llegar a ser días, meses o años después del mismo.

afectado, fundamentalmente por la concordancia y mantención de su versión en el transcurso del tiempo:

*“Llama la atención la concordancia que existe entre los relatos que el menor **XXXX** entregó a los distintos profesionales que lo atendieron antes del juicio, con el que dio en estrados, el que, a pesar de ser breve y conciso, se ha mantenido en el tiempo en lo medular, tanto respecto a la descripción de las acciones que el acusado, realizó con él, como ser besos en la boca y en el pene e introducción del miembro viril en su ano y boca, como también respecto a las veces que ello aconteció, ya que nunca ha señalado que fuera en una sola ocasión, sino que siempre ha hecho referencia a un número mayor; asimismo, sólo ha sindicado a un único agresor, al que denomina tío “Wladi.”*

Los mismos testigos dieron cuenta de manera pormenorizada sobre cada una de las narraciones de la víctima, aportando detalles sobre las características del lugar, y época de ocurrencia, e incluso sobre la participación del imputado, elementos que analizados en conjunto, otorgaron coherencia al relato del menor, descartando de manera categórica la tesis de la “inducción” o “sugestión”:

*“Refuerza el relato la circunstancia de que en algunas narraciones aportara detalles que irredargüiblemente llevan a la convicción de que el autor de los actos abusivos era el fonoaudiólogo del colegio donde estuvo primero, al indicar que en la sala había espejos y juguetes, elementos utilizados en el ejercicio de esa profesión, como se lo indicó a la psicóloga **Cancino Correa** que lo atendió en forma particular por la agresividad, enuresis y encopresis que lo afectaba, a mediados del año 2010, y a quien le develó los hechos en forma espontánea y similar a la entregada en estrados. – Tampoco es posible que el niño se aprendiera el relato o incorporara como suyo lo que le habría ocurrido a su amigo “X”, pues fue claro en explicar que el tío “Wladi” le quiso hacer lo mismo, pero el “X” salió corriendo, en consecuencia, él nada vio; como tampoco es similar la situación que describió respecto a una niña en la cual el tío le habría tocado el “poto”. – El menor dio razón de sus dichos, como sucedió por ejemplo cuando explicó que también los abusos los cometía en la sala, pues él era el último en salir o cuando señaló que le vio el pene al tío cuando se lo metió en la boca.-(...)”*  
*“Así las cosas, lo narrado por el menor, en un primer momento, se ha mantenido incólume en el tiempo, en sus aspectos esenciales, es decir, en cuanto a la forma de la agresión, lugar en que se produjo y persona del agresor; y, si bien estos sucesos ocurrieron cuando tenía muy corta edad, la psicóloga **María Jesús Abasolo Valderrama** señaló que al efectuarle el test de inteligencia, comprobó que se encontraba en la categoría de limítrofe y que tenía dificultades en la memoria de largo plazo para cosas cotidianas, aclarando que eventos traumáticos como éste quedan en la memoria de la persona y es posible recordarlos. En consecuencia, las mismas dificultades intelectuales del menor, se contraponen con la posibilidad de falsear una situación y mantenerla en el tiempo.” (considerando octavo).*



## Importancia del contexto en que se produce la develación

En cuanto a la develación, ésta fue considerada por los sentenciadores como “**igualmente relevante**” que el relato del propio menor, pues a través de ésta se logra formar convicción, y descartar una a una las argumentaciones de la defensa. En cuanto al contexto, los sentenciadores se hacen cargo de los acontecimientos ocurridos con anterioridad a la denuncia efectuada por los padres, tanto en lo referente a los cambios conductuales presentados por el afectado, como también a la actitud de los propios padres, una vez que se toma conocimiento de la primera denuncia. Lo anterior queda plasmado en la sentencia de la siguiente manera: *“Al efecto, se debe tener en consideración que, conforme a la prueba rendida en la audiencia, se estableció que en el año 2005, se realizó la primera denuncia por abuso sexual en contra del acusado Díaz Carmona, respecto de otros menores, mientras éste se desempeñaba como fonoaudiólogo en el colegio “X”, donde también asistía el ofendido de marras; circunstancia que fue comunicada en reunión a los padres y apoderados de los alumnos de dicho establecimiento. En ese contexto, los padres de XX, optaron por llevarlo donde un psicólogo para que lo evaluara a fin de descartar o no la posibilidad de que hubiese sido objeto de abuso sexual, teniendo en cuenta, además, **que había tenido una regresión en el control de esfínteres y pesadillas nocturnas**, quedándose tranquilos cuando el profesional le informó a la madre que eso era explicable porque el niño era muy regalón. Frente a esta situación y para evitar cualquier problema, optaron por sacar al menor del establecimiento educacional, sin tener ningún tipo de inconveniente con las sostenedoras del mismo, al punto que éstas lo visitaron en su domicilio, pidiendo que intercedieran con los demás apoderados para bajar el perfil de la situación y/o los ánimos, en pos de su proyecto educativo. Con posterioridad, la familia de XX continuó su vida dejando atrás lo sucedido en la escuela “X.”, estimando como algo normal la regresión de aquél en el control de esfínteres, por las razones dadas por el psicólogo, ingresando a XX al colegio Y unos años después y el 2009, se incorporó a primer año básico en la escuela X.- En esta etapa escolar, su profesora jefe doña Clara Rosa Jaque Riquelme notó que el menor era demasiado retraído, no quería salir a recreo como los demás niños y era acompañado por otro menor al baño, porque se hacía “caquita”, conforme le señalaron sus padres, lo que motivó que derivara al menor a la psicóloga del establecimiento doña María José Palomino Iceta.- **En este contexto, luego de algunas sesiones para tratar las conductas de XX observadas por la profesora y la propia psicóloga en clase, sin tener conocimiento de lo sucedido en la escuela “X” en el año 2005, es que se produce la develación**, puesto que el menor le cuenta a la referida profesional que el tío fonoaudiólogo del colegio anterior al que estuvo antes (que corresponde a X.), lo obligaba a darle besos en la boca y en el pene y le metía el pene por el ano, lo que de la daba asco y vomitaba. Frente a esto, la profesional hizo lo que correspondía en ese momento, que fue comunicar la situación a los padres y a la Directora del establecimiento, a fin de que se hiciera la denuncia respectiva, si era el caso, lo que realizaron los padres de manera inmediata; especificando dicha profesional que estos últimos no podían creerlo, hasta*

que el niño se lo dijo a su madre”. Así se descarta la tesis de la “manipulación” de los padres, y la existencia de una supuesta ganancia secundaria, “...por el contrario, esta develación ha revictimizado a XX, dado que ha debido ser evaluado por diversos profesionales...”, como también se descarta una supuesta “animadversión” de parte de la madre hacia el imputado.

### Valoración de las metapericias de la defensa

La defensa presentó a declarar como peritos a la psicóloga Greter Macurán Nodarse, y al médico legista Leonardo González Wilhem. Ambos profesionales basaron sus informes únicamente en copias obtenidas de la carpeta de investigación. La primera de ellos, Macurán Nodarse, declara al tenor de “pericia” efectuada al informe realizado por la psicóloga María José Palominos, a quien el niño efectúa por primera vez la develación. El Tribunal, en su voto de mayoría resta valor a todas sus aseveraciones y señala que: “...no se ha observado alguna falta a la ética y ejercicio profesional, en el actuar de la psicóloga María José Palomino Iceta, como tampoco se vislumbra que haya excedido su actuar y entrado en el campo forense, como lo representa la perito de la defensa Greter Macurán Nodarse, puesto que hizo precisamente lo que ella señaló, informó a quienes correspondía para que se siguiera el proceso respectivo y, en ningún caso, realizó una evaluación de credibilidad de relato. Tampoco hubo forzamiento o inducción por parte de esa profesional, ya que ella se limitó a decirle a X que le contara a sus padres, lo que a ella le había señalado anteriormente.- Es falso que la psicóloga asumiera roles que no le correspondían o se extralimitara en su función, como aseveró la psicóloga Greter Macurán, pues hizo lo que tenía que hacer.- En efecto, se remitió a aplicar los test respectivos para averiguar sobre los trastornos que el niño presentaba en clases, según lo informado por la profesora jefe y, en ese contexto, tuvo conocimiento de los hechos, los que informó a los padres, para que ellos tomaran las medidas correspondientes, pero en ningún caso hizo un análisis de la credibilidad del relato o evaluó el daño emocional” (considerando octavo).

En cuanto al segundo profesional, González Wilhem, éste pierde credibilidad frente a los jueces de mayoría, quienes toman en consideración las falencias en la metodología empleada para efectuar su análisis, y la poca rigurosidad que tuvo en la elaboración de su informe. En efecto, su declaración decía relación con el estudio de todos los antecedentes de la causa –ya que es frecuente que este profesional se pronuncie no solamente sobre aspectos de medicina legal, sino que además realice análisis sobre credibilidad del relato, proponiendo, incluso, teorías alternativas–. En relación a ello se concluye que: “Respecto de la referencia efectuada por el perito de la defensa **Leonardo Andrés González Wilhelm**, al informe que habría evacuado el médico legista Rosmanich, en orden a que XXXX tenía el tono del esfínter anal normal, al parecer de estas juezas de mayoría, no es posible dar por cierto todo lo señalado por aquél en el juicio, dado que reconoció que sólo contó con fotocopias simples de los antecedentes que el acusado le

*proporcionó, que correspondía sólo a algunas piezas de la carpeta investigatoria, de manera que no consta la integridad de los mismos;” (...) “De otro lado, el propio doctor González señaló que podrían no quedar lesiones visibles en la zona anal, por las características de la misma y que podrían sanar en unos 11 días, quien además, tenía el convencimiento que los hechos habían ocurrido en el año 2008, desconociendo que éstos acontecieron en el 2005, pues pensaba que habían acontecido en fecha reciente a la denuncia (2009); y que la encopresis podía deberse a un retraso mental, aludiendo a la evaluación de la psicóloga Abásolo, en circunstancias que ella dijo que presentaba una inteligencia límite; todo lo cual, también resta validez a su pericia, pues se basa en datos erróneos”. En cuanto a los cambios conductuales que presenta la víctima, González Wilhem habla de una supuesta “encopresis primaria”<sup>10</sup>, cuyo origen no tenía relación con los hechos abusivos, lo que fue descartado por el Tribunal: “...ya que, tanto la **madre como el padre**, a los que se le presta plena credibilidad, dijeron que en ese entonces sólo se le ponía pañales en la noche a XX, por precaución, y que después tuvo una regresión que fue uno de los motivos de su consulta al psicólogo Marcos Palma. En consecuencia, **se trató de una encopresis secundaria y coetánea a la época de los hechos**, lo que las psicólogas Zamora Tozt, Cancino Correa y la propia Greter Macurán señalaron que podía estar asociada a un evento traumático, pero que en ningún caso era indicador exclusivo de ello, sin embargo, en la especie, la diferencia la hace el relato del menor, como indicó la psicóloga Cancino”.*

### **Procedencia de la agravante del artículo 368 del Código Penal; recurso de nulidad de la Defensa**

El fallo en cuestión hace aplicable la agravante prevista en el artículo 368 del Código Penal: “...por cuanto se estableció que trabajaba como fonoaudiólogo en el colegio donde se perpetraron los hechos y que en tal calidad enseñaba a los niños con trastornos de lenguaje, entre ellos el ofendido” (considerando duodécimo).

La defensa por su parte, recurrió de nulidad, esgrimiendo como una de las causales del recurso la prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por considerar que en el fallo se efectúa una errónea aplicación del derecho de esta circunstancia agravante especial pues, en su opinión, el Tribunal debió realizar una interpretación restrictiva de la norma. Su argumento se fundamenta en que, a su juicio, los sentenciadores ubican erróneamente

10 La American Psychiatric Association, en su Guía de Consulta de los Criterios Diagnósticos del DSM-5, define la “encopresis” como “La excreción repetida de heces en lugares inapropiados (por ejemplo, en la ropa, en el suelo), ya sea involuntaria o voluntaria” cuyo origen “no se puede atribuir a los efectos fisiológicos de una sustancia (p. ejemplo, laxantes) u otra afección médica excepto por un mecanismo relacionado con el estreñimiento”.

al fonoaudiólogo en cuestión en posición de docente, o labores pedagógicas, única forma de hacer aplicable la agravante en cuestión<sup>11</sup>.

En el recurso interpuesto, la defensa cita al autor Luis Rodríguez Collao, quien sostiene al respecto que: *“El fundamento de esta agravante, como fluye claramente de su texto, es el hecho de encontrarse el autor en una posición más ventajosa para la ejecución del delito, en razón de que existe un vínculo –jurídico o moral– que lo une a la víctima y que deja a ésta en una relación de dependencia respecto de aquél. Para la configuración de esta agravante no basta con que el autor esté investido de algunas de las cualidades que la norma menciona, sino que además el sujeto pasivo del delito, se halle efectivamente sujeto a la autoridad que aquellas confieren”*<sup>12</sup>.

No obstante, creemos que esta interpretación del citado autor, no restringe la aplicación de la norma sólo a profesionales docentes, como pretendía sostener la defensa, y así lo entendió la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, la que fallando el recurso interpuesto, señala que: *“Al respecto, en opinión de esta Corte, para la pertinencia de la señalada agravante no constituye un requisito indispensable que el autor esté investido de alguna de las cualidades que la norma menciona, sino que el sujeto pasivo del delito debe hallarse efectivamente sujeto a su autoridad, en una suerte de dependencia jurídica o moral”*(...). Y agrega el fallo: *“Que en cuanto a esta causal, resulta a lo menos discutible, que para configurar la agravante deba existir necesariamente entre el acusado y el ofendido una relación de dependencia o que éste hubiese abusado de su autoridad o la confianza depositada*

11 El defensor privado que estuvo a cargo de la defensa técnica del acusado, argumenta en el recurso de nulidad que “En el caso que nos ocupa debe establecerse ab initio un grueso error conceptual del voto condenatorio al ubicar la labor del fonoaudiólogo en posición de docente, es decir en el ámbito pedagógico, única forma de explicar la aplicación de la agravante, en circunstancias que el ámbito al que pertenece etiológica y jurídicamente es el clínico. En efecto, tal como se desprende de la declaración del propio acusado y de la sostenedora del colegio, y que no fue refutado de manera alguna en el juicio por prueba ni discurso alguno, la labor en el colegio era la connatural a su profesión, esto es administrar terapias clínicas para tratar y corregir anomalías de lenguaje. *Ad probandum tantum* debe invocarse el D.L. 1300 del Ministerio de Educación, normativa vigente a la época en que se sitúan los hechos, instrumento que define la función del fonoaudiólogo en las escuelas de lenguaje, mencionado en su declaración por el acusado en variadas oportunidades, norma de la que se desprende en forma inequívoca y categórica los anteriores asertos en cuanto a la naturaleza y funciones del fonoaudiólogo como profesional del área de la salud. Así resulta nada más alejado de la realidad la calidad atribuida a mi representado, en forma esta vez arbitraria por infundada en el voto de mayoría del fallo que se recurre, y que explica clarívidentemente la errónea aplicación del derecho que surge al haber invocado y aplicado la agravante especial del artículo 368 del Código Penal”.

12 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, p. 281.

*en él. Ello, toda vez que el acusado se encontraba a cargo de la terapia fonoaudiológica del ofendido, en el entorno de un establecimiento educacional, que nada tiene que ver con la función profesional que habitualmente pudiere prestarse a un paciente cualquiera en su consulta*<sup>13</sup>.

## Consideraciones finales

Del fallo analizado, podemos vislumbrar que si bien el relato de la víctima es un elemento esencial para efectos de formar la convicción en los jueces, también hay antecedentes de contexto que pueden cobrar relevancia para cumplir este fin. Aun cuando no es posible dar pautas que sean aplicables a todos los casos, existen elementos comunes que pueden ser útiles, tales como el contexto en que se produce la develación, o los detalles que se puedan aportar a través de la declaración de testigos, los que nos ayudan a reforzar la teoría del caso, aun cuando estemos en presencia de una víctima cuya vulnerabilidad no sólo esté dada por su edad sino que también por su especial condición de discapacidad intelectual. Lo anterior implica realizar una labor acuciosa durante la etapa de investigación, en coordinación con los organismos de la red, de manera de integrar el trabajo que realizan psicólogos y/o trabajadores sociales. Asimismo, es importante tener en consideración el aporte que puedan hacer profesionales del área de la salud, no sólo en lo relativo a su disciplina, sino que también en lo que puedan referir sobre la anamnesis<sup>14</sup>, y el estado emocional de la víctima al momento de la evaluación.

En cuanto a las cuestionadas metapericias de la defensa, queda planteada la inquietud respecto a su pertinencia, ello teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 316 y 318 del Código Procesal Penal<sup>15</sup>, no sólo porque éstas no examinan directamente a la víctima, sino porque además la seriedad

13 Corte de Apelaciones de Talca, 31 de enero de 2014, Rol N°618-2013.

14 Se denomina anamnesis a la recopilación de información relativa al hecho investigado, efectuada por el profesional del área de la salud, mediante consulta al paciente, en el momento de efectuar la atención. En los informes de agresión sexual e informes de lesiones se destina un párrafo relativo a este punto.

15 Artículo 316 Código Procesal Penal (primera parte): Admisibilidad del informe de peritos. El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo.

Artículo 318 Código Procesal Penal. Improcedencia de inhabilitación de los peritos. Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.

de ellas es bastante cuestionable, pues muchas veces sus contenidos y conclusiones exceden los conocimientos técnicos de quienes las realizan. Así, por ejemplo nos encontramos con médicos legistas que emiten pronunciamiento sobre la credibilidad de la víctima, o efectúan un análisis de todos los elementos existentes en la carpeta investigativa, para luego dar una opinión sobre la existencia del hecho o la participación del acusado. Lo anterior nos hace analizar la posibilidad cierta de solicitar la exclusión de esta prueba, siguiendo lo resuelto por la Excm. Corte Suprema en causa Rol 3521-2012, cuyo fallo de fecha 25 de junio de 2012 señala: *“Que en este contexto, no aparece que el imputado fuera puesto en una situación desventajosa al privársele de la posibilidad de rendir prueba pericial para restar valor de convicción a los peritajes de la contraria, por cuanto este objetivo que ciertamente integra el núcleo del criterio de contradicción, debe ser pretendido mediante la forma señalada en el ya citado artículo 318, y no a través de peritajes producidos para restar mérito probatorio a los ya incorporados al juicio, puesto que ello se ha regulado claramente de esta manera”*<sup>16</sup>. En definitiva, la forma de cuestionar la idoneidad de un perito y consecuentemente su peritaje, es a través del examen o contraexamen efectuado en el juicio, y no a través de otras pericias.

En este sentido el cuestionamiento sobre las “pericias sobre pericias” no es solamente ético, sino que también jurídico, ello porque de esta manera se transgrede abiertamente el principio de intermediación, y la valoración directa que los propios jueces deben hacer sobre la prueba vertida en juicio. En efecto, a juicio del profesor Claus Roxin el principio de intermediación “... importa que el juez debe elaborar las sentencias de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba...”<sup>17</sup> y no a través de la impresión personal de terceros, lo que ocurre evidentemente al incorporar este medio probatorio, toda vez que estos peritos exceden en su análisis los conocimientos que poseen sobre materias determinadas, llegando a emitir opinión sobre el asunto controvertido, el que se encuentra exclusivamente sometido a la decisión y valoración de los jueces a través de sus propios sentidos.

16 Sobre la materia: GARATE BAIS, Jorge. “Comentario a sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad en causa por violación en que la defensa presentó metaperitos”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°51, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, págs. 133-144.; HUERTA CASTRO, Sofía y MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco. “Acerca del valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales psicológicas a víctimas”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°41, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, págs. 113-124.

17 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25ª. ed., Buenos Aires, Argentina, Ediciones del Puerto s.r.l., p. 102.

### Texto completo de las sentencias

Talca, veinticuatro de noviembre de dos mil trece.

#### VISTOS:

Los días 14, 15, 18 y 19 del actual, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral para conocer la acusación dirigida en contra de **WLADIMIR LEONARDO DIAZ CARMONA**, chileno, natural de San Antonio, soltero, 35 años de edad, fonoaudiólogo, cédula de identidad N°13.369.142-1, domiciliado en Población Manso de Velasco N°414, departamento 2, Curicó.-

Fue parte acusadora en el presente juicio, el Ministerio Público, con domicilio en calle 1 Sur N°790 de esta ciudad, representado por el Fiscal don Oscar Salgado Garrido.-

Los querellantes XXXX y XXXX, estuvieron representados por la abogada Blanca Rebolledo Gajardo, domiciliada en calle 2 Norte N°613, Talca.-

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Privado, el abogado don Iván Gómez Oviedo, domiciliado en calle 1 Poniente N°1605, de esta ciudad.-

#### EN CUANTO A LO PENAL

**PRIMERO:** Que la imputación efectuada por el Ministerio Público en contra del acusado, según consta del auto de apertura, es del siguiente tenor:

**Que el menor de edad, XXXX, nacido el día 10 de diciembre del año 2002, con fecha 09 de marzo del año 2005, ingresó con diagnóstico de trastorno de lenguaje, a la escuela especial de lenguaje, “X”, en Talca y en fecha indeterminada, del referido año escolar, en dependencias del mismo recinto, fue agredido sexualmente, por el fonoaudiólogo del colegio, el acusado, Wladimir Leonardo Díaz Carmona, quién, según el relato de la víctima, lo obligaba a darle besos en la boca y en el pene, para posteriormente accederlo carnalmente, vía anal. Dichas acciones, según el menor, habrían sido realizadas en forma reiterada, recordando, éste, dos ocasiones de acceso carnal anal y tres actos de violación bucal.**

El Ministerio Público calificó los hechos descritos como constitutivos de las figuras típicas reiteradas, de abuso sexual impropio y violación de una persona menor de catorce años de edad, sancionados en el artículo 366 bis y 362, del Código Penal respectivamente, correspondiéndole al acusado, Wladimir Leonardo Díaz Carmona, participación en calidad de autor de los referidos delitos, hechos todos, en carácter de consumados.

Señaló que al acusado, le perjudica la circunstancia agravante del artículo 368 del Código Penal, por ser éste, maestro o encargado, a título de educador, en un colegio, lugar dónde ocurren los hechos.

Por las anteriores consideraciones, el Ministerio Público requirió

se impusiera al acusado, Wladimir Leonardo Díaz Carmona, la pena de quince años, de presidio mayor, en su grado medio, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 362 y 366 bis del Código Penal, las accesorias legales del artículo 28 del mismo Código, es decir, la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta, para profesiones titulares mientras dure la condena y las penas del artículo 372 del Código Penal, esto es, la interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, la sujeción a la vigilancia de la autoridad, durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal y la inhabilitación absoluta temporal, para cargos, oficios o profesiones, ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual, con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados, solicitando se remita copia de la sentencia, a las Secretarías Regionales Ministeriales de Educación de la Región del Maule y de Transporte y Telecomunicaciones, así como a la Contraloría General de la República, Región del Maule, a fin de hacer ejecutar la sentencia, condenándolo, además, al pago de las costas del juicio, según lo previsto en el artículo 45 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 24 del Código Penal y ordenar la toma de muestras, para la determinación de su huella genética y la incorporación de ésta, al registro de condenados, conforme al artículo 17 de la ley N°19.970.

En el **alegato de apertura** el fiscal manifestó que en este juicio es relevante el relato del menor; la forma de comisión de los hechos se establecerá en el transcurso del juicio con la prueba que se rendirá, tanto testimonial, como pericial con la cual se demostrará que el niño es veraz.- Luego de ello se deberá condenar e imponer la pena que corresponda. En el **alegato de clausura** señaló que concuerda con la defensa en que no era una causa fácil, el Ministerio Público tenía que traspasar la presunción de inocencia, la cual fue desvirtuada por cuanto se acreditaron los presupuestos fácticos de la acusación.- En efecto, se estableció que el ofendido era un menor de escasos años y que el acusado era funcionario del colegio en la época en que aquél asistía al establecimiento y además se acreditó el acceso carnal anal y bucal.- Hubo penetración anal en fechas reiteradas dentro del año 2005, las que tuvieron lugar en dependencias del recinto.- El joven dijo que fue en el patio y en la sala de clases.- Acreditó los hechos tal como fueron expuestos en la acusación.- X dijo que escuchó los hechos al día siguiente de la develación, de boca de su hijo, quien dijo lo mismo que le señaló a la psicóloga.- Ella dio explicación fundada del porque no le consultó al niño si había sido abusado.- Sin embargo, cuatro años después, éste develó los hechos en forma voluntaria.- La madre dijo que el menor nunca tuvo encopresis antes de concurrir al colegio y nadie ha dicho eso.- Esta apareció cuando el menor ya estaba en el colegio.- Lo que éste relata no es sino lo que vivió,



dijo “me da asco, me dolió, me salió sangre”.- ¿Como un niño podría relatar eso, tantos años después?.- La doctora Gambetta tuvo la ocasión de examinar al menor en el 2010.- Ella señaló que estuvo a solas con él y dio cuenta del relato; concluyó que no había lesiones recientes, pero le llamó la atención la falta de tono del ano.- La doctora Thumm escuchó al menor y este le narró lo mismo que le dijo a la doctora Gambetta, versión que concuerda con lo que antes le señaló a la madre.- La acusación la avalan los exámenes físicos y psicológicos, pero lo más importante es el relato del menor, quien fue claro en señalar donde se cometieron estos hechos, cuando y quien.- En el segundo semestre de 2005 el fonaudiólogo no tuvo alumnos en práctica.- Queda en duda la versión del acusado, quien incluso fue desmentido por la testigo de la defensa que dijo que no sabía si tuvo alumnos en práctica.- ¿Como podría acordarse del tío “Wladi”, del dolor y del asco, sino lo hubiera vivido?.- La prueba del Ministerio Público es contundente.- El perito González Wilhelm, sitúa los hechos en el 2008, en circunstancias que fueron en el 2005, en consecuencia, no es posible que realice una pericia correcta.- Para él todo es posible.- Hay tres exámenes físicos del menor y en todos ellos hay pruebas de que sufrió un atentado sexual.- La psicóloga Palomino recibió la declaración de un menor.- Daniela Sepúlveda fue la única que realizó una pericia de credibilidad, la que no fue controvertida.- La madre dijo que no tuvo contacto con el acusado y eso tampoco fue contro-

vertido. El menor dijo con claridad que era el tío “Wladi”.- De otro lado, ¿como podría inducirlo la madre si no conocía al fonaudiólogo?.- Cree en XX, como también que la prueba rompió la presunción de inocencia del acusado.- En la **réplica** indicó que es grave lo que dijo el defensor en cuanto a que él descartó traer a juicio a otros profesionales que no iban en la línea de su investigación y que buscó aquéllos que avalaran su teoría del caso.- El fiscal escuchó al niño y por eso trajo el juicio; nunca se ha hablado de implantación de ideas y no hay antecedente que así lo manifieste; este es otro juicio, en el anterior, los niños no declararon, aquí el menor se atrevió y lo hizo.- Se siente satisfecho por haber roto la presunción de inocencia.-

En la **audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal** incorporó el extracto de filiación y antecedentes el cual carece de anotaciones pretéritas.- La pena probable no podría ser inferior a 15 años y atendida la extensión, no la podría cumplir en libertad.-

**SEGUNDO:** La parte querellante se adhirió a la acusación en los mismos términos que la que efectuó el Ministerio Público.- En el **alegato de apertura** la querellante señaló que los hechos de la acusación ocurrieron en la forma descrita y tratará de probarlos, pero no hace promesas.- Los hechos se retrotraen varios años.- Los padres del menor afectado pensaban que nada le había ocurrido a su hijo, sólo después de un cambio de colegio, se revela la situación abusiva.- Es con ocasión

de dicha develación que se hace la denuncia.- En el **alegato de clausura** indicó que el relato del menor es fundamental, todo lo demás debe ser valorado acorde a la versión del menor.- Curioso sería que tuviera desgarros biológicos importantes; es extraño que los profesionales encuentren condiciones anatómicas, tales como enuresis y encopresis, que no tengan una explicación que no sea el abuso sexual.- Para descartar eso, se le realizaron exámenes como electro encefalograma, el cual no detectó nada anormal, sin embargo, la encopresis se mantiene hasta el día de hoy.- La enuresis y encopresis se le produjo en forma contemporánea a los abusos.- Cuando ocurre este episodio de abusos, doña X no tiene esta actitud de psicosis, sino que por el contrario, lo lleva a un profesional quien le dice que los síntomas son por ser regalón.- Jamás vincularon el problema de control de esfínteres a la agresión sexual, sino solo hasta la develación a la psicóloga. Es una experiencia vivida, el niño fue quien dijo que era el tío “Wladi”, su madre ni siquiera se acordaba del nombre.- Resulta extraño que los testigos de la defensa, después de ocho años, se acuerdan que en una actividad del colegio, Wladimir se asomó una ventana y ahí interactuó con doña X, no cabe duda que eran testimonios preparados.- ¿Cómo explicar que el menor señalara sentir asco, sino fuera porque es una experiencia vivida?.- Las pericias van dando luces sobre lo mismo.- Respecto de la teoría de la defensa, no había ayudantes en el segundo semestre; la ley dice máximo tres niños, es decir,

podía ser menos; que la puerta de la sala del fonoaudiólogo se mantuviera siempre abierta, no resulta razonable que en un establecimiento de lenguaje haya una puerta en mal estado y que exista un riesgo de esa especie; es raro también que ellas recuerden la ventana y que los niños se empinaban para poder ver hacia adentro, lo cual en ningún caso, es llamativo para ellos; dijeron que habían cortinas, pero que siempre estaban abiertas; y lo más increíble es que escuchaban todo lo que pasaba donde el fonoaudiólogo, cuando precisamente, por su actividad no es posible que los niños estén callados y de otro lado, por tratarse de niños con problemas de lenguajes, la actividad del fonoaudiólogo amerita otra condición de trabajo.- En cuanto a las pericias de la defensa no ameritan análisis porque la psicóloga Palominos vino como testigo, narró lo que X le dijo, no vino como perito; respecto de González Wilhelm, él señaló que todo era posible y también que no es posible.- La Corte Suprema se ha referido a las metapericias, como falta de aportes.- El Código Procesal Penal contempla que una pericia se pueda desvirtuar en la contrainterrogación.- Se acreditaron los elementos de la acusación y llama la atención las pruebas incorporadas por la defensa.- En la **réplica** refirió que no entiende de dónde sacó el defensor que la madre deambuló buscando profesionales que avalaran su teoría.- Fue iniciativa de la profesora jefe del colegio X remitir a X a la psicóloga porque le notaba conductas extrañas, no fueron los padres; ¿de dónde saca que

la madre le implantó la teoría del abuso sexual?; de dónde saca el daño emocional y el correlato emocional, o también se lo implantó la madre?.- Habría sido feliz de participar en el juicio anterior y aportar sus conocimientos en él, pues a pesar de que trataron de que se acumulara ésta a la otra investigación, no fue posible.- Ella no participó en el juicio anterior.-

En la **audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal**, señaló que dado que existe una atenuante y una agravante el tribunal está facultado para recorrer toda la extensión de la pena, la que solicita se aplique en quince años de presidio mayor en su grado medio y con cumplimiento efectivo.-

**TERCERO:** La defensa del acusado, en el **alegato de apertura**, señaló que hay escasa prueba para acreditar los hechos.- Así lo manifestaron dos fiscales a la Fiscalía Regional, sin embargo, medió la intervención de una secretaria del Presidente de la República para que se reiniciara la investigación.- La madre del menor fue testigo en el otro juicio que se siguió en contra de su representado por seis cargos de abuso sexual donde fue absuelto.- Los peritos explicarán cómo se trabajó el testimonio del menor. No habían antecedentes para seguir con la investigación.- No le cabe duda que el tribunal absolverá. En el **alegato de clausura** indicó que es extraño que diga el fiscal “yo le creo a X”, en circunstancias que en octubre le manifestó al fiscal Regional que quería sobreeser.- No es efec-

tivo que se venciera la presunción de inocencia, pues la credibilidad de XX nunca fue sometida a peritaje, ya que la conclusión de la psicóloga Daniela Sepúlveda es que el relato es indeterminado.- La prueba médica es irrelevante en cuanto a probar que fue abusado pues concluye que no hay evidencia médica que le permita concluir que hay penetración anal.- El niño fue inconsistente en su relato y aún mas dijo que la madre colaboraba en este proceso de armarlo.- El personalmente vio desesperada a la madre cuando se declaró la absolución en el otro juicio.- Se pudo implantar información en XX En estrados el menor no pudo dar una versión de los hechos.- Quedó claro que el control de esfínter anal no es una patología, hay otras causas que pueden ser motivo de ello.- La prueba del Ministerio Público y de la querellante no permiten superar la duda razonable.- Su teoría del caso se resume en lo siguiente, la madre estuvo de testigo en un juicio y deambula en médicos y psicólogos y en este proceso que dura, a los menos cuatro años, encuentra psicólogos que si le compran su teoría y ella implanta en el menor la idea del abuso.- Espera un veredicto condenatorio.- En la **réplica** indicó que echó de menos en el juicio la declaración del médico legista Romanich, quien podía aportar con sus conocimientos sobre la pericia que practicó en este menor y quienes no lo trajeron fueron el Ministerio Público y la querellante.- De otro lado, la única pericia sobre la credibilidad del testimonio es de Daniela Sandoval, el relato debió ser peri-

ciado, por lo demás, aparecen dudas de cómo se pesquizó el relato.- Este caso tiene el mismo contexto témporo espacial que los que fueron materia del otro juicio y en ese fue absuelto, por lo que espera lo mismo en este juicio.-

En la **audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal** pidió se aplique la pena en el mínimo.-

**CUARTO:** El acusado **Wladimir Leonardo Díaz Carmona** renunció a su derecho de guardar silencio y declaró como mecanismo de defensa en los siguientes términos, cuyo tenor quedó, íntegramente, registrado en el sistema de audio:

Se declara inocente, estudió fonoaudiología en la Universidad de Valparaíso.- En el 2004 se trasladó a esta zona y en el 2005, entró a trabajar en la escuela "X" donde estuvo meses, entre marzo y octubre, mes en el cual la abuela de un menor denunció abusos sexuales por su parte; en ese momento, él pidió permiso sin goce de sueldo.- El año 2006 se le formalizó por esa causa y dejó de trabajar en colegios.- Aparecieron varias acusaciones y aumentó la psicosis colectiva.- En el año 2010 fue absuelto por unanimidad.- Respecto de esta acusación le parece extraño porque la causa la tuvo el fiscal José Luis González quien manifestó la intención de no perseverar.- Después hubo cambio de fiscal y asumió en la investigación don Oscar Salgado quien también señaló lo mismo, argumentando que no había pruebas, ni siquiera para formalizar y sólo por una carta de una secre-

taria de la presidencia de la República, sin mediar prueba alguna, se le acusó.- Trabajaba con tres niños durante 30 minutos, en una sala que correspondía a un dormitorio de una casa de población, pequeña, que no tenía más de 40 metros cuadrados; la sala tenía una dimensión de 10 metros cuadrados, cuya puerta estaba descuadrada, no cerraba y era de cholguán y se ubicaba frente a la oficina de la Directora, la que se encontraba a dos metros y se escuchaban mutuamente; era una plancha de cholguán cuyo espesor era mínimo por lo que el filtro de ruido era nada.- Siempre trabajó con la puerta abierta.- Nunca se trabajaba en forma individual y como era docente en la universidad, siempre, ese año, estuvo acompañado por alumnos en práctica, nunca estuvo solo.- Su labor es terapéutica y no es docente, ni maestro.- En la única oportunidad en que está solo con un niño es para la evaluación.- Los padres del niño lo retiraron sin causa ni motivo, incluso fue evaluado por un médico y un psicólogo, los que concluyeron que nunca fue objeto de abuso sexual, ni violación.- La familia del menor lo acosa, hostiliza y lo tienen amenazado.- La escuela era una casa de 40 metros cuadrados en la cual circulaban 12 personas, por lo que es imposible un actuar ilícito.- La gente lo ha acosado en su domicilio y trabajo; han ido a su barrio a contar cosas erróneas e ilógicas porque en el colegio, no había espacio ni tiempo para realizar esas acciones.- A las preguntas del fiscal manifestó que con XXX trabajó seis meses y aplicó intervención a

nivel fonoaudiológico, pragmático y semántico, tanto del lenguaje comprensivo como expresivo.- Aplicó pruebas para determinar los niveles de lenguaje que el menor tenía, a consecuencia de los cuales concluyó que tenía un trastorno de lenguaje.- La terapia comenzó en abril y terminó en el mes de agosto, a razón de 4 sesiones por mes, serían 24, a las cuales hay que restarle 8 por distintos conceptos, en total serían 16 sesiones que tuvieron lugar en el horario de tarde.- La aptitud era terapéutica.- El niño llegó sin hablar nada y se fue hablando.- Ingresó con dos años.- El padre del niño formaba parte de la directiva y siempre lo esperaba al lado afuera de la sesión con un super ocho y nunca lo vio o sintió llorar.- En este caso, hubo intervención de un tercero por lo que han concluido los psicólogos y médicos, quienes han implantado el relato en el menor.- A las preguntas de la querellante manifestó que siempre la sesión es con tres niños, cada 30 minutos.- En la jornada de la mañana había un niño que se llamaba X y en total, entre mañana y tarde, eran 52 niños.- Atendía niños los miércoles y jueves, todo el día, de las 9 a las 12 horas y en la tarde, de 15 a 17 horas y también recibía a los apoderados.- Los niños de la escuela van en grupo de a tres.- X tenía un trastorno específico de lenguaje de tipo expresivo.- Tuvo de pasante a los alumnos en práctica O. O., C. A. y D. G.; los dos primeros trabajaron siempre con él.- Tiene un mechón blanco en la patilla desde hace dos años.- En la mañana asistía XX y otro niño.- A las preguntas de la

defensa manifestó que su profesión es clínica.- Nunca estuvo solo con ningún niño.- Al menor X lo atendió en el año 2005 cuando tenía 2 años.- En ese período nunca lo acompañó al baño porque para eso existen las asistentes.- XX nunca fue compañero de los niños involucrados en el juicio anterior.- En la escuela había un X, pero nunca tuvo la posibilidad de cruzarse con XX porque asistía en la mañana.- Se agrupaban por edad y tipo de trastorno.- Nunca faltaban a la terapia, aunque estuvieran enfermos.- La práctica de los alumnos universitarios era de un semestre completo y asistieron en los dos semestres que corresponden a práctica 1 y práctica 2.- Los niños asistían en horario de mañana o de tarde, éste iba desde las 14:30 a las 17:30 horas.-

Al finalizar el juicio dijo que es inocente y que no ha vulnerado los derechos de los niños.- Todo lo que se ha dicho falso.-

## PRUEBA

**QUINTO:** Que con la finalidad de acreditar los hechos motivo de la acusación fiscal, **los entes acusadores, tanto la fiscalía como la querellante particular**, presentaron los siguientes elementos de prueba, que quedaron en el registro de audio, en su integridad y que consistió en:

**Testimonial** de la víctima XXXX, de los testigos XXXX, XXXX, Z. G. A., C. R. J. R., A. R. A. C., M. J. A. R., I. A. G. G., M. J. P. I., A. M. C. C., M. J. A. V., M. A. C. O. y M. Z. T.-

**Pericial** de la **médico legista, Ximena Elsa Federica Thumm González** y de la **psicóloga Daniela Sepúlveda González**.-

**Documental** consistente en el **certificado de nacimiento** de la víctima, XXXX, nacido el 10 de diciembre de 2002; **certificado laboral** que da cuenta del tiempo en el cual laboró como fonoaudiólogo Wladimir Leonardo Díaz Carmona, en la escuela de lenguaje “X”, esto es, entre el 1 de marzo y el 9 de noviembre de 2005, otorgado por la Directora del establecimiento Magdalena Ramírez Palma; y **certificado** extendido por la Directora del establecimiento “X”, Magdalena Ramírez Palma, en el cual se consigna que XXXX fue alumno regular en ese centro educacional entre el 9 de marzo y 17 de noviembre de 2005.-

**SSEXTO:** La **defensa**, para acreditar su teoría del caso, rindió prueba **testimonial** de **María Jimena Aspillaga Corvalán** y **Alejandra Bernardita Faúndez Acevedo**, cuyos dichos se registraron en su integridad en el sistema de audio que graba la audiencia.-

**Pericial** conformada por los dichos de los peritos de la psicóloga **Greter Macurán Nodarse** y del médico **Leonardo Andrés González Wilhelm**.-

## HECHOS

**SÉPTIMO:** Que las partes no arribaron a convenciones probatorias en la audiencia respectiva y ponderados en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audien-

cia, de conformidad con lo estatuido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, este tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, que se encuentran establecidos los hechos siguientes:

**Que el menor de edad, XXXX, nacido el día 10 de diciembre del año 2002, con fecha 09 de marzo del año 2005, ingresó a la escuela especial de lenguaje “X”, de esta ciudad, con diagnóstico de trastorno de lenguaje, donde se desempeñaba el fonoaudiólogo Wladimir Leonardo Díaz Carmona, siendo dicho menor alumno regular en la jornada de la tarde, hasta noviembre del mismo año.- En ese contexto y período, en días no precisados, el referido profesional, aprovechando los momentos en que estuvo solo con el menor, en dependencias del mismo recinto, lo obligó a darle besos en la boca y en el pene y, además, le introdujo el pene en el ano.**

Para dar por establecido tal enunciado fáctico se ha tenido en consideración la prueba de cargo, formada por el testimonio del ofendido, testigos y peritos, señalados en el considerando quinto.-

## PONDERACIÓN

**OCTAVO:** Que tal como se ha señalado en el motivo precedente, estos sentenciadores estiman que los hechos de la acusación se probaron con los dichos del **ofendido**, cuyo relato fue consistente en lo medular, coherente con las versiones entregadas anteriormente y además convincente atendida las especiales

condiciones que tiene el menor.- En efecto, XXXX manifestó que está en quinto año básico en la escuela X y su madre se llama XX y su papá X- Con sus compañeros se lleva bien y no tiene muy buenas notas porque le cuesta aprender, sobretodo matemáticas.- Estuvo en tres colegios.- En el primero tuvo un profesor y parece que le decían viejo por su nombre, pero no se recuerda cual era.- Parece que él tenía cuatro años.- A su mamá le cuenta las cosas que le pasan.- Le contó lo que le ocurrió con el tío cuando estuvo en la primera escuela.- Le metió el “penecito” en la boca dos veces y en el potito tres veces.- Eso ocurría en el patio.- No había ningún niño, sólo el tío y él.- El resto de los niños estaba en clases.- También le pasó a otros niños, a un niño llamado X y también le pasó a una niña que le pegó en el potito, pero ella tenía ropa.- El colegio tenía afuera un caballo pintado y adentro había una escuela chica, pero parecía grande y tenía una reja con monitos.- Había una sala de clases.- Parece que se llamaba tío “Wladi”, no recuerda donde trabajaba él.- El “penecito” es una parte íntima y con esa le hizo algo en el cuerpo de él, en el potito y en la boca.- Le bajó los pantalones y los sleep.- Esto se lo contó a la mamá cuando estaba en primero.- Antes se lo contó a una persona que era de la escuela en la que está ahora y la segunda vez, lo dijo delante de su mami.- Contó todo lo que le sucedió en la primera escuela.- Al papá le cuesta oír porque está medio sordo.- Pasó harto tiempo antes de contar porque le daba miedo hacerlo, sólo lo hizo

cuando estaba más grande.- Vio que a X le pasó lo mismo en el patio.- Le iba a ser lo mismo, pero él corrió.- El tío tenía el pelo cortado hacia adelante.- El pelo era de color blanco y él era grande, flaco.- Cuando le hizo algo con el pene, le dio asco, porque cuando era chico no le gustaba ver las partes íntimas de otras personas y ahora tampoco.- Al tío le vio la parte íntima cuando le metió el pene en la boca.- El andaba vestido como el pantalón de física, tenía rayas rojas por los lados y azules.- No se acuerda cuántas veces a la semana tenía clases con el profesor, parece que una.- Tenía clases en la Sala.- Esta era más larga y tenía muebles con monitos para guardar cosas importantes y un estante chico para guardar algunas cosas de los niños.- No escuchó la campana y cuando los demás entraban a la sala, ahí le hacía las cosas que dijo.- Cuando él quería entrar a la sala, él lo sujetaba y le hacía las cosas.- Después que le hizo eso, le caía mal, antes, como persona era bueno.- Le da mucho asco.- A las preguntas de la defensa, manifestó que parece que tenía cuatro años cuando estaba en esa primera escuela.- No se acuerda cuantos compañeros tenía en esa escuela.- A veces se las hacía en la Sala cuando no había niños, esto es, cuando tocaban para el recreo porque él salía al último.- Muchas veces ha conversado de estas cosas con su madre y con personas grandes.- Su mamá lo ha ayudado a recordar las cosas que se le olvidan.- No es muy seguido y la última vez que habló con ella sobre este tema, fue ayer.- Las cosas que se le olvidan son el

nombre del tío y donde estaba cuando le puso el “penecito” en el potito.- Se le olvida que el tío le puso el penecito en el potito.- Le tomaron una declaración por escrito cuando estaba en primero básico.- Se le exhibe la declaración del 29 de diciembre de 2009, prestada en la fiscalía.- Del penecito si se acuerda y también de que se lo metió en la boca y en el potito.- Dicho relato está acorde con lo expuesto, por la psicóloga **María José Palomino Iceta**, a quien le develó los hechos, por cuanto ésta manifestó que se recibió en el año 2009 y se inició en la escuela X, en el mes de julio de ese año.- En ese año se creó la ley CEP que trata a los niños vulnerables.- El niño XX tenía indicios de vulnerabilidad por abuso.- El fue derivado por la profesora jefe del primer año básico, la señora Clara, porque vio conductas o aptitudes que no eran normales, como balanceo sobre la silla, algo en los ojos, movimientos estereotipados y dibujos agresivos.- La profesora le dijo que veía ciertas cosas extrañas no obstante que era tranquilo.- Vio un dibujo relativo al 18 de septiembre que mostraba rasgos de agresividad porque habían manos muy grandes que son reflejo de eso.- Conversó con los padres para pedirle el consentimiento, específicamente con el padre, quien la autoriza porque el niño presenta enuresis y encopresis, diurna y nocturna.- Según el padre esas conductas las presentaba desde los dos años o tres años y ella lo evaluó a los seis o siete años.- Según el padre, el menor estuvo en una escuela de lenguaje donde había habido situacio-

nes de abuso sexual, por lo que ellos lo llevaron a varios pediatras para saber si él también fue afectado, pues estaban asustados.- Tuvo cuatro o cinco sesiones con el niño.- Se le aplicó el HTP, un test gráfico, árbol, casa y persona y el test de Roberto que se utiliza para conocer las relaciones interpersonales y de la familia.- En el test gráfico aparecieron indicadores de abuso y que emocionalmente no estaba bien; signos de vulnerabilidad frente al medio.- El otro test fue referido a la familia donde aparecían rasgos de agresividad del niño hacia los padres; el papá dijo que no tanto hacia él como a la madre.- El relato del niño se produjo más o menos en la segunda entrevista.- El niño dijo que se acordaba de ciertas cosas, como que le tiraban las orejas y empieza a hacer balanceo en la silla, de adelante hacia atrás, y sus ojos se movían al ritmo que él hacía y sus manos se empezaban a cruzar y las colocaba en las piernas.- Dijo que el tío de la otra escuela lo tocaba y lo obligaba a que le diera besos en la boca, a tocarle el pene, lo que le daba asco y vomitaba, también le ponía el pene en el potito, o sea, lo penetraba.- A consecuencia de eso, se hacía caquita.- Los movimientos estereotipados los hacía antes y durante la entrevista y reflejaba angustia.- Dijo que fue el tío fonoaudiólogo y lo hacía en una sala en la que lo encerraba.- Nunca dijo que iban otros niños.- Esto habría ocurrido en la escuela de lenguaje porque decía “no en la escuela que estuvo antes, sino que en la otra”, el menor tenía claridad que fue en otra escuela.- Cuando ocurrió lo de la



escuela los padres lo llevaron a diferentes pediatras y no le encontraron nada.- Después habló con los padres y le dijeron que tenía, en ese entonces, 2 o 3 años.- Primero habló con el papá y luego con la madre.- Cuando les dijo a éstos, no creyeron y por eso se hizo entrar al menor que estaba afuera y se le pidió que refiriera lo que le había ocurrido y ahí la madre creyó.- Hicieron la denuncia de inmediato.- Los originales de los test quedaron en la Policía de Investigaciones.- Los test aplicados arrojaron indicadores de abusos, tales como el test HTP que significa árbol, casa y persona y el de la familia.- Luego de ello, citó a los padres para informarle el resultado de los test, pero solo concurre el padre, quien, después de enterarse del relato, le contó de lo ocurrido en la escuela de lenguaje.- Al otro día, le informó a la madre, quien reaccionó mal porque señaló que no lo podía creer, gritó y lloró.- A las preguntas de la defensa, señaló que cuando examinó al menor, no tenía conocimientos específicos relativos a la credibilidad del testimonio.- El padre explicó que el niño era violento y no entendía por qué y pensó que podría ser normal que a esa edad tuviera regresión, usaba pañales en la noche y dormía con él por pesadillas.- La madre dijo que le colocaba pañales todas las noches.- El test de la familia o de Roberto, se aplica de los cinco años en delante y arrojó rasgos de agresividad del niño a los padres y que el niño no tenía problemas de adaptación social.- Posteriormente, el padre la llamó para decirle que el año tenía dilatación.- Ellos le señalan

que antes lo habían llevado a distintos doctores y no constataron nada, ni si, ni no.- En el test del Niño bajo la Lluvia dibujó manos grandes y estaba triste, vio mucha lluvia y él no hacía nada para protegerse, le dijo que se acordaba de lo que ocurrió en otra escuela.- Existía inestabilidad a nivel emocional, el dibujo estaba en el aire, no tenía base o suelo, el niño estaba volando, lo que denota inestabilidad emocional.- El relato se produjo después de la aplicación de los test, clínico y proyectista.- Acorde con los anteriores, testigos, resulta el testimonio de **XXXX**, en cuanto manifestó que está casado con **XX** y con ella tiene un hijo llamado **XXX**, quien es un niño tranquilo y cursa el quinto básico.- Estuvo en la escuela de lenguaje cuando tenía seis años, pero no recuerda la fecha.- Después estuvo en el **Y** donde cursó el primer año básico y no alcanzó a terminar.- Luego fue al **X** donde actualmente está.- Lo mandaron a una escuela de lenguaje porque las tías lo inscribieron.- En la escuela **X**, una tía que es psicóloga, lo evaluó porque lo encontraba muy calladito para lo cual tuvo que darle un poder.- A la semana siguiente, lo llamó y le dijo que tenía un problema con **X**, que había sido violado; que el tío le dijo que si le contaba a él, lo iba a matar.- Le dijo que le chupaba el pene y que se lo ponía en el pote.- Su hijo concurría a clases con el fonaudiólogo en una escuela de lenguaje en horario de la tarde.- El pasaba todo el día en el colegio porque era el Presidente del Centro de Padres.- El colegio era bonito porque él ayudaba a las tías.-

Era una pieza cerrada que no tenía ventanas y cuando el niño entraba cerraba la puerta y ponía picaporte y no se veía.- Entraba al pasillo y al fondo estaba la cocina, y casi al frente de ésta se encontraba la pieza donde el tío evaluaba a los niños.- En ese colegio trabajaban dos varones.- A su hijo lo evaluó don Wladimir.- Cuando se enteró de que habían violado a su hijo, lo retiró de inmediato.- No sabía nada y lo retiraron tranquilamente.- La psicóloga del X le dijo que su hijo había sido violado por el profesor que lo evaluaba y que se llamaba Wladimir y al que reconoce en la Sala.- Su hijo se refería a él cuando decía que una persona lo había violado.- Cuando supo de esa circunstancia le pidió a la psicóloga que lo recibiera con su señora y su hijo.- Le preguntaron a X, quien no quiso decir nada delante de él, por lo que salió de la sala y ahí le contó a su señora y luego cuando él reingresó, dijo que el tío le bajaba los pantalones y le ponía el pene en el potito y que le “lambiara”.- El mismo día fueron a Carabineros y al otro día concurrieron a la Policía de Investigaciones.- Si el tío hubiera estado en el colegio, su señora hubiera tomado una pistola y lo mata.- Su hijo se hacía caca, actualmente todavía lo hace porque no la siente y piensa que es porque lo violó.- Cree que es posible que en esa oficina hubiere atentado contra su hijo, pues no se veía nada porque la puerta estaba con pestillo.- Tenía dos tubos fluorescentes y dos escritorios.- La sala era un cuadrado de cuatro por cuatro.- Al frente había un pasillo que salía a la otra sala que

estaba en el patio.- En un momento se retiraron todos los niños porque dijeron que los habían violado.- No se acuerda en que año ocurrió esto.- Ahí encontraron explicación del porqué se hacía “caquita”.- Lo llevaron a una psicóloga particular, cuyo nombre no recuerda; también fueron a Santiago donde lo revisó un especialista en violaciones.- Ha concurrido a varios colegios para que lo ayuden a superar este problema y no quedara con shock.- Estuvo como un año en esos colegios.- X está tranquilo.- **En el tiempo en que lo reclutaron para la escuela de lenguaje, hablaba poquito y avisaba, no usaba pañales porque no permitían niños que se hacían.**- Estuvo seis meses en la escuela de lenguaje y lo retiraron para cuidarlo porque pensaban que podía haber sido abusado, ya que se corrió la voz de que los niños habían sido violados.- Lo llevó a la escuela de Y donde perdió el año y de ahí lo trasladaron a la X donde lleva cuatro años.- Cuando llevaba cuatro meses en ese colegio, le pidieron permiso para evaluarlo porque era muy calladito.- Cuando fue con su señora X contó todo.- La escuela de lenguaje se llamaba “X” y ahí lo evaluó el profesor.- Nunca habló con el tío por el avance de su hijo.- El otro varón hacía el aseo.- El colegio era una casa, había un pasillo que se doblaba a la derecha y se llegaba al fondo; a la entrada estaba la oficina y más allá la cocina y casi al frente, la pieza del fonógrafo.- Ese pasillo medía como un metro de ancho y de largo 8 o 10 metros.- Las salas de clases de los niños estaban al fondo y los baños

también.- Le consta como era la pieza porque él recorría toda la escuela.- Estuvieron muy mal y actualmente sigue igual, sólo que está más tranquilo.- Su hijo tenía más de siete años cuando le contó a la psicóloga porque no quería contar.- Después que lo sacaron del colegio, llevaron a su hijo a varios médicos en forma particular donde lo examinaron, desconociendo si le encontraron algo, pero lo cierto es que no les contó nada.- El iba a buscar a su hijo regularmente.- A los dos años X hablaba poco.- Siempre le decía a la Directora porqué tenía un profesor tan joven en circunstancias que habían niños tan chicos.- En el colegio Y estuvo siete meses y no quería ir al colegio porque veía un hombre y se asustaba.- Tenía solo profesoras.- La fiscalía les pidió que llevaran a X a un médico de Santiago.- La señora no se vinculó con el colegio como él.- También es concordante con los anteriores dichos, los de su madre, XXXX, quien manifestó que está respecto de la violación de su hijo XXXX, actualmente de 10 años de edad.- El 3 de noviembre de 2009, la psicóloga los citó a la escuela X.- Fue sólo su marido XXX- Cuando regresó iba llorando; le dijo que a X lo había violado el tío “Wladi”, no entendía a quien se refería.- Le explicó que X le dijo a esta psicóloga que había sido violado cuando estaba en la escuela de lenguaje X.- Al día siguiente, los tres fueron a entrevistarse con la psicóloga, hablaron mientras X estaba en otra Sala.- Dijo que lo ponía arriba de una mesa, luego le ponía las rodillas en la guata y hacía que X

le chupara el pene.- X ingresó y dijo que le quería decir lo que le había pasado, pero en secreto, solo a ella.- Le hizo tres preguntas; que le hacía, le ponía algo en el potito y le dolía.- Decía que sentía asco; que el tío “Wladi” le daba besos en el pene y al preguntarle que sentía, decía que le dolía mucho porque los besos eran muy fuertes.- A una tercera pregunta señaló que le daba asco.- Tenía 6 años cuando recordó lo que le había pasado en el año 2005.- Ingresó en marzo y lo retiraron cuando empezaron a escuchar rumores de unos abusos a otros niños, sin pensar que su hijo era un afectado.- Tenía 3 años.- Lo retiraron por resguardo.- Casi a finales del 2005, lo llevaron al psicólogo Marcos Palma para ver si estaba dañado, sin embargo, éste le dijo que todos los síntomas eran producto de que era regalón; intentó hacer todo lo que él le dijo, pero no hubo mejoría.- X todavía duerme con ella y se hace “caca y pipi”.- No lo derivó a ningún otro profesional y se quedó tranquila.- En el año 2006, el niño se quedó en la casa y en el 2007, entró a la escuela Y donde continuó hasta el 2008; en el 2009, ingresó al Liceo X a primero básico.- X es muy ordenado, tranquilo y callado.- Durante el primero básico, que cursó en la escuela X, era un niño normal, pues a veces quería ir a clases, otras no, a veces lo iba a dejar el papá.- Se enteró después que no salía a recreo.- Antes de terminar el 2009, entre el 3 y 4 de noviembre de 2009, su hijo cruzó la línea y develó los hechos.- Su hijo podía estar todo el día con pipi y caca y no le molestaba y

cuando se le preguntaba por qué no iba, decía que no le molestaba.- Esa conducta todavía la tiene.- Después que recordó, se puso agresivo con ella, le daba patadas y le pegaba, no es que no quisiera ir a la escuela.- Cuando supo esta situación le preguntó al hijo por qué no le contó, respondiéndole que porque le podía pasar algo al papá.- Luego ella salió a buscar al tío “Wladi” para matarlo con un cuchillo, pero, afortunadamente para él, no lo encontró.- Buscó ayuda en un psicólogo particular, en Unamos las Manos y en otro en la 18 Oriente, llamado Crate.- Le dijeron que podía ser por un golpe en la cabeza, por lo que lo llevó a un neurólogo, pero estaba bien y también lo llevó donde una psicóloga particular de apellido Cancino.- De la fiscalía la derivaron al legista, donde una mujer le sacó unas fotos y no emitió opinión porque dijo que iba todo en su informe.- Después la derivaron a otro Centro y de ahí a Unamos las Manos, donde la atendieron a ella y a X, le hacían terapia, una reparación y le brindaban ayuda psicológica.- Hicieron un informe que decía que no había credibilidad en el testimonio, pero si un daño emocional y psicológico.- Cree que como todo niño miente, pero no puede saber que le dolió su ano, que le sangró su ano, saber que le da asco besar un pene o que le besen su pene.- El nunca los ha visto besarse, ni tampoco han dormido los tres, ella es a la antigua.- Su hijo ha mantenido el relato en el tiempo.- X le dijo el nombre del sujeto a la psicóloga Palomino.- Han pasado cuatro años y no se prestaría para seguir

con este juicio si los hechos no fueran verdad.- Mientras estaba en la escuela de lenguaje, no se le pasó por la mente que su hijo hubiera sufrido un abuso sexual.- Lo llevó donde la doctora Gambetta para tratar el abuso de que había sido víctima, quien lo revisó y le hizo un informe.- Cuando lo llevó al neurólogo este informó que no tenía daño cerebral.- A una psicóloga le contó de una situación de abuso que aquejó a su hija, cuando ya estaba separada de su marido.- Supo que unas tías andaban reclutando niños para la escuela de lenguaje y decidieron colocarlo porque X no hablaba muy bien, mostraba lo que quería.- Ella no sabía que existía el tío “Wlady” y solo se enteró cuando empezaron los comentarios de otros niños, viniéndolo a ver en el juicio anterior donde fue testigo.- Una noche llegaron tres tías a su casa, estuvieron los cinco y fueron a pedirle que intercedieran para que se dejara sin efecto lo que se estaba tramando y que habían invertido mucha plata en su proyecto, ante lo cual, les señaló que debían creerle a los niños y que iba retirar a X- Fue testigo en el juicio anterior y se enteró de lo de su hijo pocos días antes.- A finales del 2005, supo que había un fonoaudiólogo en la escuela que habría sido el autor de abusos sexuales en desmedro de los niños y no se tocó más el tema hasta el 2009.- **Un año después de hablar con el fiscal y pedirle que la remitieran donde el médico legista Romanich en Santiago, lo enviaron a verlo**.- El niño nació el 10 de diciembre de 2000, no tiene clara la fecha.- Cuando X ingresó a la

**escuela de lenguaje no se hacía en el día y cuando lo retiró, se hacía en el día, tanto “pipi, como caca”, conductas que mantiene hasta el día de hoy.**- En el colegio X le pidieron a un niño que le dicen “primo” que lo llevara al baño.- Hizo todo lo que podía hacer como mamá para llegar hasta el juicio.- Compatible con los atestados antes referidos, resultan los dichos de **Clara Rosa Jaque Riquelme**, quien manifestó que es profesora general básica con especialidad en lenguaje y actualmente trabaja en la escuela Santa Marta.- En los años 2008 y 2009 trabajaba en el colegio X ubicado en xxx.- En el 2009 fue profesora de X- Está citada por una violación de un niño que se llamaba X- Lo recibió en el 2009 en primero básico y vio conductas que no eran propias para su edad, como ser no salía al patio en el recreo y no iba al baño solo sino era acompañado.- No quería jugar con otros niños y tampoco le gustaba estar solo.- Se aislaba de los compañeros.- Era gordito y se hacía “caquita”.- En la sala era muy callado, tranquilo y no tenía conductas disruptivas.- Como era el primer año que contaban con una psicóloga, lo derivaron donde María José Palomino, la psicóloga, porque su conducta era extraña en cuanto a que era demasiado tranquilo para su edad.- En primero básico lo normal es que jueguen y sean un poco más inquietos, pues tienen entre 6 y 7 años de edad.- La psicóloga le informó el diagnóstico después de harto tiempo de haberlo tratado y luego a la Directora, pues es el conducto regular e hicieron la denuncia a Carabi-

neros porque dijo que el niño fue violado.- En el segundo año básico, que cursó en el 2010, tuvo nuevamente contacto con el menor X, quien seguía en tratamiento con una psicóloga, pero no sabe si era la misma, lo que se notaba porque había mejorado algo, ya que compartía y salía con los niños al patio, es decir, estaba más sociable.- A las preguntas de la querellante, manifestó, al refrescarle la memoria, que allí señaló que se llamaba XX- Un primo de él lo llevaba al baño.- Un familiar le dijo que X no se sabía limpiar y se hacía caca.- A las preguntas de la defensa manifestó que le dijeron que el niño asistió al nivel preescolar, antecedente que aparecía en la ficha de él.- El niño no tenía conductas agresivas.- Hay estudiosos que dicen que a esa edad socializan mucho, como Piaget.- No le preguntó a los papás por su conducta.- En el mismo sentido que la anterior testigo, declaró **Adriana Rebeca Argomedo Coloma**, por cuanto manifestó que trabajó en la escuela X donde en el año 2009, se desempeñaba como Directora.- Ese año contrataron entre otros profesionales, a la psicóloga María José Palomino, quien debía ver casos conductuales de los niños.- Empezaron en julio del 2009 y los planes duraban cuatro años.- Cada profesor jefe tenía la misión de observar a los niños y ver cuáles presentaban conductas que no fueran las normales y comunicárselo a la psicóloga, quien debía hacer una exploración y el resultado darlo a conocer a la directora.- XXX fue derivado por la profesora jefe porque algo no encajaba

en su perfil.- X se movía de forma extraña, tenía un movimiento balanceante, por lo cual la psicóloga le aplicó una batería de test de los cuales concluyó que había sufrido una situación de abuso sexual. Supo, por conversaciones con los padres, que habría sufrido un abuso antes de entrar al colegio por parte de un funcionario que trabajaba en el jardín infantil y que parece que también sucedió con otros niños.- El resultado se le informó a los padres y a la OPD, pero los padres hicieron directamente la denuncia.- De otro lado, los dichos de **Ana María Cancino Correa**, corroboran tanto el relato del menor como lo aseverado por los padres del ofendido, en cuanto a que recurrieron a varios profesionales a fin de ayudar a su hijo XX- En efecto, **esta psicóloga** manifestó que es psicóloga y que atendió a XX a mediados del año 2010, cuando tenía, aproximadamente, siete años.- El llegó acompañado por la mamá.- Presentaba enuresis, encopresis y un alto grado de agresividad, ya que golpeaba a la mamá, quien lo llevó por ese motivo; trabajó con él hasta finales de 2011, lo atendía en forma esporádica, más o menos una vez por semana y luego cada 15 días, dependiendo de la situación económica de los padres, ya que lo atendía en forma particular.- Tenía trastornos conductuales de adaptación con sus pares.- Golpeaba a la mamá y eso se explica porque los niños abusados estiman que han sido expuestos a un trauma y no los han protegido.- El primer año fueron más continuas las consultas.- Dentro de la sintomatología,

lo que más le costó controlar fue la encopresis.- En una ocasión en que trabajaban con juegos se le preguntó a quien más, a parte de su madre, le tenía rabia, relatando, en ese momento, una situación de abuso y violación.- Señaló que el tío lo llevó a la sala y le bajó la ropa y lo penetró vía anal, le salió mucha sangre y le dolió; que este le dijo que no debía contar.- Le hablaba de besos en la boca, fluido y tocaciones, cosas que no tenía por qué saber.- Señaló que ese tío trabajaba en la escuela de lenguaje y mencionó al tío Wladimir.- Esto lo dijo como en la tercera o cuarta sesión.- Estaba nervioso, temeroso, con vergüenza y bajaba la cabeza.- Estaba tremendamente tenso.- Ante esa develación lo contuvo para explicarle que él no tenía la culpa.- A la mamá le comunicó el tema y ésta le dijo que ya lo sabían y habían adoptado las medidas pertinentes.- Le dijo que fue en la Sala donde impartían las clases de lenguaje y dijo que a su amigo “X” también le pasó lo mismo.- Ocurrió en presencia de otros niños.- A las preguntas de la querellante, manifestó que la mamá le señaló que sin motivo la agredía; nadie le indicó la situación de abuso, solo la conoció cuando el niño le develó los hechos.- No puede entregar el relato sin la autorización de los padres por tratarse de un menor de edad.- Dijo que tenía rabia con alguien que le hacía cosas malas, un tío que le pedía sacarse la ropa y le colocaba los pies en la espalda para afirmarlo y ahí le metió lo que él tenía, -por donde hace “pipí”-, en el “potito” y le salió mucha sangre; dijo que sentía dolor,

que le pidió besos en la boca, que había algo blanco que le salió al tío por donde hace “pipi”.- No le indicaba sensaciones.- Trabajaban con espejos y a veces iban varios amigos y otras, él solo, de lo cual dedujo que se trataba del fonaudiólogo.- La enuresis la controló y la encopresis seguía sin controlarla.- La rabia con la madre era por esta sensación de desprotección.- A las preguntas de la defensa, señaló que a X lo atendió como terapeuta.- Los síntomas son exclusivamente de una experiencia traumática y la diferencia la hace el relato del menor.- El test de la persona bajo la lluvia es indicador de abusos.- Los episodios de descontrol de esfínter y encopresis ocurrían en cualquier parte donde él se encontrara, en la casa, en el colegio o centro.- No sabe la época de ocurrencia de los hechos.- Se enteró que ya había una investigación cuando le tocó declarar.- En el mismo sentido que la anterior, resultan los dichos de **Zunilda Gladys Gambetta Alarcón**, quien manifestó que es pediatra y ginecóloga infanto juvenil y está en el juicio por una situación de abuso a un menor llamado X- Este era un niño grande para su edad, introvertido, macizo y muy tímido.- Lo atendió en la consulta particular.- Llegó donde ella porque alguien le informó que tenía experiencia en abuso infantil.- La madre le contó, sin la presencia del niño, que éste había sido víctima de abuso sexual a los tres años y de lo cual se había enterado recientemente y además presentaba enuresis y encopresis.- El menor tenía 7 años y 6 meses.- Le costó examinarlo y a medida que se

acercaba a la zona genital puso algo de resistencia.- Constató que el ano estaba complaciente, no con el tono que correspondía.- Le preguntó por qué le pasó esto de hacerse caquita y ahí el menor le dijo que en el jardín, el tío “Wladi” le metió el pene en el ano y eso le había dolido mucho.- Mencionaba al tío “Wladi”.- Dijo poner el pene en el potito y besarlo.- Luego se avocaron al tratamiento de la enuresis.- Para el examen el menor tiene que estar acostado de espalda y flectar bien las rodillas y que haga fuerza para ver cuánto se dilata y ahí le pareció un poco más lacso.- A la edad que lo atendió, el ano es mucho más resistente, tiene más fuerza para contener.- Desde su experiencia y punto de vista, el relato de un menor que no es presionado a decir algo, tiene valor.- La madre estaba dentro de la consulta.- Cuando el niño le dijo lo señalado, no tenía acceso a ver la cara de la madre porque ésta estaba detrás de él.- Lo examinó físicamente una sola vez y muchas respecto del tratamiento de la enuresis.- La enuresis cuando no es por inmadurez, tiene como origen la inseguridad y la encopresis es consecuencia de mucha rabia y violencia por algún trauma.- El tío “Wladi” lo besaba, le ponía el pene en el potito.- El niño habló de dolor, no recuerda si mencionó que le pusiera el pene en la boca, sino lo puso en el informe, no lo dijo.- En la primera consulta le señaló lo que le había ocurrido con el tío “Wladi”; recuerda que fue una larga consulta, normalmente se deja para el final para tener todo el tiempo del mundo.- No hizo denuncia porque la madre le mencionó que

ya estaba en manos de la justicia.- A las preguntas de la defensa, manifestó que no es proctóloga, pero si es pediatra desde mucho antes de ser ginecóloga y en consecuencia, sabe examinar el ano porque las niñas también lo tienen.- La norma exige que el examen debe hacerse con un colposcopio, el cual no utilizó en esta ocasión.- Por su experiencia laboral, estima que está capacitada para decir que el relato era creíble.- La laxitud tiene que ver con la encopresis, la que puede ser voluntaria e involuntaria, estaba demasiado suelto.- Voluntario porque es una demostración de la rabia que debe eliminar por alguna parte.-

Coherente con los dichos de los padres resultan los dichos de **Marcela Alejandra Chamorro Oyarce** quien señaló que atendió a XX y le realizó una evaluación social al grupo familiar, en abril de 2010, porque el niño ingresó al centro supuestamente por abuso sexual.- Se realizaron tres entrevistas, una visita domiciliaria y tuvo también el reporte escolar correspondiente a ese año; dos a la madre, una al padre y una al menor.- Forma una dupla con la psicóloga María José Abásolo.- La relación de los padres era de 10 años y X era el único hijo.- Ambos padres, en las entrevistas, se describían como sobreprotectores y dijeron que a los 3 años, X ingresó a una escuela de lenguaje y presentó enuresis y encopresis y que lo llevaron a evaluar por un psicólogo particular para descartar abuso sexual, quien le señaló que los trastornos eran consecuencia de la sobreprotección y que se que-

da tranquila.- En el mismo año, se habían enterado de una situación de abuso en la escuela por lo que hicieron la evaluación antes referida.- En el año 2009, se le hizo otra evaluación en el colegio que si arrojó indicadores de abuso sexual, ante lo cual los padres hicieron la denuncia.- Dentro de los antecedentes de salud del grupo familiar constató que estaban inscritos en el Cesfam de la Carlos Trupp.- La educadora dijo que el rendimiento era regular, se integraba bien con su pares y la participación de los padres era activa y responsable.- En la visita domiciliaria constató que era una casa de dos pisos y el niño dormía con los padres.- En los cambios que señaló la madre fue que no quería comer, solo consumía golosinas.- La madre tenía una pensión de viudez y el padre una jubilación anticipada.- Concluyó en el ámbito familiar, sobreprotección; no había conductas disruptivas y no había falencias en el ámbito social y económico.- La madre tenía dos hijos mayores y este era el único de la relación con el padre.- Cuando el menor develó la situación, de inmediato se activaron e hicieron la denuncia correspondiente.- Dormía con la madre hasta los cuatro años y cuando el padre dejó el trabajo nocturno, no fue posible hacerlo dormir solo en su dormitorio.- El niño tenía 7 años y 4 meses.- La evaluación psicológica consideró derivarlo a terapia de rehabilitación y por eso, en lo social, se sugirió lo mismo.- No se visualizan dinámicas disruptivas o consumo de alcohol o drogas.- En reporte escolar de abril de 2010, no se da cuenta de anomalía con grupo



de pares.- En el mismo sentido que la anterior, declaró **María Jesús Abasolo Valderrama**, quien actuó en dupla con la anterior deponente.- En efecto, ella señaló que realizó una evaluación en abril de 2010, a XX de siete años de edad, cuando trabajaba en el Dan Kelluwun.- Fue una evaluación psicológica y social.- Aplicó test y se revisó el informe social.- El niño estaba ansioso y tenía dificultad para comunicarse.- Dificultades en el lenguaje.- En la primera entrevista el menor señaló que no sabía a qué iba.- En la segunda sesión la madre le explica el motivo, es decir que era relacionado con lo que le pasó, le dice “cuénteles a la tía lo que le pasó” y ahí da el relato.- Dijo que iba para contar lo que le hizo el tío “Wladi”, que éste le puso el pie en la espalda y la cabeza en el pote, indicando el pene, que se hizo caquita y le daba asco.-. Que el tío le puso el pene en el pote y que la había dolido, le salió sangre y había llorado.- Que fue muchas veces y le daba besos en la boca.- El niño habló espontáneamente.- En el área cognitiva se determinó que tiene una evaluación cognitiva límite, 72 de C.I.- Le costaba mantener la memoria a largo plazo de cosas cotidianas, pero si se trata de algo traumático es posible que recuerde.- Aplicó el test de inteligencia.- Tenía enuresis, encopresis y pesadillas por lo que dormía con ella.- Dificultades en la alimentación y cambios de conducta en el hogar, pues se puso más agresivo.- Temor a su entorno, lo que dificultaba relación con sus pares.- Más temeroso a la hora de vincularse con su entorno.- La sintomatología

es concordante con relato, dijo sangre, habla de pesadillas, enuresis y encopresis.- Todo se puede asociar a la sintomatología que presenta.- Se concluye que existe un daño emocional severo y se sugiere que sea derivado al Centro Unamos las Manos a terapia reparatoria.- El coeficiente intelectual es límite.- Su pericia fue clínica tendiente a evaluar daño emocional.- De otro lado, la psicóloga clínica, **Milenka Andrea Zamora Tozt**, manifestó que se le solicitó realizar un informe de avance dando cuenta de la sintomatología de XX, de 8 años de edad.- Ella lo recibió en diciembre de 2010, pero había ingresado en julio.- Se le aplicó el test de la familia, persona bajo la lluvia y test de Roberto.- Era un niño retraído y tímido y presentaba dificultad para identificar y expresar emociones, sobretodo en el manejo de la rabia.- Finalizó la terapia en diciembre de 2011 por cumplimiento total de los objetivos fijados, principalmente, en el manejo de las emociones, tales como rabia, impulsividad y abordaron el tema de la enuresis y encopresis.- Muchas veces se trabajó en el domicilio a fin de incorporar a la familia en la terapia.- X lograba sociabilizar con sus pares y afrontar las burlas por las enuresis y encopresis.- Estuvo más de un año en terapia.- Estaba en terapia psicológica y reparatoria.- El niño evadía la temática sexual, sin embargo, una vez dijo que el tío “Wladi” lo colocó sobre la mesa y le ensució la espalda.- Muchas veces le dijo que estaba por lo que le había hecho el tío “Wladi”, pero no quería hablar.- Tenía 8 años cuando lo

empezó a atender y estuvo hasta los 9 años y un poco más.- Las pruebas arrojan varios indicadores, algunos de los cuales pueden ser compatibles con una situación de abuso.- El correlato emocional variaba claramente cuando se abordaba el tema, como ser, se salía del box o daba vuelta la silla.- Ella debía evaluar el daño emocional y si alguna de la sintomatología presente estaba vinculada a una afectación de la esfera sexual.- Congruente con el atestado anterior resultan los dichos de **María José Albornoz Roco**, asistente social, quien trabajó en Unamos las Manos en una terapia reparatoria a XX- Empezaron en abril de 2010 y terminaron en noviembre de 2011.- Trabajaba con la familia de los niños afectados.- En el caso de X, la ayuda estaba destinada a reforzar a la familia y que comprendieran las dinámicas de los abusos sexuales.- Para que la familia estuviera presente y lo apoyara.- Nunca trabajó sola con el niño, sino que únicamente con los padres.- Un objetivo fue que la familia tuviera una comprensión de la dinámica abusiva.- La figura materna era el eje de la familia.-

Finalmente, **Inés Alejandra Gutiérrez Guíñez**, señaló que está por una orden de investigar decretada en una denuncia de abuso sexual, acogida el 4 de noviembre de 2009, por funcionarios de la Brigada de Delitos Sexuales, hecha por la madre, XX, respecto de su hijo de 6 años, XX- La denuncia señala que en una escuela de lenguaje llama “X”, un menor fue víctima de un delito de violación por parte de un funcio-

nario, un fonoaudiólogo, llamado Wladimir Díaz Carmona.- Ella se enteró porque son citados por la psicóloga del establecimiento X, quien le informa los resultados de los test aplicados al menor; éste, después de varias entrevistas, devela que a él le pasaron cosas malas en la escuela anterior, en la de lenguaje, tales como tocaciones en los genitales por dicho profesional y como que el menor también lo hiciera con él.- La entrevista con la madre fue en el 2009 y ella se refiere a cuatro años atrás, por lo que debiera ser en el 2005.- Se tomó contacto con la directora del “X”, quien informó el período en el cual trabajó el fonoaudiólogo y la época en que asistió el menor, los cuales eran coincidentes.- Las tías derivan de acuerdo a algunas situaciones que observan tales como un atraso en el lenguaje.- **El padre** dijo que el niño asistió al “X” en el 2004 y en su calidad de Presidente del Centro de Padres tomó contacto con otros padres que tuvieron situaciones puntuales en sus hijos.- Retiran al menor del establecimiento y lo llevan a un psicólogo; al año siguiente, no lo mandan al colegio y después, en el 2006, lo envían a otro, llegando en el 2009, a la escuela X, donde la profesora jefe, señora Clara, observó que era un niño tranquilo e introvertido, sin embargo, ve unos dibujos raros que le hacen ruido.- Se entrevista con la psicóloga, quien observa unos rasgos de agresividad.- **El padre** dice que la psicóloga del colegio María Palomino, lo llama para pedirle autorización para evaluarlo, a lo cual, él accede al ver los cambios del menor, el retardo y regreso

a una etapa anterior, pues presentaba enuresis y encopresis, recordando además, lo que ocurrió en el colegio en años anteriores.- La psicóloga llama a los padres, acudiendo solo el padre, quien se informa del abuso y violación por parte del tío Wladimir; le contó a la madre, quien quiso escuchar al niño, por lo que, al día siguiente, concurre con ella.- Esta, cuando se enteró, dijo que no lo creía hasta que se lo dijera el menor.- Este le señala que cuando era chico le pasó algo malo con el tío Wladimir cuando estaban solos en la sala; que éste lo ponía en una mesa, le doblaba las rodillas en la guata y que le dolía el estómago; que le daba besos en el pene y se lo introducía y eso le dolía y por eso vomitaba y se defecaba y ahí el tío le pegaba en las manos.- Era una casa amarilla pequeña con adornos de niños.- La escuela "X" era una casa destinada a colegio; cada pieza era un dormitorio.- Debería haber tenido unos 70 u 80 metros cuadrados.- El padre dijo que cuando se enteró se fue llorando a la casa a contarle a la madre.- El niño se acercó a la madre y le contó al oído lo que le había dicho a la psicóloga.- **La madre** relata que se le informó que el tío Wladimir, cuando estaban solos en la sala, lo ponía en una mesa con las rodillas en la guata, le pedía besos en el pene y en la boca, le ponía el pene en el ano.- Le daba besos en el pene que le causaban dolor.- Señaló que cuando pidió que el menor corroborara lo que estaba diciendo la psicóloga, fue como darle sentido a las conductas que ella había visto.- La psicóloga aplicó test proyectivos, la persona

bajo la lluvia y el test de la familia y luego se entrevistó con el menor y los padres.- El padre se confundía de fechas, por eso las fechas ciertas se las dan los reportes escolares y la información de la madre.- En el año 2009 llegó a sus manos la orden de investigar y los hechos ocurrieron en el 2005.- Después de su informe, se realizó la entrevista del menor con el fiscal José Luis González Araya.- En su conclusión señaló que de los antecedentes recopilados se podía estimar que si había ocurrido el delito, por los dichos de la psicóloga, del padre, de la madre, por la ubicación témporo espacial del menor en el establecimiento y del informe de la doctora Thumm.-

**La perito psicóloga, Daniela Sepúlveda González** manifestó que el menor XX, ingresó al Centro Dan Kelluwun, entre agosto y septiembre de 2010, cuando tenía 7 años 8 meses de edad para evaluar credibilidad del relato y daño emocional.- Para tal fin, realizó tres entrevistas con el menor y una con la madre para obtener antecedentes relevantes de la historia de vida del niño.- Además hizo revisión y lectura de la declaración previa del menor emitida en el 2009.- El niño tiene una textura física media, nivel de lenguaje bajo lo esperado y baja capacidad de atención y concentración.- Se presenta ansioso ante la separación de la madre y tiene una actitud inhibida e insegura.- En la tercera entrevista, el niño se tornó ansioso e inquieto al evocar recuerdos de lo experimentado.- El relato es espontáneo y breve.- Señaló que el tío le daba

besos en la boca, en el pene y poto y también se lo colocó en el poto donde le salió mucha sangre.- El por su parte también le daba besos en la boca, pene y poto.- **Se llamaba tío “Wladi”**; que éste lo subió a una mesa, se agachó por la espalda y quería besos en la boca, le salió mucha sangre.- En dos oportunidades dijo que no se acordaba donde conoció al tío “Wladi”, tampoco de la edad que él tenía.- Primero dijo que caleta de veces y después 99.- Señaló que eso se lo hacía en la escuela y que él se sacó la ropa y le pasó a todos los niños.- Dijo que a X le hizo lo mismo que a él.- Que le salió sangre.- En cuanto a los besos dijo que él se los daba y después dijo que él le daba besos porque el tío quería que le dieran besos.- Logra expresar ideas con dificultad.- En primera instancia, hubo una narración libre y después preguntas.- La develación fue tardía e indirecta a la psicóloga del colegio y ahí los padres hacen la denuncia.- En el 2009 declaró que un tío le metió el pene en el poto.- **El niño dormía con los padres porque había tenido pesadillas.-** Las interacciones entre padre e hijo eran restringidas.- La madre tenía una actitud sobreprotectora.- El niño estaba afectado por esa sobreprotección lo que creaba conductas ambivalentes hacia la madre.- Presentaba enuresis primaria, en el día y en la noche, y también encopresis.- El niño evidenciaba la situación como traumática porque había invadido su cuerpo.- Relato indeterminado.- Daño significativo.- El develó los hechos en el año 2009.- realizó un dibujo libre para inspeccionar el

estado emocional actual del niño.- El cuestionario de preguntas infantil permite indagar relaciones escolares y familiares.- En la declaración de 2009, dijo que también le puso el pene en la boca.- La narración no permite aplicar los criterios del CBCA.- Madre se autodefinió como una persona autoritaria.- El niño dormía con la madre desde después de la violación.- Hay daño asociado al abuso, pero hay secuelas asociadas al grupo familiar.- Con el paso del tiempo se desordenan las ideas y se olvidan otras.- X sabía que era algo que no se debía hacer.- En el 2009, dijo que le puso el pene en el poto, lo que ocurrió en más de una vez.-

El **acceso carnal** fue acreditado con los dichos de la perito médico legista, la doctora, **Ximena Thumm González**, quien manifestó que realizó el peritaje 110 de 2009, a un menor de 6 años y meses que se presentó acompañado por su madre quien le contó que el menor le dijo a la psicóloga algo que le había hecho el tío Wladimir; luego éste le relata que cuando estaba en el colegio donde asistía anteriormente, el tío Wladimir lo subía sobre la mesa, le colocaba las rodillas en la guata y le introducía el pene y además, hacía que le chupara el pene.- Era gordito y alto.- Lo colocó en posición genupectoral, constatando que no había lesiones en la zona perianal, sin embargo, el esfínter se dilataba fácilmente y no oponía resistencia a la introducción del dedo índice enguantado, por lo que concluye que sufrió abuso sexual y violación; es una posición como invocando a Alá,

es decir, queda el potito levantado con las rodillas separadas, debido a esta posición es poco probable que el ano se dilate, igual hay que separar ambos glúteos para observar.- El examen es solo visual y en algunos casos utiliza una lupa.- El esfínter era hipotónico porque no se notaba fuerza para apretar el músculo.- No había la fuerza habitual para repeler la introducción del dedo enguantado.- Si no controla esfínter, las deposiciones salen fácilmente; lo primero que uno mira es si hay estitiquiez, pero en este caso no había relación con eso.- Sugirió un tratamiento por psicólogo.- Una lesión neurológica puede hacer que el niño, pasado los dos años, no controle el esfínter, como por ejemplo una lesión a la médula; también la estitiquiez.- A veces se producen pequeñas grietas cuando hay estreñimiento.- Los niños pequeños aprenden a relajarse para evitar dolor al introducirle el pene y en ese caso, no quedan lesiones.- No utilizó colposcopio.

Llama la atención la concordancia que existe entre los relatos que el menor **XXXX** entregó a los distintos profesionales que lo atendieron antes del juicio, con el que dio en estrados, el que, a pesar de ser breve y conciso, se ha mantenido en el tiempo en lo medular, tanto respecto a la descripción de las acciones que el acusado, realizó con él, como ser besos en la boca y en el pene e introducción del miembro viril en su ano y boca, como también respecto a las veces que ello aconteció, ya que nunca ha señalado que fuera en una sola ocasión, sino que siempre ha hecho referencia a

un número mayor; asimismo, solo ha sindicado a un único agresor, al que denomina tío “Wladi”.- Así se desprende de los testimonios entregados por **María José Palomino Iceta**, quien fue la primera persona a la que develó los hechos en el año 2009, cuando fue derivado por su profesora jefe **Clara Rosa Jaque Riquelme**, por instrucciones de la Directora del colegio X, **Adriana Rebeca Argomedo Coloma**, a fin de que la referida psicóloga estudiara y analizara algunas conductas que no eran normales en su edad, como balanceo en la silla, movimientos esterotipados, enuresis, encopresis, apatía e inseguridad; profesional que luego de aplicar algunos test gráficos y proyectivos y entrevistas, determinó que habían indicadores de abuso sexual y a la cual le indicó que el tío del primer colegio donde estuvo, le tiraba las orejas, lo obligaba a que le diera besos en la boca y en el pene, que se lo tocara e introducía en su ano, lo que le provocaba dolor, desangramiento, asco y vómitos.- Versión que al día siguiente, dio a su **madre y padre** por separados, pues, no quisieron creer hasta que la escucharon de su propia voz.- Relato que es concordante con el que le entregó a la doctora ginecóloga infanto juvenil **Zunilda Gladys Gambetta Alarcón**, profesional que lo atendió en el año 2009, cuando tenía 7 años y 6 meses, luego de haber develado los hechos a la psicóloga del colegio X, **María José Palomino**, quien al auscultarlo constató un ano complaciente, sin el tono que correspondía a su edad y al preguntarle por qué le pasó lo de la “caquita”, le dijo que

en el jardín, el tío “Wladi” le metió el pene en el “poto”, lo que le dolió mucho y lo besaba, relato que, a su parecer, es creíble, lo que afirma por que el menor no fue presionado y por su experiencia laboral.- Similar narración entregó el menor XX a la psicóloga **María Jesús Abásolo Valderrama**, quien lo evaluó en abril de 2010, cuando trabajaba en el Dan Kelluwun, a donde concurrió junto a su madre, mostrándose reticente hasta que en la segunda sesión, la madre le dijo que le contara a la tía lo que le pasó, diciéndole el menor “que el tío “Wladi”, le puso el pie en la espalda y la cabeza en el poto, indicándole el pene, que se hizo “caquita”, le daba asco, le dolió, le salió sangre y tenía asco y también le daba besos en la boca”.- Al aplicar el test de inteligencia arrojó un C.I. de 72, categoría de límite; le costaba mantener la memoria a largo plazo de cosas cotidianas, pero si se trata de algo traumático es probable que recuerde.- Detectó un daño severo por lo que lo derivó al Centro Unamos las Manos.- Dicha profesional trabajó en dupla con la asistente social **Marcela Alejandra Chamorro Oyarce**, quien se entrevistó con los padres de XXXX, constatando que se trataba de padres sobreprotectores por cuanto era el único hijo de la relación, quienes le contaron que el niño fue víctima de una situación de abuso sexual, la que se develó en el 2009, durante una evaluación psicológica, a pesar de que con anterioridad habían consultado otro profesional el que nada detectó; el niño presentaba enuresis, encopresis, conductas disruptivas y

consumía muchas golosinas.- Por su parte, la psicóloga **Milenka Andrea Zamora Totz**, le brindó a XXXX terapia reparatoria entre los meses de diciembre de 2010 y diciembre de 2011, fecha en que egresó del Centro donde trabajaba y al cual había ingresado en julio de 2010.- Explicó que su labor era ayudarlo en el manejo de las emociones, mas no interiorizarse del relato de los hechos que lo afectaron, no obstante ello, en una oportunidad, el niño le señaló que el “tío Wladi”, lo colocó sobre la mesa y le ensució la espalda y que estaba en el Centro por lo que este tío le había hecho, pero que no quería hablar de ese tema y cuando lo hacía su estado de ánimo se reflejaba en el correlato emocional porque daba vuelta la silla para otro lado o simplemente abandonaba el box donde se le daba atención.- Preciso que los test arrojan indicadores, algunos de los cuales pueden ser compatibles con abuso.- Dicha profesional trabajó en dupla con la asistente social, **María José Albornoz Roco**, quien paralelamente trabajaba con la familia del menor, en la especie con sus padres, a fin de que estos le dieran apoyo.-

Refuerza el relato la circunstancia de que en algunas narraciones aportara detalles que irredargüiblemente llevan a la convicción de que el autor de los actos abusivos era el fonoaudiólogo del colegio donde estuvo primero, al indicar que en la sala había espejos y juguetes, elementos utilizados en el ejercicio de esa profesión, como se lo indicó a la psicóloga **Cancino Correa** que

lo atendió en forma particular por la agresividad, enuresis y encopresis que lo afectaba, a mediados del año 2010, y a quien le develó los hechos en forma espontánea y similar a la entregada en estrados.- Tampoco es posible que el niño se aprendiera el relato o incorporara como suyo lo que le habría ocurrido a su amigo “X”, pues fue claro en explicar que el tío “Wladi” le quiso hacer lo mismo, pero el “X” salió corriendo, en consecuencia, él nada vio; como tampoco es similar la situación que describió respecto a una niña en la cual el tío le habría tocado el “poto”.- El menor dio razón de sus dichos, como sucedió por ejemplo cuando explicó que también los abusos los cometía en la sala, pues él era el último en salir o cuando señaló que le vio el pene al tío cuando se lo metió en la boca.-

De otra parte, resulta relevante considerar la forma en que el menor ha entregado su relato, incluso, como ocurrió con el otorgado en estrados, ingenuamente, lo cual está acorde a sus escasos años y a su especial condición intelectual de pertenecer a la categoría de limítrofe, al punto de reconocer que su madre le ayudaba a recordar cuando se le olvidaba el nombre del tío y el lugar donde acontecieron los hechos, como ocurrió, el día anterior al juicio, quien debió explicarle a que venía, situación que se produjo en más de una ocasión, dado que la audiencia fue suspendida en otra época previa, por ardid del acusado, puesto que se quedó sin abogado al revocarle el patrocinio y poder al que tenía,

para luego otorgárselo al mismo profesional.-

En nada altera lo razonado, lo depuesto por la psicóloga **Daniela Sepúlveda González**, quien evaluó la credibilidad del relato, por cuanto el relato que le entregó, también concuerda, en lo medular, con los anteriores, en orden a que el menor le refirió las agresiones sexuales, indicándole en la tercera entrevista, donde se mostró ansioso e inquieto, al evocar recuerdos de lo experimentado, que el tío le daba besos en la boca, en el pene y poto y también se lo colocó en el poto donde le salió mucha sangre.- El por su parte también le daba besos en la boca, pene y poto.- Se llamaba tío “Wladi”; que lo subió a una mesa, se agachó por la espalda y quería besos en la boca, le salió mucha sangre.- En dos oportunidades dijo que no se acordaba donde conoció al tío “Wladi”, tampoco de la edad que tenía.- Primero dijo que caleta de veces y después 99.- Señaló que eso se lo hacía en la escuela y que él se sacó la ropa y le pasó a todos los niños.- Dijo que a X le hizo lo mismo que a él.- Que le salió sangre.- En cuanto a los besos dijo que él se los daba y después dijo que él le daba besos porque el tío quería que le dieran besos.- Concluyendo que la narración, por lo breve, no permite aplicar los criterios del CBCA.- Explicando que hay daño asociado al abuso, como también secuelas asociadas al grupo familiar y que con el paso del tiempo se desordenan las ideas y se olvidan otras.- X sabía que era algo que no se debía hacer.-

Así las cosas, lo narrado por el menor, en un primer momento, se ha mantenido incólume en el tiempo, en sus aspectos esenciales, es decir, en cuanto a la forma de la agresión, lugar en que se produjo y persona del agresor; y, si bien estos sucesos ocurrieron cuando tenía muy corta edad, la psicóloga María Jesús Abasolo Valderrama señaló que al efectuarle el test de inteligencia, comprobó que se encontraba en la categoría de limítrofe y que tenía dificultades en la memoria de largo plazo para cosas cotidianas, aclarando que eventos traumáticos como éste quedan en la memoria de la persona y es posible recordarlos. En consecuencia, las mismas dificultades intelectuales del menor, se contraponen con la posibilidad de falsear una situación y mantenerla en el tiempo.

Asimismo, si bien el relato del ofendido ha sido esencial para el establecimiento de los hechos, igualmente relevante fue la forma en que se produjo la develación.- Al efecto, se debe tener en consideración que, conforme a la prueba rendida en la audiencia, se estableció que en el año 2005, se realizó la primera denuncia por abuso sexual en contra del acusado Díaz Carmona, respecto de otros menores, mientras éste se desempeñaba como fonoaudiólogo en el colegio “X”, donde también asistía el ofendido de marras; circunstancia que fue comunicada en reunión a los padres y apoderados de los alumnos de dicho establecimiento. En ese contexto, los padres de XX, optaron por llevarlo donde un psicólogo para que lo evaluara a

fin de descartar o no la posibilidad de que hubiese sido objeto de abuso sexual, teniendo en cuenta, además, **que había tenido una regresión en el control de esfínteres y pesadillas nocturnas**, quedándose tranquilos cuando el profesional le informó a la madre que eso era explicable porque el niño era muy regalón. Frente a esta situación y para evitar cualquier problema, optaron por sacar al menor del establecimiento educacional, sin tener ningún tipo de inconveniente con las sostenedoras del mismo, al punto que éstas los visitaron en su domicilio, pidiendo que intercedieran con los demás apoderados para bajar el perfil de la situación y/o los ánimos, en pos de su proyecto educativo. Con posterioridad, la familia de XX continuó su vida dejando atrás lo sucedido en la escuela “X”, estimando como algo normal la regresión de aquél en el control de esfínteres, por las razones dadas por el psicólogo, ingresando a XX al colegio Y unos años después y el 2009, se incorporó a primer año básico en la escuela X.- En esta etapa escolar, su profesora jefe doña Clara Rosa Jaque Riquelme notó que el menor era demasiado retraído, no quería salir a recreo como los demás niños y era acompañado por otro menor al baño, porque se hacía “caquita”, conforme le señalaron sus padres, lo que motivó que derivara al menor a la psicóloga del establecimiento doña María José Palomino Iceta. **En este contexto, luego de algunas sesiones para tratar las conductas de XX observadas por la profesora y la propia psicóloga en clase, sin tener conocimiento de lo sucedido en la**



**escuela “X” en el año 2005, es que se produce la develación,** puesto que el menor le cuenta a la referida profesional que el tío fonoaudiólogo del colegio anterior al que estuvo antes (que corresponde a X), lo obligaba a darle besos en la boca y en el pene y le metía el pene por el ano, lo que de la daba asco y vomitaba. Frente a esto, la profesional hizo lo que correspondía en ese momento, que fue comunicar la situación a los padres y a la Directora del establecimiento, a fin de que se hiciera la denuncia respectiva, si era el caso, lo que realizaron los padres de manera inmediata; especificando dicha profesional que estos últimos no podían creerlo, hasta que el niño se lo dijo a su madre. De otra parte, hay que considerar que los padres, durante varios años, desde noviembre de 2005 a noviembre de 2009, estuvieron relajados y tranquilos, pensando que había quedado en el pasado esa preocupación que los aquejó, en el mes de noviembre de 2005, de que su hijo XX fuera una de las personas afectadas por los abusos que se atribuían al fonoaudiólogo de la escuela de lenguaje “X”, por cuanto, a XX lo habían llevado al psicólogo Marcos Palma, quien les había dicho que los síntomas que presentaba, enuresis y encopresis, eran por ser regalón, información que los dejó tranquilo, -no obstante que los síntomas seguían-, hasta que la psicóloga del colegio Palomino Iceta les informó de los resultados de los test aplicados para indagar sobre sus anormales conductas y para lo cual fue referido por la profesora Jefe; enterándose, en esa ocasión, el 3 de noviembre de

2005, sobre lo que le ocurrió cuando tenía aproximadamente 3 tres años de edad con el tío Wladimir, relato que en ningún caso, fue dirigido o implantado por lo padres, como lo señaló la defensa, pues ellos no buscaron la develación, sino que por el contrario los pilló de sorpresa, pues como dijo la referida psicóloga, no lo querían creer, hasta que el menor se los dijo personalmente.-

De esta forma, no se vislumbra ningún tipo de manipulación previa por parte de los progenitores de XX, para dar cuenta de una situación falsa, máxime si habían transcurrido cuatro años desde la fecha de ocurrencia de los hechos y el niño no tenía contacto con otros menores de aquel establecimiento, pues estaba en un colegio diverso y sólo tiene un amigo cercano, como lo es su vecino. Tampoco se divisa algún tipo de ganancia secundaria, por el contrario, esta develación ha revictimizado a XX, dado que ha debido ser evaluado por diversos profesionales y no se estableció que existiera algún tipo de animadversión de parte de su familia hacia el acusado o el colegio pues, como ya se dijo, retiraron a su hijo sin ningún tipo de controversia con las sostenedoras. De otro lado, no parece que la madre tuviera animadversión en contra del acusado, pues, en todo momento, quedó claro, tanto de su propia declaración, como de la del padre, de la educadora Aspillaga Corvalán, de Faúndez Acevedo y del mismo acusado Díaz Carmona, que era el padre, XXXX, quien tenía cercanía y asistía continuamente al colegio, al extremo

que la madre, según dijo Aspillaga Corvalán, en el año 2009, cuando se enteró de los hechos que afectaron a su hijo, llegó a la escuela de lenguaje preguntando por el nombre del “psicólogo y su dirección”, explicándole que no había psicólogo sino que fonaudiólogo, lo que demuestra que ignoraba quien era el acusado y mal podría existir ese afán persecutorio que señaló el acusado en su declaración.- Tanto es así, que ella sólo lo vino conocer y a identificar como tal, cuando vino a declarar como testigo en el juicio anterior, resultando totalmente inverosímil la explicación, que impresiona como aprendida y preparada, que refirieron los testigos de la defensa Aspillaga Corvalán y Faúndez Acevedo, referente a que XX, madre del menor y el acusado Díaz Carmona, habrían interactuado, en una actividad realizada en el colegio durante el año 2005, en la cual, el acusado se habría asomado por una ventana; pues, para cualquier persona es imposible recordar un hecho tan insignificante como el que refieren.- En el mismo sentido, crea convicción la circunstancia de que la educadora Aspillaga Corvalán junto a otras dos tías concurren al domicilio de los padres de XX, en noviembre de 2005, a pedirle que ellos, siendo el Presidente del Centro de Padres, XXXX, intercedieran para bajarle el perfil a los comentarios que habían surgido como consecuencia de las acusaciones que se habían en contra del fonaudiólogo, lo que evidencia que siempre estuvieron en estrecho contacto con el colegio y no tenían un afán persecutorio.- En nada se contraponen a lo anterior, lo esgri-

mido por la defensa, en orden a que la madre de XX, XXX, haya estado pendiente del resultado del juicio anterior y molesta por la absolución, puesto que a esa fecha, ya se había enterado de lo sucedido a su hijo y, por ende, resulta absolutamente plausible, conforme a las máximas de la experiencia, que se sintiera cercana a las otras madres e hiciera causa común con ellas.

Cabe consignar además, que no se ha observado alguna falta a la ética y ejercicio profesional, en el actuar de la psicóloga María José Palomino Iceta, como tampoco se vislumbra que haya excedido su actuar y entrado en el campo forense, como lo representa la perito de la defensa Greter Macurán Nodarse, puesto que hizo precisamente lo que ella señaló, informó a quienes correspondía para que se siguiera el proceso respectivo y, en ningún caso, realizó una evaluación de credibilidad de relato. Tampoco hubo forzamiento o inducción por parte de esa profesional, ya que ella se limitó a decirle a X que le contara a sus padres, lo que a ella le había señalado anteriormente.- Es falso que la psicóloga asumiera roles que no le correspondían o se extralimitara en su función, como aseveró la psicóloga Greter Macurán, pues hizo lo que tenía que hacer.- En efecto, se remitió a aplicar los test respectivos para averiguar sobre los trastornos que el niño presentaba en clases, según lo informado por la profesora jefe y, en ese contexto, tuvo conocimiento de los hechos, los que informó a los padres, para que ellos tomaran las medidas correspondien-

tes, pero en ningún caso hizo un análisis de la credibilidad del relato o evaluó el daño emocional.-

Tampoco es extraño que ese primer psicólogo, Marcos Palma, que atendió a XX, no pesquizara en la atención que le brindó en el 2005, algún indicador de abuso sexual o aquél le señalara lo que le ocurrió, pues, como lo indicaron las profesionales de esa área que depusieron en el juicio, la confianza de un niño no se obtiene en una única sesión; a ello se suma el hecho que a esa fecha, el menor tenía casi tres años de edad y dificultades para hablar; todo lo cual se estima suficiente para explicar la falta de relato inicial y se entiende, que lo hiciera sólo en el año 2009, cuando recordó lo que le había ocurrido, lo cual es totalmente posible como lo aseveró la psicóloga María Jesús Abásolo Valderrama, quien dijo que los eventos traumáticos es probable recordarlos.-

La edad del ofendido se acreditó con el **certificado de nacimiento** que consigna que éste nació el 10 de diciembre de 2002, cuyos padres son XXXXX y XXXX-

La circunstancia de que X concurriera a la escuela de lenguaje "X", en el año 2005, mismo período en que también asistía el acusado, en su calidad de fonoaudiólogo, se acreditó con **los certificados** acompañados al efecto, emanados de la Directora del referido establecimiento educacional, doña Magdalena Ramírez Palma.-

Respecto de la referencia efectuada por el perito de la defensa **Leo-**

**nardo Andrés González Wilhelm**, al informe que habría evacuado el médico legista Rosmanich, en orden a que XXXX tenía el tono del esfínter anal normal, al parecer de estas juezas de mayoría, no es posible dar por cierto todo lo señalado por aquél en el juicio, dado que reconoció que sólo contó con fotocopias simples de los antecedentes que el acusado le proporcionó, que correspondía sólo a algunas piezas de la carpeta investigatoria, de manera que no consta la integridad de los mismos; lo que hacía necesaria la presencia del médico legista Rosmanich para esclarecer esa circunstancia, sometido a las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio; máxime si la evaluación se hizo el 11 de mayo de 2011 y a esa data el menor estaba en terapia reparatoria, conforme señaló la profesional que lo trataba Milenka Andrea Zamora Tozt, habían transcurrido varios años desde la agresión y estaba comenzando a controlar su esfínter anal. Por último, llama la atención que la defensa no haya propuesto a dicho legista como prueba pericial suya, si su evaluación era tan categórica y beneficiosa para su representado. De otro lado, el propio doctor González señaló que podrían no quedar lesiones visibles en la zona anal, por las características de la misma y que podrían sanar en unos 11 días, quien además, tenía el convencimiento que los hechos habían ocurrido en el año 2008, desconociendo que estos acontecieron en el 2005, pues pensaba que habían acontecido en fecha reciente a la denuncia (2009); y que la encopresis podía deberse a un retraso mental,

aludiendo a la evaluación de la psicóloga Abásolo, en circunstancias que ella dijo que presentaba una inteligencia límite; todo lo cual, también resta validez a su pericia, pues se basa en datos erróneos.- Además, no se requiere de una introducción completa del miembro viril para configurar el delito de violación, por lo que es, perfectamente, posible que no se cause un mal mayor en el ano, lo que unido a la afirmación anterior, hace plausible que su familia no notara la existencia de una lesión, en su momento.- Por lo demás, la doctora Thumm también se planteó que la causa de la dilatación del ano y de la encopresis se debiera a estitiquez, lo cual fue descartado porque no era el caso; como también que la encopresis fuera secuela de un daño cerebral por cuanto la madre del menor refirió que lo llevaron a un neurólogo, quien le realizó un electroencefalograma, indicándoles que todo estaba normal.-

Por último, una de las tesis planteadas por el doctor González, es que se trataría de una encopresis primaria, es decir que el menor nunca controló el esfínter anal, lo que no es efectivo, conforme se probó en el juicio, ya que, tanto la **madre como el padre**, a los que se le presta plena credibilidad, dijeron que en ese entonces sólo se le ponía pañales en la noche a XX, por precaución, y que después tuvo una regresión que fue uno de los motivos de su consulta al psicólogo Marcos Palma. En consecuencia, **se trató de una encopresis secundaria y coetánea a la época de los hechos**, lo que las psicólogas Zamora Tozt, Cancino

Correa y la propia Greter Macurán señalaron que podía estar asociada a un evento traumático, pero que en ningún caso era indicador exclusivo de ello, sin embargo, en la especie, la diferencia la hace el relato del menor, como indicó la psicóloga Cancino.-

De otro lado, las testigos de la defensa, **María Jimena Aspillaga Corvalán y Alejandra Bernardita Faúndez Acevedo**, impresionan al tribunal de mayoría, como carentes de imparcialidad para declarar en el juicio e interesadas en el resultado del mismo, pues en relación a **la primera** de las nombradas, una decisión condenatoria es gravitante en su situación patrimonial, como ella misma lo reconoció en la audiencia, dada su calidad de sostenedora de la Escuela de Lenguaje “X” en la que laboraba Díaz Corvalán como fonoaudiólogo, por cuanto también recae en ella responsabilidad civil por el daño ocasionado dentro del establecimiento educacional, a uno de sus alumnos, en la especie, a XXXX; y además, una situación como ésta influye en el prestigio del colegio al que dedicaron tanta atención porque era un proyecto educativo en el que creen, reparando una casa abandonada para adaptarla en tal sentido, quedando, curiosamente, en mal estado la puerta de la sala usada por el fonoaudiólogo, que por lo mismo debía estar abierta hacia un estrecho pasillo, con los riesgos que ello implica al tránsito de niños menores 2 a 5 años, lo cual no es creíble; por lo demás, dicha aseveración fue desvirtuada por XX y por su padre, quien pasaba largas horas en

el colegio, como fue reconocido por los testigos de la defensa y del propio acusado, en orden a que la puerta permanecía cerrada y con picaporte cuando el fonoaudiólogo trabajaba con los menores, pues para ello se requiere que los niños estén concentrados y no pendientes de quienes circulan por el pasillo y que existan las condiciones para llevar a cabo las técnicas que debe aplicarles, pues se trata de niños pequeños que tenían dificultades de lenguaje por lo que las máximas de la experiencia indican que lo mínimo es que trabajen en un ambiente tranquilo, lo que no se condice con la circunstancia de tener una puerta abierta y escuchar los ruidos que provienen de las otras salas de clases; y respecto de **la segunda**, porque resulta evidente que su testimonio no es objetivo e imparcial, ya que como ella misma lo señaló ha trabajado con el acusado conjuntamente en varias oportunidades y en diversos lugares, e incluso, hicieron la práctica juntos, lo que naturalmente implica que la relación entre ellos sea más estrecha y cercana.- En efecto, **María Jimena Aspillaga Corvalán**, manifestó que en el año 2009, se acercó la madre de X a exponer una situación.- El niño fue alumno en el 2005, en la escuela de lenguaje X.- Cuando empezaron con los problemas de abusos de los niños se retiraron dos niños.- Conoció a Wladimir Díaz porque empezó a trabajar en la escuela, más que nada es clínico porque trabaja con grupo de tres niños, trabajaba miércoles y jueves.- La duración de la terapia es de media hora.- La mamá fue a contar en noviembre de 2009 lo que le

había pasado a su hijo.- Le dijo que venía del colegio donde X estaba actualmente y que la psicóloga le había dicho que el psicólogo de este colegio, había abusado de él.- Ella le respondió que era de la persona que menos esperaba esto, pues cuando lo sacó del colegio le aseguró que lo había visto un médico y no tenía nada.- Es socia del colegio.- En el primer semestre, Díaz trabajó con un alumno en práctica llamado Omar, en la tarde, en la jornada que estaba X- X estuvo hasta noviembre y Omar sólo hasta julio de 2005.- Todos los alumnos en práctica cumplen el mismo horario que el fonoaudiólogo.- El fonoaudiólogo estaba en contacto con los niños en su sala y en la de él.- La separación entre las habitaciones es de ladrillo.- Explica la ubicación de la escuela y como estaban distribuidas las salas de clases.- Se acuerda de XX y en esa época usaba pañales.- El padre de X era muy participativo y él iba mucho al colegio.- La mamá de X conoció a Wladimir porque siempre hacían actividades.- El auxiliar circulaba por toda la casa y tenía horario de las 12 a las 14 horas y de 17 a 18:30 horas de la tarde.- X estuvo ocho meses en la escuela.- Llegaban a las 14:15 horas hasta las 18:00 horas.- La sala dos tenía 15 niños.- La puerta no tiene ventana y la ventana está atrás, arriba.- La puerta no cerraba porque el marco estaba descuadrado.- La directora no siempre está en su oficina porque tiene que hacer trámites.- Omar trabajaba con su niños en la tarde.- X iba con X a clases con el fonoaudiólogo.- La audición de la otra sala es audible no

obstante estar en clases.- Tiene claro que responde civilmente y que no ha hecho nada.- Los alumnos en práctica eran de fonoaudiología y cumplían horario de 9 a 13 horas y de 14 a 18 horas.- Circulaban por el pasillo donde estaba la basura y lo ocupaban en el recreo y siempre deben hacerlo con un asistente.- La subvención la pagan por asistencia y la circunstancia de que le retiraran los cinco niños le causó un daño económico.- La señora X conoció a Wladimir en una actividad cuando él se presentó por una ventana; por su parte, **Alejandra Bernardita Faúndez Acevedo**, manifestó que sabe que hay una demanda en contra de Wladimir Díaz a quien conoció en el 2004, cuando ambos hacían práctica en una escuela de Sagrada Familia; después trabajaron juntos en la escuela X en el año 2005.- Allí trabajó con Paula Alvear y Ximena Aspillaga, que eran las dos educadoras del colegio.- Wladimir era el fonoaudiólogo de X, quien tenía 2 años de edad y estaba en el nivel medio menor.- Trabajó marzo y abril como asistente en el curso en que estaba X, el que usaba pañales y lo que le consta porque le cambiaba pañales.- Wladimir trabajaba miércoles y jueves de 8 a 18 horas.- Este tenía un trabajo personalizado con los niños, llevaba tres niños a su Sala.- Los padres de X iban continuamente al colegio.- Por la ventana se presentó cuando estaban haciendo una actividad en la cual se encontraba la señora X- Wladimir nunca estuvo solo con los niños porque cuando iban al patio tenían que hacerlo todos a la vez, no podía que-

darse en la sala.- No había campana para regresar a la Sala de clases, porque era un lugar pequeño y por ello lo hacían diciéndole que regresaran a la Sala.- El niño estuvo desde marzo a noviembre y fue retirado por otra situación que hubo en el colegio respecto de unos abusos.- Trabajó en otra escuela de lenguaje con Wladimir, en otra ciudad, después del año 2006.- Ahí trabajaron un año.- No es amiga, sólo compañeros de trabajo.- La puerta de la sala de Wladimir no se cerraba nunca y ella pasaba a cada rato cuando llevaba a los niños al baño.- La mamá de X regaló una esponja para el mudador del colegio porque era muy duro el que había.- A las preguntas de la fiscalía señaló que don Omar podía ingresar a la Sala de Wladimir.- En muchas ocasiones don Wladimir estuvo sólo con los tres niños.- La otra persona que llegó como asistente fue en mayo.- La oficina de la Directora no está frente a la del fonoaudiólogo.- Desde la Sala 2 no podía ver lo que ocurría en la sala del fonoaudiólogo y desde la 1 tampoco, pero escuchaba todo porque los espacios físicos eran muy pequeños.- Los niños concurrían al fonoaudiólogo en grupos de a tres desde las tres de la tarde, lo cual conoce por la información que le entregaron en reuniones de trabajo.- X se retiró por los comentarios que había respecto de abusos sexuales que ocurrían en las salas de clases.- La puerta no se cerraba por un problema con el marco, pero si se juntaba.- Cuando pasaba al baño veía a los niños sentados frente a una mesa trabajando con don Wladimir.- No recuerda en que parte

estuvo Wladimir en los días de celebraciones que la defensora le menciona, sin embargo se acuerda bien de que éste estuviera asomado en una ventana, el vino a saludar.- A veces ella le ofrecía café a Wladimir.- La sala de Wladimir era muy pequeña, había un espejo, una mesa, sillas y juguetes.- Siempre estuvo la ventana, la que indica que estaba a una altura de 60 u 80 centímetros, indica de abajo de su cadera (ella es una persona baja).- Cuando ocurrió lo de Wladimir, el colegio informó mediante una reunión general de padres y apoderados.- Señaló que éste se asomó por la ventana y por ahí interactuó con los apoderados, no pudo indicar que es lo que hizo.- En el 2006 trabajó con Wladimir en Sagrada familia en una escuela de lenguaje con niños.- En el 2005 hubo una denuncia de abuso sexual en contra de Wladimir.- Realizó un croquis de cómo era el colegio.-

Por las razones antes señaladas, las pericias aportadas por la defensa, no fueron capaces de desvirtuar las aportadas por los acusadores.-

De otro lado, la declaración del acusado Díaz Carmona fue desvirtuada por sus propios testigos, en cuanto a su enfática afirmación de que nunca estuvo sólo con los niños, ya que siempre estuvo acompañado de los alumnos en práctica, situación que no aconteció porque en el segundo semestre no tuvieron alumnos en práctica, como lo dijo Aspillaga, con lo cual queda en evidencia que en ese aspecto no dijo la verdad; tampoco es efectivo que la casa donde funcionaba el colegio fuera de tabi-

quería, pues como lo dijo Aspillaga Corvalán era de ladrillos.-

De este modo, se acreditó la teoría del caso de los entes persecutores, tanto respecto de los hechos de que fue víctima el menor XXXX, como de la participación que en él tuvo el acusado Wladimir Leonardo Díaz Carmona.-

## CALIFICACIÓN JURÍDICA

**NOVENO:** Que, al parecer de la mayoría de estos jueces, los hechos descritos en el fundamento séptimo, configuran el delito continuado de violación de una persona menor de 14 años, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal; toda vez que el agente accedió carnalmente vía anal a una persona menor de 14 años, además de obligarlo a que le diera besos en la boca y en el pene.

La significación y relevancia de la acción desplegada por el enjuiciado, satisface el tipo penal antes señalado, atendida la naturaleza de la acción desplegada pues la introducción del miembro viril en el ano denota por si mismo el ánimo libidinoso del agente, mismo sentido que tienen los besos que le exigía al menor y que se entienden como un preámbulo de la penetración.- Además, se ha tenido en consideración el contexto en que la realizó, esto es, aprovechando los momentos en que quedaba a solas con el infante que estaba a su cuidado, quien no tenía posibilidad de manifestar su oposición y contar lo que sucedía, pues era tratado por

aquél “precisamente porque tenía un trastorno de lenguaje”.-

Si bien se estableció que el acusado penetró a la víctima, en más de una oportunidad; no se pudo determinar la fecha en que ocurrió cada uno de los eventos; de manera que, en opinión de estas jueces de mayoría, tales conductas deben ser consideradas como un solo hecho punible, lo que en doctrina se conoce como delito continuado, toda vez que se reúnen en la especie las exigencias que ésta precisa para su configuración. A saber, existen varias acciones que, aisladamente consideradas, cada una conforma un delito; además, la norma jurídica transgredida es la misma, esto es, el artículo 362 del Código Penal, existe también unidad de sujeto tanto activo como pasivo; y la afectación de un mismo bien jurídico protegido, como es la indemnidad sexual, que si bien tendría el carácter de personal, por tratarse de un mismo sujeto pasivo como titular de él, hace aceptable la existencia de continuidad. Asimismo, los hechos se desarrollaron en un contexto y entorno similar, bajo una misma modalidad de acción y separados en el tiempo entre uno y otro. Por último, en el plano subjetivo, el accionar del agente ha respondido a una igual motivación, en cada uno de los episodios, como es el ánimo libidinoso dirigido al mismo menor.

En razón de lo señalado, se desestima la pretensión de los acusadores, en orden a considerar los hechos como dos ilícitos diversos, por cuanto los que podrían encuadrarse en la figura típica de abuso sexual impropio,

como lo sostienen aquellos, al parecer de estos jueces, forman un todo con el delito de violación que se ha dado por establecido.-

**DÉCIMO:** Que, por decisión de mayoría, de acuerdo a lo establecido en el fundamento séptimo, se califica la participación del acusado en los hechos que se han dado por establecidos y calificados precedentemente, como autoría, por haber tomado parte en su ejecución, de una manera inmediata y directa, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

## C I R C U N S T A N C I A S MODIFICATORIAS

### ATENUANTES

**UNDÉCIMO:** Que favorece al acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad penal, consistente en la irreprochable conducta anterior, contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, acreditada con su **extracto de filiación y antecedentes**, carente de anotaciones prontuariales pretéritas.-

**DUODÉCIMO:** Que, la mayoría de estas jueces estima que perjudica al acusado la circunstancia agravante contemplada en el artículo 368 del Código Penal, por cuanto se estableció que trabajaba como fonaudiólogo en el colegio donde se perpetraron los hechos y que en tal calidad enseñaba a los niños con trastornos de lenguaje, entre ellos el ofendido

### PENALIDAD



**DECIMOTERCERO:** Que siendo la pena asignada al delito de violación que nos ocupa, tres grados de una divisible, esto es, presidio mayor en cualquiera de sus grados y concurriendo en su desmedro la circunstancia contemplada en el artículo 368 del Código Penal, el tribunal de mayoría, está impedido de imponerla en su grado mínimo; por lo que queda reducida a presidio mayor en sus grados medio a máximo, mas concurriendo en su favor una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, sin que le perjudique agravante alguna, el tribunal, de conformidad a lo estatuido en el artículo 68 del Código Punitivo, no podrá imponer el grado máximo, por lo que lo hará dentro del presidio mayor en su grado medio, en el quantum que se dirá en la parte resolutive, teniendo en consideración la extensión del mal causado, el que recae, en este caso, en el daño emocional que sufrió la víctima, quien actualmente está más tranquila como lo dijo su padre.-

#### EN CUANTO A LO CIVIL

**DÉCIMO CUARTO:** Que los querellantes doña XXXX y don XXXX, representados por la abogada doña Blanca Rebolledo Gajardo, dedujeron demanda civil de indemnización de perjuicios en contra del acusado Díaz Carmona, fundada en los hechos de la acusación y en que la conducta ilícita de éste ocasionó a la víctima y a sus padres un daño moral, pues una agresión sexual a un menor, si bien es violenta y vulneratoria de derechos, se transforma en profunda cuando se comete en

un niño, más aún si éste tiene problemas de lenguaje.- Por ello parece justo y necesario asegurarlo en sus estudios y vida futura, por lo que estimó el referido daño en la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos), más las costas. Petición que fue reiterada en juicio por aquélla.

Por su parte, la defensa del demandado no se pronunció respecto del referido libelo civil, en ninguna de sus alegaciones.

**DÉCIMO QUINTO:** Que a objeto de acreditar sus alegaciones, la parte demandante se remitió a la prueba de cargo presentada por el ente acusador y además presentó a los testigos **Guillermo Manuel Mariscal Contreras y Pamela Andrea Quijada Cáceres**, quienes declararon respecto de los hechos ilícitos que originaron el daño, tanto en la víctima como en sus padres, que genera el perjuicio demandado, como también expusieron sobre la forma en que sobrellevan este sufrimiento y pena. De otro lado, a fin de acreditar los gastos en que han incurrido para aminorar el daño ocasionado al menor acompañaron **ocho bonos** correspondientes a diversas atenciones médicas y psicológicas, con los cuales demuestran que su hijo a concurrido a diversos profesionales del área de salud, física como mental a fin de reparar el daño sufrido por los hechos motivo de la acusación.-

**DÉCIMO SEXTO:** Que el artículo 2314 del Código Civil, establece la obligación que tiene el autor de un delito que ha inferido daño a otro a indemnizar.

En el caso sub lite, ha quedado establecido que la agresión sexual de que fue víctima el menor XXXX por parte de Díaz Carmona, le ocasionó daños. En consecuencia, concurren los presupuestos fundantes de la acción civil, es decir, existió un ilícito que produjo un perjuicio a la víctima y su familia, siendo éste una consecuencia inmediata y directa del actuar del enjuiciado, por lo que corresponde acoger la demanda en estudio.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que el daño moral, único rubro demandado, aunque no necesita ser probado, por cuanto es lógico suponer que una agresión sexual a un menor produce sufrimiento, dolor, angustia o pesar, más aún si es el resultado de un hecho doloso, lo que fue expuesto en estrados por los padres del niño; desde que ambos testigos coincidieron en referir la aflicción que les significó el referido atentado en su hijo, tanto medicamente como psicológicamente.-

Así las cosas y teniendo en consideración que tales padecimientos son difíciles de estimar pecuniariamente ya que su contenido no es económico, o al menos no lo es directamente y su resarcimiento no puede ser efectuado por una mera compensación sino por equivalencia, a través de una suma sustitutiva que sirva como medio para aliviar este dolor moral, este Tribunal, teniendo en consideración lo anteriormente dicho y los futuros tratamientos a que deberá ser sometido el menor para paliar las secuelas de esa agresión; la mayoría del Tribunal regulará prudencial-

mente en la suma de \$10.000.000 (diez millones de pesos), la indemnización que por concepto de daño moral deberá pagar el demandado Wladimir Leonardo Díaz Carmona, a los demandantes doña XXXX y XXXX, con costas.-

Acordada con el voto en contra de la Magistrado, Cecilia Díaz Arrué, quien estuvo por absolver al enjuiciado Díaz Carmona, de las acusaciones que lo suponían autor de los delitos de abuso sexual y violación de una persona menor de catorce años, que se habría perpetrado en esta ciudad en perjuicio del niño XXXX, y rechazar la demanda civil interpuesta por la parte querellante, en virtud de los siguientes fundamentos:

1°) Del análisis de la prueba rendida, en relación a los hechos que se describen en la acusación, sólo estima acreditado, más allá de toda duda razonable, que:

**El niño XXXX, nacido el día 10 de diciembre de 2002, entre los meses de marzo y noviembre de 2005, asistió como alumno a la escuela de Lenguaje "X" de Talca, con un diagnóstico de trastorno de lenguaje.**

**En dicho establecimiento educacional y durante el mismo período el acusado Wladimir Leonardo Díaz Carmona, ejerció labores como fonoaudiólogo, correspondiéndole atender en varias ocasiones al citado menor.**

2°) Que, la prueba aportada durante el juicio, en concepto de esta juez, es insuficiente para lograr la con-

vicción necesaria de que el acusado realizó las acciones de índole sexual que se le atribuyeron en las acusaciones y que constituirían los delitos de abuso sexual de una persona menor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal y violación de una persona menor de esa edad, del artículo 362 del mismo cuerpo normativo; toda vez que no reúnen el estándar requerido para concluir, sin lugar a dudas, que los hechos acontecieron del modo pretendido.

Para arribar a tal conclusión, se ha tenido en consideración, por una parte, que el relato aportado por el ofendido fue muchas veces escueto, aportando escasos elementos que pudieran ilustrar respecto de los sucesos y, por otra, que ha dado diversas versiones respecto de ellos, narrándolos con diferencias en aspectos que, para esta juez, resultan esenciales. En efecto, desde el momento de la develación a la sicóloga María José Palominos Iceta, en noviembre de 2009, hasta que debió exponerlo ante las jueces de este tribunal, ellos fueron variando, en cuanto al número de episodios, su dinámica, lugares en que ocurrieron, como en la identidad y características de quien se pretende su autor, a quien se sindicó por su profesión, luego por un nombre, el diminutivo de aquél y, por último, con características que, sea dicho de paso, no corresponden a las observadas en el acusado.

A lo anterior se suma, que resulta extraño que los sucesos fueran develados recién en el mes de noviem-

bre de 2009, en circunstancias que habrían acontecido durante el año 2005, cuando el niño aún no cumplía los 3 años de edad, y pese a que éste fue sometido a un examen de tipo psicológico, a petición de sus padres, luego que en la escuela de lenguaje donde estudiaba se comunicara a éstos una denuncia por un ilícito de índole sexual que habría afectado a otros niños, que motivó una investigación y que este niño fuera retirado del mismo, nada se detectara por el profesional que intervino respecto de una posible agresión sexual.

De otro lado, no existe prueba científica que permita avalar de un modo inequívoco el relato del menor, pues si bien por una parte la perito médico legista Ximena Thumm González, observó que el esfínter anal se encontraba hipotónico, sus conclusiones sobre la existencia de una violación las basó en esa circunstancia y el relato del menor, sin analizar otras causas que hubiesen provocado esa condición anatómica, más si la madre del joven le informó que éste padecía de encopresis y enuresis. Asimismo, la médico pediatra Zunilda Gambeta Alarcón, quien examinó al niño con posterioridad, indicó que observó un ano “un poco complaciente”, sin aportar elementos que justifiquen tal afirmación, ni menos que lo vinculen con algún tipo de penetración, fundando la veracidad de ello en el relato del joven. Finalmente, esta juez no puede dejar de considerar que el perito presentado por la defensa, González Wilhelm, refirió parte de los antecedentes que revisó para su

pericia, en los cuales se encontraba el informe del examen efectuado al ofendido por el perito del Servicio Médico Legal, Andrés Rosmanich, quien concluía que el ano del joven era normal, implantando con ello dudas respecto del única evidencia física que observaron las profesionales antes señaladas, situación que no fue discutida por los acusadores y que no pudo ser aclarada, pues el señor Rosmanich, no obstante estar ofrecido como prueba, no fue presentado en este juicio. Además, González Wilhelm afirmó que las lesiones anales en niños pequeños no pasan generalmente desapercibidas, por lo que parece extraño que tratándose de un niño de tan corta edad, menos de 3 años, que usaba pañales en las noches, como afirmó su madre, no se detectara alguna evidencia física del acceso, por esa vía, más cuando el niño indicó en su relato que sintió dolor y sangró luego de las acciones de índole sexual de que habría sido objeto. También, dicho profesional y la sicóloga Macuran Nodarse, sostuvieron que la enuresis y encopresis, en términos generales, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, no son una consecuencia necesaria ni el reflejo de haberse vivido una situación abusiva en el ámbito sexual, sino que también puede tener otros orígenes, lo que no permite considerar dichas patologías como una evidencia cierta de los actos imputados en las acusaciones.

3°) Que, aun cuando, esta juez disiente de la teoría de la defensa, en orden a que lo denunciado por el ofendido sería producto de un relato

incoado por sus padres, pues ello no fluye de manera alguna de los elementos de juicio aportados, sino por el contrario, su actuar impresiona como el de aquellos que obraron en la legítima defensa de los intereses de su hijo; no descarta que el relato provenga efectivamente de terceros, que incluso de una forma involuntaria pudieron implantarlo en el menor, dado el contexto en que estuvo involucrado luego de las denuncias realizadas en la escuela a la cual asistía, siendo posible que el niño atendida su corta edad, haya asimilado como propios los actos que se decía que habían afectado a otros menores del establecimiento, más si él mismo señaló que esto le sucedió a su amigo "X".

4°) Así las cosas, esta juez no ha adquirido el grado de convicción necesario para vencer la presunción de inocencia que ampara al acusado y estima atípicos los únicos hechos que, en su concepto, se han probado en esta causa, por lo que considera que corresponde absolver al acusado, al existir duda razonable sobre la ocurrencia de los demás hechos imputados, y, consecuentemente, rechazar la acción civil, por indemnización de daño no patrimonial.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 26, 28, 39 bis, 50, 68, 69, 362, 368 y 372 del Código Penal; artículos 2314 y siguientes del Código Civil; y artículos 1, 45, 46, 47, 295, 296, 297, 329, 333, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

**1.- EN LO PENAL:**

I.- Que se **CONDENA** al acusado, **WLADIMIR LEONARDO DÍAZ CARMONA**, ya individualizado, como autor del delito continuado de violación de una persona menor de 14 años, en menoscabo de XXXX, perpetrado en esta ciudad en fecha indeterminada, entre los meses de marzo y noviembre de 2005, a sufrir una pena de **DIEZ AÑOS Y UN DIA** de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.-

Para el cumplimiento de la pena impuesta en esta causa, le servirá de abono el tiempo que permaneció bajo la medida cautelar de arresto domiciliario total, esto es, desde el día 2 de marzo hasta el 24 de mayo de 2012, ambas fechas inclusive; y desde el 24 de mayo de 2012 a la fecha, se encuentra con arresto domiciliario parcial, tiempo que también le servirá de abono, para lo cual las horas de privación de libertad deberán multiplicarse por los días que se encuentre bajo dicha cautelar y luego se deberá dividir por 12, todo ello de acuerdo a lo que consta en el auto de apertura.-

II.- **SE CONDENA** al acusado **DÍAZ CARMONA**, antes señalado, a la pena de interdicción de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, a la sujeción a la vigilancia de la autori-

dad durante los **diez años siguientes** al cumplimiento de la pena principal y a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en su **grado medio**.-

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley N°19.970 y 40 de su Reglamento, se ordena la determinación de la huella genética del sentenciado, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, la que deberá incluirse en el Registro de Condenados.

**II.- EN LO CIVIL:**

Que **SE ACOGE**, con costas, la demanda civil deducida por doña XXXX y XXXX en contra de Wladimir Leonardo Díaz Carmona, sólo en cuanto se le condena a pagar a los actores, por concepto de indemnización de perjuicios por daño moral, la cantidad de \$10.000.000 (diez millones de pesos).-

Una vez ejecutoriado el presente fallo, póngase al sentenciado a disposición del Juzgado de Garantía de Talca para los efectos del cumplimiento de la pena y de lo preceptuado en el artículo 468 del Código Procesal Penal. Ofíciense.

Devuélvase a los intervinientes, en su oportunidad, los documentos y evidencias incorporados en la audiencia.

Redactó la magistrado doña Gretchen Demandes Wolf.

Regístrese y oportunamente archívese.

RUC N°0901072200-1

RIT N°57-2013

Pronunciado por las Jueces doña Cecilia Díaz Arrué, quien presidió la audiencia, doña Jeannette Valdés Suazo y doña Gretchen Demandes Wolf.-

### **Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca**

Talca, treinta y uno de enero de dos mil trece.

Visto:

Se presenta en esta causa RUC 0901072200-1, RIT 0-57- 2013 el Defensor Penal Privado, abogado don Iván Alexis Gómez Oviedo por el acusado Wladimir Leonardo Díaz Carmona y deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva pronunciada por la segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca el 24 de noviembre último, que lo condenó a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y al pago de los costas de la causa, como autor del delito continuado de persona menor de catorce años. Funda su recurso en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y en la del artículo 374 letra e) del mismo cuerpo legal, las cuales deduce conjuntamente.

Respecto de ambas causales solicita que esta Corte de Apelaciones acogiendo el recurso, declare la nulidad

de juicio oral y de la sentencia, disponiendo la realización de un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

A la audiencia del pasado 16 de enero comparecieron a estrados el Defensor Penal Privado, abogada don Iván Alexis Gómez Oviedo por la defensa del sentenciado, por el Ministerio Público lo hizo el abogado don Oscar Salgado Garrido y por la parte querellante, la abogada, señora Blanca Rebolledo Gajardo. En la respectiva audiencia el defensor reiteró los argumentos planteados en su recurso y el Ministerio Público y la querellante solicitaron el rechazo del mismo, quedando la causa en acuerdo.

Oídos los Intervinientes y Considerando

Primero: Que en cuanto a la primera causal invocada por la defensa del acusado, esto es, el motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Expresa que se aplicó a su representado la agravante especial contenida en el artículo 368 del Código Penal, lo que impidió a los sentenciadores aplicarle el mínimo legal, aun cuando goza de la atenuante del artículo 11 N°6 del mismo código, esto es, su irreprochable conducta anterior.

Al respecto, en opinión de esta Corte, para la pertinencia de la

señalada agravante no constituye un requisito indispensable que el autor esté investido de alguna de las cualidades que la norma menciona, sino que el sujeto pasivo del delito debe hallarse efectivamente sujeto a su autoridad, en una suerte de dependencia jurídica o moral. En el caso sublite, estima que existe un grueso error conceptual al ubicar al fonoaudiólogo en posición de docente, única forma de aplicar la agravante.

En cuanto al perjuicio, incide en que el haber aplicado la agravante antedicha impidió aplicar la pena en su mínimo.

Quinto: Que en cuanto a esta causal, resulta a lo menos discutible, que para configurar la agravante deba existir necesariamente entre el acusado y el ofendido una relación de dependencia o que éste hubiese abusado de su autoridad o la confianza depositada en él. Ello, toda vez que el acusado se encontraba a cargo de la terapia fonoaudiológica del ofendido, en el entorno de un establecimiento educacional, que nada tiene que ver con la función profesional que habitualmente pudiere prestarse a un paciente cualquiera en su consulta.

En todo caso, en opinión de esta Corte, la calificación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad son de resorte exclusivo de los sentenciadores, sin que resulte atendible modificar su criterio.

A mayor abundamiento la pena asignada al delito de autos es de presidio mayor en cualquiera de sus

grados y, es por ello, que aun en el evento que no se hubiera reconocido la agravante en comento, la circunstancia de gozar de la irreprochable conducta anterior, lo coloca en la situación prevista en el artículo 68 inciso segundo del código punitivo, vale decir, el tribunal no podrá aplicar la pena en el máximo. Como se le condenó a presidio mayor en su grado medio, no se divisa el perjuicio causado, por lo que, corresponderá rechazar la presente causal de nulidad.

Segundo: Que la defensa del acusado invoca conjuntamente con la causal de nulidad antedicha, la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, la cual previene que existe motivo absoluto de nulidad cuando en la sentencia se hubiere omitido la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, favorables o desfavorables para el acusado y de la valoración de los medios de prueba en que fundamentan sus conclusiones, en la forma dispuesta en el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

En concepto de la defensa el fallo ha vulnerado la obligación que impone el artículo 342 letra c) y 297 del código ya citado. Sostiene que el tribunal de primer grado, al valorar la prueba ha vulnerado las máximas de la experiencia y principios científicamente afianzados y asimismo, desestimado parte de la prueba rendida, sin indicar las razones que tuvo para hacerlo. En efecto, sostiene que la principal prueba en virtud de la cual el tribunal logró la máxima

convicción, más allá de toda duda razonable, incide en los dichos del ofendido cuyo relato fue consistente en lo medular, coherente con las versiones entregadas anteriormente y además convincente atendidas las especiales condiciones que tiene el menor”, según se consigna en el considerando octavo.

Agrega, que ello no es efectivo y refiere que el voto disidente advierte que el relato del ofendido fue muchas veces escueto, narrándolo con diferencias en aspectos esenciales, en cuanto al número de episodios, su dinámica, lugares en que ocurrieron y la identidad y características de quien se pretende es su autor, a quien se sindicaba por su profesión, luego por un nombre, su diminutivo y por último, por características que no corresponden a las observadas en el acusado.

Añade que el menor en su relato, en sede judicial sostiene que los hechos ocurrían estando solos en el patio del colegio y ante doña María José Palominos Iceta, habría develado, casi cinco años después de supuestamente acontecido los hechos y cuando el niño tenía apenas dos años, que ocurrían en una sala en que lo encerraba el tío fonaudiólogo. Estima que tales contradicciones no recaen en circunstancias accidentales y, por el contrario, no permiten concluir que el relato del menor, que constituye la principal prueba de cargo, sea consistente y coherente con sus versiones anteriores, restándole valor probatorio.

Elucubra respecto del hecho de que, tratándose de un menor de dos años, sus padres no hubieran evidenciado en la oportunidad señalada, alguna herida anal o evidencia de penetración y respecto de la tardanza en develar el suceso, recién en noviembre de 2009, el cual habría tenido lugar en el año 2005, como también la circunstancia que el tribunal haya tenido por acreditado el acceso carnal, con los dichos del médico, señora Ximena Thumm González, quien examinó al menor cuatro años después de que habrían ocurrido los hechos.

Tercero: Que al efecto, cabe consignar que el fallo de primer grado en su motivo octavo analiza latamente toda la prueba rendida y, en la parte final de la página 22, argumenta los motivos por los cuales da valor al testimonio del menor ofendido, por cuanto aún cuando ha sido escueto en su relato, se ha mantenido en el tiempo en lo medular, sindicando un solo agresor al que denomina “tío Vladi”, según consta de los testimonios de María José Palominos Iceta, quien fue la primera persona que develó los hechos en el año 2009, menor que fue derivado por su profesora Clara Rosa Jaque Riquelme, debido a la conducta inusual que manifestaba. Se tienen presente también los dichos de sus padres, de la ginecóloga juvenil Zunilda Garnbetta Alarcón, de las psicólogas María Jesús Abásolo Valderrama y Milenka Zamora Tutz, Concino Correa, y la Asistente Social, Marcela Alejandra Chamorro Oyarce.



La sentencia en la parte final de su hoja 24, advierte que, “resulta relevante considerar la forma en que el menor ha entregado su relato, incluso como ocurrió con el otorgado en estrados, ingenuamente, lo que está acorde a sus escasos años y a su especial condición intelectual de pertenecer a la categoría limítrofe, al punto de reconocer que no madre le ayudaba a recordar” sic. Asimismo, el tribunal pondera lo depuesto por la sicóloga Daniela Sepúlveda González, quien evaluó la credibilidad del relato, dando sus razones por las cuales concede valor a los dichos del menor, quien se ha mantenido incólume en el tiempo e incluso el relato que le entregara a aquélla, también coincide en lo medular con los anteriores. Añade que no se vislumbra ningún tipo de manipulación previa ni ganancia secundaria de parte de sus progenitores.

En cuanto a 10 referencia que el perito de la defensa Leonardo González Wilhelm hace al informe del médico legista Rosmanich, en orden a que el menor tenía el tono del esfínter normal, advierte el voto de mayoría que no es posible dar par cierto todo lo señalado por aquél en el juicio, porque sólo contó con fotocopias simples de algunas piezas de la carpeta investigadora proporcionadas por la defensa y no a la integridad de las mismas. En todo caso, este mismo médico señaló que podrían no quedar lesiones visibles en la zona anal, las que podían sanar en 11 días, quien ignoraba que los hechos habrían acaecido en el año 2005 y tenía el convencimiento

que ellos habían ocurrido en fecha reciente a la denuncia que tuvo lugar el año 2009.

Finalmente el tribunal, luego de ponderar las probanzas de la defensa del acusado, concluye manifestando que ellas no fueron capaces de desvirtuar las aportadas por los acusadores.

Cuarto: Que en concepto de esta Corte, el fallo recurrido contiene una adecuada valoración de la prueba, rendida tanto por el Ministerio Público, la querellante y la defensa. En efecto los medios de prueba referidos en los apartados antedichos reúnen las exigencias del artículo 342 Letra c) del Código Procesal Penal, vale decir, el fallo impugnado contiene una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieron por probados, los cuales permitieron concluir en el fundamento noveno, que se encuentra tipificado el delito consumado de violación de una persona menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, razón por la cual también corresponderá negar lugar a esta segunda causal de nulidad invocada por la defensa del condenado.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 45, 47, 352, 358, 372, 373 letra b), 374 letra e) y 385 del Código Procesal Penal, se Rechaza, sin costas, el recurso de nulidad deducido por el abogado don Iván Alexis Gómez Oviedo por el acusado Wladimir Leonardo Díaz Carmona, en contra de la sentencia definitiva pronunciada por la segunda sala del

tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talar, el 24 de noviembre último.

Concurre al acuerdo la Ministra, señora Olga Morales Medina, quien es de opinión de rechazar las causales de nulidad alegadas por la defensa del sentenciado, conforme al argumento siguiente: Las causales de nulidad deducidas en forma conjunta por la defensa del acusado no fueron opuestas en debida forma. En efecto, la primera, esto es, la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, presupone que la sentencia cumple con todas las exigencias formales, sin que los hechos asentados en el fallo, puedan ser modificados, siendo susceptible de discusión sólo aspectos de derecho. La segunda causal, por su parte, vale decir la del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, sostiene que la sentencia de autos, no cumple con los requisitos formales previstos en las señaladas normas legales, lo que hace que ambas causales, deducidas en forma conjunta, sean incompatibles entre sí, lo que se traduce que en que carece de peticiones concretas y hace imposible su cumplimiento simultáneo. Conforme a los argu-

mentos antedichos, corresponderá rechazar ambas causales de nulidad.

Regístrese e insértese en el acta respectiva.

Redacción de la Ministra, señora Olga Morales Medina. Rol 618-2013/RPP.

PRONUNCIADA POR LA PRESIDENTA DE LA PRIMERA SALA, MINISTRA DOÑA OLGA MORALES MEDINA, MINISTRO DON VICENTE FODICH CASTILLO Y ABOGADO INTEGRANTE DON ABEL BRAVO BRAVO, NO FIRMA EL MINISTRO DON VICENTE FODICH CASTILLO, NO OBSTANTE HABER CONCURRIDO A LA VISTA Y AL ACUERDO, POR ENCONTRARSE EN COMISIÓN DE SERVICIO.

ROSARIO YÁÑEZ SCHAFFER

SECRETARIA (s).

TALCA, A TREINTA Y UNO DE ENERO DE DOS MIL CATORCE, NOTIFIQUÉ POR EL ESTADO DIARIO LA SENTENCIA QUE ANTECEDE.



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

---



## ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE FRAUDE DE SEGURO

Consuelo Salinas Sánchez<sup>1</sup>

### I. Introducción

#### 1. Historia de la Ley

El delito de fraude de seguro, fue introducido en la legislación chilena por medio de la Ley N°20.667, que “*Regula el Contrato de Seguro*”, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de mayo de 2013<sup>2</sup>. La creación de este tipo especial de estafa vino a llenar lo que, a juicio de algunos tratadistas como Alfredo Etcheberry y Juan Ignacio Piña, suponía un “sensible vacío en nuestra legislación”<sup>3</sup>, ya que el Código Penal únicamente preveía la celebración fraudulenta de un contrato (artículo 471 N°2), pero ante la hipótesis de cobro fraudulento de un seguro, al no existir tipificación especial, debía subsumirse a la figura residual del delito de estafa (contemplada en el artículo 468 del Código Penal).

Parece que el legislador consideró que estas situaciones dan origen a un delito cuyo bien jurídico protegido no es básicamente el patrimonio, como ocurre con la estafa, sino que el patrimonio de una especial trascendencia social<sup>4</sup>, razón por la cual crea esta figura especial de estafa, la que como veremos más adelante, altera de cierta forma el esquema clásico de la estafa por poseer algunos elementos particulares.

Esta modificación legal tiene como antecedente el “Proyecto Etcheberry” de 1990, en el que se proponía modificar el Código Penal incorporando figuras calificadas de estafa al artículo 467, haciendo especial mención al contrato de seguros en el número 6 del artículo 470 (suscripción fraudulenta) y el reemplazo del artículo 483 en cuanto a las reglas de valoración de la prueba<sup>5</sup>. Sin

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 No obstante, la ley no entró en vigencia sino hasta el 1 de diciembre de 2013.

3 Historia de la Ley N°20.667, Ley N°20.667, Regula el Contrato de Seguro, p. 101.

4 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la Problemática de la Estafa. En: *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Temuco, Chile, Universidad Católica de Temuco, 2001.

5 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Fraude de Seguros. Cuestiones Penales y de Técnica Legislativa*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2006, p. 183 y sgtes.

embargo, por sugerencia de la SVS<sup>6</sup> se rechazó dicha estructura de modificación y se optó finalmente por la incorporación del numeral 10 al artículo 470 del C.P. que sanciona con las penas del artículo 467<sup>7</sup> a los que *maliciosamente obtuvieren para sí, o para un tercero, el pago total o parcialmente indebido de un seguro, sea simulando la existencia de un siniestro, provocándolo intencionalmente, presentándolo ante el asegurador como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas, ocultando la cosa asegurada o aumentando fraudulentamente las pérdidas efectivamente sufridas.*

*Si no se verifica el pago indebido por causas independientes de su voluntad, se aplicará el mínimo o, en su caso, el grado mínimo de la pena.*

*La pena se determinará de acuerdo con el monto de lo indebidamente solicitado.*

Si bien el artículo 524 del Código de Comercio modificado por la Ley 20.667<sup>8</sup> contempla una serie de deberes para el asegurado en torno a la veracidad de la información que ha de entregar a la aseguradora ante la ocurrencia de un

6 Historia de la Ley N°20.667, Ley N°20.667, Regula el Contrato de Seguro, p. 101.

7 Artículo 467. El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

1° Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2° Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3° Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

8 Chile, Código de Comercio, artículo 524. Obligaciones del asegurado. El asegurado estará obligado a:

1° Declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos;

2° Informar, a requerimiento del asegurador, sobre la existencia de otros seguros que amparen el mismo objeto;

3° Pagar la prima en la forma y época pactadas;

4° Emplear el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro;

5° No agravar el riesgo y dar noticia al asegurador sobre las circunstancias que lleguen a su conocimiento y que reúnan las características señaladas en el artículo 526;

6° En caso de siniestro, tomar todas las providencias necesarias para salvar la cosa asegurada o para conservar sus restos;

7° Notificar al asegurador, tan pronto sea posible una vez tomado conocimiento, de la ocurrencia de cualquier hecho que pueda constituir o constituya un siniestro, y

8° Acreditar la ocurrencia del siniestro denunciado, y declarar fielmente y sin reticencia, sus circunstancias y consecuencias.

sinistro, el legislador consideró necesario establecer de forma detallada las conductas constitutivas de infracción penalmente relevante, ya que la infracción de los deberes consagrados en el recién mencionado artículo, no resultan suficientes para, por sí mismos, configurar un fraude penal.

Así, este tipo especial de estafa enumera hipótesis de engaño que, en su mayoría encuentran fundamento en el incumplimiento a lo que algunos autores llaman el “deber de veracidad” que pesa sobre el autor por el hecho jurídico de ocupar una determinada posición (la de asegurado) en una relación económica estándar (la relación de seguros), deber que se detona en el momento mismo en el que se pasa a ocupar esa posición (al momento de suscribir el contrato de seguro)<sup>9</sup>.

Pareciera entonces que en esta relación el asegurado detenta una posición privilegiada respecto de la compañía aseguradora al ser el titular de la información, no quedando otra alternativa para la compañía aseguradora que confiar en que la información entregada por el asegurado sea fidedigna, ya que como algún sector de la doctrina chilena ha señalado, cualquier movimiento en el ámbito social (e incluso fuera de él) requiere de un cierto grado de confianza para realizarse. La eliminación de la confianza implicaría ipso facto la inmovilidad o al menos el desarrollo de la vida en un estado de permanente asedio del peligro. Ello cobra especial relevancia en el ámbito económico y probablemente, dentro de este, el ejemplo más ilustrativo sea el mercado asegurador<sup>10</sup>. No obstante lo anterior, y dado que según la opinión dominante nuestra legislación no protege a los ingenuos o descuidados, sino que la vida en relación exige de quienes la integran un mínimo de diligencia<sup>11</sup>, no será posible excluir el deber de autoprotección de la víctima, sin caer en el riesgo de extender demasiado el ámbito de protección penal.

## 2. Del contrato de seguro

La Ley 20.667 dispone, en su artículo 1°, que *por el contrato de seguro se transfieren al asegurador uno o más riesgos a cambio del pago de una prima, quedando éste obligado a indemnizar el daño que sufre el asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones pactadas*. Las normas de esta ley rigen a la totalidad de los seguros privados<sup>12</sup> y a riesgos referidos a bienes determinados,

9 PIÑAROCHEFORT, Juan Ignacio, ob. cit., p. 59.

10 Ibid., p. 64.

11 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo IV, p. 323.

12 No aplicables a los seguros sociales, a los contratos de salud regulados por el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2006, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido,



al derecho de exigir ciertas prestaciones, al patrimonio como un todo y la vida, salud e integridad física o intelectual de un individuo.

Las partes que intervienen en este tipo de contrato serán: el asegurado, aquel a quien afecta el riesgo que se transfiere al asegurador; el asegurador, quien asume el riesgo; y el beneficiario, aquel que, sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro. Así, como se analizará más adelante, el fraude de seguro es un delito de sujeto activo y pasivo calificados.

El contrato de seguro será consensual y la ley establece una serie de derechos y deberes de las partes, como por ejemplo la obligación del asegurador de pagar el siniestro en dinero<sup>13</sup>, y por su parte el deber del asegurado de declarar sinceramente todas las circunstancias que solicite el asegurador para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos<sup>14</sup>. Por lo tanto producido el siniestro y una vez notificado al asegurador sobre la ocurrencia del mismo, surge para el asegurador la obligación de pagar la indemnización, salvo en los casos en que el asegurador acredite que el siniestro ha sido causado por un hecho que no lo constituye en responsable de sus consecuencias, según el contrato o la ley.

El presente artículo pretende comentar algunas de las características que llaman la atención de este tipo penal y realizar un análisis de la estructura típica del delito de fraude de seguro a la luz de los elementos de la estafa.

## II. Características particulares del tipo del Art. 470 N°10

### 1. Delito de resultado y de lesión

Al analizar el delito especial de fraude de seguro nos encontramos ante un delito de resultado, esto es, de aquellos en que la acción va seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta<sup>15</sup>. Por ello es que admite formas imperfectas de ejecución.

---

coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°2.763, de 1979, y de las Leyes N°18.933 y N°18.469, ni al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

- 13 Salvo que el contrato establezca expresamente que puede hacerlo con reparación o devolución de la cosa asegurada.
- 14 Interesante resulta el hecho que, convenido el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración sobre el estado del riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud, lo que supone, de parte de las compañías aseguradoras un deber de diligencia para así evitar posibles engaños.
- 15 En este sentido, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "La estafa triangular en el derecho penal chileno. En especial, la estafa procesal." En: *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N°1, Valdivia, Chile, 2003 [en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo>.

Huidobro entiende que, dentro de la clasificación de los delitos, los delitos de resultado son aquellos que requieren de un resultado externo y materialmente apreciable, que pueda ser tenido como consecuencia de la realización de la conducta, para entenderse consumados<sup>16</sup>.

En base a lo anterior, el delito se entenderá consumado sólo una vez obtenido el resultado perseguido por el autor, esto es, la obtención del pago indebido como consecuencia del engaño.

Al mismo tiempo se trata de un delito de lesión, es decir, de aquellos en los que efectivamente se causa un daño al bien jurídico protegido. En el caso del fraude de seguro, la disposición patrimonial consecuencia del engaño, lesiona el bien jurídico patrimonio, causando un perjuicio en la víctima (compañía aseguradora).

Ahora bien, los delitos de resultado admiten formas imperfectas de ejecución, y mientras no se produzca el perjuicio se está en una situación de tentativa o frustración<sup>17</sup>. Entonces, habrá frustración en el fraude de seguros cuando el asegurado, habiendo realizado todos aquellos actos que dependían de él para producir el engaño, éste no se verifica por causas independientes a su voluntad<sup>18</sup>.

El legislador, en el inciso segundo del 470 N°10, ha señalado que *si no se verifica el pago indebido por causas independientes de su voluntad* (del asegurado), *se aplicará el mínimo o, en su caso, el grado mínimo de la pena*, regulando de manera expresa el fraude de seguros frustrado, lo que parece redundante y cuestionable como técnica legislativa, toda vez que de no existir esta disposición, igualmente los estadios intermedios de ejecución del delito en análisis serían sancionables en calidad de tentado o frustrado según se adecuen a lo dispuesto por el artículo 7 del Código Penal. A raíz de esto cobra importancia la consideración de aptitud/idoneidad que las conductas engañosas desplegadas por el sujeto activo tengan para gatillar la disposición patrimonial de parte de la víctima para efectos de, como ya se dijo anteriormente, no extender en demasía el ámbito de protección penal a aquellas situaciones en que la disposición patrimonial (o en este caso el riesgo de producirse la disposición patri-

---

php?pid=S0718-09502010000100009&script=sci\_arttext [fecha de consulta: 16 de abril de 2014].

- 16 HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio. “¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, N°14, Santiago, Chile, Universidad del Desarrollo, julio 2006, p. 223.
- 17 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal*. Parte General. Tomo II. 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, págs. 53-58.
- 18 HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, ob. cit., p. 230.

monial), con el consecuente perjuicio, sean más bien imputables a negligencia de la víctima que al engaño.

## 2. Especial calidad de sujetos activo y pasivo

En el delito de fraude de seguro ambos, sujeto activo y pasivo, en principio no serán cualquier persona, sino que se trata de sujetos calificados.

El sujeto pasivo será siempre la compañía aseguradora, persona jurídica que producto de un engaño, dispone patrimonialmente en favor del asegurado o de un tercero beneficiario.

El sujeto activo por su parte será, en principio, el asegurado, quien valiéndose de conductas engañosas buscará obtener el pago total o parcialmente indebido de un seguro. Sin embargo, la calidad de asegurado y beneficiario no siempre recaerán en una misma persona, y eso el legislador lo previó al sancionar en el 470 N°10 *a los que maliciosamente obtuvieren para sí, o para un tercero dicho pago indebido*. Así, el autor del delito podrá ser una o más personas sea que se trate del asegurado o de un tercero sin relación contractual con la compañía aseguradora pero beneficiario del seguro, e incluso podrá tratarse de aquel que, sin tener la calidad de asegurado o beneficiario, participe bajo alguna de las prescripciones del artículo 15 del Código Penal, para la obtención de un pago indebido.

Entonces, podrán ser autores del delito de fraude de seguro: 1) quienes engañen por sí mismos a la compañía aseguradora o conjuntamente con otro para conseguir un pago indebido para sí o para un tercero; 2) los que fuercen o induzcan directamente a otros a engañarla; 3) los que concertados para la ejecución del hecho faciliten los medios con que se realiza el engaño a la aseguradora o lo presencian sin tomar parte inmediata en él<sup>19</sup>.

## 3. Maliciosamente ¿excluye el dolo eventual?

Como ya se adelantó, el legislador incorpora la voz “maliciosamente” en el artículo 470 N°10 del Código Penal, y aun cuando la historia de la ley no se refiere a su significado, entenderemos que dice relación con que el delito de fraude de seguro sólo puede cometerse dolosamente –y aún más, sólo con dolo directo, quedando descartada la culpa y el dolo eventual– al igual como la mayoría de la doctrina entiende que ocurre, por su naturaleza, en el delito de estafa<sup>20</sup>, entendiéndose así que todas las conductas descritas por la norma,

19 PIÑAROCHEFORT, Juan Ignacio, ob. cit., p. 116.

20 En este sentido: ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo III, p. 405.

suponen que el sujeto activo ejecute ciertos actos no menos que conociendo y queriendo obtener a partir de ellos un pago total o parcialmente indebido de parte de la compañía aseguradora.

No obstante que para algunos autores, de la expresión maliciosamente en ningún caso podría colegirse el propósito de excluir formas de dolo que ni siquiera eran conceptualmente conocidas al momento de redactarse las disposiciones del cuerpo punitivo<sup>21</sup>, la tendencia actual parece dirigida a entender que no se pueden dar soluciones generales y a priori para el significado de conceptos como el mencionado (y otros como intencionalmente, a sabiendas, de propósito, etc.), sino que la cuestión dependerá tanto de la expresión de que se trate como, especialmente, del análisis del sentido de la norma. La solución por lo tanto es particular para cada delito<sup>22</sup> y en relación al delito de fraude de seguro resulta de toda lógica entender que el legislador ha querido excluir otras formas de dolo distintas del dolo directo y más aún la culpa, ya que si bien pueden darse situaciones en las que, por ejemplo, el asegurado no tenga certeza de cuales daños corresponden a un siniestro actual y cuales a un siniestro previo y no denunciado, pero denuncia todos los daños como ocurridos dentro de un mismo siniestro, aceptando en su voluntad la posibilidad de defraudación<sup>23</sup>.

### III. Análisis de los elementos del tipo a la luz del delito de estafa

Como ya se señaló, el delito de fraude de seguro viene a regular en específico las relaciones que se originan en el marco del negocio de los contratos de seguros, lo que sin embargo, estaba cubierto de buena manera por el delito de estafa. Así, nos encontramos con que el legislador creó una nueva figura especial de estafa (no por nada la agrega en el título de las *Estafas y otros engaños* y, más aún, como un nuevo numeral del artículo 470 que regula una serie de tipos especiales de fraude). Este tipo penal recoge la estructura dada por la doctrina, a saber: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, y la circunscribe a la relación que emana del contrato de seguros, aunque con ciertos matices que veremos a continuación.

21 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, El delito de lavado de dinero, Informe en Derecho para la Unidad Especializada de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado (ULDDECO) de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, 2004, págs. 10-19.

22 OSSANDÓN WIDOW, Magdalena. “La faz subjetiva del tipo de parricidio”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV, Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010 [en línea]. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100012&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100012&script=sci_arttext) [fecha de consulta: 18 de abril de 2014].

23 Ejemplo extraído de PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, ob. cit., p.106.

## 1. Engaño

Tal como se adelantó, la conducta descrita en el tipo penal de fraude al seguro se compone de varias hipótesis de engaño punible que tienen como objetivo en común que la compañía aseguradora disponga patrimonialmente, en beneficio propio (del que despliega el engaño) o bien de un tercero, mediante la realización de un pago total o parcialmente indebido de un seguro.

Partiendo de la base que por engaño entenderemos, al igual que en las demás figuras de estafa, *maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación)*<sup>24</sup>, nos encontramos con que el legislador fija el estándar de suficiencia del engaño, estableciendo un catálogo de las conductas específicas que bastarán para tener por configurado el engaño, razón por la cual entenderemos que consideró que dichas conductas resultarían aptas para gatillar la disposición patrimonial de parte de la víctima sin negligencia de esta última.

Previo al análisis pormenorizado de dichas conductas, es preciso señalar que existe en el derecho comparado la tendencia a sancionar —como delito consumado— la sola causación del siniestro sin la comunicación engañosa a la compañía aseguradora<sup>25</sup>, adelantando así la sanción a conductas que en estricto rigor constituyen meros actos preparatorios, tratándose por lo tanto de un delito de peligro abstracto, en el sentido de que el bien jurídico que se pretende tutelar (patrimonio de la víctima) no alcanza a sufrir ningún tipo de peligro concreto cuando el Estado interviene<sup>26</sup>.

Si bien parece obvio, es necesario señalar que, dentro de las conductas engañadoras del sujeto activo, éste deberá notificar a la compañía aseguradora la ocurrencia del siniestro, sobretodo en las hipótesis en que el siniestro verdaderamente existe —sin participación fraudulenta del sujeto activo— y en que la comunicación falsa de parte del asegurado es el principio de ejecución del hecho punible, ello cobra mayor relevancia, por ejemplo, en las hipótesis en que es el asegurado quien simula o provoca el siniestro, ya que podría pensarse que dichos actos son punibles y constituyen el principio de ejecución del engaño, pero mientras no se haya producido la comunicación engañosa entre autor y víctima<sup>27</sup>, sólo estaremos en presencia de actos preparatorios impunes.

En nuestra legislación son contados los casos en que se consideran punibles los actos preparatorios, sino que al derecho penal le interesan aquellos

24 GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 321.

25 Ibid. p. 136.

26 Ibid. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, ob. cit., p. 157.

27 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, ob. cit., págs. 135-138.

actos dirigidos a concretar la decisión de cometer un delito, los que deben ser siempre de ejecución y específicamente de ejecución directa y que en definitiva constituyen tentativa<sup>28</sup>. En el contexto de las estafas y defraudaciones, el modo de comisión es el engaño (en el caso del fraude de seguros mediante cualquiera de las hipótesis señaladas en el 470 N°10) y por lo tanto sólo podrá haber principio de ejecución del delito una vez que el asegurado se presente ante la compañía de seguros efectuando la denuncia de siniestro y solicitando la cobertura del mismo<sup>29</sup>, todo acto anterior a ello, sea provocación o simulación del siniestro, ocultamiento de la cosa asegurada o el cálculo fraudulento de las pérdidas sufridas, no puede sino ser considerado atípico y por tanto, quedará impune.

Clasificaremos las conductas de engaño en 2 grupos: a) aquellas en que el sujeto participa de manera fraudulenta en la ocurrencia del siniestro y b) aquellas en que el sujeto se aprovecha de la ocurrencia del siniestro para defraudar a la compañía aseguradora.

a) Hipótesis de engaño en que el sujeto participa de manera fraudulenta en la ocurrencia del siniestro

#### A.1. SIMULAR LA EXISTENCIA DE UN SINIESTRO

El Diccionario de la Real Academia Española (en adelante RAE) define “*simular*” como “representar algo, fingiendo o imitando lo que no es”, y a su vez la Ley 20.667 define “siniestro” como “la ocurrencia del riesgo o evento dañoso contemplado en el contrato”.

Esta hipótesis supone la puesta en marcha de un conjunto de acciones engañosas que den la apariencia de realidad a la ocurrencia del riesgo que el contrato de seguros contempla, no obstante, y como será tratado más adelante, la sola simulación del siniestro no constituye por sí solo el engaño, sino que será necesario que el sujeto realice además la denuncia del mismo y solicite la cobertura a la compañía de seguros para afirmar que se ha dado principio de ejecución al delito.

#### A.2. PROVOCAR UN SINIESTRO INTENCIONALMENTE

En este caso la ocurrencia del siniestro no es lo cuestionado, sino la real eventualidad del mismo.

28 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo II, págs. 342-343.

29 HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, ob. cit., págs. 226-227.

En este sentido, la Ley 20.667 define como *riesgo* “la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero”. Así, en esta hipótesis, el siniestro como tal realmente existe pero es causado por intervención del sujeto activo mediante la causación del evento dañoso con el objetivo de obtener para sí o para un tercero un pago indebido.

Respecto de esta conducta, llama la atención que el legislador haya incorporado la voz “*intencionalmente*”, toda vez que el 470 N°10 ya incorpora la expresión “*maliciosamente*”, y aun cuando la historia de la ley no se refiere a su significado, entenderemos que dice relación con que el delito de fraude de seguro sólo puede cometerse dolosamente –y aún más, sólo con dolo directo, quedando descartada la culpa y el dolo eventual– al igual como la mayoría de la doctrina entiende que ocurre, por su naturaleza, en el delito de estafa<sup>30</sup>.

Entonces, ¿qué sentido tiene la incorporación de la voz *intencionalmente* respecto del “provocar el siniestro” si ya ha quedado clara la exigencia del dolo directo? Si bien puede parecer una redundancia de parte del legislador, la verdad es que se refiere en específico a la provocación intencional del siniestro en oposición a la provocación culposa del mismo. Así debemos entender que *intencionalmente* y *maliciosamente* se refieren a dos momentos psicológicos distintos exigidos en el sujeto activo, el primero referido exclusivamente a la provocación del siniestro y el segundo a la exigencia de dolo directo en la obtención del pago indebido.

### A.3. OCULTAR LA COSA ASEGURADA

Nuevamente nos vemos enfrentados a una conducta que podría pensarse por sí sola constituye principio de ejecución del delito, sin embargo, el ocultamiento cobrará relevancia penal sólo en cuanto el autor de dicha conducta realice la denuncia del siniestro y solicite la cobertura del mismo a la compañía de seguros, por lo tanto reiteraremos en principio lo ya dicho en el punto anterior.

Ahora bien, resulta difícil pensar en un ejemplo en que sea aplicable esta hipótesis, ya que si, por ejemplo, pensamos en que se ha asegurado un automóvil contra todo riesgo, si el asegurado literalmente “esconde” el vehículo alegando la desaparición del mismo a causa de un hurto, por ejemplo, dicha situación bien podría reconducirse a la hipótesis de simulación del siniestro, por lo tanto se prevé de poca utilidad práctica esta hipótesis.

30 En este sentido: ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte Especial. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo III, p. 405.

b) Hipótesis de engaño en que el sujeto se aprovecha de la ocurrencia del siniestro para defraudar a la compañía aseguradora

b.1. Presentar un siniestro ante el asegurador como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas

En esta tercera hipótesis el sujeto activo no interviene en la ocurrencia del siniestro, no lo simula ni lo provoca, sino que altera las causas o circunstancias que rodean al mismo, infringiendo el deber de declarar fielmente y sin reticencia la ocurrencia de un siniestro, sus circunstancias y consecuencias, convirtiéndose de cierta forma en la hipótesis residual, a la que podrán ser reconducidos todos aquellos casos que no sean subsumibles en las otras hipótesis.

En esta hipótesis, cobra importancia la discusión en torno a la posibilidad de considerar la simple mentira como suficiente para constituir engaño, ya que, como se ha dicho, el legislador no fija estándar de suficiencia del engaño y en este caso es posible pensar que al legislador le basta con una simple declaración falsa del asegurado para sancionar la conducta como fraude, no obstante respecto del sujeto activo de este delito, hemos dicho ya que se encuentra sometido a una serie de deberes en torno a la veracidad de la información que ha de entregar a la aseguradora ante la ocurrencia de un siniestro y por lo tanto, esta alteración de las causas o circunstancias que rodean al siniestro no sería una simple mentira, sino una falsedad expresada por alguien a quien por mandato del ordenamiento normativo debe creérsele y es en esto donde incide el engaño<sup>31</sup>. Cobra sentido entonces lo que señala Juan Ignacio Piña, quien afirma que el concepto de *mise en scène* es un concepto dinámico funcional y no un concepto estático<sup>32</sup>.

No obstante lo anterior, resulta interesante mencionar que el ya aludido “Proyecto Etcheberry” elevaba el estándar de suficiencia del engaño –limitando al mismo tiempo los medios de comisión– al exigir al actor que para acreditar la entidad de las pérdidas sufridas lo hiciera mediante la *creación de apariencias engañosas o la falsificación o adulteración de libros de contabilidad u otros antecedentes documentales*<sup>33</sup>.

b.2. Aumentar fraudulentamente las pérdidas efectivamente sufridas

Respecto de esta conducta, nos estaremos a lo señalado en el punto 1.3. anterior, en el entendido que esta hipótesis tampoco requiere intervención del

31 GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 324.

32 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, ob. cit., p. 72.

33 Ibid. págs. 183 y sgtes.



sujeto activo en la ocurrencia del siniestro, aunque a diferencia del 1.3., aquí el asegurado, valiéndose de la ocurrencia del siniestro, lo que hace es alterar los datos o valores referidos al perjuicio consecuencia de éste, con el fin de obtener, para sí o para un tercero, una suma superior a la que le es debida.

## 2. Error

El concepto clásico entiende el error como la “falsa representación de la realidad”<sup>34</sup> y en el esquema de análisis de la estafa lo entendemos como “consecuencia” del engaño y a su vez como “causa” de la disposición patrimonial.

Al respecto resulta interesante analizar qué pasa con el error y la relación causal clásica cuando, por ejemplo, hay una liquidadora de seguros contratada por la compañía aseguradora, pues en esos casos si bien estamos ante una clara hipótesis de *estafa triangular*<sup>35</sup>, la dificultad radica en que es la primera la que resulta engañada por el asegurado y resuelve en términos que resultan perjudiciales para el patrimonio de la compañía aseguradora quien realiza la disposición patrimonial.

Para resolver este problema nos plantearemos la siguiente pregunta: ¿es realmente el error un elemento autónomo dentro de la estructura típica del fraude de seguro? La respuesta parece ser negativa, porque cuando el inciso segundo del 470 N°10, dispone que *si no se verifica el pago indebido por causas independientes de su voluntad* (del asegurado), *se aplicará el mínimo o, en su caso, el grado mínimo de la pena*, entonces el error en el sujeto pasivo ni siquiera es objeto de análisis, pues basta con que el sujeto activo ejecute alguna de las hipótesis de engaño destinada a obtener para sí o para un tercero el pago indebido de un siniestro para que pueda ser sancionado, aún cuando la aseguradora no alcance a caer en error y descubra inmediatamente el carácter fraudulento de la declaración del asegurado, porque lo que prima es la existencia de una relación de causalidad entre engaño y disposición patrimonial para dar forma al delito de fraude de seguro, en el sentido de considerar que el engaño sea suficiente y que a éste pueda imputarse la disposición patrimonial (o en su caso el riesgo de producirse la disposición patrimonial) con el consecuente perjuicio y no a la víctima, sin importar si ha existido error y quien lo haya sufrido, ergo, no sería necesario recurrir a la vía de forzar el contenido del error, porque el desvalor de la acción en el injusto de estafa está constituido

34 En este sentido, ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit. p. 396; GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit. p. 326.

35 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La estafa triangular en el derecho penal chileno. En especial, la estafa procesal.”ob. cit.

por el engaño típico, es decir, idóneo para producir un acto de disposición que comporte un perjuicio patrimonial<sup>36</sup>.

### 3. Disposición patrimonial

Entendemos por disposición patrimonial el acto de voluntad por el cual el sujeto pasivo provoca, activa o pasivamente, una disminución en su patrimonio<sup>37</sup> y siguiendo con la lógica de lo discutido en el punto 2. anterior, esta disposición patrimonial necesariamente ha de producirse como consecuencia directa del engaño, sea directamente sufrido por la compañía aseguradora, sea que este engaño haya recaído en una liquidadora.

Ahora bien, no cualquier perjuicio ha de entenderse como disposición típica. Únicamente el pago de una indemnización total o parcialmente indebida se ajusta a lo exigido por el tipo, no así aquellas disposiciones patrimoniales consecuencia de la actividad propia de la compañía aseguradora como son los gastos de liquidación del siniestro que luego deriva en un no pago de la indemnización, pues dicha actividad no es otra cosa que el cumplimiento de la víctima de su deber de autoprotección<sup>38</sup>.

### 4. Perjuicio

No será sino hasta la ocurrencia de un perjuicio económico que se entienda consumado el delito en análisis, pues como ya se señaló, se trata de un delito de resultado y de lesión. Así, el perjuicio se refiere a la “disminución del patrimonio” (determinada o determinable) –siempre valorable económicamente– del engañado o de un tercero, debiendo en todo caso consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño (que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa)<sup>39</sup>.

Tal como se señaló con respecto a la disposición patrimonial, el perjuicio sufrido por la víctima, necesariamente debe ser consecuencia de una disposición patrimonial típica, esto es, el pago de una indemnización total o parcialmente indebida al asegurado o a un tercero beneficiario.

36 GÓMEZ BENÍTEZ, Juan Manuel. Función y contenido del error en el tipo de estafa[en línea]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46270>[fecha de consulta: 16 de abril de 2014]. p. 337.

37 ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p. 398.

38 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, ob. cit., p. 90.

39 BALMACEDA HOYOS, Gustavo; FERDINAND PELLER, Michael. “Análisis Dogmático del Concepto de Perjuicio en el Delito de Estafa”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2006, p. 185.

Ahora bien, llama la atención que el inciso final del 470 N°10 disponga que *la pena se determinará de acuerdo con el monto de lo indebidamente solicitado*, alterando la regla general de determinación de la pena que dice relación con el monto del perjuicio, en este caso de lo indebidamente obtenido, con lo que se corre el riesgo de sancionar por la puesta en peligro del bien jurídico, más que por la real lesión sufrida en el patrimonio.

#### IV. Consideraciones finales

Como ya se ha señalado, el delito en comento viene a regular la especial relación que surge del contrato de seguro y a proteger un bien jurídico específico como es el patrimonio de una especial trascendencia social. Sin embargo, el “vacío” que algunos señalan que se vino a llenar con la creación de este delito especial no parece tal, no sólo porque, al menos, la figura residual de estafa es capaz de recoger estos casos, sino porque la tasa de inicio de las acciones penales tendientes a perseguir este tipo de fraudes es muy baja, más aún cuando las compañías de seguro los descubren a tiempo, de modo tal que el pago de la indemnización no se verifica<sup>40</sup>.

“La vida en relación exige de quienes la integran un mínimo de diligencia<sup>41</sup>”, es por esta razón por la cual gran parte de la doctrina entiende que la simple mentira o afirmación mendaz no constituiría engaño sino que deben existir apariencias externas o determinadas circunstancias excepcionales que acompañen a la afirmación mentirosa<sup>42</sup> y si bien este principio de la diligencia o autoprotección de la víctima no resulta aplicable para la generalidad de los delitos de estafa, sí parece serlo respecto del delito especial de fraude de seguro. Así, resulta relevante el papel de la víctima toda vez que por la actividad propia del mercado asegurador, las compañías aseguradoras –las víctimas–, dada la experiencia, los medios y el know how de la actividad aseguradora, tienen el deber de poner de su parte un mínimo de diligencia para detectar los posibles engaños, de lo contrario se corre el riesgo de sancionar a título de fraude casos en que la imputación de la disposición patrimonial y el perjuicio correspondan más bien a la propia negligencia de la víctima que al engaño del autor.

Finalmente, es cuestionable la técnica legislativa utilizada, por ejemplo, en cuanto a la incoherencia apreciable entre los conceptos obtener y solicitar. En su inciso primero, el 470 N°10 señala que se sancionará a los que *obtuvieren* para sí o para un tercero el pago indebido de un seguro, mientras que el inciso final dispone que la pena se determinará conforme al monto indebidamente

40 HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, ob. cit., p.219.

41 GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 323.

42 ETCHEBERRY, Alfredo, ob. cit., p.395.

*solicitado*, lo que deja abierta la puerta para confusión respecto de cuál es realmente la materia de prohibición del delito, porque aun cuando el legislador expresa que se sancionará por la obtención del pago indebido, finalmente la pena será fijada en base a lo solicitado, entonces es válido preguntarse: ¿cómo se aplicará la ley en aquellos casos en que el sujeto activo obtenga un pago indebido –y por lo tanto la víctima sufra un perjuicio– inferior al indebidamente solicitado?



## ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA EN LOS DOCE<sup>1</sup> PRIMEROS AÑOS DE REFORMA PROCESAL PENAL

Tania Gajardo Orellana<sup>2</sup>

*¿Qué han dicho nuestros tribunales acerca del delito de asociación ilícita del artículo 292 y siguientes del Código Penal en estos doce años de reforma? Hasta el momento no nos hemos detenido a analizar qué han dicho los Juzgados de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal y Cortes de Apelaciones en estos años de reforma acerca de la aplicación del delito de asociación ilícita. Esto contrasta con la extensa literatura que prolifera tanto en Chile como en otras latitudes acerca del origen de este tipo penal, su bien jurídico protegido, elementos, requisitos, entre otros.*

*Generalmente en la literatura nacional se ha analizado el comportamiento de los tribunales en la asociación ilícita relacionada con los delitos de la Ley 20.000, pero no tenemos un estudio que nos dé luces de cómo han resuelto nuestros tribunales específicamente en el delito de asociación ilícita del art. 292 y siguientes del Código Penal. Es necesario precisar que la asociación ilícita de la Ley 20.000, así como la que incorpora la Ley 20.507, la de carácter terrorista de la Ley 18.314 y la de lavado de dinero de la Ley 19.913, es la misma asociación del artículo 292 y siguientes del Código Penal, en el entendido que no exigen requisitos distintos, remitiéndose a él. La única diferencia es que en estas leyes de carácter especial se precisa que la finalidad del grupo delictivo debe ser la de cometer alguno de los delitos propios de las leyes citadas.*

*Este artículo tiene como objetivo presentar un análisis de los requisitos aceptados por nuestros tribunales como propios del delito de asociación ilícita y precisar una serie de temas que se repiten en las distintas sentencias analizadas, como el bien jurídico protegido, el alcance de la organización, la exigencia de dolo, la prueba de los delitos del plan criminal versus la prueba del delito de asociación ilícita, entre otros temas recurrentes.*

### I. Preámbulo

El delito de asociación ilícita está tipificado en el Código Penal desde que éste fue dictado, a su vez fue adoptado del artículo 322 del Código Belga de

1 Se analizan las sentencias de los primeros doce años de reforma procesal penal para tener los datos completos acerca de sentencias ejecutoriadas, por eso no se consideraron las del año 2013.

2 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Colaboraron en la compilación y búsqueda de sentencias, los postulantes Alexi Videla Artes y Camila Guerrero Martínez.

1867, suprimiendo sólo la palabra “partida”, el resto del tipo penal es igual al de dicho código<sup>3</sup>. Siendo un delito de aquellos que están en nuestro código desde que éste fue dictado, el número de casos en que se ha perseguido por el mismo no se condice con dicha antigüedad. Si consideramos el período desde que se inició la reforma procesal penal hasta fines del año 2012, esto es, un período de 12 años, encontramos un número total de 293 investigaciones por asociación ilícita, con 48 casos en que se ha dictado sentencia definitiva, tenemos 28 sentencias condenatorias, y de esas 28, sólo 4 se dictaron en juicio oral y el resto se obtuvieron en procedimientos simplificados o abreviados, que al requerir la aceptación de los hechos por parte de los acusados, facilitan bastante la labor probatoria y dan menos insumos al análisis jurisprudencial que se realiza en este trabajo<sup>4</sup>.

Anecdótico resulta que la primera sentencia condenatoria por asociación ilícita en reforma se debió a una recalificación y no a una acusación ni requerimiento. Se trata de la sentencia del Juzgado de Garantía de La Serena, causa RUC 0210004996-4<sup>5</sup>, en que el fiscal requirió en procedimiento simplificado a cinco personas por el delito de obtención fraudulenta de créditos del artículo 160 de la Ley General de Bancos, y el juez llamó a recalificar respecto de uno de los requeridos por el delito de asociación ilícita, debido a que este imputado: *“Organizó un grupo de personas para defraudar a entidades bancarias, proporcionando alojamiento, proporcionándoles la documentación necesaria y con el objeto de repartirse las ganancias”*. Resultó condenado este único sujeto como autor del delito de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo, a la accesoria legal de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo que durara la condena y a la mitad de las costas de la causa.

La tercera condena, de la causa RUC 0400215386-1<sup>6</sup>, también fue una recalificación del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, en la que se absolvió por los delitos de piratería y comercio clandestino, y se recalificó y condenó por asociación ilícita. Esta causa dio origen a un recurso de nulidad ante la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 495-2006, que compartió el crite-

3 GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Madrid N°2, 1998, p. 172.

4 Datos obtenidos del sistema de apoyo a los fiscales –SAF–, trabajados por la Unidad Especializada en Delitos Económicos, Lavado de Dinero, Delitos Medioambientales y Crimen Organizado. En los casos en que hubo pronunciamiento de Corte de Apelaciones o Corte Suprema, se citarán las mismas, si es que en ellas se entrega alguna visión relevante de los temas tratados.

5 Juzgado de Garantía de La Serena, 12 de septiembre de 2003, RUC N°0210004996-4, RIT N°3467-2002.

6 Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 14 de septiembre de 2007, RUC N°0400215386-1, RIT N°130-2006.

rio del Tribunal respecto de la asociación ilícita, pero no así de los delitos por los cuales absolvió, anulando la sentencia y el Juicio Oral.

Siguiendo con la historia jurisprudencial del delito de asociación en reforma, se aprecia claramente que en los primeros años de vigencia del Código Procesal Penal, todos los ingresos por este delito eran querellas, recién se investigó la primera asociación ilícita sin querrela el año 2003, y por primera vez el año 2009 el número de investigaciones iniciadas por denuncia o de oficio superó a las iniciadas por querrela.

Los tipos de términos se condicen con lo antes indicado, la gran mayoría de los casos iniciados por querellas terminaron en decisiones de no perseverar; al contrario, los iniciados de oficio o por denuncia son los que mayoritariamente han llegado a procedimientos simplificados, abreviados o juicios orales.

Otra tendencia destacable es que en 17 de los 21 juicios orales por el delito de asociación ilícita, se ha absuelto por este delito, condenando en la mayoría de ellos por los delitos que se le imputaban a la asociación. En otras palabras, se condena por los delitos del plan criminal de la supuesta asociación, pero se absuelve por la asociación.

De los cuatro juicios orales en los que se condenó, uno fue recalificación del Tribunal, otro fue estrictamente por el artículo 292 del Código Penal, y los otros dos fueron por el artículo 411 *quinquies*, que castiga en los mismos términos del artículo 292, a quienes se organicen para cometer delitos de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas. Los cuatro serán considerados en el análisis, debido a que el art. 411 *quinquies* se remite al 292 no entregando ninguna descripción típica especial, más que la exigencia de que el objetivo sea la comisión de delitos de trata de personas o tráfico de migrantes. Por otra parte, tampoco hay jurisprudencia acerca de este artículo, ya que fueron los primeros casos, así que no existía para los jueces más herramientas de interpretación que el 292 y la doctrina acerca del mismo<sup>7</sup>.

Para estructurar la información obtenida de las sentencias, comenzaremos por una descripción general de los requisitos del delito, citando las sentencias que se han aventurado en entregar un cúmulo de requisitos a este respecto. Posteriormente se examinarán uno a uno los problemas y debates más frecuentes y cómo éstos fueron resueltos por nuestros tribunales.

## II. Requisitos del delito de asociación ilícita según nuestros tribunales de justicia

Luego de la primera sentencia en reforma ya citada, en que el juez recalifica y condena por asociación ilícita, encontramos la sentencia RUC 0300035831-

7 A diferencia del artículo 16 de la Ley 20.000 o de la asociación ilícita de carácter terrorista, en donde hay jurisprudencia anterior.



1<sup>8</sup>. En ella el Tribunal Oral en lo Penal de Arica nos indica que los requisitos del delito aquí tratado son: organización jerarquizada, con cierta permanencia en el tiempo y cuyo objetivo debe ser atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades. En el caso en comento, se absuelve debido a que los delitos fines de dicha asociación, al ser los de contrabando y delito pesquero, no cumplían para el Tribunal con las finalidades exigidas por el 292.

Los requisitos según la sentencia RUC 0600104837-4<sup>9</sup> del Tribunal Oral en lo Penal de Calama son: *“organización constituida, con carácter de permanencia cuyo fin es la realización de uno o más delitos, la cual se encuentra formada por dos o más personas y generalmente es dirigida por una de ellas, diseñada con arreglo a algún sistema de jerarquía, todo dirigido funcionalmente a la consecución del objeto ilícito perseguido, que es a su vez el nexo de unión y concierto entre sus miembros, hasta el punto de conformar ese ente superior y distinto al de dichos componentes individualmente considerados”*.

Esquemmatizando los elementos del delito, encontramos la sentencia RUC 0800260986-0<sup>10</sup>, del Juzgado de Garantía de Temuco que indica lo siguiente: *“Que en lo que dice relación con el delito de asociación ilícita, este concepto de asociación aparece revestida de cuatro elementos:*

- 1.- *Una multiplicidad o colectividad de individuos, sin señalarse un número, cometiendo un delito por el solo hecho de organizarse, Etcheberry señala que bastaría con dos personas para este tipo de ilícito.*
- 2.- *La existencia de algún grado de organización, esto es que los asociados, sus esfuerzos tiendan a un fin, que deben estar debidamente coordinados por un ente superior o jefatura, y ésta ser reconocida por los asociados, o sea debe existir una verticalización en el mando.*
- 3.- *La existencia de un fin común, esto es lo que motiva la decisión de formar la asociación, planificando la comisión de una serie de delitos para lograr sus objetivos.*
- 4.- *Una cierta permanencia en el tiempo, aquí se cuenta con un programa destinado a realizar múltiples hechos delictuosos para obtener el fin perseguido”*.

Destacable es que en la mayoría de las sentencias se cita a Etcheberry para indicar que bastan dos personas para tener por formada la asociación, siendo esta materia pacífica para nuestros tribunales.

8 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 21 de enero de 2004, RUC N°0300035831-1, RIT N°44-2003.

9 Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 29 de noviembre de 2008, RUC N°0600104837-4, RIT N°81-2008.

10 Juzgado de Garantía de Temuco, 21 de marzo de 2008, RUC N°0800260986-0, RIT N°3560-2008.

Posterior a la sentencia citada, llama la atención la sentencia RUC 0900709363-k<sup>11</sup> del Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, que entrega requisitos de la asociación, y destaca la característica de indeterminados de los delitos a cometer por la misma, como diferencia fundamental de la coautoría, señalando: *“Así la conducta típica de este delito consiste en el despliegue de una actividad por parte de una pluralidad de individuos que ha de tener como base un concierto permanente y continuo con el propósito de ejecutar delitos contra determinados bienes jurídicos, en particular el orden social, las personas y la propiedad. Esta finalidad previa de cometer uno o diversos delitos en contra de dichos intereses no requiere una determinación precisa de sus ejecutores, víctima, su momento, lugar o circunstancias del hecho, sino que la presencia de una distribución de funciones entre los distintos intervinientes y un determinado nivel de jerarquización”*. Estos requisitos, a su vez, son los que explica el profesor Raúl Carnevali, en su Informe Jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley 20.000<sup>12</sup>.

La sentencia RUC 0900754517-4<sup>13</sup> del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, hace un análisis pormenorizado de muchos aspectos del delito, desde su incorporación al Código Penal, tales como elementos, bien jurídico protegido, diferencias con la conspiración, entre otros, considerando que los elementos del delito son los siguientes: *“La asociación criminal está integrada por los que se asociaren u organizaren formando una unión de cierta duración para la comisión de alguno de los delitos previstos en la ley”*. En esto sigue a varios autores, entre ellos Carnevali y Guzmán Dálbora en los textos ya citados, e incorpora a Politoff, Matus y Ramírez<sup>14</sup>.

Alejándose un poco de los requisitos antes señalados casi de manera idéntica por los demás tribunales, la sentencia RUC 1000626117-0<sup>15</sup> del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en una mediática causa conocida como “Red de corrupción judicial y policial” se encarga de analizar uno por uno los

11 Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, 18 de enero de 2013, RUC N°0900709363-K, RIT N°25-2012.

12 CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Informe Jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley 20.000. En: *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* [en línea]. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/d\\_1\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_1_6.pdf) [fecha de consulta: 24 de abril de 2014].

13 Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, 18 de diciembre de 2010, RUC N°0900754517-4, RIT N°90-2010.

14 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 599.

15 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 8 de junio de 2011, RUC N°1000626117-0, RIT N°21-2011.

requisitos que estima necesarios para la configuración de este delito, del que absolvió a los acusados, indicando que éstos serían:

a) *“Permanencia en el tiempo”*<sup>16</sup>: en este punto entiende que no se configura el requisito, dado que el momento que se señala como de inicio de esta asociación en la acusación, en una fecha determinada reunidos en el restaurante “El Pollo Caballo”, sólo implicó a juicio del Tribunal, una reunión para la realización de un delito determinado, cual era la falsificación de las piezas de un expediente del Juzgado de Valdivia, y no el comienzo de un acuerdo para cometer delitos indeterminados.

b) *“Organización”*<sup>17</sup>: en ella exige una organización en que se distingan jefes y personas que obedecen a esos jefes, para ello da como ejemplo que deben existir personas con mayor responsabilidad que dan las órdenes a otras que las ejecutan, esto de acuerdo a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol 5576-2007. En este caso en particular, debido a que algunos de los supuestos miembros de la organización no conocían a otros miembros de la misma, el Tribunal entiende que no se acredita el requisito, dado que si bien todos conocían a la signada como líder, algunos recién se conocieron una vez iniciadas las audiencias de este proceso penal.

c) *“Jerarquía”*<sup>18</sup>: en este punto el Tribunal exige una estructura organizada con sujeción a órdenes, liderazgo y estándares de disciplina y consecuencias asociadas a eventuales incumplimientos, lo que en el caso recaía según la acusación y las querellas en la líder, pero para el Tribunal no se dio por acreditado debido a que ella tan sólo realizaba estos actos delictuales aprovechándose o valiéndose de sus variados contactos, pero sin tener una organización previa con ellos dotada de estas particularidades ya descritas.

d) *“Profesionalidad delictual”*<sup>19</sup>: si bien este requisito no se aprecia de la simple lectura del tipo penal, ni de la sentencia de la Excma. Corte Suprema antes citada por el Tribunal, se incorpora al final en el sentido de diferenciar un concierto eventual y puntual de una asociación, en la que los delitos realizados son de tal habitualidad que resultan obtener un carácter “profesional”.

El mismo Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, un año después, en sentencia RUC 1001114184-1<sup>20</sup> señala que los requisitos del delito de asocia-

16 Ver nota 15.

17 Ver nota 15.

18 Ver nota 15.

19 Ver nota 15.

20 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012.

ción ilícita, por los cuales condenó a un grupo de mujeres organizadas para cometer delitos de tráfico ilícito de migrantes, son los siguientes:

- a) Pluralidad de personas: aquí se aleja del resto de las sentencias analizadas, y siguiendo la Convención de Palermo<sup>21</sup>, indicó que debe tratarse de *“un grupo estructurado de tres o más personas”*.
- b) Forma de organización: exige una relación jerárquica, definiéndola como aquella *“en que unas personas asumen mayor responsabilidad, encargadas de dar las órdenes o dirigir las acciones que otras ejecutan, distribución de funciones que trae como resultado para la asociación que la función realizada por algún integrante pueda ser reemplazado por otro”*.
- c) Persecución de un fin común: que en este caso era el tráfico ilícito de migrantes.
- d) Permanencia en el tiempo: el Tribunal estima que debe acreditarse que durante un tiempo los imputados organizados actuaron de la forma ya descrita, en el caso en particular se probó que actuaron desde el año 2010 hasta el 25 de mayo del 2011, fecha de su detención. Lo destacable de este fallo en este punto es que el delito de tráfico ilícito de migrantes no estaba tipificado en nuestra legislación antes del 8 de abril del 2011, por lo que para el Tribunal lo relevante no era el tiempo en que efectivamente operaron cometiendo el delito (tan sólo un mes y días, dada la fecha de publicación de la Ley 20.507), sino que sólo con el hecho de acreditar la conducta desde el 2010, cumplía con el requisito.
- e) Objetivo común: el Tribunal lo manifiesta y entiende probado así: *“un dolo de asociarse y pertenecer a una organización que atenta contra el orden social y las buenas costumbres, cuya finalidad era la comisión de delitos de tráfico ilícito de migrantes, ejecutando cada uno la función asignada para lograr esta finalidad común”*.

### III. Acerca de la pluralidad de sujetos como requisito del delito de asociación ilícita

Tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido contestes en considerar, siguiendo a Etcheberry<sup>22</sup>, que desde dos sujetos ya podríamos estar frente a una asociación, por lo tanto la pluralidad se traduciría en más de dos. La

21 Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> [fecha de consulta: 24 de abril de 2014].

22 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal, parte especial*. Tomo IV, 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, p. 317.

Convención de Palermo<sup>23</sup>, por su parte, en el artículo segundo letra a) define grupo delictivo organizado como aquel formado por a lo menos tres personas. Una de las tres sentencias condenatorias en juicio oral, la primera del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal ya citada, sigue esta definición. Recordemos además que dicha Convención fue ratificada por Chile y promulgada en nuestro país con fecha 20 de diciembre de 2004 y publicada el 16 de febrero de 2005, mediante el Decreto Supremo 342 del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>24</sup>.

Llama la atención de las sentencias analizadas, que por ejemplo la primera de ellas en la que el Juez de Garantía recalifica y condena por asociación ilícita, lo hace condenando a un solo sujeto, esto debido a que, para el juez, ese sujeto requerido (recordemos que fue en procedimiento simplificado) fue quien organizó a un grupo que se dedicó de forma permanente y organizada a cometer delitos de obtención fraudulenta de créditos. Luego de ello, por lo menos en un par más de sentencias analizadas, nos encontramos con acusaciones en contra de una sola persona, lo que a diferencia de la primera sentencia condenatoria citada, tuvieron resultados absolutamente contrarios, o sea, absoluciones.

Así la sentencia RUC 0500045481-k<sup>25</sup>, del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, nos muestra cómo en un caso en el que se acusó a un solo sujeto, que según el relato de los hechos de la acusación, se organizó con dos sujetos más para cometer delitos de estafa, obtención fraudulenta de créditos, receptación y asociación ilícita, al conocer esta acusación en contra de uno de los sujetos y no en contra de los tres, lo absolvió respecto de todos los delitos por los que fue acusado, y entre otros argumentos, en cuanto a la asociación ilícita indica: *“Que, tal como se adelantó en el veredicto respecto del delito de asociación ilícita materia de la acusación, no resultó acreditada –más allá de toda duda razonable– la existencia de este hecho punible, al no quedar establecidos los supuestos de hecho que configuran el tipo penal respectivo”*. El Tribunal no dio por acreditado que en los hechos existiera una asociación de personas para cometer delitos.

Luego el mismo Tribunal indica los elementos que deben estar presentes para que exista una asociación ilícita, siguiendo a Guzmán Dálbora<sup>26</sup> en su artículo, ya citado, señalando que la diferencia entre la conspiración o complot para

23 Ver nota 21.

24 Disponible en: <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2013/11/02Convencion-de-Palermo-y-sus-Protocolos-contra-Trafico-ilicito-de-Migrantes-y-Trata-de-Personas.pdf> [fecha de consulta: 24 de abril de 2014].

25 Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, 13 de junio de 2013, RUC N°0500045481-K, RIT N°107-2004.

26 GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N°2, Madrid, 1998, p. 176.

delinquir y la asociación ilícita, reside en el objeto del acuerdo: *“La conspiración tiene como objeto cometer uno o más delitos entre varias personas, en cambio, el objeto de acuerdo en el segundo caso, es constituir la asociación, ya que los delitos particulares que articularán el calendario criminoso de la entidad serán materia de acuerdos posteriores. Por eso, la asociación requiere estabilidad y una organización interna, con división del trabajo y jerarquía”*.

Finalmente se estimó que a lo más habría una conspiración para delinquir, pero al ser realizado el juicio ante el Tribunal en contra de un solo sujeto, no se consideró esta situación como relevante al momento de decidir, y el acusado fue absuelto de todos los delitos de la acusación.

Interesante resulta también la situación de los imputados de una misma investigación que van siendo condenados en sucesivos procedimientos abreviados, quienes al asumir los hechos y su participación, en la gran mayoría de los casos son condenados por el ilícito en cuestión, así en las sentencias RUC 0800304988-5<sup>27</sup>, 1000345958-1<sup>28</sup>, 1000676950-6<sup>29</sup>, vemos como en a lo menos dos juicios abreviados por caso, tenemos sentencias condenatorias por asociación ilícita, sirviendo además la primera como antecedente a la segunda.

Circunscrito al ámbito de la pluralidad de personas, no en pocos casos los jueces reflexionan acerca de las principales diferencias entre la participación criminal, la que también nace desde la pluralidad de sujetos, y la asociación ilícita propiamente tal. Ilustrativa es la sentencia RUC 0600104837-4<sup>30</sup>, del Tribunal Oral en lo Penal de Calama, que indica que la principal diferencia es que en la participación dos o más personas se reúnen con poca o ninguna organización estructurada, las cuales actúan en forma esporádica para la realización de un delito determinado.

En este tema el Tribunal Oral sigue al tratadista italiano Giuseppe Maggiore, quien señala: *“el delito de asociación ilícita para delinquir, se distingue de la coparticipación criminosa, porque la coparticipación supone un delito realmente existente, mientras la asociación supone delitos intencionalmente existentes, o sea, como fin de la asociación criminosa, por lo cual los partícipes son castigados por el solo hecho de*

27 Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, 3 de abril de 2008, RUC N°0800304988-5, RIT N°2421-2008.

28 Juzgado de Garantía de San Bernardo, 16 de abril de 2010, RUC N°1000345958-1, RIT N°12502-2010.

29 Juzgado de Garantía de San Antonio, 26 de julio de 2010, RUC N°1000676950-6, RIT N°5745-2010.

30 Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 11 de febrero de 2006, RUC N°0600104837-4, RIT N°81-2008.

*participar en la asociación*<sup>31</sup>. Así varias de las sentencias analizadas concluyen que la coparticipación es una asociación ocasional para cometer uno o más delitos determinados, mientras que la asociación para delinquir tiene carácter permanente, dirigido a cometer una serie indeterminada de delitos.

En la sentencia RUC 1100336610-5<sup>32</sup> del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, condenatoria en juicio oral por asociación ilícita, se indica al respecto: *“Finalmente, consideró el tribunal que los hechos que se dieron por establecidos configuraban el delito de asociación ilícita a que se ha estado haciendo mención, y no respondían a una figura de participación múltiple o coparticipación, porque si bien en ambas situaciones interviene un grupo de personas, en la coparticipación aunque haya infracciones que se repiten, éstas surgen de momento a momento, pero quedan aisladas unas de otras, y en el caso de la asociación, el propósito de delinquir persiste en los miembros de la banda que se pliegan a las decisiones del jefe”*.

Otro tema frecuente es el carácter de asociación ilícita cuando los vínculos que unen a esta pluralidad de sujetos son vínculos de carácter familiar, ya que si bien en el contexto de las asociaciones del 292 no nos hemos encontrado con un gran número de casos de asociaciones familiares, como sí sucede en las de la Ley 20.000, en la sentencia 0800260986-0<sup>33</sup> se discutió la participación punible del hijo y de la sobrina de los acusados, ya que para el defensor el hecho de que fueran familiares de los líderes hacía que sus acciones no fueran sancionables a título de integrantes de la asociación ilícita. El querellante precisó que la solicitud de la defensa de quedar exentos de responsabilidad penal por ser familiares de los líderes no tiene fundamento jurídico, y cita casos emblemáticos de condenas en asociaciones ilícitas familiares de la Ley 20.000, como son los casos conocidos como “Los Cara de Jarro” y los “Caviedes<sup>34</sup>”. Por su parte la juez argumenta: *“Que en cuanto a la solicitud de no tener responsabilidad en el delito de asociación ilícita Xiomara Silva López y Juan Andrés Narea López, porque no habría otra conducta exigible por ser parientes directos de los organizadores de la asociación, esto se ha basado únicamente en el grado de parentesco, pero no se alcanza a dilucidar por esta sentenciadora, que el hecho de ser los padres o la tía los jefes, sea necesario para aceptar ingresar en un directorio de una Fundación ilícita, sobre todo teniendo en consideración los estudios*

31 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal, parte especial*. Volumen III, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1956, p. 448.

32 Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, 4 de abril de 2011, RUC N°1100336610-5, RIT N°328-2011.

33 Juzgado de Garantía de Temuco, 21 de marzo de 2008, RUC N°0800260986-0, RIT N°3560-2008.

34 La asociación ilícita para el tráfico llamada “El Clan los Caviedes” era liderada por el “Cara de Jarro”, esta sentencia cita lo que indicó el defensor, quien entiende que son dos casos distintos.

*de derecho del acusado, igual situación respecto de doña Xiomara Silva López, que tenía poder para retirar dineros, si los retiraba al menos tiene la obligación de conocer sus orígenes y la responsabilidad por ser miembros del directorio de cumplir con las normas legales y el fin establecido por lo menos formalmente, el fin lícito de toda organización de beneficencia”.*

Una argumentación que ha sido utilizada por la Fiscalía en contra de la defensa en estos casos, es que si bien la Constitución y las leyes protegen a la familia, esa protección está dentro de un contexto de desarrollo familiar y de actividades propias de las familias, la que obviamente no involucran la protección de la delincuencia familiar.

#### **IV. En cuanto a la permanencia en el tiempo**

Este grupo de sujetos, más de dos, o más de tres según Palermo, deben organizarse a efectos de que su decisión de delinquir se proyecte con una permanencia en el tiempo, como expresan los autores citados por las sentencias de nuestros tribunales, se trata de un acuerdo para delinquir, y no para llevar a cabo un delito determinado, sino para delinquir en forma indeterminada dentro de lo que ellos entiendan es su plan criminal.

Aunque lo dicho está en la línea de todos los autores citados por las sentencias analizadas, los tribunales frecuentemente examinan los hechos de forma retrospectiva, valorando si en la prueba hay antecedentes o indicios de cuánto tiempo antes de ser aprehendidos o denunciados los sujetos organizados cometieron los delitos del plan criminal, y así ponen la carga de la permanencia en el tiempo en un factor temporal pasado, o sea, desde cuánto tiempo antes de que fueran, por ejemplo detenidos, se dedicaban a los delitos del plan criminal, y de acuerdo a ello deciden si les da o no la idea de permanencia que requeriría el artículo 292 del Código Penal. Con esta exigencia no podría condenarse por asociación ilícita como delito autónomo, ya que se produciría la inconsecuencia de que, para configurar el tipo penal, los tribunales exigirían demostrar la permanencia en el tiempo con prueba de cuánto tiempo se cometieron los delitos del plan criminal, y ahí ya tendríamos delitos del plan criminal cometidos, o sea, no estaríamos sancionando la asociación ilícita como delito autónomo, sino que siempre asociada a la ejecución reiterada en un espacio de tiempo de los delitos del plan criminal.

En esta línea de exigir un tiempo de ejecución reiterado de los delitos del plan criminal, la sentencia RUC 0310005822-6<sup>35</sup> del Tribunal en lo Penal de Iquique, en que se acusó a un grupo de sujetos que robaban y receptaban

---

35 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 19 de diciembre de 2003, RUC N°0310005822-6, RIT N°130-2004.



vehículos 4x4 para venderlos en Bolivia, el Tribunal estima que una decena de robos en siete meses no era suficiente para estimar permanencia en el tiempo, argumentando: *“Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que este grupo de robos y receptaciones, que no exceden de una decena, se hayan verificado a lo largo de los últimos siete meses del año 2003, evidencia que el accionar de los enjuiciados no era sistemático ni permanente, sino que a la inversa, ocasional y esporádico, gatillado por la oportunidad de sustraer las movibilidades y luego reducirlas rápidamente, traspasándolas a compradores interesados, coyuntura que, de igual manera, vuelve aún más remota e incierta la tesis del surgimiento de esta asociación criminal que sostiene el ente acusador”*.

En el juicio oral en cuestión declararon testigos indicando que el líder de la organización se jactaba de haber enviado unos 500 vehículos a Bolivia, en el mismo período de tiempo, y además se acusó por bastantes más robos y receptaciones que diez, pero el Tribunal tuvo por acreditados sólo diez; número que en un plazo de siete meses le pareció insuficiente para acreditar la permanencia en el tiempo del actuar de esta organización.

Obviamente sería muy difícil probar el acto fundacional de la asociación ilícita. Lo más probable es que no lo encontremos en una escritura pública, ni tengamos prueba de que un día determinado, los sujetos acordaron llevar a cabo un plan criminal. En este caso, desde nuestra perspectiva, demostrar ante un tribunal que los sujetos efectivamente se dedicaron a los delitos del plan en un período de tiempo, es un buen indicio para llegar a acreditar que ellos efectivamente estaban organizados para llevar esos planes a cabo, entendiendo así la existencia de ese acuerdo amplio de cometer delitos, que implica necesariamente la asociación de carácter ilícito.

Sentencias que tienen una postura diferente en este punto son por ejemplo la RUC 0400215386-1<sup>36</sup>, de Concepción en que el Tribunal entiende que se cumple el requisito de permanencia en el tiempo considerando un período desde diciembre de 2003 a septiembre de 2004, comprendiendo un período de nueve meses en los que se señala que esta agrupación de personas se dedicaba a la sustracción de especies de los pesqueros del alta mar.

Por su parte, en la sentencia RUC 0600893147-8<sup>37</sup> del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, se rechaza la argumentación de la Fiscalía acerca de la permanencia en el tiempo, ya que una de las pruebas que presentó fue un certificado de antecedentes de uno de los acusados, con el que se acreditaba que había participado en delitos de la misma especie el año 2004. El funda-

36 Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 14 de septiembre de 2007, RUC N°0400215386-1, RIT N°130-2006.

37 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 26 de junio de 2007, RUC N°0600893147-8, RIT N°56-2007.

mento de la desestimación fue el artículo 341 del Código Procesal Penal, esto es, que no se trataba de hechos que se juzgaran en ese juicio. En este sentido se desecha un elemento indiciario de la permanencia, cual es la reiteración en el tiempo de la actividad delictual del acusado.

En las condenas en juicio oral como período de tiempo establecido como suficiente prueba de la permanencia en el tiempo, encontramos desde un mes, en el fallo recaído en el RUC 1100440193-1<sup>38</sup>, hasta cuatro meses, en sentencia RUC 1100336610-5<sup>39</sup>.

## V. Objetivo común y algunos problemas detectados

El objetivo de los asociados para que se tipifique el delito de asociación ilícita debe ser la comisión de delitos. El Código Penal exige que se trate de delitos (se excluyen las faltas), los que a su vez deben afectar el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad. También puede tratarse de aquellos delitos en que las leyes especiales que los han descrito incorporan la asociación ilícita, como el lavado de dinero, el tráfico de drogas, la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos terroristas, entre otros.

Identificamos algunos problemas con los objetivos que podría tener la asociación, así para la sentencia RUC 0300035831-1<sup>40</sup>, la pluralidad de sujetos acusados están organizados jerárquicamente y tienen permanencia en el tiempo, su objetivo era cometer delitos de contrabando, tributarios y pesqueros, no siendo ninguno de ellos, a criterio del Tribunal, atentatorios en contra del orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad. En el considerando vigésimo noveno indica: *“Que, también estos sentenciadores han llegado a la convicción de la inexistencia del delito de asociación ilícita; ello en razón de que no sólo se requiere estar frente a una organización jerarquizada, con cierta permanencia en el tiempo, sino que conforme lo señala el artículo 292 del Código Penal, su objetivo debe ser atentar en contra del orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades. Es decir, requiere que su finalidad sea la vulneración de determinados bienes jurídicos y no otros, y en este sentido, cada una de las actividades ilícitas desplegadas por las acusadas dicen relación con la vulneración de bienes jurídicos distintos a los expuestos. Así, el delito de contrabando protege el ejercicio de la potestad aduanera en la percepción de derechos o aranceles; el delito tributario, el orden público económico; el delito pesquero, la vulnerabilidad de un recurso hidrobiológico protegido, y ninguno de ellos tiene relación con el orden*

---

38 Ver nota 20.

39 Ver nota 32.

40 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 21 de enero de 2004, RUC N°0300035831-1, RIT N°44-2003.

*social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad, como lo exige la precitada norma”.*

La sentencia RUC 0400215386-1<sup>41</sup> es muy original e interesante en este sentido, debido a que la acusación de la Fiscalía, así como la querrela del SII, acusaban por delitos de piratería del art. 434 del Código Penal y de comercio clandestino, y luego de varios días de juicio oral, el Tribunal reabrió el debate para recalificar los hechos y subsumirlos en el tipo penal de asociación ilícita, por el cual ni la Fiscalía ni el SII habían acusado. El Tribunal razona que los hechos que habían sido probados en el juicio constituían el delito de asociación ilícita, ya que: *“En efecto, con la prueba rendida, quedó demostrado que un grupo de personas se organizaron de tal manera para atentar contra las propiedades de diversas empresas pesqueras de la comuna de Talcahuano, particularmente los pesqueros de alta mar cuando se acercaban a la bahía de San Vicente, para cuyos efectos se estableció una clara división de funciones y del mando entre sus integrantes, en que algunos acusados proporcionaron las embarcaciones y equipos utilizados y el lugar para la guarda de los mismos; en tanto que el resto de los acusados desempeñaron labores de tripulantes de dichas embarcaciones, destacándose la circunstancia de que por lo general algunos estaban constantemente desempeñando la labor específica de patrón de las embarcaciones; todo ello bajo una coordinación y mando por parte de los primeros cuatro acusados referidos, tendiente a la ejecución de los fines ilícitos propuestos”.*

En el primer caso expuesto, el Tribunal no encontró entre los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales que realizaban los sujetos alguno de los objetivos del 292 del Código Penal, y en el segundo caso, en el que se juzgaba por delitos que a simple vista no guardaban relación con el mismo artículo, tanto que incluso no había acusación por ellos, el Tribunal entendió que se afectaba la propiedad, recalificando y condenando por asociación ilícita.

Un ejemplo más extremo encontramos en la sentencia RUC 0900709363-K<sup>42</sup>, en que el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle absuelve por asociación ilícita dado que no se logra explicar cuáles son los delitos que supuestamente cometieron este grupo de sujetos: *“(…) Y si bien este delito es uno de mera actividad ya que no exige que la acción vaya seguida de un resultado, es del caso que la asociación criminal debe estar formada para la comisión de algunos delitos previstos en la ley, por lo que no puede caber si no preguntarse ¿qué tipo de delitos eran los que esta supuesta organización estaba destinada a cometer?”.*

La finalidad debe ser cometer delitos que afecten el orden social, las buenas costumbres, la propiedad o las personas, o bien los delitos que afecten los

41 Ver nota 36.

42 Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, 18 de enero 2013, RUC N°0900709363-K, RIT N°25-2012.

bienes jurídicos protegidos por las leyes especiales que llaman a perseguir por asociación ilícita en delitos como la trata de personas, el lavado de dinero, tráfico de drogas, entre otros.

Otro problema detectado, relacionado con el objetivo común de la asociación, es el caso de aquellas asociaciones que nacen como lícitas y mutan a ilícitas. En este sentido en el juicio que dio origen a la sentencia RUC 0800260986-0<sup>43</sup> del Juzgado de Garantía de Temuco, caso de la Fundación “Pide un deseo”, se discutió si una asociación que nace como lícita, puede mutar a ilícita. El defensor de los recaudadores de las donaciones que hacían las víctimas a la asociación, alegó que ellos no eran partícipes de la asociación debido a que recibían remuneración de una Fundación que nació como lícita. En el fondo alegó desconocimiento de sus defendidos, por el hecho de haber ingresado a una Fundación de carácter lícito. El Ministerio Público indicó que la Fundación “Pide un Deseo” en el año 2006 canceló la licencia de la misma en Chile y ese mismo año se les quitó la personalidad jurídica. Dado esto, los jefes y los colaboradores, entre los que se encontraban los recaudadores, sabían desde el año 2006 que se operaba desde la ilicitud.

El Tribunal por su parte indica: *“Que en cuanto a lo señalado por la defensa en cuanto a que la organización Make a Wish nace como una organización lícita y por ende no nos encontramos dentro de una asociación ilícita, cabe tener presente la sentencia dictada por el Ministro Milton Juica que se refiere a una organización lícita de carabineros y como se convirtió en ilícita por su actuar, y de la necesidad de no caer en el formalismo extremo. Lo importante es su objeto o fin y no la apariencia de la Fundación. Así, si bien la organización Make a Wish nace en forma legal, hay una serie de comportamientos de la organización que en la práctica van desvirtuando este fin, tanto así que se procede a la cancelación de la personalidad jurídica y los problemas con la licencia internacional comienzan en el año 2005”.*

Según nuestra jurisprudencia, e interpretando las normas del delito en comento, es posible que una asociación que nace como lícita mute a ilícita, siendo esto consecuente con los fines de la asociación, los que por supuesto también pueden mutar.

## VI. Organización y jerarquía

Del universo de sentencias analizadas el requisito que menos entienden probado los tribunales es la organización. Siendo algunos más exigentes que otros, variando desde una cierta jerarquía, hasta una verticalidad del mando, es uno de los elementos más difíciles de probar, tanto por la inseguridad acerca de qué será estimado como suficiente para el tribunal, hasta el cómo transmitirle

---

43 Ver nota 33.

a las policías qué elementos son importantes al momento de probar ante un tribunal algo tan subjetivo como quién está o no organizado, y de qué forma lo está con otro u otros.

Una situación bastante particular se dio en la sentencia RUC 0300091492-3<sup>44</sup>. En ella el Tribunal, al referirse a la configuración del delito de asociación ilícita, indica que se cuenta con las declaraciones de tres funcionarios policiales, quienes declararon que los robos de cables eran ejecutados por una banda en la que participaban unas 15 personas, la que era bastante organizada, siendo los cabecillas “Camilo” y “Chico Willy”, quienes proporcionaban los medios de transporte y las herramientas para efectuar los robos de cable y madera fina. Luego de ello cita la declaración de un testigo que conocía los hechos por los dichos de otro imputado, alias el “Bugy”, quien murió electrocutado en uno de los robos de cable. El Tribunal cita así la declaración de dicho testigo de oídas: *“(...) viene a declarar por un robo de cable de tendido eléctrico, del cual tomó conocimiento por Jorge González Guevara a quien conocía como el Bugy, quien le contaba parte de lo que hacían, señalándole que salían a robar cables, que participaban unas 10 personas, señalando el apodo de algunos de ellos como “el chiqui-chiqui”, “el chico willy”, y el “chino”. Dice que los venían a buscar en camionetas y al exhibirle fotografía reconoce las camionetas. El declarante señaló que sabía que el cobre se lo vendían en Paipote a un sujeto canoso y de barba, al que vio personalmente una vez. Agregó que el “Bugy” le dijo que nadie lideraba la banda”.*

Esta última frase de la declaración del testigo fue determinante para el Tribunal, quien valorando ésta por sobre las tres declaraciones contestes de los funcionarios policiales que investigaron el caso, determina: *“estos antecedentes no permiten tener por acreditado que los encartados pertenezcan a una organización ilícita, toda vez que a partir de ellos resulta imposible determinar la época en que dicha organización se habría generado; la forma que habría adquirido su estructura jerárquica, como los roles que al interior de ella le correspondería a cada uno de sus integrantes y el papel que deberían desempeñar en la ejecución de los delitos para los cuales se habrían concertado. A lo anterior, se debe agregar el hecho que conforme a lo resuelto precedentemente, no se ha acreditado la participación de todos los acusados en la totalidad de los delitos materia del juicio, lo que significa más bien, una agrupación de carácter circunstancial, lo que se opone al carácter de permanente que debe tener la agrupación para transformarse en una asociación ilícita”.*

Es destacable que el simple hecho de que un testigo a quien supuestamente uno de los integrantes de la banda (que al momento del juicio había fallecido justamente electrocutado) le dijo que entre ellos no mandaba nadie, haya

44 Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, 13 de junio de 2003, RUC N°0300091492-3, RIT N°107-2004.

adquirido para el Tribunal tal envergadura como para entender que no había organización y que tan sólo se trataba de coautoría.

En la sentencia RUC 0400082117-4<sup>45</sup> del Tribunal Oral en lo Penal de Calama, podemos apreciar qué elementos estimó el Tribunal como indiciarios de la existencia de una organización, la misma que además fue suficiente para cumplir con las exigencias del tipo penal en comento. Se condenó a un grupo de personas que se asociaron para cometer delitos de uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito, y los elementos relevantes para el Tribunal fueron: la detención de la mayoría de los acusados en el mismo departamento, en donde además tenían los medios para realizar las clonaciones de las tarjetas de las víctimas. La detección de quien ejercía labores de jefatura, identificándolo como quien recibía el dinero que obtenían los operadores, también realizaba labores de duplicación de tarjetas. Se pudieron establecer funciones para los demás miembros de la organización, no siendo un obstáculo en este caso el que algunos participaran de ciertos delitos del plan criminal y otro no. Finalmente, todos fueron condenados como autores del delito de asociación ilícita, debido a que se comete por el solo hecho de organizarse, y cada uno de los miembros fue condenado en particular por los delitos del plan criminal en los que tuvo una participación material o directa.

Otro caso que llama la atención, pero esta vez por condenar por asociación ilícita, dando por acreditada la organización, pero absolviendo por los delitos del plan criminal debido a que no se había demostrado la participación de los acusados en dichos delitos, es la sentencia RUC 0400215386-1<sup>46</sup>, citada anteriormente. El Tribunal estimó que la prueba era suficiente para acreditar más allá de toda duda razonable que un grupo de sujetos se había organizado para sustraer recursos hidrobiológicos de distintas embarcaciones de Talcahuano, pero no para demostrar que las mismas personas que participaban de esta asociación eran a su vez los autores de los “eventos” de sustracción determinados, así: *“Si bien la asociación ilícita en definitiva cumplió sus afanes apropiatorios, desde que efectivamente se materializaron algunos actos concretos que le significaron hacerse en varias ocasiones de parte de la pesca de los pesqueros de alta mar abordados, como quedó demostrado por los asertos de testigos que afirmaron haber visto las embarcaciones menores salir sin artes de pesca y regresar al cabo de un corto tiempo con abundante pesca en su interior, dado el lugar y las condiciones en la cual se producía la sustracción, la prueba rendida resulta insuficiente para establecer determinadamente quién o quienes participaron en los hechos concretos que se lograron establecer, desde que ninguno de los acusados ha sido sindicado sorprendido realizando tal conducta apropiatoria a bordo de las naves afectadas; sin*

45 Juzgado de Garantía de Talca, 5 de marzo de 2004, RUC N°0400082117-4, RIT N°2645-2004.

46 Ver nota 36.

*perjuicio que tal indeterminación respecto de los autores de los respectivos “eventos” o “episodios” como han sido denominados durante el transcurso del juicio por los distintos testigos, aparece de manifiesto en la acusación al describir cada uno de éstos”.*

Este Tribunal desvincula totalmente el objeto de cometer delitos, de la comisión de esos delitos, lo que es correcto en el sentido de la autonomía del delito, pero es discutible que, con la prueba que dieron por acreditado que se asociaron para realizar estos delitos, no entienda por probada la participación de los asociados en algunos de estos ilícitos; máxime si éstos sí fueron establecidos como hechos probados en el juicio.

El Tribunal considera como un hecho probado que un grupo se asoció para esto, entiende que el grupo estaba liderado por cuatro jefes, que cada uno aportó con embarcaciones y herramientas, que los demás miembros ejecutaban los planes de sustracción del recurso a las embarcaciones de las empresas de Talcahuano que venían de alta mar, da por probado que los “eventos” sucedieron, pero no da por establecida la participación de los sujetos en los actos en concreto. La I. Corte de Apelaciones de Concepción anuló el juicio y la sentencia, en consideración a que el Tribunal no se hizo cargo de los hechos probados de sustracción del recurso hidrográfico y del comercio clandestino, confirmando lo resuelto en cuanto a la asociación ilícita.

Este problema de la imputación a título de asociación o de sujetos individuales que la integran, aparece en varias de las sentencias analizadas, no siempre con estas palabras, pero dejando ver el mismo conflicto, esto es que, si bien existe la organización, los tribunales exigen las imputaciones personales a cada uno de los integrantes en cada uno de los hechos en particular. Quizás una forma de superar la confusión que causa esa situación es tener en consideración que el delito de asociación ilícita es autónomo, que se comete por el solo hecho de asociarse, desde ahí ya tenemos el primer delito. Luego la participación que tenga cada sujeto en los delitos del plan criminal son las imputaciones a título personal que deben hacerse para que el tribunal pueda juzgar dichos hechos, es decir, pueda establecer los hechos típicos, antijurídicos y culpables distintos a la asociación y la participación en ellos que le corresponde a cada integrante del grupo<sup>47</sup>.

En cuanto a la jerarquía, es pacífico para la jurisprudencia que de una interpretación conjunta de los artículos 292 y 293 del Código Penal, debe poder diferenciarse entre jefes y participantes de la asociación. Esto debido a la diferencia de penas entre ellos preceptuada en dichos artículos. Ahora bien, el

47 No es un tema pacífico, específicamente ver: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Organización delictiva, bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno” [en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v38n2/art05.pdf> [fecha de consulta: 25 de abril de 2014].

problema radica en cuál ha sido la exigencia respecto al contenido de esa jerarquía, ¿se trata de una estructura piramidal? ¿De una organización funcional a los fines de la organización, en que podríamos encontrar coordinadores también y no sólo jefes y subordinados? ¿Se cumple igualmente la afectación a la seguridad si en vez de que la lidere un jefe plenipotenciario, la organización esté liderada por un coordinador que sólo distribuye funciones?

En las sentencias analizadas encontramos criterios diversos, desde la exigencia de verticalidad extrema, hasta una simple distribución de funciones. Así en la sentencia RUC 0800226845-1<sup>48</sup> del Juzgado de Garantía de Osorno, que absuelve por asociación ilícita (acusación realizada en procedimiento abreviado por el querellante no compartida por la Fiscalía) debido a que: *“los requisitos de la figura base de tal ilícito, descansa de conformidad se desprende del artículo 292 del código Penal, en el hecho de asociarse para y con objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, lo que da cuenta de la necesidad de que exista una asociación, entendiéndose como tal un grupo de carácter más o menos permanente o jerarquizado, con una estructura organizacional determinada, con jefes y subordinados quienes cumplen los mandos recibidos por los jefes, como se desprende de la propia norma del artículo 293 del Código Penal, en cuanto señala que si la asociación ha tenido como objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados y cuando ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos la pena será de presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior”*.

En otro sentido la sentencia RUC 1000606813-3<sup>49</sup> del Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, citando a Patricia S. Ziffer sostiene que: *“Así, la asociación lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización; empleo de medios materiales, continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional consociabilidad para el delito o mera codelincuencia. La conducta del autor asociado para delinquir deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario “que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la asociación se forma para cometer delitos”<sup>50</sup>. La misma autora expresa que:*

48 Juzgado de Garantía de Osorno, 10 de octubre de 2010, RUC N°0800226845-1, RIT N°3074-2008.

49 Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 17 de mayo de 2011, RUC N°1000606813-3, RIT N°99-2011.

50 ZIFFER, Patricia S. *El delito de asociación ilícita*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad-Hoc, 2006, p. 72.



*“ello supone la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la voluntad social; aun cuando no haya relaciones de subordinación entre los miembros, para que la agrupación funcione como tal es requisito la aceptación común de estas reglas”*<sup>51</sup>. Lo que se acerca más a una organización funcional a los fines de la organización que a una jerarquía rígida piramidal.

Desde el año 2010 en adelante se aprecia cómo los tribunales van siguiendo esta línea de argumentación, citando a la misma autora en sus sentencias, en las que de cierta forma pierde rigidez el concepto de jerarquía del mando.

La sentencia RUC 1100336610-5<sup>52</sup>, que condenó en juicio oral por asociación ilícita y delitos de obtención fraudulenta de créditos del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar indica: *“Con la prueba rendida, es posible inferir la existencia de una organización criminal, con proyección en el tiempo, en la que los imputados participaron con alguna forma de jerarquía y funciones asociadas a ellas y en las que sus conductas individuales o mancomunadas se ejecutaron más allá de su coparticipación o colaboración, pues estaban motivadas por un designio criminal comprendido en un marco más amplio y general asociado a la ejecución de un plan delictual definido, aquilatado y debidamente programado”*.

En cuanto a la prueba de la jerarquía, la sentencia RUC 0800260986-0 señala: *“Que en cuanto al actuar jerarquizado, éste ha quedado demostrado por las propias declaraciones de los acusados, las conversaciones telefónicas, el video de la campaña que individualizan a López y Narea como jefes y respecto a los otros individuos que han participado se define su conducta por exclusión: consiste en tomar parte en la asociación, es decir ser un elemento integrante de ella, sin que sean jefes o hayan ejercido el mando, se trata de las partes inferiores del organigrama, los que realizan las llamadas, los cobradores, los que son directores de fundaciones creadas por la organización criminal, con funciones más bien operativas y sin mayor poder de decisión en cuanto a la fijación y ejecución del programa criminal”*<sup>53</sup>.

En los juicios orales por los delitos de asociación ilícita y trata de personas y asociación ilícita y tráfico de migrantes del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1001114184-1<sup>54</sup> y 1100440193-1<sup>55</sup> ya citados, fue importante prueba de la jerarquía y distribución de funciones, la investigación patrimonial realizada. En ambos el Tribunal destacó los envíos de dinero realizados tanto por las líderes como por sus colaboradores a receptores ligados

51 ZIFFER, ob. cit.

52 Ver nota 32.

53 Ver nota 33.

54 Ver nota 20.

55 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012.

a las líderes. El hecho de que ellas mandaran remesas a sus familias, y que otros partícipes de la asociación bajo sus órdenes enviaran al mismo receptor designado por la líder, así como la desproporción entre lo enviado y lo que supuestamente ganaban en Chile, fueron factores importantes en la determinación de su jefatura o liderazgo.

## VII. La asociación ilícita como delito autónomo

Aunque el artículo 292, y ahora reforzado por el artículo 294 bis, es claro en que la asociación ilícita se castiga por el solo hecho de asociarse, tanto así que incluso el artículo 294 bis ordena la acumulación material de las penas, entre la asociación (delito autónomo) y los delitos cometidos por la organización (o los del plan criminal), observamos en las sentencias que si bien se sigue este razonamiento, hay casos en los que esto se confunde con la imputación a nivel personal de los delitos del plan, o la imputación a la organización de los delitos efectivamente cometidos. Así la sentencia RUC 0310005822-6<sup>56</sup>, en el considerando vigésimo tercero, razona que los líderes de la organización deberían ser imputados a lo menos como inductores o incitadores de los delitos del plan criminal en los que no se les imputa participación material o directa. Por este mismo motivo indica que al no imputárseles tal conducta se cuenta con un indicio de que la organización no existe, en palabras del Tribunal: *“(...) formulándose en todos los casos la acusación en contra del aludido enjuiciado en calidad de autor material de dichos ilícitos en los términos de los números 1 y 3 del artículo 15 del Código Penal, y no así en la calidad que es propia del líder de una organización criminal, esto es, como autor inductor o incitador de tales acciones, lo cual, si bien no desvaloriza en sí mismo el pretendido liderazgo que mantendría en la supuesta organización criminal, si resulta indiciario de que tal organización no existe”*.

Aquí para el Tribunal, el que no se le impute al líder la calidad de inductor o incitador de los delitos llevados a cabo por la organización es un indicio de que ella no existe, valorando como indicio de un hecho negativo la falta de atribución de esa calidad a los jefes de la misma. Al contrario, si a cada uno de los miembros de una asociación ilícita se le atribuye la calidad de inductor, tendríamos sólo casos de coautorías y no de asociaciones ilícitas.

En otro extremo de la materia la sentencia RUC 0400215386-1<sup>57</sup> recalifica los hechos de la acusación a asociación ilícita y condena, absolviendo a los acusados por los delitos del plan criminal, dejando en claro la autonomía total de este delito con respecto a los delitos del plan criminal.

---

56 Ver nota 35.

57 Ver nota 36.

Por su parte, la sentencia RUC 0600104837-4<sup>58</sup> señala que si bien el Código Penal no describe en el artículo 292 qué es la asociación ilícita, siguiendo la jurisprudencia y la doctrina, lo primero que se debe identificar es que se trata de un delito que se comete por el solo hecho de asociarse. Destacando que a pesar de no ser muy claro el artículo 292 en dar los requisitos del delito en cuestión, lo que queda claro, desde la simple lectura, es que se comete por el solo hecho de asociarse, por lo tanto, es autónomo.

Esta materia es bastante pacífica, el único problema que presenta es la confusión que puede darse entre las imputaciones a título personal y a título de organización, ya indicadas, o bien que la prueba para el tribunal sólo conduzca a acreditar la existencia de los delitos del plan criminal y no el delito de asociación ilícita, con lo que se llega a una autonomía extrema en que el tribunal busca incluso diferenciar la prueba de la existencia de la asociación, de la prueba de la ejecución del plan criminal, lo que hasta ahora resulta lejano, dado que no tenemos prácticamente casos en que se sancione a una asociación que se acaba de formar por el solo hecho de asociarse sin que hayan ejecutado a lo menos alguno de los delitos del plan criminal.

Así, por ejemplo, en la sentencia causa RUC 0600893147-8<sup>59</sup> por asociación ilícita para estafar, el Tribunal absuelve debido a que entiende que la sociedad entre los acusados y la distribución de los cargos, resultó ser un elemento propio del engaño y en consecuencia de la estafa, por lo que considera que existía un concurso aparente de delitos, el que resuelve por absorción, condenando por las estafas y absolviendo por la asociación ilícita.

En contra de este razonamiento jurídico, la sentencia RUC 0700644612-9<sup>60</sup> que condena en procedimiento abreviado a los acusados por los delitos de asociación ilícita para cometer simples delitos de falsificación y uso malicioso de instrumento privado mercantil falso y receptaciones, argumenta que primero se asocian (delito uno que se comete por el solo hecho de asociarse) y luego realizan las conductas de falsificación y uso de instrumento privado mercantil falso y de receptación de especies.

## VIII. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido, los tribunales han hecho una amplia gama de interpretaciones, en las que se ha seguido a diversos autores, encontrando desde el adelantamiento de la punibilidad debido a que lo que se pro-

58 Ver nota 9.

59 Ver nota 37.

60 Juzgado de Garantía de San Antonio, 17 de abril de 2009, RUC N°0700644612-9, RIT N°3863-2007.

tege son los mismos bienes jurídicos que cautelan los delitos del plan criminal, la seguridad de la población, el poder del Estado, el orden social, el derecho de asociación, hasta la pluriofensividad, combinando dos o varios de estos bienes jurídicos mencionados.

La sentencia RUC 0500222874-4<sup>61</sup> es una de las primeras que intenta dar una justificación al bien jurídico protegido, en este sentido indica: “*Que se trata de un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social como el ejercicio de la libertad de asociación, consagrado en el artículo 19 número 15 de la Constitución Política de 1980*”.

Por su parte, uno de los casos en donde se apreciaron más posturas acerca del tema fue en la sentencia dictada por la Jueza de Garantía de Temuco doña Marcia Patricia Castillo Monjes, en causa RUC 0800260986-0<sup>62</sup>, en que se conoció en procedimiento abreviado una acusación por los delitos de asociación ilícita y estafas, siendo muy interesante, ya que se debate acerca de varios temas relevantes del delito de asociación ilícita, lo que llama la atención siendo una sentencia en procedimiento abreviado. El caso fue conocido mediáticamente ya que se trataba de un grupo de personas que se asociaron y ocuparon la identidad de la Fundación Pide un Deseo, a efectos de recaudar dinero, supuestamente para cumplir el último deseo de niños con enfermedades terminales, quedándose con el dinero recaudado, y defraudando a un gran número de víctimas de distintas regiones del país.

En el debate acerca del bien jurídico protegido, el defensor de uno de los jefes de la asociación cita al autor Antonio García Pablos<sup>63</sup>, para justificar que el bien jurídico protegido es “*la propia institucionalidad estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquella*”. Otro defensor argumenta que se asocia a criminalidad organizada de otros países, como por ejemplo las organizaciones de carácter terrorista. El Ministerio Público replica que el bien jurídico protegido es la seguridad pública, el normal desenvolvimiento del Estado, por ello el tipo penal pretende sancionar cuando una asociación formada al amparo de la legalidad se transforma en una organización de carácter delictual, esto refrendado desde 1954 por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones del país. Por otra parte, se trata de un adelantamiento de la punibilidad justamente para proteger la seguridad. Así en las alegaciones de dos abogados defensores y un fiscal encontramos casi todas las posturas que se discuten en este sentido.

61 Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, 28 de abril de 2010, RUC N°0500222874-4, RIT N°33-2009.

62 Ver nota 33.

63 GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*. Barcelona, España, Editorial Bosch, 1978, p. 142.

El Tribunal indica respecto del bien jurídico protegido: *“Que con la figura delictiva de la asociación ilícita, desde una perspectiva interpretativa, el legislador ha pretendido crear, por medio de la tipificación de esta figura, un adelantamiento de las barreras de protección penal, adelantamiento que obedece a consistentes medidas de política criminal, para proteger a la sociedad, así el tipo penal se ubica dentro del título VI que trata de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares, no se trata de proteger bienes determinados, sino que protege bienes indeterminados, en este caso a todos los posibles donantes, ya que lo que se persigue es la conducta de la asociación que no busca engañar a una persona determinada, sino que el mismo modus operandi puede ser utilizado para diferentes víctimas o potenciales víctimas. (...) Que en cuanto a la discusión del bien jurídico protegido, debe señalarse que es un tema pacífico en la doctrina, es importante ver la ubicación en el Código, y tener presente que este tipo delictual surge para proteger la autotutela del poder del Estado frente a amenazas de grupos organizados, no se puede tolerar que al interior del Estado surjan grupos destinados a perseguir el cumplimiento de sus fines ilícitos, por otra parte el tipo penal señala que se refiere a asociaciones con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse, que esta norma fue copiada del Código Belga y no se registran discusiones sobre este punto en el Congreso, por lo que en el caso concreto se probó que se afectó al menos la propiedad”*.

Como se aprecia, el Tribunal primero se inclina por un adelantamiento de la punibilidad, en el que se intenta proteger la seguridad de la población, y luego señala que también se trata de no tolerar a grupos organizados que lo están para cometer delitos, fines que no son coincidentes con los fines del Estado, concluyendo además que el mismo artículo 292 indica cuáles son los bienes jurídicos en contra de los cuales puede atentar la asociación, tomando en este punto como postura que el bien jurídico protegido de la asociación sería el mismo que el de los delitos del plan criminal, lo que es también compartido por algunos autores. Encontramos en la misma sentencia tres posturas: la seguridad de la sociedad mediante este adelantamiento de la punibilidad, los fines del Estado de García Pablos y la identificación con el bien jurídico protegido de los delitos del plan criminal.

Así como varias sentencias siguen la tesis de García Pablos, en que el bien jurídico protegido es el propio poder del Estado, otras tantas siguen a Guzmán Dálbora, quien también circunscribe el bien jurídico protegido al poder del Estado. Un ejemplo de ello es la sentencia RUC 0900709363-K<sup>64</sup>: *“Desde esta perspectiva ha de observarse que el bien jurídico protegido por el artículo 292 del Código penal, como lo dice un sector de la doctrina, es el propio poder del estado, esto es su primacía en cuanto institución política o jurídica, comprometida por el*

---

64 Ver nota 42.

*mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político, por lo que el delito protege la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla, pues la mera existencia de una pluralidad de personas que, de forma organizada (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales ponen ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado, siendo lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada*<sup>65</sup>.

De las condenas en juicio oral del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago citadas, la RUC 1100440193-1<sup>66</sup> al hacerse cargo del bien jurídico protegido, lo encuadra en el poder del Estado, el que se ve afectado por la mera existencia de una organización que posee fines ilícitos; por su parte, la RUC 1001114184-1<sup>67</sup> se inclina por identificar el bien jurídico protegido de la asociación ilícita con el de los delitos del plan criminal, en este caso indica que el bien jurídico vulnerado por la organización es el sistema migratorio chileno, pues la intervención de los partícipes en la asociación logró burlar el control del sistema migratorio de la República.

## **IX. Culpabilidad: necesidad de dolo directo**

Inequívocamente en todas las sentencias que hacen alusión a la culpabilidad, se indica que el delito de asociación ilícita debe cometerse con dolo directo, lo que es compartido por la doctrina, dada la forma de expresión del mismo tipo penal que exige el “a sabiendas”, así en el caso de la Fundación “Pide un Deseo”, ya citado, sentencia RUC 0800260986-0<sup>68</sup>, una de las defensas alegó que se debe sancionar sólo a quienes actúan con dolo directo, dado que el tipo penal exige un actuar “a sabiendas”, en este sentido exigió la absolución de sus defendidos. El Tribunal por su parte señala en relación con el dolo: *“En cuanto al dolo requerido, está claro para esta juez que no nos encontramos ante un dolo eventual o actuar culposo, ya que se ha señalado en el hecho que estaban claramente establecidos los porcentajes que correspondía a cada uno de acuerdo a la organización, no había coacción para integrar esta organización según se señaló se*

65 GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, número 2, año 1998, págs. 158 y 159.

66 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012.

67 Ver nota 20.

68 Ver nota 33.

*veía claramente en el video de campaña de donaciones acompañado, por lo que el elemento culpabilidad está satisfecho”.*

## **X. Concurso**

En varias de las sentencias analizadas se discutió a solicitud de las defensas, la posibilidad de aplicar la regla del artículo 75, considerando a la asociación como un medio necesario para cometer los delitos del plan criminal, o incluso, se solicitó la regla de la subsunción del concurso aparente de leyes.

En la discusión previa a la sentencia RUC 0800260986-0<sup>69</sup>, la defensa solicitó que se aplicaran los principios de especialidad y consunción propios del concurso aparente, ya que las acciones se ven integradas a la figura de estafa. Luego de no atenderse esta solicitud, pidió que se resolviera según el artículo 75 del Código Penal, citando para ello el fallo de la Corte Suprema Rol 3406-2005, en el que se utilizó dicho artículo.

Por su parte, el Ministerio Público pidió que se aplicara la norma especial del artículo 294 bis, acumulando materialmente las penas. La jueza indica: *“Que en cuanto a la pena a aplicar debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal, esto es “Las penas de los artículos 293 y 294 se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, por los crímenes o simples delitos cometidos con motivo u ocasión de tales actividades”, siendo una norma específica, se le dará aplicación para determinar las penas, las que serán aplicadas en forma independiente, y por ende no se dará aplicación al artículo 75 del Código Penal”.*

En el mismo sentido la sentencia RUC 0700067520-7<sup>70</sup>, en que se condenó en procedimiento abreviado a dos líderes de una asociación ilícita cuyo objeto era estafar, se señala expresamente acerca de este punto: *“Que en cuanto al delito de asociación ilícita, considerando que esta pena no puede unificarse con la de otros ilícitos, porque expresamente el artículo 294 bis dispone que esta penalidad se impondrá sin perjuicio de aquella de los delitos bases, se determinará e impondrá por separado”.* Esta sentencia fue confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

## **XI. Conclusiones generales**

La asociación ilícita en nuestro país, dentro del período considerado, no es uno de los delitos más perseguidos ni sancionados. Del análisis realizado de las sentencias, es posible notar las dificultades que enfrenta el Ministerio

<sup>69</sup> Ver nota 33.

<sup>70</sup> Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, 22 de noviembre de 2011, RUC N°0700067520-7, RIT N°1521-2010.

Público al acusar por este tipo penal y llevarlo a debate en juicio oral. Esto en cuanto a la prueba, a las imputaciones a título de organización o personales, a la jerarquía, entre otros. A pesar de ello, también podemos encontrar importantes avances en la evolución de su tratamiento, tanto en la persecución como en la respuesta jurisprudencial.

En cuanto a la persecución, hemos visto como desde el año 2009 en adelante, ha aumentado significativamente el número de investigaciones tanto sin formalizar como formalizadas, lo que va unido a la ruptura de ciertos mitos asociados al tipo penal, como también a la capacitación realizada tanto a fiscales como a funcionarios e incluso a policías para llevar adelante una investigación de este tipo, la que requiere una dedicación de tiempo y recursos por sobre los casos en que se investiga a un solo imputado, dada la complejidad de probar además de los delitos del plan criminal, todos los elementos de la asociación.

Por parte de la jurisprudencia podemos concluir que luego de estos 12 años, se ha llegado a una interpretación bastante aceptada de los requisitos del tipo penal. Así, indiscutidos son la pluralidad de sujetos, que se entiende está presente con un mínimo de dos, la permanencia en el tiempo, el objetivo común y la organización. Con más discusión encontramos la entidad de la jerarquía exigida dentro del elemento organización, la que fluctúa desde la verticalidad extrema hasta la funcionalidad. El menos pacífico de los temas sin duda es el bien jurídico protegido, aquí encontramos todas las posturas, desde el adelantamiento de la punibilidad hasta el poder del Estado.

Parece importante seguir avanzando en este tipo de investigaciones y de casos, derribando mitos para la persecución de este delito, que parece ser más eficiente y eficaz en conseguir el objetivo político criminal de reducir la comisión de los ilícitos que afectan más gravemente a la sociedad.





UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y DELITOS VIOLENTOS

---



## PERSPECTIVA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LOS EFECTOS DE LAS CONDENAS PREVIAS PREVISTAS EN LA LEY N°20.084

*Eva Curia Castro<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

Los efectos de las condenas previas como adolescente en virtud de la Ley N°20.084 sobre responsabilidad penal adolescente no han estado exentos de discusiones en la jurisprudencia nacional, en particular, en lo relativo a la concurrencia de las agravantes de reincidencia de responsabilidad penal, de la atenuante de irreprochable conducta anterior y las sanciones sustitutivas de la Ley N°18.216.

La Fiscalía ha sostenido ante los tribunales de justicia que es posible invocar las condenas previas para los efectos de aplicar la agravante de reincidencia, impugnar la irreprochable conducta anterior y su consecuente impacto en las alegaciones relativas a la Ley N°18.216, atendido el texto expreso del artículo 59 de la Ley N°20.084, la aplicación supletoria del Código Penal conforme lo dispone el artículo 1° de la referida ley, y en particular, el artículo 21 de la Ley N°20.084 que hace aplicable para los efectos de determinación de la sanción penal las normas contenidas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del mismo código, dentro de las cuales se encuentran las reglas referidas a la aplicación de atenuantes y agravantes, sin otra exclusión que el artículo 69 referido a la extensión del mal causado.

El artículo segundo de la Ley N°20.084 dispone que en la aplicación de esta ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías reconocidos a los adolescentes en la Constitución, en las leyes, en la Convención de los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Ahora bien, dentro de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, no existe regulación acerca de la aplicación de la reincidencia como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal ni los efectos de las condenas previas impuestas durante la adolescencia<sup>2</sup>.

- 
- 1 Abogada de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 2 FUENZALIDA, Iván. "Anotaciones Prontuariales de los Adolescentes: Un tema pendiente". En: Justicia y Derechos Del Niños N°11, Santiago, Chile, UNICEF, 2009, p. 315.

Por su parte, la regla 21.2 de las Reglas de Beijing señala que no se considerarán los registros de los adolescentes en los procesos posteriores en que se condene a la misma persona como adulto, regla que no fue incorporada a la Ley N°20.084, sino por el contrario, el legislador nacional tomó la decisión de disponer en el artículo 59 de la ley, una modificación al Decreto Ley N°645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas indicando que: *“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”*.

A su turno, el inciso primero del artículo segundo del Decreto mencionado, dispone que el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará, entre otros, al Ministerio Público o a los tribunales con competencia en lo criminal, los datos que se soliciten para *comprobar la reincidencia de los imputados*.

Esta argumentación fue acogida por la Excma. Corte Suprema en tres fallos, dos pronunciados durante el año 2012, en los cuales igualmente se registraron votos disidentes, y uno de carácter unánime del mes de julio del año 2013. Sin embargo, la jurisprudencia del máximo tribunal durante el segundo semestre del año recién pasado, varió en las consideraciones acerca de la materia, pasando a ser el voto de mayoría el rechazo de la concurrencia de la agravante de reincidencia, profundizando sus argumentaciones en los fines de la Ley N°20.084, no obstante igualmente reconoce como efecto de las sanciones previas impuestas como adolescentes el tenerlas en consideración en materia de determinación de la naturaleza de la sanción y las posibles sanciones sustitutas de la Ley N°18.216.

El objeto de este artículo es efectuar una sistematización de las diversas consideraciones del máximo tribunal, en torno a los efectos de las condenas previas impuestas conforme a las disposiciones de la ley que regula la responsabilidad penal adolescente.

## **2. Fallos de la Corte Suprema que aplican la reincidencia como modificatoria de responsabilidad penal**

Las resoluciones de la Excma. Corte Suprema que han estimado procedente las agravantes de reincidencia en consideración de las condenas previas impuestas en virtud de la Ley N°20.084, acogiendo la postura de la Fiscalía, lo han hecho principalmente sobre la base de tres razonamientos: a) que en materia sustantiva rige respecto de los adolescentes el Código Penal, en particular, atendida su expresa supletoriedad; b) que la modificación introducida por el artículo 59 de la Ley N°20.084 al Decreto Ley N°645, sobre Registro Nacional de Condenas, da cuenta que las condenas previas durante la adoles-

encia sirven de sustento de una modificatoria de responsabilidad penal; y c) fundamentos referidos al análisis del valor de las reglas de Beijing.

En efecto, como se adelantó, son tres los fallos de la Excma. Corte Suprema que se han pronunciado en este sentido, a saber, las sentencias dictadas en las causas Rol N°3515-2013, de 15 de julio de 2013; Rol N°7670-2012, de 13 de diciembre de 2012; y Rol N°7364-2012, de 4 de diciembre de 2012, cuyos argumentos analizaremos a continuación.

## 2.1 Aplicación en materia sustantiva del Código Penal a los adolescentes imputados

La Excma. Corte Suprema en sentencia Rol N°7670-2012, de 13 de diciembre de 2012<sup>3</sup>, determinó que nuestra legislación permite la aplicación de la agravante de reincidencia en el caso de sentencias condenatorias previas como adolescente<sup>4</sup>, para ello tuvo en consideración que la Ley N°20.084 sanciona infracciones que se encuentran contenidas en el Código Penal, tomando en cuenta las particularidades de los adolescentes, en especial, su edad y grado de madurez, con el objeto de orientar la intervención del estado primordialmente hacia los fines de inserción social, en consecuencia, dicho código es aplicable en materia sustantiva a los adolescentes, sin que exista obstáculo para aplicar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal contenidas en él.

Así, en el considerando octavo del fallo señala: *“Que, esto nos lleva a la conclusión que el estatuto jurídico contenido en la Ley N°20.084 es un sistema penal, desde que está encaminado a sancionar las vulneraciones al ordenamiento jurídico penal, pero que, atendiendo a la persona del infractor de ley, particularmente su edad y concurrente grado de madurez, redirecciona el castigo de las conductas punibles hacia un enfoque resocializador, privilegiando la educación e inserción social, propósito reconocido en el artículo 21 del citado cuerpo de leyes. Ello permite dejar asentado que la normativa que corresponde aplicar en materias sustantivas es ciertamente el Código Penal, en cuanto a los elementos configurativos del tipo penal,*

3 La sentencia rechazó dos recursos de nulidad interpuesto por las defensas de un imputado mayor de edad y un adolescente, la primera dedujo como causal principal el artículo 373 letra a) en relación al artículo 19 N°3, por falta de debate en cuanto a las agravantes impuestas, 12 N°16 y 456 bis N°3 y como causal subsidiaria invocó el artículo 373 letra b) del CPP, aduciendo una errónea aplicación del derecho en la valoración que hizo el tribunal de la agravante de reincidencia específica en proceso penal de adulto fundada en condenas previas impuestas siendo adolescente. La defensa del adolescente, hizo valer como causal principal el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra d) del CPP, por falta de fundamentación acerca de la naturaleza y extensión de la sanción, y en subsidio el artículo 373 letra b), al no haberse reconocido la atenuante de irreprochable conducta anterior.

4 Voto disidente de los ministros Sres. Juan Escobar y Hugo Dolmestch.

*antijuridicidad y culpabilidad, como además en lo relativo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, cuestión que surge con toda evidencia de la lectura del artículo 1° de la Ley N°20.084, precepto que en su inciso segundo establece la supletoriedad del Código Penal y las leyes penales especiales en lo no previsto por dicha ley. En ese sentido, no existe obstáculo normativo para considerar las anotaciones penales del adolescente como fundamento de una eventual reincidencia”.*

El referido fallo incorpora, además, como fundamento a esta posición el carácter supletorio del Código Penal, por expresa disposición del inciso segundo del artículo primero de la Ley N°20.084, que hace aplicable las normas del Código Penal y leyes penales especiales a los adolescentes que han delinuido.

En este mismo sentido se pronunció la sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N°7364-2012, de 4 de diciembre de 2012<sup>5</sup>, que junto con tener en consideración el carácter supletorio del Código Penal, considera que la existencia del registro especial de anotaciones penales adolescentes regulado por esta ley, no puede ser interpretado como una derogación tácita de normas sustantivas de carácter penal, atendido que su objetivo es evitar la estigmatización de los adolescentes que delinquen sin que por ello se elimine de pleno derecho su historial delictivo<sup>6</sup>.

En efecto, este mismo fallo en el considerando décimo, de manera coherente tiene presente que el artículo 21 de la ley en estudio, señala como regla de determinación de las sanciones adolescentes la rebaja en un grado al mínimo de la pena señalada por la ley al ilícito correspondiente en el sistema penal general, luego de lo cual deben aplicarse las reglas del artículo 50 al 78 del Código Penal, sin hacer exclusión de las disposiciones relativas a las consideraciones de las agravantes y atenuantes dispuestas en los artículos 65 a 68 del mismo cuerpo legal.

Sobre este punto, y en similar sentido en el mes de julio de 2013, la Excma. Corte Suprema rechazó unánimemente un recurso de nulidad de la defensa, en causa Rol N°3515-13<sup>7</sup>, de quince de julio de 2013, desechando que los

5 La Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, la que invocó la causal del artículo 373 letra b) en relación al inciso tercero del artículo 376 ambos del CPP, por errónea aplicación del derecho relacionada con una materia en que existen diversas interpretaciones manifestadas por los tribunales superiores de justicia. En el fallo se desarrolla el voto en contra de los ministros señores Haroldo Brito y Juan Escobar.

6 Considerando noveno.

7 La Corte Suprema rechazó dos recursos de nulidad deducidos por la defensa de un adulto y un menor de edad. Respecto de este último, en subsidio el recurso se fundó en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciándose errónea aplicación de los artículos 456 bis N°3, 12 N°16 y 67 del Código Penal, y de los artículos 2°, 23 N°2 y 24 de la Ley N°20.084.

jueces hubiesen incurrido en error de derecho al considerar que el adolescente es reincidente de delito, por cuanto estimó que no existe ninguna infracción a la legislación interna o a los tratados internacionales, ya que por ninguna de estas vías se exceptúa del régimen de modificatorias de responsabilidad penal a los adolescentes, refrendando su conclusión en el artículo 24 de la Ley N°20.084 y en la aplicación supletoria del Código Penal dispuesta en el inciso segundo del artículo primero de la ley.

## 2.2 Modificación introducida por el artículo 59 de la Ley N°20.084, al Decreto Ley N°645 del Ministerio de Justicia, sobre el registro general de condenas

La Ley N°20.084, reguló especialmente el tratamiento que debe darse a las anotaciones prontuariales de los adolescentes en su artículo 59, de manera que respecto de éstos se altera la regla general dispuesta para los adultos, por consiguiente, respecto de los adolescentes condenados sólo podrán consignarse los antecedentes penales previos en los certificados que se otorguen para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile, y Policía de Investigaciones, como también, en los certificados que emita el Registro Civil e Identificaciones para la comprobación de la reincidencia de los imputados, por parte del Ministerio Público y de los Tribunales respectivos<sup>8</sup>.

En efecto, el inciso primero del artículo segundo del DL 645, de 1925, señala que: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley N°19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados”*.

En este orden de ideas el fallo Rol N°7364-2012, de 4 de diciembre de 2012, de la Excm. Corte Suprema, junto con considerar que el registro especial de condenas de adolescentes dispuesto por la Ley N°20.084 no deroga las normas penales sustantivas, ni produce el efecto de eliminar su historial delictivo, señala que la referencia que hace la disposición citada constituye una clara alusión a la vigencia de la agravante de reincidencia respecto de los adolescentes<sup>9</sup>.

En el mismo sentido resolvió la sentencia de la Excm. Corte Suprema, en el Rol N°7670-2012, de 13 de diciembre de 2012, que al efectuar un análisis de la citada norma concluye que es posible fundar una agravante de reincidencia

8 FUENZALIDA, ob. cit., p. 316.

9 Considerando undécimo.



sobre la base de los antecedentes prontuarios previos como adolescente. Al respecto, en el considerando octavo señala lo siguiente:

*“Es decir, la modificación que introduce la Ley N°20.084 al Decreto Ley N°645 sobre registro general de condenas, muestra en forma evidente que las condenas de menores de edad pueden constituirse en el sustento de una modificatoria de responsabilidad penal como la reincidencia. No distingue el legislador si dicha utilización puede producirse mientras el hechor es adolescente o adulto, distingo que, en todo caso, de entenderse concurrente, ciertamente llevaría al absurdo de entender que las condenas de un sujeto en edad adolescente pueden ser estimadas como motivo de reincidencia sólo mientras éste no alcance la mayoría de edad, no contando con tal efecto cuando ya se es plenamente responsable, asentando de esta manera una interpretación contraria al interés superior del menor”.*

### 2.3 En relación a las Reglas de Beijing

La Regla 21.2 de Beijing señala que: *“Los registros de menores no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”.*

En el estudio de los efectos de las anotaciones de los adolescentes, esta regla es la más citada. Sin embargo, se evidencia un nudo crítico en su utilización en nuestro ordenamiento nacional, por cuanto la Ley N°20.084 en el artículo segundo, al hacer alusión a las fuentes del derecho internacional que deberán tener en consideración las autoridades al momento de aplicar esta ley, señala la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, sin que las citadas reglas cumplan con esta última característica.

Las Reglas de Beijing, fueron dictadas por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>10</sup>, por lo mismo no constituyen tratado, ni un instrumento internacional sujeto a ratificación, de manera que la redacción de la Ley N°20.084, ha generado aquí el punto de inflexión en torno a su utilización.

En efecto, así lo dejó en evidencia ya el año 2003 la Excma. Corte Suprema, en la causa Rol N°2837-2003<sup>11</sup>, al señalar que el carácter programático de las llamadas Reglas de Beijing queda en claro en su Punto 2.3 cuando sugiere la necesidad de dictar o adecuar la legislación nacional a fin de aplicar en la mejor forma las normas mínimas contenidas en dichas reglas, lo que también entiende se desprende del propio artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que se inicia diciendo: *“Los Estados Partes velarán*

10 Aprobadas por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40/33 del año 1985.

11 Corte Suprema, 10 de septiembre de 2003, Rol N°2837-2003.

porque” y velar es “*cuidar solícitamente de una cosa*” (Diccionario Real Academia de la Lengua) lo que contrastaría con un carácter imperativo.

Así, frente a las discusiones en torno al valor de la regla respecto a las anotaciones prontuariales de los adolescentes, en la sentencia Rol N°7364-2012, de 4 de diciembre de 2012, la Corte Suprema mantuvo el criterio al resolver que éstas no son obligatorias, al indicar que: “*el artículo 2° de la Ley N°20.084, señala en su inciso segundo que en su aplicación, las autoridades nacionales deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidas en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, siendo que las citadas directrices o recomendaciones no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico chileno, desde que no han sido aprobadas como convención ni tratado internacional por Chile, sin que la ley nacional especial contenga ninguna disposición que las haga procedentes, de manera tal que no son vinculantes*”<sup>12</sup>.

El fallo agrega que la regla 21.2 resguarda la intimidad del adolescente con el fin de impedir los efectos perniciosos de la divulgación de sus antecedentes, criterio conocido por nuestro legislador al momento de la tramitación de la ley atendido que su data es anterior, al respecto señala: “*que al consignarse expresamente, conforme se dijo anteriormente, la procedencia de las agravantes en la determinación de la penas y en particular de la de la reincidencia, son una clara manifestación del parecer legislativo a reconocer su plena vigencia*”<sup>13</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Exma. Corte Suprema en sentencia Rol N°7670-2012, de 13 de diciembre de 2012, que en su considerando noveno, señaló: “*Que importa referirse, también, a la aplicación de las reglas de Beijing en el caso de estos antecedentes. Dicho conjunto contempla, conforme con el considerando 13 de la Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que las aprueba, una serie de principios, por cuya aplicación se insta por el organismo internacional. Ahora bien, para dilucidar la aplicación de estos principios en el caso de autos cabe detenerse en el artículo 2 de la Ley N°20.084, que impone la consideración al interés superior del adolescente, en particular aquellos derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en las leyes, la Convención sobre los Derechos del Niños y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Sin embargo, el acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprueba las reglas de Beijing no ha sido ratificado por Chile, por lo que no puede entenderse incorporado al ordenamiento jurídico nacional, de suerte tal que su aplicación no resulta obligatoria conforme con el texto legislativo citado.*”

12 Considerando decimotercero.

13 Considerando decimocuarto.

*En suma, es plenamente procedente, por ende, examinar la concurrencia de la causal de reincidencia específica teniendo en cuenta las condenas previas del acusado adulto, aún en caso de haber sido impuestas cuando era adolescente, por lo que carece de sustento el motivo subsidiario de nulidad invocado por la defensa del imputado...”.*

Este criterio se mantuvo por la Excma. Corte Suprema hasta el 15 de julio de 2013, donde resolvió en causa Rol N°3515-2013, de manera unánime que: *“No existe ninguna contravención a la normativa interna o a los tratados internacionales invocados que excluya del régimen de modificatorias de responsabilidad penal a los adolescentes infractores, lo que aparece refrendado en el artículo 24 de la Ley N°20.084 y por la aplicación supletoria de las normas del Código Penal en esta materia, conforme lo expresa el inciso segundo del artículo 1° de la misma ley”.* Agrega que *“Como consecuencia de lo expresado, para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal rige plenamente la potestad jurisdiccional que el ordenamiento procesal y penal vigente confiere a los jueces del fondo, de forma tal que no ha podido configurarse el yerro de derecho sustentado por la defensa, lo que conlleva a desestimar este último capítulo de nulidad”*<sup>14</sup>.

### **3. Fallo de la Corte Suprema que no da lugar a la reincidencia, y reconoce el efecto en la determinación de la naturaleza de la sanción y la Ley N°18.216**

La Excma. Corte Suprema en el fallo Rol N°4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, modificó la postura desarrollada en los fallos precedentes. La sentencia resolvió un recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública fundado en la letra b) del artículo 373, en relación al inciso tercero del artículo 376, ambos del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en una materia en que existen diversas interpretaciones manifestadas por tribunales superiores de justicia, en especial en lo referido a la concurrencia de las agravantes de los artículos 12 N°14 y 16 del Código Penal.

La Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad, al estimar que no se constituye un perjuicio imprescindible para configurar la causal, al faltar un yerro de derecho sustancial, por cuanto igualmente los sentenciadores podían recorrer la pena señalada al delito en toda su extensión, y arribar a la impuesta<sup>15</sup>.

14 Considerando octavo.

15 Con el voto de minoría del Ministro Sr. Haroldo Brito, que si bien comparte los fundamentos vertidos en los considerandos terceros al decimoquinto fue del parecer que la declaración de esas agravantes habría influido en lo resolutivo.

Pese al rechazo del recurso, la sentencia se pronuncia pormenorizadamente entre el considerando tercero y el decimoquinto, acerca de las referidas agravantes formulando como principales argumentos los siguientes<sup>16</sup>:

### 3.1. Fundamento centrado en “la creación de un sistema penal adolescente diferenciado”

El fallo señala que la Ley N°20.084 establece un “sistema” de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, lo que obedecería a la intención claramente manifestada por el Ejecutivo en el Mensaje 68-347, de 2 de agosto de 2002, en respuesta a las disposiciones contenidas en el artículo 40 N°3 de la Convención sobre Derechos del Niño. Pese a que la ley resultante tiene un carácter lagunar, razón por la cual se debe recurrir a otros cuerpos normativos, ésta contiene todos los aspectos trascendentes y distintivos en la materia<sup>17</sup>.

En esta línea sostiene que constituye una prueba de dicha pretensión el artículo 60 letra a) de la Ley N°20.084, que sustituye el texto del N°2 del artículo 10 del Código Penal, y declara que el nuevo precepto exime de responsabilidad penal al adolescente y somete su responsabilidad penal a la regulación prevista en la Ley N°20.084, lo que develaría la intención de separar el régimen punitivo de los adolescentes respecto del de los adultos y de diseñar un sistema o régimen de responsabilidad especial y diferenciado, apoya sus argumentos en parte de la doctrina nacional<sup>18</sup>.

### 3.2. Supletoriedad del Código Penal y demás leyes penales especiales

La Excma. Corte Suprema desarrolla la idea relativa a la forma en que debe operar la supletoriedad dispuesta en el inciso segundo del artículo primero de

16 Los abogados integrantes Sres. Peralta y Baraona, concurrieron al rechazo del recurso exclusivamente por carecer la errónea aplicación del derecho denunciada de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, sin compartir los fundamentos respecto de la improcedencia de las agravantes contenidas en los considerandos terceros al decimoquinto. La Ministra Sra. Gloria Ana Chevesich, desarrolla voto de prevención, en el cual expone que la sanción penal adolescente tiene una finalidad única de integración social, por lo cual aplicar la agravante de reincidencia implicaría “atribuir una finalidad diversa al catálogo de sanciones que establece el artículo 6 de la Ley N°20.084”, por ello no corresponde estimar que concurre tal agravante. Sin embargo, “como el error de derecho denunciado no ha provocado en el condenado el perjuicio que permita hacer lugar a la causal de nulidad contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal,” “se debe concluir que la errónea aplicación del derecho no tiene influencia en lo dispositivo de la sentencia que se impugna”.

17 Considerando quinto.

18 La sentencia en su considerando quinto cita a Bustos, X, Hernández, H., Couso, X y Duce, M.

la Ley N°20.084, teniendo en consideración que el nuevo sistema lo compone un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos, lo que plantearía el desafío de dilucidar cómo se concilia este sistema o régimen especial, con lo prescrito en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°20.084, cuando dispone que “*en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales*”<sup>19</sup>.

En este punto concluye que la lectura de la norma permite sostener que el Código Penal y demás leyes penales especiales tienen únicamente un carácter supletorio respecto de esta ley, de tal manera que sirven para integrar lo que falta en ella o remediar sus carencias, estableciendo como estándar para la mentada supletoriedad que el precepto exógeno deba reforzar el sistema penal adolescente, desestimando aquellas normas que contraríen su texto, los derechos y garantías establecidos en la Constitución, en las leyes, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales ratificados por Chile.

Siguiendo a Héctor Hernández, el fallo sostiene que la falta de modificaciones en esta materia debe ser interpretada en el sentido de que el legislador adoptó la decisión de dejar al intérprete “*el desarrollo de las matizaciones requeridas por las reglas generales para llegar a un sistema efectivamente diferenciado de responsabilidad penal para adolescentes*”<sup>20</sup>.

### 3.3. Resistencia doctrinaria en contra de la agravante de reincidencia

En el considerando octavo la sentencia Rol N°4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, el Excmo. Tribunal desarrolla la idea que la reincidencia como causal de agravación de responsabilidad penal es resistida por una parte importante de la doctrina al no encontrarse un fundamento acorde a un Estado de Derecho que justifique su conservación en los códigos penales modernos. Agrega, que buena parte de nuestros autores también instan por su eliminación del catálogo de causales de agravación de la pena, por estimar que es deseable tratar la reincidencia en el ámbito de las necesidades de tratamiento preventivo, como son las medidas de seguridad y corrección<sup>21</sup>.

19 Considerando séptimo.

20 Considerando séptimo.

21 La referencia expresa es a: “Künsemüller C. “Artículos 12 y 13”. En: POLITOFF S. y ORTIZ L. (dir). *Texto y comentario del Código Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009, p. 215”.

El fallo señala que en esa línea se ha sostenido que la llamada “culpabilidad de carácter” o la “culpabilidad por la conducta de la vida” no es compatible con la culpabilidad por el hecho.

A su vez, tiene en cuenta que el derecho penal moderno si bien se funda en el principio de culpabilidad por el hecho, no se desentiende de la peligrosidad del autor por su tendencia a la vulneración delictiva de bienes jurídicos, para ello puntualiza que se ha creado el “sistema de doble vía”, mediante el cual con la pena se responde a los hechos culpables y con las medidas de seguridad, de fuerte acento pedagógico y resocializador, se satisfacen las necesidades de prevención especial, en aquella parte que no es cubierta por la pena fundada en la culpabilidad por la concurrencia de la reincidencia<sup>22</sup>.

### 3.4. Problemas de inconsistencia de la agravante con los fines de la Ley N°20.084

En el considerando decimoprimeramente la Excm. Corte Suprema, evidenciando un problema de inconsistencia de la ley, señala que los fundamentos de la agravante de reincidencia colisionan con principios, fines y propósitos del sistema penal adolescente, por cuanto a las sanciones de la Ley N°20.084 no pueden atribuírsele fines diversos a los previstos en su artículo 20, ni dentro de su propio sistema de responsabilidad penal, ni mucho menos fuera de éste, como lo sería su utilización para agravar la responsabilidad por los ilícitos cometidos siendo adulto. Esto último, sostiene, pugna formal y materialmente con los fines de la ley.

En el mismo considerando usa como argumento para impedir la agravante por hechos cometidos durante la adolescencia una vez adulto, al indicar que existiría una antinomia al aplicar la reincidencia del artículo 12 del Código Penal por ilícitos cometidos por el imputado siendo adolescente, en circunstancias que el mismo Código, en su artículo 10 N°2 declara expresamente “*la irresponsabilidad de su autor –al menos conforme al sistema de responsabilidad penal de adultos–*”<sup>23</sup>.

Lo anterior, expresa que se ajustaría al artículo 21.2 de las Reglas de Beijing, que contienen directrices y normas programáticas que no se podrían ignorar,

22 En el considerando octavo en este punto cita a: “BACIGALUPO E. *Derecho Penal*. Buenos Aires, 2ª ed., Hammurabi, 1999, págs. 624-627, BUSTOS X y HORMAZÁBAL H. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, Trotta, 1999, v. II p. 412, y CURY E., *Derecho Penal*, 10ª ed., Santiago, Ed. UC, 2011, págs. 505 y 507”.

23 Considerando undécimo parte final.

desde que constituyó uno de los instrumentos internacionales informadores del proyecto de la Ley N°20.084<sup>24</sup>.

### 3.5. Incidencia en la naturaleza de la sanción y la Ley N°18.216

Finalmente, en los considerandos decimotercero y decimocuarto concluye que lo expuesto extensamente no asumiría ni propondría que la comisión previa de un delito por un adolescente, no tenga ninguna incidencia en la determinación de una eventual sanción posterior (como adolescente o como adulto), debido a que pese a no configurarse la agravante de reincidencia, el autor sí es reincidente, pues carga con una condena pretérita por un delito.

Consecuentemente, tratándose de un adolescente, señala que la sanción pretérita debe ser considerada tanto para determinar la concreta cuantía dentro del marco legal, como para la naturaleza de la sanción, entendiendo que ésta debe ser incluida dentro de los factores que genéricamente recoge la letra f) del artículo 24 de la Ley N°20.084, esto es: *“la idoneidad de la sanción para fortalecer el respecto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e inserción social”*.

En cambio, tratándose de una nueva condena siendo ya adulto, dispone que ésta debe ser ponderada por el Tribunal al momento de decidir la concesión o denegación de alguna de las penas sustitutivas que contempla la actual Ley N°18.216, luego de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.603.

A lo planteado en la sentencia no se opondría el artículo 2° del DL N°645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas –modificado por el artículo 59 de la Ley N°20.084–, cuando prescribe que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrían ser consignados, entre otros fines, para su comunicación al Ministerio Público y a los tribunales con competencia en lo criminal, para comprobar la reincidencia de los imputados. El fallo agrega que la ley penal no se sirve de la expresión “reincidencia” o “reincidente” sólo para aludir a las agravantes del artículo 12 N°14, 15 ó 16 del Código Penal, cuestión que una somera revisión de la preceptiva del código punitivo como de otras leyes especiales demostraría.

En consecuencia, el voto de mayoría estima que debe ser rechazada la procedencia de dichas circunstancias agravantes de responsabilidad penal por condenas previas por delitos cometidos durante la adolescencia, no obstante ello acepta que producen los siguientes efectos:

- La comisión previa de un delito por un adolescente debe ser considerada para determinar la concesión o denegación de alguna de las penas sustitutivas previstas en la Ley N°18.216, modificada por la Ley N°20.603; y

24 Considerando duodécimo.

- Asimismo, debe ser incluida dentro de los factores de determinación de la cuantía exacta dentro del marco legalmente determinado y de la naturaleza de la sanción adolescente, específicamente en la letra f) del artículo 24 de la Ley N°20.084.

#### 4. Consideraciones respecto del fallo Rol N°4419-2013

Pese al basto desarrollo de argumentaciones de la Corte Suprema en el fallo Rol N°4419-2013, de 17 de Septiembre de 2013, en contra de la aplicación de la agravante de reincidencia, la resolución reconoce que las condenas previas de los adolescentes igualmente han de ser consideradas con posterioridad. En su voto de mayoría da cuenta de efectos diferenciados de las condenas previas en las distintas etapas de la vida de la persona, en tanto adolescente, serían consideradas para definir la naturaleza de la sanción; y una vez adulto, para la atribución o no de una pena sustituta.

En lo relativo a que la aplicación de la reincidencia como agravante pugnaría con los fines contenidos en el artículo veinte de la Ley N°20.084, principalmente en aquel relativo a la inserción social, cabe tener presente que en respuesta a dicho fin es que para los adolescentes, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo del DL 645 que crea el Registro Nacional de Condenas, la regla general es que las anotaciones prontuariales se omitirán en los certificados que se emitan a su respecto, y por excepción, deberán consignarse en aquellos que se expidan para postular a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y la Policía de Investigaciones y en los que soliciten el Ministerio Público y los tribunales con competencia en lo criminal<sup>25</sup>.

Por su parte, el razonamiento sostenido por el fallo referido, deja en evidencia que el máximo tribunal ha recogido los problemas que desde la aprobación de la ley viene formulando la doctrina nacional, en torno a la deficiente técnica legislativa utilizada, a saber, Miguel Cillero señaló: “Otro problema fundamental es la aplicación automática de idénticos criterios de agravación de las sanciones para adultos y adolescentes, materia que podría haber sido resuelta de un modo más cuidadoso”<sup>26</sup>. Al respecto, Bustos advirtió que la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente adolece de una falla conceptual en su origen, atendida la falta de consecuencia entre su artículo segundo y las disposiciones que hacen aplicables las normas del Código Penal y las leyes penales especiales, a saber, el inciso 2° de su artículo 1° junto con el artículo 21<sup>27</sup>.

25 FUENZALIDA, ob. cit. p. 316.

26 CILLERO, Miguel. “Comentario a la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, N°8, Santiago, Chile, UNICEF, 2006, p. 109.

27 BUSTOS, Juan. *Derecho Penal del Niño-Adolescente*, (estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente), 1ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p. 25.



Por lo tanto, el máximo tribunal se hace cargo de una crítica a las decisiones de política criminal adoptadas por el legislador que ha mantenido vigente la referida agravante en el ordenamiento jurídico nacional respecto de los adolescentes, manifestando su disconformidad con la actual redacción de la Ley N°20.084, lo que ya se encontraba plasmado en su informe al congreso N°106 de 4 de agosto de 2010, referido al proyecto de modificación a la Ley N°20.084, contenido en el boletín N°7032-07<sup>28</sup>.

No obstante lo señalado en el último fallo por la Corte Suprema, cabe tener presente que no existe ninguna disposición en la Ley N°20.084 en su actual redacción que limite las normas del Código Penal que la suplen, tanto es así que Juan Bustos señaló que: “Dado que el inciso segundo del artículo 1° LRPA hace aplicable supletoriamente el Código Penal, necesariamente habrá que entender que tiene plena aplicación: a) los delitos de acción y omisión, b) los delitos dolosos como culposos (cuasidelitos), c) los actos preparatorios, la tentativa y el delito frustrado, d) los conceptos de autor, instigador, cómplice y encubridor, e) las causas de extinción de responsabilidad penal, f) las agravantes y atenuantes de responsabilidad”<sup>29</sup>.

A mayor abundamiento, la idea de restringir la actual supletoriedad del Código Penal se aborda en el proyecto de modificación a la Ley N°20.084, a que se refiere el ya mencionado boletín N°7032-07, que propone una enmienda al inciso segundo del artículo primero de la ley, en el siguiente sentido:

“1.- Agréguese en el inciso 2° del artículo 1°, reemplazando el punto (.) por una coma (,) la siguiente oración: *“a menos que sean contrarias a los fines y principios especiales contemplados por la presente ley”*<sup>30</sup>.

El referido proyecto no ha superado dicha calidad, en consecuencia de adoptarse en nuestro país la postura de prescindir del régimen de agravantes del

28 Informe de la Corte Suprema, Oficio N°106 de 4 de agosto de 2010, sobre el proyecto contenido en el boletín N°7032-07. Elaborado por el máximo Tribunal en Pleno, en sesión del día 30 de julio 2010, presidido por su titular don Milton Juica Arancibia y con la asistencia de los Ministros señores Urbano Marín Vallejo, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez, señores Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, señoras Gabriela Pérez Paredes, Sonia Araneda Briones, señores Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz, Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías, y señor Roberto Jacob Chocair [en línea]. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2014].

29 BUSTOS, ob. cit., p. 31.

30 [en línea] Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> [fecha de consulta: 7 de mayo de 2014].

derecho penal general para los adolescentes y construir un sistema acorde a lo propuesto, se requeriría de una modificación legal de cara al cumplimiento del principio de legalidad e igualdad ante la ley.

Lo anterior teniendo en consideración la Historia de la Ley N°20.084, de la que se desprende que pese a que se tuvo en su tramitación como objetivo el ajuste de la legislación nacional a la Convención sobre los Derechos del Niño y a las normativas internacionales sobre la materia, hubo tópicos en que la decisión del legislador fue conservadora, al hacer aplicable las disposiciones del régimen penal general, de manera que lo resultante fue una ley que no se basta a sí misma, por lo que requiere ser complementada tanto por el Código, las demás leyes penales especiales y por el Código Procesal Penal, como expresamente lo indican los artículos 1° y 27 de la ley.

Así, en materia de reincidencia en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, al abordarse la disposición relativa a los Registros de las sanciones, se señaló: “la Comisión consideró más adecuado mantener las reglas generales e introducir solamente una enmienda al artículo 2° del Decreto Ley N°645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas, y lo confía al Servicio de Registro Civil e Identificación. Dicha modificación tiene por finalidad establecer que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros, Gendarmería e Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del este artículo, es decir, para comunicar al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal y a los Juzgados de Policía Local los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados. Esta disposición pasó a ser el artículo 59”<sup>31</sup>. En consecuencia, la historia de la ley da cuenta que la voluntad del Legislador, fue no innovar en esta materia y, de acuerdo con la disposición citada (inciso primero del referido artículo 2° del DL 645), las anotaciones por condena de menores de edad deben incluirse en los certificados para acreditar la reincidencia de los imputados.

Por otra parte, las consideraciones al principio del interés superior del niño que por mandato del artículo 2° de la Ley N°20.084 deben ser tenidas en cuenta en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes, debido a su falta de definición legal<sup>32</sup>, no resultan idóneas para lograr excluir el régimen de agravantes respecto del cálculo de penas de los adolescentes, pues se corre

31 Historia de la Ley N°20.084, Segundo Informe de la Comisión Constitución. p. 792.

32 BUSTOS, ob. cit., p. 17: El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo consagra, sin definirlo. Ante ello han surgido diversas interpretaciones sobre su sentido y alcance. Así, por ejemplo Cillero señala que “es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos”.

el riesgo de volver a caer en un sistema paternalista al dejar a la discrecionalidad de los tribunales lo que se “estimaría mejor” para los adolescentes reincidentes, lo que en algunos casos puede si bien llevar a la no aplicación de la agravante, a pensar en una sanción que incluso podría exceder los límites de la culpabilidad del hecho.

En efecto, Miguel Cillero señala que la Convención sobre los Derechos del Niño, formula este principio como una garantía de vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos, donde el principio recuerda al juez o a la autoridad que ella “no constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente<sup>33</sup>.

Ahora bien, en suma, la consideración de los antecedentes previos de los adolescentes, como reincidencia, se debe no sólo por la referencia genérica a las normas del Código Penal y leyes penales especiales a que aluden el artículo 1°, 21 y 24 de la ley, sino principalmente, por la mención expresa del artículo 59 de la misma.

Consciente de este mandato legal expreso, es que la Corte Suprema finalmente radica la discusión en determinar a qué reincidencia alude el referido artículo 2° del Decreto Ley N°645, esto es: a la agravante de responsabilidad penal o a las otras acepciones del código y leyes penales especiales.

Al respecto, si bien es cierto que existen en nuestra legislación otros efectos otorgados a la reincidencia, como aquellos relativos a las sanciones sustitutivas previstas en la Ley N°18.216, modificada por la Ley N°20.603, no es menos cierto que no hay restricción en la referencia que hace la Ley N°20.084, en cuanto al alcance de su tenor, máxime que no se registra evidencia que el impacto en la vida del adolescente siempre se disminuya al considerarla al momento de definir la naturaleza de la sanción aún siendo adolescente o cuando ya es adulto para decidir sobre el acceso a una sanción sustitutiva. Así, por ejemplo, si se compara la situación en que la reincidencia como agravante no concurre en el cálculo de pena junto a otra, de manera que no permitiría aumento en un grado sino sólo fijarla en el máximo cuando la sanción es un grado de una divisible o frente a penas compuestas por dos o más grados, tal que produciría el efecto de eliminar el mínimo, se podría llegar a la misma sanción en ambos casos de no existir dicha agravante, por cuanto frente a la ausencia de modificatorias de responsabilidad penal nuestro código autoriza a recorrer en toda su extensión la pena asignada por ley al delito.

33 CILLERO, Miguel. “El interés superior del Niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño”. En: *Justicia y Derechos del Niño*. N°9. UNICEF, 2008, págs. 135-136.

En consecuencia, pese al rechazo doctrinario a la agravante en cuestión<sup>34</sup>, se debe reconocer que se encuentra aún plasmada en nuestra ley vigente, la que fue formulada sobre el criterio clásico, donde su fundamento se sostiene en los fines de la pena, de manera que desde la perspectiva de la intimidación del sujeto, si éste volvió a cometer delito: “demuestra que la sanción impuesta en la primera ocasión no era lo bastante severa como para disuadirlo de cometer otros crímenes”<sup>35</sup>.

Finalmente, en cuanto a la interpretación en el sentido que el artículo 10 N°2 del Código Penal crea un subsistema penal especial de adolescentes, fundado en que el nuevo precepto excluiría de responsabilidad penal a los mismos, o en palabras de la Excma. Corte Suprema: “*declara la irresponsabilidad de su autor –al menos conforme al sistema de responsabilidad penal de adultos–*”, es dable señalar lo impreciso de la afirmación, pues ante la comisión de un hecho delictivo la ley ha dispuesto consecuencias jurídicas penales fundadas en el modelo que postula la Convención sobre los Derechos del Niño y que recoge nuestra ley, esto es, un modelo de “responsabilidad” o de “reconocimiento de derechos” que supera el modelo tutelar de las leyes de menores que consideraba al adolescente como objeto de derecho, pasando a ser un sujeto, a quien se le reconocen todos los derechos y garantías propios del derecho penal general y los que emanan de los derechos del niño<sup>36</sup>.

Cabe tener presente que bajo el imperio de las “leyes de menores” anteriores a la referida Convención, frente a la comisión de delitos por parte de adolescentes se le imponían sanciones llamadas “medidas”, en virtud de las cuales se privaba de libertad a los adolescentes sin un debido proceso, esto es a lo que Bustos llamó “fraude de etiquetas”, porque en definitiva se aplicaba derecho penal sin ninguna garantía<sup>37</sup>, todo lo cual se ha pretendido superar con las nuevas disposiciones legales, de manera que resulta equivocado hablar de irresponsabilidad respecto del sistema penal general, pues la ley contempla sanciones que, al igual que para los adultos, constituyen una restricción de derechos<sup>38</sup>, pero en el caso de los jóvenes en aras de la consecución de una doble finalidad que incluye, además de la responsabilización, el énfasis en la inserción social, por lo que las penas son de naturaleza diversa a las del

34 CURY, Enrique. *Derecho Penal*. Parte General. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 508. Considera esta agravante “sin fundamento, que permanece suspendida en el vacío de unas normas positivistas injustificables. Por eso debe ser bienvenido todo cuanto se haga por excluirla de la ley en vigor”.

35 *Ibid.*, p. 506.

36 BUSTOS, ob. cit. págs. 11, 14 y 17.

37 *Ibid.*, p. 23.

38 *Ibid.*, p. 42.

Código Penal y para determinarlas se rigen por lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N°20.084 que hace aplicable las reglas generales de dicho código.

Así, la construcción de un sistema penal adolescente autónomo no fue recogida en nuestra ley, pues se aprobó un conjunto de normas que, como ya se ha dicho, deben ser complementadas por el Código Penal y las leyes penales especiales<sup>39</sup>, donde la diferencia entre el sistema penal de adultos con el sistema penal del adolescente descrito por la doctrina no fue adoptada, cuestión que queda reflejada en la ausencia en nuestra ley de los cuatro principios fundamentales de la justicia juvenil, descritos por Ester Jiménez Salinas, a saber: descriminalización; desinstitucionalización, desjudicialización y diversión<sup>40</sup>.

La descriminalización no fue incorporada a la Ley N°20.084 al ser aplicable a los adolescentes todo el catálogo de delitos del Código Penal. Tampoco se consagró la desinstitucionalización, y mucho menos la desjudicialización, en que sólo el principio de oportunidad constituiría una fórmula para ello, dentro de una gama de alternativas cuya omisión fue completa, como es el caso de la mediación como sistema de resolución del conflicto. En definitiva, la diversión es el único de estos principios con mayor presencia en nuestra ley, que se manifiesta en la naturaleza diversa de las sanciones dispuestas para los adolescentes<sup>41</sup>.

En otro orden de cosas, el prólogo de las Reglas de Beijing<sup>42</sup> realiza una sugerencia a los Estados, en el sentido de dictar o adecuar la legislación nacional a fin de aplicar en la mejor forma las normas mínimas contenidas en ellas, mas la Ley N°20.084 fue aprobada, promulgada y publicada, posteriormente a la citada regla y sin disponer ninguna norma interna que la recoja, en consecuencia la utilización de las anotaciones prontuariales de los adolescentes está sujeta a la legislación vigente en nuestro país. “La nobleza de los fines que el intérprete persiga al pretender “expandir” el alcance del artículo 2 de la Ley 20.084 en el sentido anotado, no es suficiente para forzar la inclusión de la regla referida en nuestro marco normativo interno ni para atenuar el reproche a nuestro legislador”<sup>43</sup>.

39 Ibid., p. 25.

40 Ibid., p. 25, Ester Jiménez Salinas: *La Justicia de Menores en el Siglo XX: Una gran incógnita*. En *Un Derecho Penal del Menor*, Santiago, Editorial Conosur, 1992, p. 29.

41 Ibid., p.26.

42 “Invita a los Estados miembros a que, siempre que sea necesario, adapten su legislación, sus políticas y sus prácticas nacionales, sobre todo en la esfera de la formación de personal de la justicia de menores, a las Reglas de Beijing”. Así, en el numeral 2.3 señala que “en cada jurisdicción nacional se procurará un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes que tenga, entre otros, por objeto la aplicación de estas reglas”.

43 FUENZALIDA, ob. cit., p. 315.

## 5. Conclusiones

La Excma. Corte Suprema en materia de efectos de los antecedentes de las condenas previas impuestas en virtud de la Ley N°20.084 durante los últimos tres años ha pasado desde una primera etapa donde les entregaba valor a los antecedentes de los adolescentes condenados, para fundar la circunstancia agravante de responsabilidad penal, a una segunda fase en que le resta fuerza para operar como tal, pero le otorga la facultad de incidir en las discusiones relativas a la naturaleza de la sanción y en aquellas referidas a las sanciones sustitutivas, dando un golpe de timón en su postura moderando los efectos que entiende deben atribuirse a las condenas pretéritas sin restarles total valor a las mismas.

Las discusiones en sede judicial en cuanto a si procede la agravante de reincidencia en estos casos, continuarán generándose, en tanto no medie una modificación legal que la zanje, principalmente atendida la norma contenida en el artículo 59 de la Ley N°20.084, que modificó el Decreto Ley 645, que hace precedente expresamente que los antecedentes de los adolescente sean consignados en los certificados solicitados por el Ministerio Público y los Tribunales con competencia en lo criminal para comprobar la reincidencia de los imputados.

La conclusión anterior se ve refrendada por los diversos fallos de Cortes de Apelaciones del país, posteriores a la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, Rol N°4419-2013, de 17 de septiembre de 2013, que han continuado acogiendo la postura del Ministerio Público respecto de la referida agravante, principalmente del artículo 12 N°16 del Código Penal, atendiendo la legislación penal vigente en nuestro país, y la supletoriedad del Código Penal en materia sustantiva respecto de los adolescentes<sup>44</sup>.

---

44 Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de febrero de 2014, Rol N°59-2014; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6 de enero de 2014, Rol N°352-2014; Corte de Apelaciones de Valdivia, 14 de abril de 2014, Rol N°102-2014; Corte de Apelaciones de San Miguel, 9 de abril de 2014, Rol N°372-2014; Corte de Apelaciones de San Miguel, 12 de marzo de 2014, Rol N°62-2014.

