

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°59 - JUNIO 2014

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°59 - Junio 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

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

Fallos

Recursos de nulidad rechazados. Presunción de la responsabilidad penal.
Principio de congruencia. Concurso de delitos culposos 11

Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Autoría del artículo 15 N°3 del Código Penal.
Prueba del dolo. Imparcialidad del Tribunal. Efectos del silencio del imputado.
Colaboración sustancial 51

Corte Suprema

Contienda de competencia entre un Juzgado de Garantía y un Tribunal Militar.
Comisión de un hecho con ocasión o en acto del servicio. Derechos de la víctima
en el procedimiento penal militar 73

Corte Suprema

Recurso de hecho acogido. Plazo para apelar en el recurso de amparo
constitucional 77

Corte Suprema

Requerimiento de inaplicabilidad acogido. Artículo 5° del Código de Justicia
Militar. Jurisdicción de la justicia militar 81

Tribunal Constitucional

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y A TESTIGOS

Artículo

Cuando un hijo(a) desaparece: reflexiones acerca del proceso de duelo
en casos de presunta desgracia 103

Jorge Araya Cano, Ana María Concha, Camila Muñoz y Mescal Oyarzún

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencia Comentada

Comentario a las sentencias del caso de malversaciones de caudales públicos
ocurridas en el Hospital de Quillota 127

Hernán Fernández Aracena

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículo

Drogas sintéticas emergentes 137
Lorena Rebolledo Latorre

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga. Actuaciones posteriores al cierre de la investigación. Necesidad de determinación de la pureza de la droga 149
Corte Suprema

Recursos de nulidad rechazados. Preparación del recurso. Obligación de registro de las actuaciones. Calificación jurídica: consumo o tráfico de pequeñas cantidades de droga 159
Corte Suprema

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Consideraciones jurisprudenciales sobre las garantías constitucionales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relacionadas con los delitos de pornografía infantil 173
Catalina Duque González

Medidas de protección para niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos. Una cuestión de principios 187
María Angélica San Martín Ponce

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

Artículo

Sentencias absolutorias en materia de lavado de dinero (artículo 27 de la Ley 19.913). Revisión crítica de los argumentos utilizados para fundamentar los fallos 205
Marcelo Contreras Rojas

Sentencia Comentada

Comentario a sentencias dictadas en caso Alfa por delitos concursales, infracción al mercado de valores y obtención fraudulenta de crédito 223
Alejandro Moreira Dueñas

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

La prescripción penal respecto de adolescentes 243

María José Taladriz Eguiluz

Análisis estadístico del delito de homicidio calificado a partir de las sentencias dictadas durante los años 2012 y 2013 en Chile 257

Alejandra Vera Azócar y Francisco Maffioletti Celedón

PRÓLOGO

Presentamos el número cincuenta y nueve de esta Revista, en el cual los lectores podrán encontrar un trabajo multidisciplinario que aborda las circunstancias que enfrentan quienes no encuentran a un hijo desaparecido y están en una búsqueda permanente, en la que si bien las experiencias de vida pueden indicar que ha fallecido, emocionalmente no logran cerrar el episodio o superar la pérdida. Este artículo se refiere entre otros aspectos a la forma en que las fiscalías pueden intervenir en dichos procesos por presunta desgracia y el trato que se debe dar a los afectados.

La Unidad Especializada en Responsabilidad Adolescente y Delitos Violentos presenta un informe en el que se analiza estadísticamente el delito de homicidio calificado a partir de las sentencias condenatorias dictadas entre los años 2012 y 2013.

En cuanto a reglas que se refieren a menores de edad, la referida Unidad Especializada se hace cargo además de un artículo que aborda la prescripción penal en el caso de adolescentes infractores.

En este ámbito, además la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar presenta un trabajo sobre las medidas de protección aplicables a niños, niñas y adolescentes como víctimas o testigos, y se refiere también a los contornos jurisprudenciales de las garantías de los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República respecto del delito de pornografía infantil.

En torno a bienes jurídicos relacionados con la salud pública, ofrecemos un artículo que aborda en forma preliminar el tema de las drogas sintéticas emergentes, tanto desde un punto de vista de los estragos que producen en el organismo, como del eventual problema de falta de tipicidad, al no estar contenidas en Reglamento de la Ley N°20.000.

Respecto a la delincuencia de orden económico, en este número también se incluyen comentarios sobre sentencias dictadas en casos de malversaciones de caudales públicos, lavado de dinero, delitos concursales, infracciones en el mercado de valores y obtención fraudulenta de créditos.

Finalmente, también aprovechamos esta oportunidad para dar a conocer algunas sentencias tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional que, por su relevancia, corresponde destacar por este medio, como por ejemplo aquel fallo en el que la Corte Suprema rechazó los recursos de nulidad presentados por las defensas en el caso denominado “Alto Río”, causa generada a raíz del colapso de un edificio en Concepción, durante el terremoto del 27 de febrero de 2010, que costó la vida a varias personas y dejó a otras tantas con lesiones de diversa entidad.

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSOS DE NULIDAD RECHAZADOS. PRESUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. CONCURSO DE DELITOS CULPOSOS

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

No se ha hecho aplicación de disposición legal alguna que presuma de derecho la responsabilidad penal de los acusados, sino que, por el contrario, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción desarrollaron largas disquisiciones acerca de las conductas que los acusados desplegaron y aquellas que omitieron, y cuáles eran prohibidas, tanto como las esperadas de ellos dentro de la esfera de sus obligaciones propias, para luego concluir que incurrieron en desempeños negligentes y actitudes imprudentes.

De esta manera, se afirma que las deficiencias, cambios de secciones, de dimensiones de muros, de falta de detallamientos,, aparecen precisamente en los planos con los que se construyó, que por cierto no eran los mismos en virtud de los cuales el revisor de cálculo independiente dio su aprobación y se otorgó el respectivo permiso de edificación.

El primer destinatario de la referida garantía es el Estado, en cuanto le está prohibido establecer preceptos que presuman de derecho la responsabilidad penal y, luego, no es efectivo que se haya imputado responsabilidad a los acusados en base a ninguna disposición de ese carácter, por lo que la causal esgrimida como principal en los recursos deducidos por las defensas, será desestimada.

El artículo 341 del Código Procesal Penal al establecer el principio de congruencia, restringe la sentencia condenatoria en cuanto a que no podrá exceder el contenido de la acusación, explicando que “En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella”, esto es, no se trata de una descripción jurídica sino fáctica.

Sobre la cuestión jurídica, ese precepto precisa que el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

La concurrencia de otras disposiciones legales que se refieran a una situación concreta o que describan mayores o menores condiciones de una situación específica, no conlleva necesariamente que exista un cambio de calificación jurídica.

El artículo 75 del Código Penal sólo puede ser aplicado cuando en la sentencia se ha tenido por establecida la existencia de un solo hecho culposo y que éste ha tenido resultados diversos, que es lo que pretenden las defensas, en circunstancias que en la especie, la sentencia dio por establecida la existencia de ocho cuasidelitos de homicidio.

Voto de minoría: *De acuerdo a la tesis de la sentencia censurada, cada uno de los imputados habría cometido en un día determinado varios cuasidelitos, en concurso*

real, debido a la pluralidad de resultados lesivos producidos. Este criterio es rechazable, ya que no se encuentra establecido en la causa que los acusados hayan incurrido en quince conductas culposas distintas y separadas una de otra, con los resultados ya conocidos. En sentencia de 23.06.1988, la Corte Suprema resolvió, en un caso de hecho culposo singular con resultado múltiple, que la pena debe regularse de conformidad con el artículo 75 del Código Penal; en el fallo del mismo tribunal, de 27.08.1990, se estableció que “Por tratarse de una conducta culposa que origina tres cuasi delitos –uno de homicidio y dos de lesiones– se da el concurso de delitos prescrito en el artículo 75 del Código Penal, debiendo aplicarse la sanción asignada al delito más grave y rebajarla de acuerdo a las atenuantes que concurren”. En consecuencia, los sentenciadores incurrieron en error de derecho al recurrir al concurso material de delitos culposos para determinar la penalidad concreta aplicable a los enjuiciados, la que, según lo argumentado precedentemente, debió ajustarse a lo ordenado por el artículo 75 del Código Penal.

Texto Completo:

Santiago, cuatro de abril de dos mil catorce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, por sentencia de diez de diciembre de dos mil trece, absolvió a los acusados Mario Valeria Leal, José Paredes Villa, Héctor Torres Reyes y Pedro Ortigosa de Pablo de los cargos formulados de ser autores de ocho cuasidelitos de homicidio, un cuasidelito de lesiones graves gravísimas y seis cuasidelitos de lesiones simplemente graves, supuestamente cometidos el 27 de febrero de 2010.

Por la misma resolución se condenó a cada uno de los acusados RICARDO LORENZO BAEZA MARTÍNEZ, JUAN IGNACIO ORTIGOSA AMPUERO y FELIPE ANDRÉS PARRA ZANETTI, a las penas de tres años de reclusión menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo

y oficio público durante el tiempo de la condena, además de las costas del procedimiento, por su responsabilidad en calidad de autores de ocho cuasidelitos de homicidio: de Carlos Cifuentes Cisternas, Ilse del Campo Ibáñez, Patricio Matus Vergara, Erwin Araneda Burgos, Paola Herrera Pavez, Vicente González Herrera, Jasmina Fierro Cerro y José León Acevedo; 1 cuasidelito de lesiones graves gravísimas de Verónica Riquelme Cisternas; y seis cuasidelitos de lesiones simplemente graves de Erna Escobar Sanhueza, Alonso Díaz Escobar, Erik Arévalo Aceituno, Cristián Fernández Villanueva, Milena Zúñiga Medina y Boris Castro Morales; todos ellos cometidos el 27 de febrero de 2010.

También se condenó al acusado RENÉ CARLOS PETTINELLI LOAYZA, a la pena de ochocientos días de reclusión menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena, además del pago de las costas del proceso, por su

responsabilidad de autor en los mismos ocho cuasidelitos de homicidio, un cuasidelito de lesiones graves gravísimas y seis cuasidelitos de lesiones simplemente graves antes descritos.

A todos ellos se les concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, por el mismo tiempo de las sanciones impuestas.

Se rechazaron las demandas civiles dirigidas contra los acusados que resultaron absueltos y, en cambio, se acogieron todas ellas en la parte que estaban dirigidas contra los condenados, a quienes se ordenó a pagar las sumas que indica el fallo a cada uno de los actores civiles, con reajuste desde las fechas que señala la sentencia que se revisa e interés corriente desde su ejecutoria.

Contra la mencionada sentencia, las defensas de los acusados Juan Ortigosa Ampuero, Ricardo Baeza Martínez y Felipe Parra Zanetti dedujeron recursos de nulidad, los que se admitieron a tramitación por resolución de fs. 619, fijándose audiencia pública para su conocimiento a fs. 620, la que se llevó a efecto los días 6, 13 y 17 de marzo del año en curso, según se lee de las actas incorporadas a fs. 629, 634 y 635.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por los recursos deducidos por las defensas de los tres acusados, Ortigosa, Baeza y Parra, se invocó como causal principal la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciándose infracción al artículo 19 N°3 inciso 6° de

la Constitución Política que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal.

Se afirma por los comparecientes que ello se produjo porque el tribunal condenó sobre la base de la concurrencia de circunstancias formales, sin dar razón de la forma en que se habrían dado los presupuestos legales de la responsabilidad penal. En concreto, se sostiene que en el fallo se atribuye responsabilidad a los acusados por el solo hecho de ser dueños, representantes legales y gerentes –general, de finanzas y técnico– de la sociedad inmobiliaria Río Huequén Ltda., y de la sociedad constructora SOCOVIL Ltda., que fueron las que llevaron a cabo el proyecto inmobiliario “Condominio Alto Río”, a lo que se sumó la circunstancia que tenían la calidad de propietarios primer vendedor para efectos de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, en circunstancias que de tal precepto sólo se deriva responsabilidad civil y no penal.

En opinión de los recurrentes, avala el vicio denunciado la circunstancia que en reiterados pasajes del fallo se afirma que la sociedad o empresa realizó determinada actividad, gestionó permisos, contrató profesionales, etc., pero sin atribuir conductas específicas a personas naturales determinadas, de donde surge que la condena se impuso por el solo hecho de ser dueños o representantes de la empresa, desde que por esa sola circunstancia tenían que haber sabido, tenían que haber pre-

visto y/o tenían que haber evitado los supuestos defectos constructivos.

Se sostiene que los directivos de la empresa tienen deberes especiales de vigilancia, pero tales deberes no les hacen ser responsables de las lesiones que provoque la actividad empresarial y destacan que, en lo que cabe a los defectos del ingeniero que hizo los cálculos y del calculista de la empresa, no es posible hacer una imputación de responsabilidad a los recurrentes, porque el primero fue contratado para desarrollar una tarea especial y, precisamente por ello se contrató a un especialista a quien se entregaron los antecedentes que requirió para cumplir su labor; y luego, si bien el calculista es empleado de la sociedad y, por lo tanto, a su respecto rige la obligación de vigilancia, aquélla es más atenuada, puesto que se trata también de un profesional seleccionado para cumplir tareas calificadas que no desarrollan los socios de la empresa. De ahí se sigue también que la sola descripción de que Ortigosa, Baeza y Parra siempre estaban o iban a la faena y por ende, debían saber lo que ocurría, no resulta precisa ni suficiente para endosarles la responsabilidad que se pretende.

Precisa el representante de Ortigosa, que se condenó al referido sin ninguna consideración de las funciones específicas que le correspondió realizar en el proyecto, como gerente general, ya que no tuvo injerencia en el diseño de ingeniería, ni en la construcción del edificio, salvo su participación en reuniones de coordinación general, donde nunca se

abordó ningún aspecto vinculado a las partidas cuestionadas o a los planos y que, además, se hicieron en la etapa de terminaciones.

La infracción se produjo porque en la sentencia se condenó al recurrente Baeza por: 1) no haber dispuesto una inspección técnica externa de la construcción, que de haber existido habría impedido la comisión de errores constructivos que provocaron la caída del edificio; y, 2) por no someter los cambios estructurales del proyecto de cálculo nuevamente a la revisión del revisor y la municipalidad, infringiendo por ello el artículo 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, actuación que supuestamente, si se hubiere nuevamente realizado por el ingeniero Patricio Bonelli, hubiere corregido los errores de ingeniería que presentaban los planos de ingeniería elaborados por el ingeniero René Petinelli, errores que provocaron falencias estructurales que motivaron la caída del edificio.

En consecuencia, ha resultado condenado por el mero hecho de ser el gerente técnico de la constructora y profesional competente de la construcción, además de su calidad de dueño y representante de las empresas inmobiliaria y constructora involucradas en el proyecto, lo que se lee del motivo undécimo de la sentencia. De allí deriva según los juzgadores, la infracción a los deberes específicos de cuidado que pesaban sobre el imputado y, por ende, su omisión culpable.

Sin embargo, se dice, ser socio, representante legal o gerente técnico de la sociedad e incluso firmar como encargado de la construcción, no genera per se responsabilidad penal. En el fallo ni siquiera se hace una distinción sobre las funciones específicas que cada uno desempeñaba.

En la sentencia se pretende que la responsabilidad penal descansa en conductas defectuosas precisas del acusado y no sólo en las calidades antes descritas, para lo cual se afirma que el factor decisivo del colapso del edificio son supuestos defectos de diseño estructural del mismo, imputables al ingeniero calculista Pettinelli Loayza (Cons. 9), por lo que la atribución al recurrente pasa por vincular su conducta con la del ingeniero, sin embargo, las conductas que se describen para ello no permiten concluir su conocimiento ni previsibilidad.

Respecto del imputado Baeza, agrega su defensa que aquél fue sancionado al haberse tenido por cierto en la sentencia que “i.- Hubo insuficiencias constructivas relacionadas con la inexistencia de una inspección técnica externa de la obra; ii.- deficiencias constructivas propiamente tales, cuya ejecución estuvo a cargo de Ricardo Baeza; iii.- No someter los cambios estructurales del proyecto de cálculo nuevamente a la revisión del revisor y la municipalidad, infringiendo el art. 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.” De tales asertos, el recurrente concluye que se le condena por el mero hecho de ser el gerente técnico de la construc-

tora y el profesional competente de la construcción, más su calidad de dueño y representante de las empresas inmobiliaria y constructora involucradas en el proyecto. Alega que la circunstancia de tener injerencia o estar a cargo de una obra, no implica automáticamente responder penalmente por cualquier eventual error cometido en los planos de ingeniería o en la construcción del edificio y al respecto, cita el artículo 1.2.14 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción que hace de exclusiva responsabilidad de los profesionales competentes que los suscriban, los planos de la estructura y la memoria de cálculo.

La defensa de Parra puntualizó que no hay evidencia de que haya sido su representado quien seleccionó y contrató al ingeniero calculista, pero que incluso respecto de quien lo hubiere hecho, no se apreciaría ninguna infracción de deber, de modo que la falta de argumentos de la sentencia resulta grave, en relación a que el socio que contrató al especialista hubiera debido adoptar resguardos especiales de control sobre dicha persona.

SEGUNDO: Que, en subsidio de la causal principal, las defensas de los acusados esgrimieron la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por estimar que se incurrió en una infracción a la garantía a ser condenado exclusivamente sobre la base de prueba legalmente rendida, en relación a lo dispuesto en los artículos 340 del Código Procesal Penal, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

y 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica.

Esta infracción se habría producido porque se valoró en la sentencia “las especificaciones técnicas de la obra”, documento que no se incorporó como prueba al juicio y que se usó para concluir que la obra debía ser sometida a un control técnico experto (Considerando 11°), lo que era improcedente. Explica que el Ministerio Público solicitó lectura resumida del documento en cuestión y que en aquélla nunca se mencionó la palabra ITO o Inspección Técnica Externa de Obra.

TERCERO: Que como segunda causal subsidiaria, las defensas alegan la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando infracción al derecho a un juicio oral y público y a la garantía de la inmediación.

Explican esta denuncia, señalando que los peritos del IDIEM declararon haber basado sus informes en los testimonios de la investigación que la Fiscalía llevó adelante, con lo cual se introdujeron al juicio varias declaraciones de personas que no depusieron ante el Tribunal, sino que lo refirieron los peritos y los funcionarios de la PDI. Se trató de testimonios de oídas y en otros casos sólo de la reproducción de lo declarado en la carpeta de investigación.

El representante de Baeza, agrega que se vulnera, en especial, el derecho a interrogar a los testigos de cargo y que los testigos de descargo sean interrogados en las mismas

condiciones; además, que la prueba documental que sirve de fundamento a la condena, sea válidamente incorporada al juicio mediante su lectura, y con ello entonces se infringen los artículos 14, números 1 y 3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Cita a vía ejemplar, las referencias en el fallo a las declaraciones de los peritos Sanhueza, Silva y Yáñez, que aluden a lo declarado en la investigación por otras personas que no declararon en el juicio.

Además, se apoyó la condena en prueba no incorporada legalmente al juicio oral, que se produjo en relación a tener por cierto que faltó la inspección técnica externa de obra, lo que se concluyó del documento sobre especificaciones técnicas, del que se hizo lectura resumida, sin mencionar jamás tal obligación.

CUARTO: Que, como tercera causal subsidiaria, las defensas esgrimieron una vez más la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando infracción al derecho a ser oído, garantía reconocida en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política. Explican los defensores que el tribunal si bien reconoce algunos de los aspectos medulares vertidos por esa parte en sus alegatos de apertura y clausura, no se hace cargo de ellos, no los considera ni evalúa.

Para desarrollar esta infracción, citan en sus libelos las siguientes defensas que se habrían esgrimido durante el

juicio oral y de las que los jueces no se hicieron cargo:

1) que no habría cómo conectar la falta de revisión de los planos con los elementos defectuosos del proyecto de ingeniería de Pettinelli, que no habría cómo conectar la falta de revisión con las supuestas modificaciones, a lo que se agrega que si los defectos ya estaban en el set de 16 planos, no tiene sentido que no se haya acusado también al revisor Bonelli;

2) que el defecto de construcción referido a la instalación de ciertos fierros era incompatible con el mecanismo de colapso descrito por la Fiscalía, porque los fierros trabajan a tracción y no a compresión que fue el defecto producido en esa sección;

3) en cuanto al segundo defecto de construcción atribuido, de no haber materializado una armadura que pasaba por una viga en el cielo del primer subterráneo, respecto de la cual, la defensa adujo que esta viga nada tenía que ver con el resultado porque estaba en el cielo del primer subterráneo por lo que no podía tener incidencia en la caída y de ser efectiva esa afirmación, ello además no se probó ya que se supuso que la falla fue a nivel del primer piso, pero en realidad lo fue entre el cielo del primer piso con el segundo piso. El reclamo concreto es que el tribunal no se hizo cargo de la protesta en el sentido que esta viga no está ubicada en la zona de falla y por ende, no tiene relevancia estructural en el colapso.

4) en cuanto a la tercera imputación sobre deficiente materialización de las juntas de hormigonado y lechada, la defensa reclamó que ello se pretendió demostrar con fotografías, lo que le pareció insuficiente y poco científico y además, que se refería a 51 mil metros por lo tanto, ¿de cuántos metros se defendían?; y existían dudas sobre su ubicación, si era en el Eje I o en el eje A, porque en este último se veía el defecto, pero ese no correspondía a la zona de falla;

5) tampoco se hace cargo de los cuestionamientos planteados en los alegatos de apertura y clausura por la defensa donde adujo que los peritos del IDIEM carecían de imparcialidad e independencia.

QUINTO: Que como cuarta causal subsidiaria, las defensas alegaron la concurrencia de la causal absoluta del artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal, denunciando violación de normas de publicidad y continuidad del juicio, porque el artículo 343 del código citado exige que, concluida la deliberación, la sentencia se pronuncie en la audiencia respectiva señalando si se condena o absuelve a los imputados y los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones, sancionándose con nulidad del juicio -en el inciso 3° de ese precepto- en caso de incumplimiento, para cuyo caso se ordena la repetición del procedimiento en breve plazo.

Explican sobre este punto las defensas, que la Juez Presidente del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de

Concepción sólo declaró la condena de los acusados, sin precisar los cargos y señalando como fundamento que "...cada uno de los acusados desplegó conductas negligentes en su actuar ya en aspectos relativos al diseño estructural del edificio, como así en deficiencias de construcción, además la construcción del edificio no se ejecutó con estricto apego a la legalidad vigente, como las medidas de gestión y control de calidad."

Ello, a pesar que los cargos eran múltiples, sin que se indicara tampoco cuáles conductas u omisiones eran las que se tenían por establecidas ni las pruebas específicas que las demostraban. El veredicto se comunicó el 7 de noviembre de 2013 y la sentencia se entregó el 11 de diciembre de ese año, vía correo electrónico remitido por el tribunal.

SEXTO: Que, como quinta causal subsidiaria, las defensas adujeron la concurrencia del vicio que sanciona el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, el que se habría producido porque en la acusación se dice:

1) En relación al proyecto de ingeniería, en el IV.4.Letra B: No sometiendo los cambios estructurales del proyecto de cálculo nuevamente a la revisión del revisor y la Municipalidad: infringiendo el artículo 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Sin embargo, el fallo señala como normas infringidas el artículo 18 de la Ley citada y el 1.2.3 de la Ordenanza.

2) Luego, en relación a la acusación de no disponer una Inspección Téc-

nica Externa de Obra, se cita como infringidos los artículos 1.3.2 N°1 y 1.3.2 N°7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, en tanto el fallo señala: 1.2.9; 1.2.; 1.4.15 y 5.2.2.

3) Porque no fue materia de la acusación el hecho que los recurrentes "no hubieren respetado las especificaciones técnicas de arquitectura", la que se incorporó en la sentencia para justificar la infracción normativa.

4) Además, se agregó "...contrariamente a ello, no adoptaron las medidas que una obra de esta naturaleza requería, con lo cual infringieron los artículos 1.1.2; 1.2.2; 3.3.9; 5.1.6 letras g) y h); 5.1.17; 1.2.9..." que no forman parte de la acusación.

SÉPTIMO: Que, como sexta causal subsidiaria, las defensas adujeron la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo normativo, alegando falta de fundamentos en la sentencia, en relación con los siguientes puntos:

1) En el considerando 11° se tuvo por acreditado que hubo insuficiencias constructivas relacionadas con la inexistencia de una inspección técnica de obra, lo que estaría probado –según los jueces– con los dichos del perito Eduardo Sanhueza, quien se refiere a lo manifestado por otros testigos, que ni siquiera cita.

Sin embargo, ese mismo testigo, así como el sub director de la Dirección de Obras Municipales, Ricardo Schneider y el arquitecto del proyecto, Eliseo Rivera, declararon que esa

obra no requería inspección técnica externa, lo que tampoco se concluye en el documento que agregó la fiscalía “Especificaciones Técnicas de Arquitectura”, que define otro campo de aplicación. Sobre este último documento, agrega que se hizo lectura resumida del mismo y que jamás se pronunció la expresión inspección técnica externa de la obra o ITO.

En el mismo sentido, se dejó sin valorar el Permiso de Edificación que no contempla inspector técnico externo; ni lo dicho por el ingeniero Eduardo Ojeda, quien dijo ser el encargado de la oficina técnica de la empresa.

2) Afirma que el tribunal incurrió en los mismos defectos a propósito de la prueba rendida por la defensa para demostrar que el mecanismo de colapso es incompatible con los defectos constructivos imputados: los traslapos trabajan a tracción y no a compresión. En esta parte cita lo dicho por los testigos René Lagos, Peter Dechent.

3) En el motivo 11° se atribuyó responsabilidad a los imputados Ortigosa, Parra y Baeza por no someter los cambios estructurales del proyecto de cálculo a nueva revisión de la Municipalidad, infringiendo con ello el artículo 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Sobre tales antecedentes, se alega que el tribunal no valoró lo dicho por Ricardo Schneider, Eliseo Rivera, del perito del IDIEM Eduardo Sanhueza, del funcionario de la PDI Jorge Abate Reyes, los peritos

David Silva y René Lagos; tampoco los documentos presentados por el Ministerio Público consistentes en Permiso de Construcción, planos de arquitectura y certificado del Ingeniero revisor Sr. Bonelli.

4) Por último, se aduce como lo más inaceptable, que se haya infringido además, el artículo 297 del Código Procesal Penal al haberse condenado en base a prueba que no se rindió y que ni siquiera fue mencionada en el juicio y con ello se refiere al hecho que los jueces tuvieron por establecida la obligación de cumplir con una inspección técnica externa de la obra, lo que extrajeron del documento denominado “Especificaciones Técnicas”, en circunstancias que dicho documento se incorporó a través de su lectura resumida, sin que jamás se leyera la expresión ITO o Inspección Técnica Externa. A esta protesta se agrega que el tribunal señaló en el fallo que de haber existido inspección técnica externa, resulta evidente que el edificio no habría colapsado, sin que exista prueba alguna que sostenga tal conclusión.

OCTAVO: Que, a continuación, como séptima causal subsidiaria, las defensas de los acusados dedujeron la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando a través de ella cuatro capítulos diferentes de infracción.

En primer término, sobre la exigencia de inspección técnica externa desarrollada en la sentencia, se aduce violación de los artículos 143 de la Ley General de Urbanismo y Construcción y 1.3.2 N°8 de la Orde-

nanza respectiva, que sólo lo exige para los edificios públicos.

Luego, se afirma que se sancionó a los acusados Ortigosa, Parra y Baeza por no haber sometido a revisión del revisor y de la municipalidad los cambios estructurales del proyecto de cálculo, infringiéndose así el artículo 119 de la Ley, en circunstancias que esa norma no impone tal obligación a sus representados.

Acto seguido, se sostiene que se estableció que los acusados no adoptaron las medidas que requería una obra de la naturaleza que tenía la de autos, infringiendo así los artículos 1.1.2; 1.2.2; 3.3.9; 5.1.6 letras g) y h); 5.1.17; 1.2.9; 1.3.2 N°1 y N°7, las que no tienen, sin embargo, el alcance que se ha pretendido darles. Explica sobre el punto que la obligación se aplica cuando existen cambios estructurales -5.2.6 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción-, cuyo no fue el caso y, además, que sólo son responsables los profesionales que los suscriben -1.2.14 del mismo compendio reglamentario.

Finalmente, se denuncia infracción al artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción y 1.2.3 de la Ordenanza respectiva cuando se apoya la decisión de condena en tales preceptos, desde que aquéllos sólo tienen alcance para la responsabilidad civil.

NOVENO: Que, en subsidio aún de las causales arriba descritas, en octavo lugar, las defensas han invocado una vez más, la causal del

artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, denunciando que por tratarse de un solo hecho con pluralidad de resultados, debió hacerse aplicación del artículo 75 del Código Penal, que ordena imponer la pena mayor asignada al delito más grave, que es en este caso el cuasidelito de homicidio o de lesiones graves gravísimas, que tiene asignada pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. La pena mayor es entonces reclusión menor en su grado medio y dado que no concurren en la especie circunstancias agravantes y favoreciendo una atenuante a todos los acusados, corresponde aplicarles el mínimo de la pena: 541 a 818 días de reclusión menor en su grado medio, de modo que los 3 años que le fueron impuestos, resultan improcedentes.

Además, se incurre en esta infracción porque no se admitió la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, de su cooperación sustancial, con cuya concurrencia la pena debió ser impuesta en el mínimo.

DÉCIMO: Que para la acreditación de las circunstancias de las causales esgrimidas, las defensas de los acusados rindieron la siguiente prueba en la audiencia de conocimiento de los recursos:

I. Registros de audio.

A: En cuanto a la primera causal subsidiaria: Pista 1000227267-4-1094-130903, pista 00-05, desde el minuto 07:11 al 09:09.

B: Para la cuarta causal subsidiaria, misma pista 131107, terminada

en 00-02 desde el minuto 00:00 al 11:58 y la pista 131210, 00-02 completa.

C: Para la quinta causal subsidiaria, se repitió la pista signada A.

D: En relación a la sexta causal subsidiaria, se escucharon las pistas 130819, 00-04 desde el minuto 03:21 a 04:50; 131001, 01-03 del 01:33 al 02:26 y del 01:01 al 02:22; pista 130911, 0106 del minuto 02:39 al 04:54; y del 08:53 al 10:31; pista 130910, 01-04 del minuto 03:48 a 04:03; pista 131010, 00-05 del minuto 15:48 a 20:47; pista 131009, 02-07 del minuto 03:42 a 04:43; pista 130816, 01-03 del minuto 20:49 al 23:18; pista 130822, 00-05 del minuto 16:37 al 17:40; pista 130816, 01-04 del minuto 01:06 al 05:25; pista 130826, 02-04 del minuto 11:36 al 18:41; pista 130910, 01-02 del minuto 06:33 al 07:04; pista 131011, 00-04 del minuto 08:29 a 10:26 y en la misma, la sección 00-02 del minuto 20:59 a 21:58; como también de la sección 00-03, desde el 00:00 al 00:37; pista 130816, 01-03 desde el minuto 13:40 a 15:51.

La defensa de Parra, incorporó también como prueba de audio, la pista 130826, 02-03 desde el minuto 20:11 a 20:50 y en la sección 02-04 de la misma, los minutos 07:57 a 10:44.

II. Además se rindió como prueba documental, las “Especificaciones Técnicas de Arquitectura” de las que se hizo lectura prácticamente íntegra, teniéndose luego por incorpo-

rado por completo, con la anuencia de los demás comparecientes.

Y se agregó el Permiso de Edificación de Obra Nueva N°E-694 y el Certificado de Aprobación de Anteproyecto.

Por su parte, el representante del Ministerio Público pidió incorporar el auto de apertura del juicio oral de que se trata, en los términos del artículo 336 inciso 1° del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 361 de ese mismo cuerpo normativo, explicando que en los números 40 y 64 de su prueba se señala el documento “Especificaciones Técnicas” como parte de su prueba, lo que le fue autorizado por el tribunal, previo debate entre los intervinientes, quedando el documento incorporado en la audiencia.

UNDÉCIMO: Que atendida la circunstancia que las causales esgrimidas por las defensas son las mismas en los tres recursos deducidos y que aquéllas tienen, además, unos mismos fundamentos, según se ha descrito en forma precedente, todas ellas serán analizadas y resueltas en conjunto.

DUODÉCIMO: Que en lo que atañe a la causal principal esgrimida por las defensas de los condenados, si bien se ha citado como afectada la garantía del artículo 19 N°3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, de la transcripción que se hace en el libelo y de los fundamentos del recurso, se advierte que se trata del inciso 7°, que prescribe: “La

ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

Sobre este tópico, resulta ser efectiva la oposición manifestada en estrados por los representantes de las partes querellantes y del Ministerio Público, en el sentido que en el caso concreto se ha reclamado de una infracción legal que no se demostró haberse producido en el proceso. En efecto, las defensas repiten diferentes pasajes del fallo, de donde concluyen que se ha condenado a los imputados por sus calidades de dueños de las empresas involucradas, representantes legales de las mismas, empleados gerentes de aquéllas y además, por su carácter de propietarios primer vendedor, para luego aducir que conforme a ello los jueces aplicaron un estándar de responsabilidad objetiva remitiéndose al artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

Sin perjuicio de lo que más adelante pueda analizarse sobre las concretas imputaciones que hace el recurrente a los fundamentos de la supuesta responsabilidad objetiva atribuida a los acusados, lo cierto es que no se ha hecho aplicación de disposición legal alguna que presuma de derecho la responsabilidad penal de los acusados, sino que, de contrario, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción desarrollaron largas disquisiciones acerca de las conductas que los acusados desplegaron y aquellas que omitieron; y cuáles eran prohibidas, tanto como las esperadas de ellos dentro de la esfera de sus obligaciones propias, para luego concluir que incurrieron

en desempeños negligentes y actitudes imprudentes.

En ese desarrollo citaron, entre otras disposiciones, el precepto del artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, que efectivamente se refiere a la responsabilidad por daños y perjuicios tanto de los propietarios de una obra como de distintos profesionales que en ella intervienen, desde una perspectiva civil, pero no resulta posible afirmar que de ello se siga que se haya hecho uso de una norma que afecte la garantía constitucional que se dice infringida, esto es, que efectivamente se haya presumido de derecho la responsabilidad penal de los acusados, porque ello no es efectivo.

Tanto es así que los mismos recurrentes han señalado en sus libelos al menos dos circunstancias en las que se apoyaron los juzgadores para establecer la responsabilidad de los acusados, en las que no se aprecia la falta que se reclama: 1° que se omitió la revisión de los planos modificados por el revisor independiente y por la Dirección de Obras Municipales; y, 2° que no se cumplió con la inspección técnica de obra externa comprometida en las especificaciones.

Luego, si se examina el motivo Undécimo de la sentencia impugnada, es posible establecer que los jueces determinaron como elementos que sirvieron para establecer la responsabilidad de los acusados, los siguientes: 1) la calidad de dueños y representantes legales de la Sociedad Río Huequén Ltda. y de la Constructora Socovil Ltda., de Ortigosa,

Parra y Baeza, precisando que cada uno tenía la administración, representación y uso de la razón social que correspondía separada e indistintamente a cada uno cualquiera; 2) Además, que cada uno tenía contratos de trabajo con la Constructora Socovil: Ortigosa era gerente general, Parra gerente de finanzas y Baeza gerente técnico. En ese último carácter, Baeza era el profesional técnico competente según lo prevenido en el artículo 1.1.2 de la Ordenanza y 16 y 143 de la LGUC y, por ende, debía velar porque en la construcción se adoptaran las medidas de gestión y control de calidad correspondientes y, fundamentalmente, en los planos y especificaciones del respectivo proyecto; 3) que los tres tenían la calidad de propietario primer vendedor, de acuerdo a los artículos 18 LGUC y 1.2.3 de la Ordenanza y en la ejecución de la obra se encargaron de solicitar los permisos de edificación, de recepción y, en general, fueron los que presentaron las solicitudes a la DOM para llevar a cabo la construcción de la obra; 4) que de acuerdo a los documentos que menciona, que aparecen suscritos por los acusados, o bien donde aparecen “solicitando algunas especialidades” concluye que siempre estuvieron al tanto de todas y cada una de las características del proyecto, de su avance, de sus requerimientos y en general, inmersos en todo lo referente a éste; 5) que no sólo participaban en la parte administrativa, sino que también en el quehacer de la obra, según consta de las Actas quincenales de las reuniones entre la Inmobiliaria y la Constructora, consultando, resolviendo,

etc., de forma concreta, preocupados de temas obviamente insertos en el ámbito de la construcción. En este escenario, afirman los jueces, “desde el punto de vista del elemento normativo intelectual... que permite establecer qué riesgos o peligros en la situación concreta en que se desarrolló el sujeto debieron haber sido previstos por éste y cuáles eran extraordinarios o imprevisibles, resulta a partir de estos hechos que Ortigosa, Parra y Baeza, desplegaban actividades en el ámbito de la construcción de esta obra, lo que nos lleva a entender que, teniendo presente la propia naturaleza de la actividad que desempeñaban y los riesgos que esta implica, era previsible que si actuaban faltando al deber de cuidado que las normas les imponían, los resultados serían consecuencia de la infracción de reglamento.”

Luego de describir el cuidado, afirman que las deficiencias, cambios de secciones, de dimensiones de muros, de falta de detallamientos (que están descritos en el hecho), aparecen precisamente en los planos con los que se construyó, que por cierto no eran los mismos en virtud de los cuales el revisor de cálculo independiente dio su aprobación y se otorgó el respectivo permiso de edificación.

A continuación, el tribunal tiene por ciertos determinados hechos que explica: 1) que hubo insuficiencias constructivas relacionadas con la inexistencia de una inspección técnica externa de la obra; 2) existencia de deficiencias constructivas propiamente tales, cuya ejecución estuvo a cargo de Ricardo Baeza: a.- falta de

detallamiento en los pilares; b.- falta de materialización de una armadura; 3) no haber sometido los cambios estructurales del proyecto de cálculo, nuevamente, a la revisión del revisor y la municipalidad.

Como se advierte, en primer término, el destinatario de la garantía es el Estado, en cuanto le está prohibido establecer preceptos que presuman de derecho la responsabilidad penal y, luego, no es efectivo que se haya imputado responsabilidad a los acusados en base a ninguna disposición de ese carácter, por lo que la causal esgrimida como principal en los recursos deducidos por las defensas, será desestimada.

DÉCIMO TERCERO: Que en cuanto a la primera causal subsidiaria, ocurre que no existe controversia entre los intervinientes sobre el hecho que se autorizó lectura resumida del documento en cuestión, la que se cumplió en la audiencia de juicio oral, sin que ninguna de las partes formulara alguna objeción sobre la integridad o veracidad del documento.

A ello se suma la circunstancia que, según alegó y demostró el representante del Ministerio Público, el mismo documento se ofreció en dos oportunidades diferentes en el auto de apertura, sin que se haya reproducido en la audiencia de conocimiento del recurso la forma en que se procedió respecto de ambos.

Contrariamente a lo que adujeron las defensas, y tal como el mismo abogado evidenció al dar lectura al cues-

tionado documento en la audiencia de conocimiento de los recursos, al rendir su prueba, de aquél se escuchó en al menos dos oportunidades el término ITO o Inspector Técnico de Obra, que es la expresión que se ha echado de menos por las defensas, sin perjuicio del agregado “externo” que se ha extrañado en el fallo, lo que se analiza más adelante.

En consecuencia, no se trata en el caso, de la incorporación ilegítima de un medio de prueba o de la ponderación de una prueba no incorporada legalmente, sino que de la discrepancia sobre la valoración misma que se asignó al documento concreto; por lo que este rubro será desestimado.

DÉCIMO CUARTO: Que, en la segunda causal subsidiaria y por la cual se alega infracción a las normas sobre intermediación, como se aprecia de las breves transcripciones que se contienen en los libelos de los recursos, se ha reclamado porque el perito Fernando Yáñez Uribe dijo haberse basado en “los testimonios de la investigación que llevó a cabo la fiscalía”; en tanto el perito David Silva Saavedra, aludió a lo afirmado por el revisor Bonelli –que no declaró en el juicio- y que dijo no haber tenido a la vista la versión de 35 planos. También se aduce que algunas de las partidas constructivas cuestionadas fueron ejecutadas por empresas contratistas externas, como Penroz (enferradura) que tenía como supervisores a Carlos Penroz y Walter Weber, cuyos testimonios sólo fueron reproducidos por los funcionarios del IDIEM y de la PDI.

La defensa de Baeza agrega en su protesta que el perito Eduardo Sanhueza Ruiz dijo que los 35 planos los entregó Ricardo Baeza al Ministerio Público, diciendo que con ellos había construido el edificio y por ello los usaron para el peritaje, lo que verificaron con una versión de Petinelli, quien entregó un CD. Ese mismo perito describió un organigrama de la empresa, “de acuerdo a la organización dada por la empresa...” y luego dijo que “constataron a través de diversas declaraciones a las que tuvo acceso, que la recepción de cada una de las diversas partidas era realizada por los capataces de cada una de las especialidades de la obra, todo ello de acuerdo a la organización dada por la empresa y donde el control técnico se hacía internamente por las mismas personas que estaban a cargo de la construcción...”

También denuncia que el perito Fernando Yáñez dijo que “en relación a la construcción se basaron en los testimonios de la investigación que llevó a cabo la fiscalía”.

Agregan las declaraciones de los funcionarios de la Policía de Investigaciones Cristóbal Ramírez y Jorge Abate que describieron que dos representantes de la empresa se apersonaron con sus abogados y entregaron antecedentes relativos a la estructura de la Inmobiliaria, organización de la construcción del edificio, etc., pero que esos funcionarios no estuvieron presente cuando se hizo la denuncia, sino que tal información se sacó de la carpeta de investigación.

Se sostiene que fue el perito David Silva quien aludió a los dichos del revisor Bonelli, pero que éste último no prestó declaración en el juicio.

Finalmente, se reitera la protesta sobre la falta de incorporación legítima del documento denominado “especificaciones técnicas”.

DÉCIMO QUINTO: Que sobre estos tópicos es preciso advertir, en primer término, que cuando se afirma que un perito se remitió a diferentes “testimonios de la investigación”, no está precisando a un sujeto concreto que haya podido ser objeto de contrainterrogación o aclaración en juicio y, en consecuencia, en este caso no se está objetando en realidad la inmediatez del tribunal o las facultades que pudieron eventualmente ejercer los defensores, sino que sólo se está cuestionando la valoración que se asigna a un informe basado en “testimonios” innominados.

Luego, no es admisible tampoco el cuestionamiento que se hace respecto de lo afirmado por el perito David Silva, cuando aporta determinada información respecto del revisor Bonelli, desde que es la misma que se obtuvo en un certificado extendido por esa misma persona y que, en cuanto elemento de cargo, no fue tampoco cuestionado. Carece, entonces, de trascendencia.

Se ha reclamado, asimismo, por qué se citó en el fallo que determinadas tareas, como la enfierradura, fueron comisionadas a subcontratistas que tenían sus propios supervisores y que, sin embargo, no prestaron

declaración en el juicio oral, sino que los dichos de aquéllos sólo fueron repetidos por los funcionarios del IDIEM y de la PDI. Baste para rechazar esta impugnación la falta de fundamentos que en esta parte evidencian los libelos, puesto que no se ha explicado aquello que fue afirmado por los funcionarios declarantes y qué sería lo que se vieron privados de indagar los defensores.

Del mismo modo, se ha reprochado que el perito Eduardo Sanhueza se refirió a la recepción de 35 planos que entregó Baeza, argumento en el cual no se advierte la impugnación concreta en relación a la garantía que se dice amagada, pero respecto de lo cual es posible agregar que las mismas defensas afirman que el imputado Petinelli entregó un CD en igual sentido, de donde se sigue que se trata de un asunto de ponderación de prueba y no de afectación de la garantía de la intermediación o de los derechos asegurados a los defensores, toda vez que existe una fuente diversa de idéntica información. Ello se lee de la misma sentencia, donde se describe por los magistrados que Baeza entregó los 35 planos (después de haber negado su existencia) a través de una carta –la N°230–, lo que ocurrió el 17 de junio de 2010.

En cuanto el mismo Sanhueza obtuvo información relativa al organigrama de la empresa y a los sistemas de control interno, no se explicita en dichas breves líneas, cómo se ha materializado la infracción que se pretende y cómo ella habría terminado siendo sustantiva.

Por último, en relación a la falta de declaración directa de los dos funcionarios que habrían recibido la declaración de los representantes de la empresa que entregaron información sobre la organización interna de la empresa y la forma de construcción del edificio, no se advierte en tal circunstancia el defecto que se reprocha, el que por tanto aparece en los libelos desprovisto de los necesarios fundamentos en cuanto a su desarrollo.

DÉCIMO SEXTO: Que en cuanto a las alegaciones que según las defensas habrían sido obviadas por el tribunal y dejadas sin analizar y, en consecuencia habrían quedado desprovistas de pronunciamiento, valga primero advertir que revisados sus fundamentos, se trata básicamente de observaciones de ponderación probatoria que no fueron acogidas por el tribunal y que, en consecuencia, han devenido en el disentir de los defensores, pero no se trata concretamente de teorías defensivas, según se revisa a continuación.

Para su resolución, resulta preciso revisar los hechos que se han tenido por ciertos. Es así como en el razonamiento Noveno de la sentencia impugnada, se ha establecido que: “1° La Sociedad Inmobiliaria Río Huequén Ltda. de propiedad de Juan Ignacio Ortigosa Ampuero, Felipe Parra Zanetti y Ricardo Lorenzo Baeza Martínez, adquirió el 18 de agosto de 2006 por escritura privada, el terreno denominado Lote I Guión Uno, ubicado en Avenida Padre Hurtado N°776 de la comuna de Concepción, de una superficie

aproximada de 2.503,05 metros cuadrados. El título de la propiedad, consta en la inscripción de fojas 5.598, N°4.883 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Concepción, correspondiente al año 2007.

El terreno fue comprado por la Inmobiliaria para desarrollar el proyecto denominado “Condominio Alto Río”, encargándole la construcción del mismo a la Sociedad Constructora SOCOVIL Ltda., de propiedad de los mismos socios Ortigosa Ampuero, Parra Zanetti y Baeza Martínez; la obra contemplaba dos etapas constructivas, primero la torre Padre Hurtado conocida como Alto Río, y luego la torre Paseo Peatonal.

En este proyecto “Condominio Alto Río” intervinieron como arquitectos Eduardo Rivera Gajardo y Guillermo Villafañe Ferres; el ingeniero civil Horacio Calvo D’ Ottone por la empresa EMPRO Ltda., a cargo de la mecánica de suelo de junio de 2006; el ingeniero civil Pedro Ortigosa de Pablo, que realizó la segunda mecánica de suelo, en octubre de 2006; el ingeniero civil René Pettinelli Loayza como ingeniero de cálculo estructural; el ingeniero civil Patricio Bonelli Canabes, revisor de cálculo independiente. A excepción de Pedro Ortigosa de Pablo, que fue contratado directamente por la empresa SOCOVIL Ltda., los demás profesionales los contrató la Inmobiliaria Río Huequén Ltda.

También participaron en la construcción del edificio Alto Río Mario

José Valeria Leal, contratado por SOCOVIL como director de obras, en tanto que José Paredes Villa y Héctor Torres Reyes tenían el cargo de jefes de obra y en dicho carácter les correspondía la supervisión en terreno de toda la obra, lo que implicaba la ejecución, coordinación y control de las obras asignadas por el director de obras, resguardando que se cumplieran los estándares de construcción.

“2° Que el 27 de febrero del 2010, alrededor de las 03:34 horas, ocurrió un sismo de intensidad de 8.8 magnitud Kanamori, que en la ciudad de Concepción tuvo una intensidad de IX en la escala de Mercalli.

“3° Que la Inmobiliaria Río Huequén Ltda., y la empresa SOCOVIL Ltda., requirieron dos estudios de mecánica de suelo, el primero de junio de 2006 realizado por EMPRO, para determinar la factibilidad de la compra del terreno, y el segundo, realizado por Pedro Ortigosa de Pablo en octubre de 2006, para efectos del diseño estructural del edificio. EMPRO clasificó el suelo tipo III, y PETRUS, determinó que la clasificación sísmica de ese suelo donde se emplazaba el edificio Alto Río, era tipo II.

“4° Que existieron condiciones que indujeron a la falla a lo largo del eje I, que consistieron en insuficiencias en la configuración del diseño estructural del edificio Alto Río, en el dimensionamiento de los elementos, en la disposición de los refuerzos y en el detallamiento de las armaduras en la zona de falla.

Estas insuficiencias fueron producto de la negligencia e infracción de reglamento del ingeniero Pettinelli Loayza quien estuvo a cargo de la confección de dicho diseño, consistieron en: i.- Singularidades en los pilares del primer piso en los ejes 11, 17 y 24 contiguos al Eje I, caracterizadas por la reducción de la sección y la no colinealidad de los pilares en el interfaz del primer piso con el segundo piso; ii.- Esta disposición de los elementos estructurales generó una disminución del área de interfaz en un 60% en relación al 2° piso; iii.- El detallamiento de las armaduras de refuerzo longitudinales de los pilares especificados en la interfaz fue insuficiente porque no mantuvo la integridad que se establece en el artículo 7.13.1 del código AC1318-95; iv.- Producto de este detallamiento, hubo entre un 14% y un 15% de reducción en la cuantía de la armadura resistente de los pilares de primer piso; v.- A lo anterior se suma la ausencia de detalle que indique cómo debía materializarse la armadura longitudinal del primer piso y que se prolongaba hasta el segundo piso al reducirse el espesor del pilar de 25 cm en el piso a 20 cm en el segundo piso; vi.- Además, estos pilares 11, 17 y 24 controlados por los esfuerzos de compresión y carga axial solicitante estaban al límite de la resistencia a compresión del hormigón especificado; vii.- En los muros de los Ejes 26 y 35, a nivel del primer piso, las cuantías de armadura tenían una deficiencia mayor a un 10%; viii.- Se estableció ausencia de refuerzo para momento negativo en las losas de cielo de pri-

mer piso sobre pilares de los ejes 11, 17 y 24 contiguos a eje I, lo que provocó el debilitamiento y la pérdida de integridad estructural en la unión losa pilar; ix.- Los empalmes de armadura se realizaron dentro de la zona de máximo esfuerzo y todos al mismo nivel. De esta manera, muchos de los empalmes por traslapo no podían desarrollar la capacidad resistente de las barras; x.- Para los niveles de demanda establecidos en la Nch 433.Of96, para suelo tipo II, y de acuerdo a los requerimientos de diseño del código ACI 318-95, existieron deficiencias de armadura en aproximadamente un 10% de los elementos sismo resistentes. En general, estas deficiencias correspondían a armaduras requeridas por corte y superaban el 10%; xi.- El legajo de planos que conformaban el proyecto de estructura confeccionado por el Ingeniero Pettinelli Loayza, presentaban algunas inconsistencias y falta de detallamientos en algunos elementos. En los documentos correspondientes al libro de obra no se observan aclaraciones al respecto, por lo cual se desconocía cómo fueron resueltas tales inconsistencias y cómo fueron ejecutados los elementos sin detallamiento; xii.- El acusado René Pettinelli hizo modificaciones estructurales al proyecto de cálculo, después de haber sido revisados por el revisor de cálculo independiente, Patricio Bonelli y sin haber presentado el nuevo proyecto a revisión.”

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, del mismo modo, en el razonamiento décimo, al procederse a la revisión

de la prueba y concluida ésta, los jueces sostuvieron que "...no cabe sino concluir que hubo deficiencias estructurales: que estas deficiencias no estaban amparadas por norma alguna, esto es, no hay márgenes que puedan dar en este aspecto alguna flexibilidad al diseño que el calculista hace en sus planos: lo concreto es que la norma que regula esta materia lo que establece son exigencias mínimas, de manera que 'no puede hacerse menos que eso'; se ha acreditado también, que hubo situaciones que, al no quedar detalladas en los planos, en definitiva se ignora cómo se resolvieron en la práctica, pues del análisis del respectivo Libro de Obras no se evidencia ninguna consulta respectiva a zonas críticas que no quedaron resueltas de manera adecuada como se pudo constatar de los daños levantados en la pericia respectiva... el detallamiento de las armaduras y conexiones, deben ser tal que los elementos de la estructura queden eficazmente unidos entre sí para garantizar la integridad de toda la estructura." "En este escenario, lo que queda de manifiesto es un actuar negligente, y descuidado por quien diseñó y realizó estos planos, sin que hubiese considerado las normas mínimas que exigía la ley, ni que estaba diseñando un edificio donde vivirían personas; ni tampoco, que en una zona sísmica como lo es ésta, por el tipo de edificio en altura y por las propias características que este tenía, debió haber sido diligente, apegado a su *lex artis* y con absoluto cumplimiento de las normas vigentes y reglamentarias..."

DÉCIMO OCTAVO: Que, como se advierte de los pasajes transcritos, en la primera imputación, por una parte se reclama, en definitiva, que no se persiguió la supuesta responsabilidad de Bonelli en el caso de encontrarse los defectos en el primer set de planos, cuestión que escapa del todo a los motivos de la acusación y a los hechos del proceso y que no conforma por lo tanto, una defensa propiamente tal. En ese primer argumento, lo único que corresponde a una defensa es la parte donde se aduce que no habría cómo conectar la falta de revisión de los planos con los elementos defectuosos del proyecto de ingeniería de Pettinelli, cuestión que se sostuvo tangencialmente, pero que fue expresamente declarada por el tribunal, tal como se lee de los hechos que fueron materia del proceso y que el tribunal tuvo por ciertos en el punto xii del número 4° antes copiado: "El acusado René Petinelli hizo modificaciones estructurales al proyecto de cálculo, después de haber sido revisados por el revisor de cálculo independiente, Patricio Bonelli y sin haber presentado el nuevo proyecto a revisión", lo que se describió por el tribunal como una de las negligencias e infracciones de reglamento del mencionado ingeniero y que consistieron en las condiciones que indujeron a la falla a lo largo del Eje I, en cuanto insuficiencias de diseño estructural del edificio, tanto como en el dimensionamiento de sus elementos, la disposición de refuerzos y detallamiento de armaduras.

Esta descripción resulta suficiente, pero ello fue nuevamente analizado por los juzgadores según se lee de fs. 238 y siguientes de este legajo, donde se describe el hecho cierto que el revisor independiente revisó sólo 16 planos, con los que se obtuvo el permiso de edificación, pero que el edificio se construyó con un set de 35 planos –distintos– explicando que “este cambio de planos significó que el proyecto estructural sufriera modificaciones estructurales, desde la entrega del certificado hasta la entrega de los planos para construir, y estas modificaciones no fueron pasadas nuevamente a revisión del revisor independiente de cálculo”. Entre esas modificaciones se contaba, por ejemplo “en la versión que visó el revisor no contemplaba que los subterráneos tuviesen una superficie más grande que el edificio, tenían alrededor de mil metros cuadrados y el edificio de 480 metros cuadrados hacia arriba, lo que era una modificación estructural importante; también había cambio de armaduras, cambiaban de espesores en los muros... y lo concreto y relevante fue que estas modificaciones no se sometieron a nueva revisión”.

Finalmente, a fs. 302 y siguientes consta en el número 8° y siguientes, el pronunciamiento específico del tribunal en relación a no haber sometido los cambios estructurales del proyecto de cálculo a nueva revisión y a la Municipalidad.

DÉCIMO NOVENO: Que, en cuanto a la segunda alegación cuya resolución se dice omitida, esto es, aquella relativa al defecto en la ins-

talación de ciertos fierros que según los recurrentes era incompatible con el mecanismo de colapso descrito por la Fiscalía, porque los fierros trabajan a tracción y no a compresión, que fue el defecto producido en esa sección; ocurre que esta corresponde también a una conclusión no compartida por las defensas de un hecho debatido en el juicio oral y donde el pronunciamiento del tribunal se advierte a fs. 245 y siguientes.

El reclamo que hace la defensa respecto de una viga que nada habría tenido que ver con el resultado dañoso porque no está ubicada en la zona de falla y por ende, no tendría relevancia estructural en el colapso, se apoya en un hecho diverso, cual es, que el defecto de la estructura estaba ubicado en una zona diferente del edificio y es sobre aquel argumento que se discute, además, respecto a la ubicación de la viga. Sin embargo, la zona de mayor deficiencia estructural se encuentra establecida en el proceso como hecho y sobre ella el tribunal evidenció los motivos suficientes para arribar a tal conclusión, lo que se lee en el razonamiento décimo al analizar la prueba, así como a fs. 245 donde se describen los efectos de la falta de armadura en la viga.

No pueden los recurrentes afirmar que no han sido oídos, si los juzgadores se han aplicado a describir de modo concreto cómo arriban a las conclusiones precisas del suceso, señalando aquellos extremos que han cuestionado las defensas y la forma cómo los han tenido por ciertos.

A su turno, en relación a la tercera imputación sobre deficiente materialización de las juntas de hormigonado y lechada, la defensa reclamó que ello se pretendió demostrar con fotografías, lo que le pareció insuficiente y poco científico y además, que se refería a una extensión excesiva; como asimismo, que existían dudas sobre su ubicación, si era en el Eje I o en el eje A, porque en este último se veía el defecto, pero ese no correspondía a la zona de falla. Como se advierte de la sola lectura de este fundamento, no se está reclamando en este caso la infracción de una garantía judicial, sino que se ha cuestionado el valor probatorio o el mérito de determinados elementos de cargo, lo que no se corresponde en absoluto con la impugnación de no haber sido oídos. El cuestionamiento que se levanta sobre la insuficiencia o poca idoneidad científica de una prueba, no forma parte de la teoría de la defensa, sino que es un cuestionamiento sobre la validez o eficacia de una prueba concreta para la demostración de un hecho.

Finalmente, en lo que atañe a la falta de imparcialidad e independencia de los peritos del IDIEM, para desechar esa imputación, baste considerar que de conformidad a lo prevenido en el artículo 309 del código del ramo, en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles, encontrándose resguardado a las partes el derecho a dirigirles preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su

imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad. En el caso, no se discute que se haya permitido a las partes el ejercicio de alguno de estos derechos, sino tan solo que el tribunal habría hecho caso omiso de las sugerencias de los defensores sobre aquellas condiciones que a ellos les han hecho estimar que no tendrían independencia suficiente. No se trata por lo tanto, de la infracción al derecho a ser oído, sino que los recurrentes no comparten el valor que en definitiva el tribunal asignó a los cuestionados peritos y/o testigos.

VIGÉSIMO: Que, en cuanto a la primera causal absoluta esgrimida –cuarta subsidiaria–, esto es, la del artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal: cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio, la defensa ha denunciado infracción al artículo 343 de esa compilación procesal, que ordena que “Una vez concluida la deliberación privada de los jueces, de conformidad a lo previsto en el artículo 339, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolució n o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones.” Se agrega en esa norma que “La omisión del pronunciamiento de la decisión de conformidad a lo previsto en los incisos

precedentes producirá la nulidad del juicio...”

En la situación que se analiza, se dio a conocer el veredicto en la oportunidad que correspondía, atendida la duración del juicio oral, discrepando la defensa de su contenido. Sin embargo, tal como se advirtió de la sección de audio reproducida en la audiencia de conocimiento de los recursos deducidos, la Sra. Juez Presidenta del Tribunal Oral manifestó que la decisión del tribunal era la de condenar a los acusados que individualizó y por los ilícitos que expresó, señalando cada uno de los cuasidelitos en que habían incurrido para luego agregar a grandes rasgos los fundamentos de tal definición.

No existe omisión de decisión, como tampoco en la individualización de los imputados que resultaron absueltos y condenados, ni tampoco la hubo en la precisión de los injustos por los que fueron en definitiva sancionados y si bien es cierto que la expresión de los fundamentos principales que sirvieron de motivo a la decisión puede ser estimada breve o demasiado acotada, ocurre que aquello que sanciona la norma no es la extensión del contenido, sino su omisión. El precepto invalida la “omisión del pronunciamiento de la decisión” que no es el defecto que se acusa en la especie, puesto que hubo pronunciamiento de ella, lo que se encuentra vinculado precisamente con los principios que se esgrimen como amparados por la causal de nulidad sobre “publicidad y continuidad del juicio”, de modo que el

defecto que se reclama no se ha producido en la especie.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que en cuanto a las supuestas infracciones al principio de congruencia –quinta subsidiaria- y antes del análisis de cada situación en discusión, es preciso tener claro que el artículo 341 del Código Procesal Penal al establecer el referido principio, restringe la sentencia condenatoria en cuanto a que no podrá exceder el contenido de la acusación, explicando que “En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.” Esto es, no se trata de una descripción jurídica sino fáctica.

Sobre la cuestión jurídica, ese precepto precisa que el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia. Pero la concurrencia de otras disposiciones legales que se refieran a una situación concreta o que describan mayores o menores condiciones de una situación específica, no conlleva necesariamente que exista un cambio de calificación jurídica. En la especie, la imputación se hizo por los mismos ilícitos por los que resultaron condenados los recurrentes: cuasidelitos de homicidio, de lesiones graves gravísimas y de lesiones simplemente graves, previstos en los artículos 492 inciso 1° en relación al artículo 397 N°1 y 2 ambos del Código Penal, sancionados en el artículo 490 N°1 y 2 del mismo código y en ambos casos en relación a la Ley General de Urbanismo y Construc-

ciones, Norma Chilena 433, Norma Oficial de la República de Chile por Decreto N°172 de 5 de diciembre de 1996 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial 35.648 de 23 de diciembre de 1996 (NCh433 Of.96); normas del Código de Diseño de Hormigón Armado ACI318-95 y demás normas técnicas aplicables en la materia, que es lo que reza la acusación.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en cuanto al proyecto de ingeniería, la defensa aduce que en el IV.4, letra b) de la acusación, se imputó como hecho “No sometiendo los cambios estructurales del proyecto de cálculo nuevamente a la revisión del revisor y la Municipalidad” infringiendo el artículo 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Sin embargo, el fallo señala como normas infringidas el artículo 18 de la Ley citada y el 1.2.3 de la Ordenanza.

Sobre este punto, a fs. 232 y siguientes de este legajo, al tiempo de tenerse por establecida la responsabilidad de los acusados Ortigosa, Baeza y Parral, el tribunal señaló: “En este contexto, a juicio de este tribunal se encuentran acreditados: i.- Que hubo insuficiencias constructivas relacionadas con la inexistencia de una inspección técnica externa de la obra”; a fs. 235, “ii.- Deficiencias constructivas propiamente tales, cuya ejecución estuvo a cargo de Ricardo Baeza”; a fs. 238: “En relación a la responsabilidad que le cabe a los imputados Ortigosa Ampuero, Parra Zanetti y Baeza Martínez por no someter los cambios estructu-

rales del proyecto de cálculo nuevamente a la revisión del revisor y a la Municipalidad, como se señaló en el numeral 2 letra h) precedente, infringiendo con ello el artículo 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones”, lo que se describe a continuación corresponde al análisis de la prueba que sirvió para fundamentar ese hecho establecido. Como se advierte, sin perjuicio de la enumeración que más adelante se hace en ese mismo considerando y que luego se revisa, de otras disposiciones legales y reglamentarias que se estimaron concurrentes al caso por los juzgadores, el presupuesto fáctico que se tuvo por cierto es el mismo que se indica en la acusación, de modo que no se ha producido infracción al principio de congruencia.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, luego, en relación a la acusación de no disponer una Inspección Técnica Externa de Obra, la defensa protesta porque del tenor de la acusación aparecen citados como infringidos los artículos 1.3.2 N°1 y 1.3.2 N°7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, en tanto el fallo señala: 1.2.9; 1.2.2; 1.4.15 y 5.2.2.

Nuevamente se incurre en el error por parte de la defensa, al pretender que exista correspondencia exacta entre las disposiciones legales, sin discrepar de la consistencia en el hecho imputado, que es lo que ampara el principio de congruencia, que sí aparece respetado en la especie.

Sin perjuicio de lo explicado, a fs. 232 y siguientes, cuando los juzgadores tienen por establecido que “hubo insuficiencias constructivas relacionadas con la inexistencia de una inspección técnica externa de la obra”, luego del análisis de los elementos de cargo que permitieron tener por cierta tal circunstancia, a fs. 234, los jueces precisaron que ello debía vincularse con los artículos 1.2.9 de la Ordenanza, 1.2.2, 1.4.15, 5.2.2, 1.3.2 N°1 y 1.3.2 N°7, “todas estas normas nos indican que la obra deberá ser realizada con sujeción a los planos y a las especificaciones técnicas. Luego, en esta obra debió existir inspección técnica externa, porque así se indicaba en las especificaciones.”

Como se aprecia, el tribunal se circunscribió al hecho imputado y además, a la descripción de los mismos preceptos, a los que incorporó unos nuevos, sin que en ello se advierta la existencia de infracción alguna al principio de congruencia.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, a continuación, se reclama que no fue materia de la acusación el hecho que los recurrentes “no hubieron respetado las especificaciones técnicas de arquitectura”, la que en su concepto se incorporó en el fallo para justificar la infracción normativa.

Sobre este tópico, como se lee de la acusación, las imputaciones que se hicieron a los acusados en relación al establecimiento de su responsabilidad, fueron las siguientes: “En sus condiciones de representantes legales tanto de la Inmobiliaria Río

Huequén y la Sociedad Constructora SOCOVIL Ltda., dueña y ejecutora del proyecto respectivamente, estos debieron haberlo ejecutado con estricto apego a la legalidad vigente y con los debidos controles que garantizaran su correcta ejecución, siendo su deficiente gestión y decisiones imprudentes las que permitieron confluieran los errores y deficiencias señaladas precedentemente. De esta manera los imputados, en quienes recaía el mando y poder de decisión en la dirección del proyecto en cuestión, lo organizaron y gestionaron de manera negligente y con infracción de reglamentos, según se ha descrito, imposibilitando de esta manera que los controles y resguardos que debían aplicarse en esta obra hubiesen operado, como se dijo: a) no consultando un tercer estudio de mecánica de suelo...; b) no sometiendo los cambios estructurales del proyecto de cálculo nuevamente a la revisión del revisor y la Municipalidad, ...; c) no disponiendo una inspección técnica externa de la obra,...; d) contratando a un director y jefe de obra sin experiencia ni las capacidades que el proyecto ameritaba...

En general, no estructuraron ni gestionaron el proyecto de manera diligente, aumentando considerablemente el riesgo de errores o desperfectos en la proyección del edificio y su construcción, faltando al deber de cuidado que las normas y la naturaleza de la obra ejecutada les imponía, produciéndose a raíz de sus actuaciones en las diversas etapas del proyecto y posterior construcción del edificio Alto Río, las irregularidades

describas y que causaron la caída del edificio y consecuencial muerte y lesiones de las víctimas señaladas.”

A su turno, en el motivo undécimo de la sentencia, cuando se tuvo por establecida la responsabilidad de Ortigosa, Baeza y Parra, los juzgadores tuvieron por establecido, además de la calidad de propietarios de la obra, sumado a su vinculación contractual con la misma y su participación en el desarrollo y ejecución del proyecto, que: “i.- hubo insuficiencias constructivas relacionadas con la inexistencia de una inspección técnica externa de la obra”; “ii.- deficiencias constructivas propiamente tales, cuya ejecución estuvo a cargo de Ricardo Baeza” y que dicen relación con la falta de detallamiento en ciertos pilares y con el hecho que no se materializó la armadura longitudinal correspondiente a una viga a nivel del cielo del primer subterráneo; y, iii.- “no someter los cambios estructurales del proyecto de cálculo nuevamente a la revisión del revisor y la Municipalidad.”

En cuanto a la primera imputación, sobre inexistencia de una inspección técnica externa de la obra, que como se advierte es igual a la formulada en la acusación, en el análisis que se hace por los jueces de la prueba rendida -a fs. 232 y siguientes-, ellos se refieren al documento denominado “especificaciones técnicas” en el cual se contemplaba la obligación impuesta por los mismos acusados de contar con un control técnico externo, documento que se presentó a la autoridad administrativa para efectos de requerir los permisos de edificación correspondientes,

lo que a la luz de las disposiciones legales que se mencionan, permitió a los juzgadores concluir que en la obra debió existir inspección técnica externa porque así se indicaba en las especificaciones.

Como se advierte, no es que se haya imputado a los acusados que “no hubieren respetado las especificaciones técnicas de arquitectura” y que ello fuera un elemento de la acusación, sino que ésta lo fue por la falta de inspección técnica de la obra. La falta de correlato entre lo obrado y lo especificado en el documento respectivo fue el resultado del análisis de la prueba de cargo, esto es, una de las conclusiones que permitió tener por establecido un extremo de la imputación.

VIGÉSIMO QUINTO: Que del mismo modo, se reclamó por los recurrentes la circunstancia de haberse agregado en el fallo que “...contrariamente a ello, no adoptaron las medidas que una obra de esta naturaleza requería, con lo cual infringieron los artículos 1.1.2; 1.2.2; 3.3.9; 5.1.6 letras g) y h); 5.1.17; 1.2.9...” que no forman parte de la acusación.

La frase completa, que se encuentra en el corolario del establecimiento de la responsabilidad de los acusados Ortigosa, Baeza y Parra, requiere como contexto el párrafo penúltimo y final de fs. 243: “De este modo, analizada la prueba, se puede dar por establecido que los acusados en sus calidades de representantes legales de sus respectivas empresas

y como dueños y organizadores del proyecto Alto Río, en el cual participaron de manera activa, inmersos en cada una de sus etapas de las que estaban al tanto, debieron, porque la normativa así lo indicaba, desplegar sus conductas de manera diligente, cuidadosa y apegados a la normativa vigente en la materia.

Que, contrariamente a ello, no adoptaron las medidas que una obra de esta naturaleza requería, con lo cual infringieron los artículos 1.1.2; 1.2.2; 3.3.9; 5.1.6 letra g) y h); 5.1.17; 1.2.9; 1.3.2 N°1 y N°7, todas ellas de la Ordenanza y que los obligaba a construir estrictamente acorde a los planos y a las especificaciones técnicas, a adoptar los controles necesarios en la obra, a someter a revisión las modificaciones de carácter estructural que efectuaren, en general, realizar la labor que hacía con diligencia y cuidado.”

Como se advierte, confrontado lo transcrito con la imputación formulada en la acusación, antes copiada, resulta que los jueces se limitaron al hecho atribuido precisamente en la acusación fiscal y del cual se hicieron cargo, concluyendo del análisis de la prueba producida en el juicio oral que los acusados no ajustaron su conducta a la normativa vigente.

Asimismo y tal como antes se evidenció, el hecho que los juzgadores hayan señalado las disposiciones legales en que constan las omisiones o los defectos en que se incurrió, no supone un exceso al marco de la imputación, sino que simplemente lo precisa y concreta. Sin perjuicio de

ello, la referencia a los artículos 1.3.2 N°1 y N°7 ambos de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción, está descrita de modo expreso en el Ordinal IV, N°4, letra b) de la acusación del Ministerio Público, en tanto las disposiciones 1.1.2 se limitan a establecer definiciones de conceptos de uso común en la materia; el número 1.2.2, en lo medular, señala que los planos, especificaciones técnicas y demás documentos técnicos de los anteproyectos y proyectos deberán ser firmados por el o los profesionales competentes que los hubieren elaborado y por el propietario, cuestión que ni siquiera ha sido controvertida.

Los numerales 5.1.6 letras g) y h) y 5.1.17, señalan los requisitos para obtener permiso de recepción definitiva y cómo ha de procederse en el caso que concedido un permiso y antes de la recepción existiera una modificación, entre los que se cuenta el informe favorable del revisor independiente de cálculo estructural. En el caso, no se desconoció la existencia del revisor, como tampoco la obligación de someter a su revisión los cálculos estructurales, sino que sólo se discrepó del hecho que las modificaciones producidas más tarde fueran efectivamente estructurales. En este sentido, la imputación de hechos existe y el conocimiento de la norma que contempla la obligación también.

Finalmente, el artículo 1.2.9 del mismo compendio, señala la responsabilidad y obligaciones propias del constructor o las empresas y los profesionales distintos de éste contrata-

dos por el propietario, para adoptar, durante el transcurso de la obra, medidas de gestión y control de calidad para que ella se ejecute conforme a las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y de la presente Ordenanza, y que se ajuste a los planos y especificaciones del respectivo proyecto.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en cuanto a la sexta causal subsidiaria, del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se alegó en primer lugar por la forma en que se estableció la obligación de contar con una inspección técnica externa de la obra.

Sobre este tópico, como primera cuestión valga destacar que ya se ha desestimado la alegación relativa a la forma de incorporación del documento denominado especificaciones técnicas, de cuya lectura realizada, además, en estrados ante este tribunal, se escuchó claramente, en al menos dos ocasiones la expresión “ITO” o inspector técnico de obra.

Luego, lo que se alega sobre este punto concreto, no es que se haya dejado de valorar un antecedente determinado, sino el hecho que a pesar de existir algunos antecedentes que evidenciaron que la obra no exigía inspección técnica externa, los jueces igual hayan tenido por establecida esa exigencia. Como puede verse, lo que ocurre en la especie, es simplemente una discrepancia sobre la ponderación conjunta de los elementos de cargo. Sobre el punto, las interrogaciones de los defensores apuntaban a la obligatoriedad legal de contar con inspector técnico

externo, en tanto el razonamiento del tribunal apuntó al hecho que la inspección técnica se contempló en las especificaciones de obra que fue uno de los antecedentes sometidos al control de la Dirección de Obras para el otorgamiento de los permisos respectivos y, visadas en dicho aspecto, resultó obligatorio para los acusados dar cumplimiento a todo aquello que se comprometieron al tiempo de obtener el permiso de la autoridad administrativa. Claramente, la defensa discurre en un ámbito diverso de aquel por el cual razonaron los magistrados, de modo que no es factible concluir la existencia de la omisión que se reprocha al fallo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en cuanto a la omisión de consideraciones relativas al mecanismo de colapso, que sería incompatible con los defectos constructivos imputados: los traslajos trabajan a tracción y no a compresión. La defensa citó en esta parte lo dicho por los testigos René Lagos y Peter Dechent. Sobre este punto, también se protestó porque el fallo no se habría hecho cargo de la declaración del perito de la defensa, Dr. Dechent, en cuanto a la ausencia de armadura de una viga constructiva en el primer subterráneo, en cuanto ese perito dijo haber encontrado vestigios de esa viga y que aquella estaba construida de acuerdo a los planos, a lo que se sumó que Dechent y Restrepo afirmaron que esa viga fue irrelevante en el mecanismo de colapso porque aquél se originó en el eje I y J, en el primer piso y no en el subterráneo.

Sobre estos capítulos, el tribunal tuvo por cierto como acápites de las “ii. Deficiencias constructivas propiamente tales, cuya ejecución estuvo a cargo de Ricardo Baeza”, que ellas consistieron en las siguientes: “1° En los pilares del primer piso correspondientes a los ejes 11, 17 y 24 contiguos a eje I, no se cumplió con el detallamiento indicado en planos de proyecto en primer y segundo piso.

En particular, algunas de las barras longitudinales no se prolongaron de acuerdo a lo requerido en planos. Esta deficiencia constituye una reducción de la cuantía de armadura resistente para las zonas más críticas en un 53% para el eje 11, en un 37% para el eje 17 y en un 46% en el eje 24.

2° En los elementos al interior del edificio se constató que en el muro del eje 13 y en el pilar del eje 11, no se materializó en la unión la armadura longitudinal correspondiente a la viga que cruza dichos elementos a nivel del cielo del primer subterráneo, condicionando una falla local en los elementos que sustenta dicha viga.

Considerando el efecto conjunto de las insuficiencias en el detallamiento de armaduras indicadas en el punto IV.2.a precedente y en las de construcción constatadas de la obra ejecutada en los pilares de los ejes 11, 17 y 24 contiguos al eje I a nivel del primer piso, se tuvo una reducción de la cuantía de armadura resistente en dichos pilares de 59% para el pilar del eje 11, de 46% para el eje 17 y de 54% para el eje 24. La ubicación de

la falla observada en los pilares coincide con las zonas de mayor reducción de cuantía de armadura.”

De lo transcrito aparece que los jueces se hicieron cargo del mecanismo de colapso y dieron por establecida la zona exacta donde éste se produjo, así como los elementos donde ocurrieron las fallas estructurales concretas que condujeron al mismo. Luego, a fs. 236 y siguientes del fallo incorporado a este legajo, se lee el análisis comparado que los jueces hicieron de lo manifestado por los peritos Eduardo Sanhueza, David Silva y Fernando Yáñez, Marianne Kúpfer y René Lagos y el peritaje del IDIEM, donde se analizó todo lo referente a los mecanismos de compresión y tracción y a la falla generada en los empalmes de los ejes 11, 17 y 24, además de la falta de armadura de la viga y las condiciones de lechada advertidas. Asimismo, a fs. 243 se volvió a revisar la declaración del perito Dechent, pero sobre todo, en el motivo undécimo, los jueces del Tribunal Oral dedicaron un párrafo completo a los peritajes de las defensas, donde se analizan los dichos de los testigos Robert Steven Dunham, José Ignacio Restrepo y Peter Dechent Anglada, expresando el tribunal las razones por las cuales no asignó el mismo valor probatorio a lo explicado por aquéllos y por qué prefirió los informes de los peritos del IDIEM.

En conclusión, una vez más, no se verifica en la especie la infracción denunciada, en términos que el tribunal haya omitido hacerse cargo de prueba rendida, sino que tan sólo los

jueces hicieron un trabajo de ponderación de elementos en cuyo ejercicio se desempeñan de modo soberano.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, finalmente, se reclama que en el motivo 11° se atribuyó responsabilidad a los imputados Ortigosa, Parra y Baeza por no someter los cambios estructurales del proyecto de cálculo a nueva revisión de la Municipalidad, infringiendo con ello el artículo 119 de la Ley General de Urbanismo y Construcción. Sobre tales antecedentes, se alega que el tribunal no valoró lo dicho por Ricardo Schneider, Eliseo Rivera, el perito del IDIEM Eduardo Sanhueza, el funcionario de la PDI Jorge Abate Reyes, los peritos David Silva y René Lagos; tampoco los documentos presentados por el Ministerio Público consistentes en Permiso de Construcción, planos de arquitectura y certificado del Ingeniero revisor Sr. Bonelli; en cuanto a que: a) los planos que el tribunal señala que son versión noviembre de 2006, supuestamente ingresados a la Municipalidad para la obtención del permiso de construcción, no coinciden con los planos de arquitectura de la carpeta municipal; b) que no se tiene certeza qué planos revisó el ingeniero revisor, pues no tenía copias, ni qué planos se ingresaron a la D.O.M., pues se extraviaron; c) que no existieron cambios estructurales en el proyecto de ingeniería revisado por el revisor de cálculo y presentado a la Municipalidad, en relación al proyecto construido; d) que los acusados jamás tomaron conocimiento de eventuales cambios a los planos de

estructura que tuvieran que ser nuevamente informados al revisor.

Estas alegaciones corresponden a meros argumentos de la defensa que no coinciden con las conclusiones de los jueces del Tribunal Oral, apareciendo de la sola lectura del motivo undécimo, que al establecerse esta parte de la imputación en que descansa la atribución de responsabilidad que se hizo a los inculpados, se consideró lo dicho por los peritos Schneider, Sanhueza, Pereira, Rivera y Dechent y las declaraciones de los funcionarios de la PDI Cristóbal Ramírez y Jorge Abate; además de la información extraída del computador del acusado Petinelli y los planos que él mismo entregó a la Policía de Investigaciones; el certificado extendido por el revisor Bonelli; los planos de arquitectura, una carta firmada por el gerente general acusado, Juan Ortigosa y otra N°230 del acusado Baeza.

En definitiva, los elementos probatorios han sido considerados, reduciéndose la protesta a la valoración que de ellos se ha hecho.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, por último, se denunció además, infracción al artículo 297 del Código Procesal Penal, al haberse condenado en base a un elemento de cargo no incorporado legalmente al juicio, cual fue, el documento denominado “Especificaciones Técnicas”.

Este asunto ya fue tratado con anterioridad, desde que el tribunal con la anuencia de las partes admitió que se hiciera lectura resumida del mismo,

teniéndose luego por incorporado dicho documento, sin que los intervinientes hicieran observación alguna sobre el mismo, a lo que se sumó el hecho que cuando este antecedente fue leído en la audiencia de conocimiento de los recursos ante esta Corte, la expresión ITO o Inspector Técnico de la Obra, fue mencionado en a lo menos dos oportunidades, dejándose luego el documento a disposición del tribunal.

Por otra parte, en lo que atañe a la alegación que se hace por haberse declarado en la sentencia que de haber existido la inspección técnica de las obras “resulta evidente que el edificio no hubiere colapsado”, supuestamente sin prueba alguna que lo avale, lo cierto es que tal afirmación constituye una conclusión de los juzgadores avalada por el análisis conjunto de todos los elementos de cargo y construida a partir de los mismos hechos que se tuvieron por establecidos, de modo que tal que no corresponde, como pretende la defensa, a una línea que haya debido ser copiada o extraída de un informe pericial o de la afirmación de un testigo concreto. Naturalmente, las conclusiones que los jueces alcanzan luego de asentar los hechos del proceso y aplicar a ellos la ley forma parte del proceso de razonamiento judicial propia de su tarea soberana que sólo fue ilustrada por el resto de los auxiliares en el procedimiento, pero no cumplida por aquéllos.

TRIGÉSIMO: Que, en cuanto a las causales de infracción de derecho esgrimidas por las defensas de los condenados, se denuncia en primer

término la violación de los artículos 143 de la Ley General de Urbanismo y Construcción y 1.3.2 N°8 de la Ordenanza respectiva, que sólo exige inspección técnica externa para los edificios públicos.

Al respecto, es necesario precisar que la sentencia no ha establecido que se trate de un edificio público y tampoco ha exigido la presencia de un inspector técnico independiente, que es lo que corresponde para un edificio público según ordena el artículo 143 de la Ley General de Urbanismo y Construcción, al disponer que: “Durante la ejecución de una obra, el constructor a cargo de ella deberá velar por que en la construcción se adopten medidas de gestión y control de calidad para que ésta se ejecute conforme a las normas técnicas obligatorias, la Ley General de Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, así como a la demás normativa aplicable a la materia, y se ajuste a los planos y especificaciones del respectivo proyecto.

Los contenidos de las medidas de gestión y control de calidad deberán ser establecidos en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, debiendo en todo caso referirse como mínimo a los siguientes aspectos: medidas técnicas y de seguridad que se deberán adoptar para la correcta ejecución de las obras de construcción,...

“Tratándose de edificios de uso público y demás casos que señale la Ordenanza General, será obligatorio que la obra cuente con un inspector

técnico de obra (ITO), independiente del constructor, con inscripción en un Registro que para estos efectos mantendrá el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo...”

“El inspector técnico de obra (ITO) estará encargado de supervisar que la obra se ejecute conforme a las normas de construcción aplicables a la ejecución de la obra, al permiso de construcción aprobado y sus modificaciones. Durante la ejecución de la obra será responsable que ésta cumpla con el proyecto de arquitectura; el proyecto de cálculo estructural; y los proyectos de especialidades; incluidos los planos y especificaciones técnicas correspondientes, debiendo para ello, registrar en el Libro de Obras la supervisión de las partidas que determinen la Ordenanza General y las respectivas especificaciones técnicas. Asimismo, el inspector técnico de obra deberá supervisar oportunamente el cumplimiento de las medidas de gestión y de control de la calidad...”

Para el caso concreto, el tribunal tuvo por establecido, en base a la prueba de cargo, que los acusados se obligaron a contar con un Inspector Técnico de Obra distinto del constructor (de ahí la denominación de externo), lo que se tuvo por establecido no sólo con el documento denominado Especificaciones Técnicas, sino que también con un documento firmado por Baeza Martínez y las aseveraciones de testigos, todo ello analizado en el razonamiento undécimo de la sentencia. Dado que la autorización para edificar fue visada por la Municipalidad con el compromiso de

contar con el ITO, el tribunal hizo aplicables las disposiciones legales y reglamentarias que obligan al constructor y propietario a sujetarse a los permisos vigentes en el desarrollo de la obra que, para el caso, significaba cumplir efectivamente con las tareas del ITO. Sin embargo, en los hechos y tal como se tuvo por establecido, las tareas de control propias de ese profesional no fueron cumplidas por esa persona, que según la defensa era un trabajador de nombre Eduardo Ojeda Zavala, que tenía la denominación de encargado de la oficina técnica, pero su trabajo era controlar que no se produjeran atrasos en la ejecución de la obra, pero no tenía dirección técnica alguna, la que recaía en Baeza y luego en los jefes de obras, y bajo ellos, en los capataces, etc. Un control vertical que no se ajustaba a lo programado en las Especificaciones, a lo informado a la autoridad administrativa, a lo que estaba en noticia del revisor independiente y, en definitiva, a aquello en base a lo cual se concedió el permiso de edificación.

En consecuencia, la norma del artículo 143 de la Ley General de Urbanismo no se aplicó en el caso en relación a la supuesta exigencia de un Inspector Técnico Independiente, propio de un edificio público, por lo tanto, no ha existido la infracción de derecho que se reclama.

Del mismo modo, no se ha aplicado tampoco el artículo 1.3.2. N°8 de la Ordenanza, que establece que “De conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, se considerarán infrac-

ciones a las normas contenidas en la presente Ordenanza, y por lo tanto quedarán sujetas a multa, las siguientes acciones, entre otras: 8. La falta de revisor independiente o de inspector técnico, tratándose de edificios de uso público”. De contrario, en el razonamiento undécimo, a fs. 234, la cita que se lee en relación a este precepto, es de los artículos “1.3.2 N°-; 1.3.2 N°7”, correspondiendo el número faltante al N°1, según se advierte de la explicación siguiente de la sentencia y de la acusación, donde esas disposiciones ordenan: “De conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, se considerarán infracciones a las normas contenidas en la presente Ordenanza, y por lo tanto quedarán sujetas a multa, las siguientes acciones, entre otras: 1. La ejecución de cualquier obra de construcción en contravención con las disposiciones de la presente Ordenanza; y, 7. La falta de profesionales competentes responsables de la supervisión, construcción o inspección de la obra.”

En consecuencia, no habiéndose aplicado las disposiciones legales que aducen los recurrentes, sino que por el contrario, aquéllas que calificaban correctamente, además, las situaciones fácticas que se tuvieron por establecidas, este primer capítulo de infracción de derecho debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, a continuación, se ha denunciado la infracción del artículo 119 de la Ley General de Urbanismo en Construcción en cuanto los acusados Orti-

gosa, Parra y Baeza no sometieron a revisión del revisor y de la Municipalidad los cambios estructurales del proyecto de cálculo, en circunstancias que esa norma no impone tal obligación.

El artículo 119° de la Ley citada, ordena que “Toda obra de urbanización o edificación deberá ejecutarse con sujeción estricta a los planos, especificaciones y demás antecedentes aprobados por la Dirección de Obras Municipales.

Si después de concedido un permiso hubiere necesidad de introducir modificaciones o variantes en el proyecto o en las obras correspondientes, tales modificaciones se tramitarán en la forma que señale la Ordenanza General.

La Dirección de Obras proveerá por escrito la información u observaciones sobre el proyecto al propietario o profesional que interviene, en formulario tipo, a solicitud del interesado. Será responsabilidad del profesional aportar los antecedentes necesarios y adecuar el proyecto a las exigencias que se le formulen.”

En la sentencia que se revisa, en la parte pertinente, los jueces no sólo aludieron al artículo 119 arriba copiado, sino que también se remitieron a otras disposiciones legales, entre las que se cuenta el artículo 5.2 y 5.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.

El artículo 5.2.2 de la Ordenanza, establece que “Las obras deberán ejecutarse en conformidad con los planos, especificaciones y demás

antecedentes aprobados en el respectivo permiso y sus modificaciones si las hubiere.

En caso de existir modificaciones al proyecto aprobado, a sus especificaciones o antecedentes, se procederá conforme lo establece el artículo 5.1.17, salvo que se trate de modificaciones menores...”

En la especie es un hecho del proceso que existieron modificaciones en los planos, cuestión que incluso fue aceptada en los alegatos de los representantes de los acusados, aunque en algunos casos se reclamó que aquéllos no habían tenido el carácter de estructurales, sino que habían sido modificaciones menores. Sin embargo, es también un hecho del proceso, inmutable para esta Corte, que las modificaciones introducidas en al menos tres ocasiones después de la aprobación de los planos, fueron estructurales y, en consecuencia, debía procederse en la forma señalada en el precepto arriba copiado y, por ende, hacer aplicación de la otra norma citada, el artículo 5.1.17 de la Ordenanza, que prescribe: “Si después de concedido un permiso y antes de la recepción de las obras, hubiere necesidad de modificar un proyecto aprobado, se deberán presentar ante el Director de Obras los siguientes antecedentes...” entre los que se cuentan nuevas especificaciones técnicas, informe favorable del revisor independiente, firma del proyectista de cálculo estructural e informe favorable de Revisor de Proyecto de Cálculo Estructural, cuando corresponda.

La única norma citada por los recurrentes resultaba atingente al caso, pero además, no fue tan sólo ella la invocada por los jueces del Tribunal Oral para establecer la obligación que se predica de los acusados, ante los hechos que se tuvieron por ciertos, por lo que la infracción de ley reclamada no ha existido.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, acto seguido, se sostiene que se estableció que los acusados no adoptaron las medidas que requería una obra de la naturaleza que tenía la de autos, infringiendo así los artículos 1.1.2; 1.2.2; 3.3.9; 5.1.6 letras g) y h); 5.1.17; 1.2.9; 1.3.2 N°1 y N°7, las que no tienen, sin embargo, el alcance que se ha pretendido darles. Explica sobre el punto que la obligación se aplica cuando existen cambios estructurales -5.2.6 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción-, cuyo no fue el caso y, además, que sólo son responsables los profesionales que los suscriben -1.2.14 del mismo compendio reglamentario.

Sobre este punto, basta para rechazar la denuncia que se levanta, el simple hecho que se encuentra apoyada en una situación fáctica inefectiva: que no hubo cambios estructurales en el proyecto original, en circunstancias que como ya se dijo, tal presupuesto es un hecho del proceso.

Asimismo, si bien existe una disposición que señala la responsabilidad de los profesionales que suscriben determinados antecedentes, existen otras que atribuyen responsabilidad a los propietarios y constructores en

cada caso, siendo uno de los pilares de este proceso y el motivo por el cual se desestimó además, la teoría de la defensa apoyada en el principio de división de funciones en base a la confianza, el hecho que los acusados no tenían funciones claramente definidas, sino que todos ellos actuaban dentro de unas mismas esferas de atribuciones.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, como séptima alegación subsidiaria, se denuncia infracción al artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcción y 1.2.3 de la Ordenanza respectiva cuando se apoya la decisión de condena en tales preceptos, desde que aquellos sólo tienen alcance para la responsabilidad civil.

Es efectivo que tales preceptos están diseñados para establecer la responsabilidad civil de las personas que allí se indican, pero en el fallo son sólo normas de contexto, desde que los jueces han condenado por delitos negligentes en relación al tipo penal del artículo 492 del código punitivo, en relación al artículo 490 del mismo cuerpo de leyes y también a los artículos 391 N°2 y 397 N°1 y 2 de ese mismo código. Las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcción y de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción han sido señaladas para demostrar la infracción de reglamentos que permite establecer la negligencia e imprudencia de los acusados y en esta parte resulta preciso consignar que esos dos preceptos no fueron los únicos invocados por los jueces para tal objeto, de modo que la sola denuncia de haberse cometido

una eventual infracción en aquéllos, dejando subsistentes los demás, aun en el caso de ser efectiva, supone que no se satisface la exigencia de sustancialidad en la infracción que se pretende.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, finalmente, por la octava causal subsidiaria, se denuncia infracción de derecho por no haberse hecho aplicación del artículo 75 del Código Penal y con ello, de una sanción inferior que medie entre 541 y 818 días de reclusión menor en su grado medio, la defensa sostiene que se trata de un único cuasidelito con pluralidad de resultados. De contrario, de estimarse que se trata de una pluralidad de cuasidelitos, se está en presencia de un concurso ideal, porque un mismo hecho constituye dos o más cuasidelitos, lo que debe resolverse de acuerdo con lo previsto en el artículo 75 del Código Penal y no como erróneamente lo hace la sentencia, como un caso de reiteración de delitos de la misma especie en los términos del artículo 351 del Código Procesal Penal, ni menos como un concurso material de acuerdo con el artículo 74 del Código Penal.

De ahí colige el recurrente que siendo la pena mayor asignada al delito más grave la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (artículo 490 N°1 del Código Penal) y por favorecer a los acusados una circunstancia atenuante, de acuerdo al artículo 67 del mismo código debe aplicarse el mínimo de esa pena, esto es, 541 a 818 días de reclusión menor en su grado medio,

lo que debe disponerse por sentencia de reemplazo.

Como primera cuestión que debe advertirse de esta sección del libelo, es que no se indica en parte alguna cuáles son en concreto las normas legales que se dicen infringidas, debiendo suponerse que se trata de todas aquellas que se han mencionado en su descripción, la que incluye el artículo 75 del Código Penal, que parece ser la que se pide aplicar, la del artículo 351 del Código Procesal Penal, cuya aplicación se estimaría errónea, al igual que la del artículo 74 del Código Penal y la del artículo 67 de ese mismo código que regula la concurrencia de la única circunstancia atenuante reconocida a los acusados.

Atendido el hecho que se está solicitando fallo de reemplazo en los términos del artículo 385 del Código Procesal Penal, corresponde que los recurrentes indiquen de modo preciso no sólo aquellas disposiciones concretas que estiman infringidas, lo que constituye una exigencia de la causal invocada, sino que además, que citen los preceptos necesarios para pronunciar la solicitada sentencia de reemplazo, cuestión que no se ha satisfecho en la especie.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, ocurre que el artículo 75 del Código Penal sólo puede ser aplicado cuando en la sentencia se ha tenido por establecida la existencia de un solo hecho culposo y que éste ha tenido resultados diversos, que es lo que pretenden las defensas, en circunstancias que en la

especie, la sentencia dio por establecida la existencia de ocho cuasidelitos de homicidio: de Carlos Cifuentes Cisternas, Ilse del Campo Ibáñez, Patricio Matus Vergara, Erwin Arandana Burgos, Paola Herrera Pavez, Vicente González Herrera, Jasmina Fierro Cerro y José León Acevedo; más un cuasidelito de lesiones graves gravísimas de Verónica Riquelme Cisternas; y de otros seis cuasidelitos de lesiones simplemente graves de Erna Escobar Sanhueza, Alonso Díaz Escobar, Erik Arévalo Aceituno, Cristián Fernández Villanueva, Milena Zúñiga Medina y Boris Castro Morales por los cuales resultaron condenados y respecto de lo que se razonó adecuadamente en la sentencia, haciéndolo además sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y la sanción a imponer en definitiva, conforme se lee de los motivos vigésimo segundo y siguientes, así como en lo resolutivo del mismo fallo.

El artículo 75 del Código Penal, supone la comisión de un solo hecho, en tanto el artículo 351 del Código Procesal Penal, que fue el aplicado en la situación en estudio, procede cuando existe reiteración de delitos.

Como se advierte, en el caso sometido al conocimiento de este Tribunal es un presupuesto fáctico establecido en la causa la existencia de múltiples hechos, supuesto que no resulta modificable para este tribunal, desde que la invocada es una causal de infracción de ley, razón por la cual el análisis de las disposiciones legales procedentes debe ser reali-

zado en relación a los hechos afincados en el proceso.

En dicho escenario, no tiene lugar el supuesto del artículo 75 del Código Penal, siendo ajustada a derecho la forma en que se ha sancionado a los acusados, por lo que este capítulo de nulidad será también desestimado.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, por último en cuanto se ha denunciado infracción por no haberse admitido la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, de la cooperación sustancial de los acusados, sucede que esta alegación carece de sustancialidad desde que aun cuando se admitiera la concurrencia de una atenuante adicional, el tribunal tiene una facultad señalada en la ley para reducir la sanción a imponer, de modo que no se trata en el caso de una situación en que se verifique las condiciones de la causal esgrimida, razón suficiente para su rechazo, pero además, los jueces no dejaron establecido como hechos probados los presupuestos de la cooperación que se alega.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 360, 373 y 374 del Código Procesal Penal, se rechazan los recursos de nulidad deducidos a fs. 426, 450 y 480 por las defensas de Juan Ignacio Ortigosa Ampuero, Ricardo Baeza Martínez y Felipe Parra Zanetti, contra la sentencia de diez de diciembre de dos mil trece, cuya copia está agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1000227267-4, RIT

251-2012, los que en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Brito, quienes estuvieron por acoger los recursos de nulidad interpuestos, únicamente por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en la parte que cuestionan, por infracción de derecho, la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal para los efectos de la determinación de la pena privativa de libertad impuesta a los recurrentes. Para ello tuvieron presentes las siguientes consideraciones:

1.- El fallo impugnado da por establecida legalmente la comisión de ocho cuasi delitos de homicidio, un cuasi delito de lesiones graves gravísimas y seis cuasi delitos de lesiones simplemente graves, todos perpetrados el día 27 de febrero de 2010.

2.- La invocación del artículo 351 del Código Procesal Penal por parte de los sentenciadores, para los efectos de la determinación de la pena aplicable a los condenados, pone de manifiesto que han estimado la concurrencia de un concurso real o reiteración de delitos culposos – se habla de quince cuasidelitos cometidos por los acusados – situación que supone una pluralidad de conductas punibles atribuibles a un mismo sujeto, lesivas de un mismo o distintos bienes jurídicos protegidos. “Hay un concurso real (material) de delitos cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes, respecto de

ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada.” (Cury, Derecho Penal, Parte General, 7ª edición, pp. 659-660) El tratadista citado señala como requisito básico del concurso material la realización de la participación en varios delitos. Etcheberry, refiriéndose a la pluralidad de hechos punibles como elemento esencial del concurso real, apunta que no dice tal cosa el artículo 74 del Código Penal, pero se deduce del art. 75, que reglamenta el concurso ideal el cual aparece definido como la situación en la que un solo hecho constituye dos o más delitos, de lo que se colige que el concurso material se producirá cuando la pluralidad de delitos provenga de la multiplicidad de hechos. (Derecho Penal, Parte General, T.II, pp. 115-116)

El artículo 74 del Código Penal elimina toda duda al respecto, ya que se refiere al culpable de dos o más delitos y a las diversas infracciones.

3.- De acuerdo a la tesis de la sentencia censurada, cada uno de los imputados habría cometido en un día determinado varios cuasidelitos, en concurso real, debido a la pluralidad de resultados lesivos producidos. No cabe duda que este último factor ha sido el determinante de la apreciación del número de hechos culposos atribuidos a los enjuiciados (15). Este criterio es rechazable, ya que no se encuentra establecido en la causa que los acusados hayan incurrido en quince conductas culposas distintas y separadas una de otra, con los resultados ya conocidos.

Se trata, en verdad, del antiguo problema doctrinario y práctico que presenta el cuasi delito con resultado múltiple, el típico caso del conductor de un vehículo que, por infringir los reglamentos y actuar con imprudencia o negligencia, arrolla a un grupo de peatones que espera locomoción en la vereda, provocando varias muertes y lesiones. ¿Es una reiteración de delitos culposos, un solo cuasi delito o un concurso ideal de estas infracciones?

De aplicar las reglas del concurso real, que significan considerar que el autor ha cometido un número de delitos culposos equivalente a los resultados verificados, normalmente se verá sobrepasada la culpabilidad por el hecho. En consecuencia no existiendo una norma que solucione la situación, la práctica judicial, amparada en parte de la doctrina, ha llevado a aplicar en estos casos la regla del concurso ideal de delitos. (Luis Ortiz Quiroga- Javier Arévalo Cunich, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, p. 351)

Se discute en doctrina lo que ocurre en el cuasidelito con resultado múltiple, expone Etcheberry, señalando que la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha inclinado por ver en estos casos un concurso ideal de delitos, esto es, un solo hecho que constituye dos o más delitos, y que, según se explicará, recibe una sanción menor que si se tratara de un concurso real, en el cual se suman las penas correspondientes a cada una de las infracciones. (Derecho Penal, Parte General, T.I, pp. 322-323)

Bustos Ramírez estima que no hay dificultades para aplicar a los delitos culposos el concurso ideal propio, cuando un solo hecho constituye dos o más delitos (art. 75 del C. Penal), pues es perfectamente posible que de un mismo hecho deriven dos delitos o injustos culposos. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme a la cual los hechos deben ser penalizados de acuerdo al artículo 75 del estatuto punitivo. (El delito culposo, pp. 114-115)

4.- En sentencia de 23.06.1988, la Corte Suprema resolvió, en un caso de hecho culposo singular con resultado múltiple, que la pena debe regularse de conformidad con el artículo 75 del Código Penal; en el fallo del mismo tribunal, de 27.08.1990, se estableció que “Por tratarse de una conducta culposa que origina tres cuasi delitos -uno de homicidio y dos de lesiones- se da el concurso de delitos prescrito en el artículo 75 del Código Penal, debiendo aplicarse la sanción asignada al delito más grave y rebajarla de acuerdo a las atenuantes que concurren.”

5.- Que, en consecuencia, los sentenciadores incurrieron en error de derecho al recurrir al concurso material de delitos culposos para determinar la penalidad concreta aplicable a los enjuiciados, la que, según lo argumentado precedentemente, debió ajustarse a lo ordenado por el artículo 75 del Código Penal precepto éste, que resulta infringido-precisamente por no haber sido aplicado a un caso que debía regirse imperativamente por el mismo- lo

que acarrea una errónea aplicación del derecho, representada en este caso por el artículo 351 del Código Procesal Penal, utilizado por los falladores para regular las sanciones punitivas aplicables a los enjuiciados.

La correcta aplicación del artículo 75 del estatuto punitivo habría determinado la imposición de una pena de reclusión menor en su grado medio, que es la sanción mayor asignada al delito más grave, la que tiene que ser aplicada en su mínimo por favorecer a los acusados una circunstancia atenuante y no perjudicarles ninguna agravante. La pena que así resulta, es inferior a la que los sentenciadores impusieron a los acusados, incurriendo para ello en una errónea aplicación del derecho que obviamente influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que la ausencia de la infracción legal habría traído como consecuencia jurídico-penal la imposición de una pena privativa de libertad correctamente impuesta de acuerdo al artículo 75 ya citado, inferior a la establecida en la sentencia atacada.

6.- Por las razones expresadas los disidentes fueron de opinión de acoger el recurso de nulidad de que se trata y de dictar sentencia de reemplazo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, porque la cuestión que motiva la falta de validez antes acotada sólo consiste en una errónea aplicación del derecho, esto es, en un aspecto del todo ajeno a las formalidades del juicio y a la valoración de la prueba recogida, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo

pues, como se ha dicho, determinó una pena superior a la que legalmente correspondía imponer.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Hugo Dolmestch Urra y del voto disidente, el Ministro Sr. Künsemüller.

Rol N°185-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cuatro de abril de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. AUTORÍA DEL ARTÍCULO 15 N°3 DEL CÓDIGO PENAL. PRUEBA DEL DOLO. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL. EFECTOS DEL SILENCIO DEL IMPUTADO. COLABORACIÓN SUSTANCIAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Con fecha 12 de mayo de 2014, la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad deducido por la defensa privada del condenado Celestino Cerafín Córdova Tránsito, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, en los autos RUC 1300014341-8, que lo condenó como autor del delito de incendio con resultado de muerte.

Dicha presentación denunciaba la supuesta existencia de diversos vicios de nulidad, entre los que destacan la errónea aplicación del derecho del artículo 15 N°3 del Código Penal, la vulneración del debido proceso, específicamente del derecho a defensa, la infracción de la presunción de inocencia, la falta de imparcialidad del tribunal, el derecho a guardar silencio del imputado, etc.

Del fallo en comento conviene destacar lo siguiente:

AUTORÍA DEL ARTÍCULO 15 N°3 CÓDIGO PENAL: *Si bien el numeral 3° del artículo 15 del Código Penal no requiere la acreditación de conductas materiales vinculadas a la ejecución de la acción típica, es requisito esencial que los partícipes conengan consumir un ilícito, puesto que se trata de la segunda hipótesis de la norma, vale decir, la actuación de aquel que, concertado para la ejecución del delito, lo presencia sin tomar inmediata parte en él. Así, dice el fallo que es factible afirmar –descartando toda duda razonable– que el acusado participó en los sucesos y obviamente, al tenerse por cierto que el mismo hecho se cometió entre varios sujetos, es razonable convenir que los autores estaban de acuerdo para su ejecución. No se trata de meras conjeturas, como asegura la defensa, porque todas las acciones acreditadas son de naturaleza colectiva, consistentes en la adopción de precauciones comunes, la elección de un lugar de acceso, el disparo de armas y el inicio del fuego en un punto determinado de la casa, es decir, son tareas que difícilmente pudieron llevarse adelante de forma individual y sin acuerdo previo en torno al objetivo perseguido.*

PRUEBA DEL DOLO: *En relación con el dolo del condenado y su prueba, se señala, en el considerando 12°, lo siguiente: “Si bien es cierto que su acreditación es una cuestión compleja, dados los elementos subjetivos o de naturaleza psicológica que no son perceptibles directamente, la convicción habrá de basarse en circunstancias probadas previas, coetáneas y posteriores al hecho que demuestren el íntimo conocimiento y voluntad del agente, que manifiesten la intención querida. Por consiguiente, el dolo, en cuanto elemento psicológico –“conocer y querer”– solamente puede fijarse por un proceso de inferencia. Estos juicios permiten al tribunal mediante una opera-*

ción lógica deducir del material fáctico la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que no trasciende y permanece reservado en todo individuo, de modo que su verificación requiere de una inferencia a partir de hechos conocidos.

El tribunal de los hechos debe establecerlo a partir de la forma exterior del comportamiento, debiendo consignar los hechos que acaecieron de los que derivan consecuencias, partiendo de prueba indiciaria para, mediante un análisis lógico, vincular los hechos acreditados que sirven de soporte con aquél no probado que se extrae de dicho proceso intelectual.”

IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL: *Respecto de los reclamos por supuesta falta de imparcialidad del tribunal se señala en el considerando 20° que “lo que se plantea como falta de imparcialidad no es más que el rechazo de las conclusiones alcanzadas por el tribunal. Una impugnación de tal naturaleza exige que sean postulados hechos concretos relativos a lo que se afirma, por cierto constitutivos por sí mismos de parcialidad y del todo ajenos al trabajo de valoración de la prueba, por cuanto la discusión de esto último, como en realidad se hace en la especie, supera claramente los límites de la nulidad que se reclama. Lo que hace el recurso en esta parte es proponer una valoración distinta de la prueba, lo que queda demostrado con su propio reclamo, que sostiene conclusiones que contrarían la lógica y falta de esclarecimiento de hechos que favorecieron la posición del imputado. Tales cargos son impertinentes para esta causal, y no llegan a configurar los hechos que importan parcialidad.”*

EN CUANTO AL SILENCIO DEL IMPUTADO: *Respecto del valor y efectos del silencio del imputado, en el considerando 22° se declara que: “es efectivo que el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad sólo puede significar expresión del ejercicio de su derecho a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico –ni moral– de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste al imputado.*

Al margen de ello, que el acusado declare o no, es una decisión estratégica de la defensa, ejercitando su derecho de manera positiva, esto es haciéndose oír, o de forma negativa, guardando silencio. Sin embargo, de la lectura de la sentencia no aparece que se haya otorgado valor al silencio del imputado pues la decisión arranca exclusivamente de la prueba de cargo aportada por el persecutor, tanto en lo concerniente al delito como a la participación. La pregunta que debe hacerse en este caso es si la prueba de la parte acusadora fue suficiente para alcanzar la convicción condenatoria y la respuesta que surge del fallo no es otra que la prueba incriminatoria tenida en consideración es la aportada por la acusadora y que no ha razonado dando valor incriminatorio al silencio del inculpado.

Es claro que el imputado no fue sancionado por la ausencia de una explicación en torno a los hechos como sostiene el recurrente. La alusión que hace el tribunal sobre este aspecto es inocua, no afecta la esencia del derecho a guardar silencio, y si bien es

innecesaria, carece de trascendencia a estos efectos, porque, como ya se dijo, la convicción condenatoria se sustenta en otros antecedentes.

PRUEBA DEL DOMINIO DEL ACTO. *En relación a las alegaciones relativas a la autoría y la prueba del dominio del acto, en el considerando 24° se indica que “...la alegación de no haberse acreditado el dominio del acto carece de sustento y debe ser rechazada. No debe olvidarse que se trata de coautoría y que ello acepta división de funciones, esto es que el hecho criminal no sea ejecutado necesariamente con la realización de todos los hechos por todos los concertados, porque la acción típica que se fracciona por las circunstancias ha de estar comprometida en el acuerdo, de suerte que todos los agentes la desarrollen de esta manera. Así, incurrir en responsabilidad penal, según el grado de desarrollo que se alcance, motivo por el que no es aceptable entender el dominio del acto de la manera en que actúa sólo una persona.”*

ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N°9 DEL CÓDIGO PENAL: *Respecto de la atenuante del artículo 11 N°9, se declara en el considerando 26° que “...el tribunal respeta expresamente la cosmovisión Mapuche del encausado, asentada por los dichos del perito José Quidel y por el informe antropológico introducido por la defensa, a lo que se anexó un informe social, por demandarlo así el Convenio 169 de la OIT, en relación a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República. También los jueces admiten que tal cual postuló la defensa, el encausado cooperó con la investigación teniendo para ello presente la información antropológica suministrada, empero de un análisis objetivo de dicha contribución se estimó que la misma no ha sido sustancial para el esclarecimiento de los hechos, a tal punto que parte de los mismos no han podido ser esclarecidos en su totalidad, puesto que en ellos participaron otras personas aún sin identificar. De otra parte, en cuanto a la circunstancia de haber proporcionado su identificación, la misma aún sin la colaboración voluntaria del encausado pudo ser obtenida mediante diligencias autorizadas por un Juez de Garantía, lo mismo respecto del examen de sus heridas, de manera que la colaboración prestada sólo tiene una trascendencia marginal y no sustancial como lo requiere el legislador.” (El subrayado es nuestro).*

EN RELACIÓN A LA CALIFICACIÓN DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N°6 DEL CÓDIGO PENAL: *En lo que se refiere a la atenuante de irreprochable conducta anterior y el reclamo de la defensa en cuanto a que no se le tuvo por muy calificada, la Corte Suprema señala en el considerando 26° que los informes antropológicos no impiden desestimar la calificación, pues “...no se observa mérito que lo haga procedente, pues sólo se da cuenta de que el encausado posee un origen Mapuche, es Machi, ha vivido en una comunidad de su etnia, asistido al colegio y que pertenece a una familia extensa, es decir, actividades propias de cualquier hombre medio inserto en la sociedad”*

Se agrega que de la condición de Machi, en los señalados informes “...lo que se afirma es que se trata de una suerte de don que no dice relación con un especial mérito sino de una condición espiritual heredada por línea materna por lo que no es posible considerar que el encausado tenga una conducta superior a un hombre medio; es más, que

el mismo haya curado a varias personas más parece aproximarse al ejercicio de las funciones espirituales y médicas que le son propias, que a una actitud especialmente considerable y altruista.”

AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 12 N°12 DEL CÓDIGO PENAL: *En cuanto a la agravante del artículo 12 N°12 del Código Penal, se descartan los reproches a su respecto, ya que “Como es evidente, en la noche y vestidos con ropas oscuras, los agentes pueden conducirse de manera de no ser detectados, y al no ser advertidos obviamente ello incide en el éxito de la tarea delictiva, produciéndose una notable ventaja para el actuar de los agentes, todo lo que les hace merecedor de un mayor reproche delictivo. Por lo demás, a pesar del gran contingente policial, los demás partícipes no fueron encontrados, de lo que se deduce que la nocturnidad fue un factor determinante a la hora de la ejecución del hecho.”*

Texto Completo:

Santiago, doce de mayo de dos mil catorce.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, por sentencia de veintiocho de febrero de dos mil catorce pronunciada en los antecedentes RUC 1300014341-8, RIT 220-2013, rectificada por resolución de tres de marzo pasado, absolvió a CELESTINO CERAFIN CORDOVA TRANSITO de los cargos formulados de ser autor de los delitos de incendio de casa o lugar habitado, en carácter de terrorista, incendio de bienes muebles y robo con violencia, perpetrados en el Fundo Santa Isabel de la comuna de Vilcún, Región de la Araucanía, el día 22 de diciembre del 2012.

Enseguida se condenó al mismo imputado a dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inha-

bilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por su responsabilidad de autor del delito consumado de incendio con resultado de muerte, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 474 del Código Penal, perpetrado el 4 de enero de 2013 en la comuna de Vilcún, Región de La Araucanía, y que extinguió la vida de don Werner Luchsinger Lemp y de la señora Vivian Mackay González.

La defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia el que se conoció en la audiencia pública de veintidós de abril pasado con la concurrencia y alegatos de los abogados don Pablo Ortega, por la defensa, don Cristián Paredes, por el Ministerio Público, el señor Carlos Tenorio, por la parte querellante particular y don Víctor Santelices por la Intendencia de la Región de la Araucanía, convocándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy como consta del acta de fojas 246 de este cuaderno.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en su primer segmento, la defensa alega como causal principal la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Sostiene el recurso que la calidad de autor que el fallo atribuye al acusado constituye un error de derecho pues no hay mérito para dar aplicación al artículo 15 N°3 del Código Penal, lo que hace procedente la aplicación de la regla del artículo 385 del Código Procesal Penal, pues se castigó a Córdova Tránsito en circunstancias que no procedía pena alguna, generándose una infracción en la aplicación de los artículos 14, 15 y 50 del Código Penal.

Para estos efectos indica que las imputaciones de la acusación se limitan a los actos de irrumpir en la casa habitación de las víctimas, disparar armas de fuego, agredirlas, rociar el inmueble con acelerantes e iniciar el fuego. El fallo, sin embargo, estableció que el imputado ingresó al fundo, es decir reconoce que no irrumpió en la casa como postuló la acusación; luego, previo al inicio del incendio, se consigna que hubo un intercambio de disparos sin indicios que permitan sustentar la tesis que el encausado haya sido el autor material de éstos o que de mano propia haya procedido a ejecutar el delito, ni menos que haya disparado un arma de fuego contra la vivienda. La sentencia también declaró que no existen acelerantes en el sitio del

suceso ni en las prendas del imputado, no obstante lo cual, a juicio del fallo, ello no sería indiciario de ausencia de participación sino solo una explicación de que – los autores – para iniciar la ignición no se prevalecieron de esas sustancias.

Ante tal declaración de hechos el recurso plantea que todas las conductas comprendidas en la acusación fueron desechadas en el fallo, no obstante lo cual Córdova Tránsito fue condenado como coautor, sin que exista precisión acerca de la hipótesis del artículo 15 N°3 del Código Penal en que se enmarca su conducta.

A objeto de situar al acusado en el lugar de los hechos, el recurso sostiene que la sentencia descarta que el imputado haya sido herido en las inmediaciones del sitio de la detención -a 1.780 metros del lugar siniestrado- y desestima la ausencia de rastros de sangre en el trayecto que supuestamente realizó a resultas de los efectos del agua que lanzó bomberos, concluyendo que el imputado se ubicó cerca del domicilio afectado atendido que la mayoría de la evidencia balística se encontraba entre la residencia y una bodega existente a no más de cinco metros de la cocina; es decir el fallo solo plantea una probabilidad. Otro tanto ocurre con el proyectil que hirió al imputado, pues mientras las pericias informan que los percutidos por la pistola de la víctima tenían encaamisado de níquel, el que provocó la herida a Córdova Tránsito era de cobre, hecho al que el tribunal resta trascendencia con otra suposición,

cual es la presencia de un cargador vacío en el sitio del suceso perteneciente al arma de la víctima, lo que abre un espectro de posibilidades en cuanto a que también se percutieron municiones con encamisado de cobre de calibre indeterminado. De modo que es posible que el proyectil no haya provenido del arma de la víctima.

Se funda asimismo esta causal en la omisión del fallo acerca del dominio del hecho como requisito necesario para la autoría que se le atribuye, más si se sostiene que Córdoba Tránsito fue herido previo al incendio y que el delito de todos modos se ejecutó, descartándose dominio sobre su no consumación. Por otro lado, el concierto entre el acusado y otros ejecutores no identificados se presume en base a indicios a partir de la aseveración que no hay otra explicación lógica para la presencia de Córdoba Tránsito al interior del predio que no sea el hecho que éste compartía el designio criminal de los hechos materiales; sin embargo, se sostiene que no basta la mera convergencia en un delito, pues la coautoría llega hasta donde alcanza la voluntad común, pues el exceso consciente de un agente no grava a los demás. La sentencia no establece cómo actuaron los ejecutores ni cómo lo hizo Córdoba Tránsito, solo indica que se encontraba presenciando el hecho mientras este se producía, sin dar detalles, discurriendo acerca de posibilidades, esto es, no a partir de hechos ciertos, máxime si se descartó que su representado hubiese estado armado.

La sentencia sostiene la hipótesis que Córdoba Tránsito habría participado presenciando el hecho, previo concierto, lo que supone que el delito ya había comenzado a ejecutarse, pero no establece que haya verificado la conducta de “incendiar” descrita en el artículo 474 del Código Penal, porque reconoce que el imputado no disparó ni inició el fuego. La defensa alega a favor de Córdoba Tránsito que no se logró establecer fuera de toda duda razonable si este provenía del sitio del suceso o de la dirección contraria o si se protegía de los disparos recibidos, por lo que incluso de haber existido un acuerdo con terceros para cometer un delito era necesario esclarecer en forma previa de qué delito se trataba, si homicidio, incendio u otro hecho. Se trata de precisar adonde dirigía su dolo, porque su permanencia a 1.780 metros del sitio del suceso solo podría constituir un acto preparatorio impune, en el que no hay nexo causal con el incendio.

Luego reclama que el fallo da por establecida la participación en base a pruebas contradictorias y que se aparta de las reglas de la lógica formal para razonar desde la lógica común, dándole al acusado el tratamiento de un hombre medio, obviando que existe una convención probatoria sobre su calidad de mapuche y machi.

Se solicita finalmente por esta causal que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que absuelva al acusado.

SEGUNDO: Que la primera causal subsidiaria del recurso se fundamenta en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como consecuencia de la transgresión a los artículos 19 N°3 de la Constitución Política, 14 N°3 letra b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 N°2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El recurso centra sus reclamos en las circunstancias desventajosas en que se ejerció la defensa, dada la escasez del tiempo concedido para preparar una adecuada asistencia técnica, atendida la complejidad y extensión del asunto y la circunstancia que más de veinte antecedentes no fueron puestos a su disposición oportunamente sino en forma paulatina durante el desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral, por lo que esos elementos de juicio no pudieron ser analizados del modo apropiado. Incluso asegura que solo durante el desarrollo del juicio oral se enteró de la realización de una pericia balística cuyo fin era determinar el calibre del proyectil que hirió al acusado, lo que pudo haber contribuido a acreditar su inocencia, nada de lo cual fue atendido por el fallo, afectándose sustancialmente los derechos de su parte.

Por ello, solicita la nulidad del juicio y del fallo en lo que concierne al delito por el que Córdova Tránsito fue condenado, debiendo retrotraerse el procedimiento al estado de realizarse nueva audiencia de preparación de juicio oral por un tribunal no inhabilitado.

TERCERO: Que, enseguida, en forma subsidiaria, el recurso se funda en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, dada la inobservancia de la presunción de inocencia, la falta de objetividad en la investigación por parte del persecutor y la transgresión del deber de imparcialidad del tribunal.

Estos cuestionamientos se hacen consistir en que el Ministerio Público estimó acabada la investigación luego de sólo cuatro meses, marginando cualquier otra hipótesis investigativa, centrando su actividad en comprobar la participación culpable del imputado Córdova Tránsito a partir del indicio de su detención, renunciando a pruebas de relevancia tendientes a identificar científicamente el origen y calibre del arma con la que fue herido y otras pruebas de ADN realizadas a restos de sangre y a las ropas del inculpado; tomando conocimiento la defensa de innumerables probanzas sólo en la etapa intermedia que no fueron oportunamente puestas a su disposición.

En lo que atañe a la actuación del juzgador, asegura que hay hechos que se dieron por acreditados al margen de las pruebas del juicio, estableciéndose concatenaciones que no son lógicas, lo que ocurre, por ejemplo, con la declaración del trayecto del proyectil que hirió al imputado, contrariando la prueba pericial existente; o con la indeterminación del origen y calibre del arma que hirió al acusado.

En definitiva plantea que a su defendido nunca se le consideró inocente,

lo que se ve refrendado al momento que el tribunal extrae conclusiones a partir del ejercicio de su derecho a guardar silencio, enunciando sin base aquello que al tribunal le pareció una razonable explicación de la imputación delictiva que se le formulaba.

Lo cierto es que, a su juicio, no existió prueba que demuestre que el imputado estuvo presente en el sitio del suceso, que los hechos establecidos tampoco lo señalan, no se demostró la existencia de hidrocarburos en sus vestimentas ni la supuesta ruta de huida.

Solicita en la conclusión, que se declare la nulidad del juicio y la sentencia respecto del delito por el que resultó condenado, debiéndose retrotraer el procedimiento al estado de realizar una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado.

CUARTO: Que, en subsidio de lo anterior, los siguientes dos capítulos del recurso se fundan en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y se plantean de manera conjunta.

Primero se sostiene que el fallo incurrió en error de derecho al condenar al acusado como autor en los términos alternativos previstos en el artículo 15 N°3 del Código Penal, lo que produjo, a su vez, infracción a los artículos 14, 15, 16, 50 y 51 del referido cuerpo legal, debido a que el concierto previo que el precepto exige se da por probado en base a indicios que no resultan idóneos o inequívocos y no se establece la forma de contribución al hecho, res-

pecto de lo cual la sentencia plantea que era innecesario encontrar restos de acelerantes, hidrocarburos y pólvora en las manos y/o ropas del acusado porque no se le imputa la comisión del delito de propia mano, bastando su presencia en el lugar aunque no permanezca en el mismo sitio durante toda la ejecución del hecho. Pero, como ya lo denunció, la sentencia omite referirse al dominio del hecho, presume el concierto previo y la contribución funcional al hecho, en condiciones en las que también puede ser responsabilizado como cómplice con los mismos argumentos del fallo, en circunstancias que existen dudas razonables de que el acusado se hubiese encontrado en el lugar porque no se probó que fuera herido por el arma de una de las víctimas, ni la existencia de rastros de sangre en el trayecto que supuestamente recorrió desde que fue herido.

De la presencia de otra persona en el lugar y la llamada de auxilio de la víctima no surge un nexo causal entre las personas que participaron en el hecho con Córdova Tránsito. Tampoco dice el fallo cómo habrían actuado los ejecutores ni se determina el hecho en que Córdova comprometió su participación. Reitera que si no se acredita ese aporte funcional se estaría ante un caso de complicidad.

Solicita en lo petitorio que se anule la sentencia a fin de que se dicte el correspondiente fallo de reemplazo que modifique el grado de participación, adecuándose la pena como en derecho corresponda.

En forma conjunta, como se dijo, se sostiene que el fallo comete error de derecho al estimar concurrente la circunstancia agravante del artículo 12 N°12 del Código Penal – ejecutar el delito de noche o en despoblado –, no dar por establecida la colaboración sustancial contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal y desestimar la calificación de la conducta irreprochable que le beneficia.

Respecto de la agravante de responsabilidad que fuera aplicada la defensa plantea que se está ante la hipótesis prevista en el inciso segundo del artículo 63 del Código Penal, porque dada la abundante presencia policial en el lugar de realización del hecho, el delito sólo podría ejecutarse de noche. Además, la sentencia establece que la víctima habría herido de gravedad al imputado, lo que descarta que la nocturnidad haya contribuido a la ejecución.

En lo referente a la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal el fallo considera que el aporte del encausado es marginal, en circunstancias que dio su consentimiento, no obstante su condición de “machi”, a todas las pericias solicitadas por el acusador, cuya colaboración era esencial para su éxito.

En lo relativo a la calificación de la irreprochable conducta anterior destaca el recurso que Córdova Tránsito no solo carece de anotaciones prontuariales previas sino que en su calidad de “machi” ha cumplido una función de la más alta relevancia al interior de la comunidad mediante actividades propias de su condición,

como la sanación de enfermedades, la preservación de su religión, participación en instancias de difusión de la cultura mapuche.

Solicita en lo conclusivo que se anule la sentencia en la parte que condenó al acusado, y que se dicte un fallo de reemplazo que lo condene en la calidad que en definitiva se determine, considerando sólo la concurrencia de dos atenuantes, una de ellas muy calificada, imponiéndole la pena que en derecho corresponda de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal y demás normas pertinentes.

QUINTO: Que, en subsidio, el recurso se funda en el motivo de nulidad del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal en relación a los artículos 19 N°3 de la Constitución Política y 341 del Código Procesal Penal, porque el hecho punible imputado no fue acreditado, sancionándolo por conductas que exceden el contenido de la acusación, pues ninguna de las que determinan el núcleo fáctico del delito fue desarrollada por Córdova, puesto que, como ya se ha dicho, el imputado no disparó, no roció la casa habitación con combustible, ni le prendió fuego.

Por ello solicita que se anule el juicio y la sentencia y se retrotraiga el procedimiento al estado de realizarse un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado.

SEXTO: Que, por último -siempre en subsidio- el recurso se sustenta en el motivo de nulidad del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342

letra c) del Código Procesal Penal, afirmándose que la participación del acusado fue establecida en base a prueba indiciaria con infracción a las reglas de la lógica. Para estos efectos el fallo asegura que la declaración de los testigos aprehensores Sres. López y Rivera y del cuidador del Fundo Palermo Sr. Meza no fue controvertida, en circunstancias que su parte la contrastó. Plantea que la sentencia no acude a las reglas de la lógica formal y trata al imputado como un hombre medio, obviando el acuerdo existente sobre su calidad de “machi”. Se dota al silencio de su representado de un valor negativo y el lugar de detención se usa para generar indicios de participación, sin explicar en qué consistió su intervención ni la ausencia de señales de sangre y huella de calzado en el supuesto camino de huida. No se acreditó con prueba científica que el proyectil que hirió a Córdova Tránsito fuera de la víctima, ni hay referencia a la velocidad del desplazamiento de la huida, todo lo cual descarta la existencia de un nexo causal entre el lugar de detención y el incendio mismo, porque no se probó que el acusado haya estado en el sitio del suceso.

De este modo, afirma, la conclusión a que arriba la sentencia no es la única posible, porque no ha podido demostrarse más allá de toda duda razonable que el acusado abandonara el sitio del suceso, el calibre de la bala que lo hirió ni que ella proviniera del arma de la víctima, incluso no se sabe si ésta se encontraba operativa. A estos respectos, el tribunal postula meras hipótesis. Tampoco se

acreditó que el acusado haya irrumpido en la casa habitación, que disparó, que roció el inmueble con diversos acelerantes e inició el fuego mediante elementos portadores de llama, no obstante lo cual fue condenado como autor de un delito de incendio del artículo 474 del Código Penal, marginándose las conclusiones de la presunción de inocencia que le amparaba.

Finaliza solicitando que se anule el juicio y la sentencia y se determine el estado en que debe quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

SÉPTIMO: Que la parte recurrente ofreció rendir prueba respecto de las circunstancias fundantes de las causales de nulidad invocadas, sin embargo, en la audiencia del recurso, al ser llamada a rendirla, desistió expresamente de dicho ofrecimiento.

OCTAVO: Que en relación a la causal principal el recurso discurre sobre la base de una errada calificación de los hechos en torno a la intervención que se atribuye a Córdova Tránsito, quien fue sancionado como autor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N°3 del Código Penal. Esta calificación, lo mismo que el concierto con que el acusado obró, fue objetada por la defensa porque no encuentra sustento en la prueba rendida ni en los hechos demostrados; por lo que en lo petitorio insta solo por la emisión de un fallo de reemplazo que absuelva al acusado de los cargos formulados.

NOVENO: Que como esta causal no autoriza la alteración de los hechos, es conveniente recordar lo que al efecto consignó el fallo.

En este sentido el tribunal declaró que: en la comuna de Vilcún, la madrugada del día 04 de enero del año 2013, siendo aproximadamente las 01:00 horas, Celestino Cerafín Córdova Tránsito, junto a un número indeterminado de personas, ingresó al fundo denominado “La Granja Lumahue”, de la localidad de General López, en cuyo interior se emplazaba la casa habitación del matrimonio compuesto por Werner Luchsinger Lemp y Vivian Mackay González, de 75 y 69 años, respectivamente, quienes en ese momento se encontraban en el interior del mismo. Acto seguido dicha residencia fue atacada mediante disparos de armas de fuego, agresión que fue repelida por Werner Luchsinger Lemp, quien hizo uso de una pistola marca Browning calibre 7.65 mm., logrando herir a la altura del tórax al imputado Córdova Tránsito, luego de lo que este último y sus acompañantes iniciaron el fuego en la morada señalada mediante cuerpos portadores de llamas, provocando con ello la muerte del matrimonio Luchsinger Mackay, quienes perdieron la vida por carbonización. En el curso de estos acontecimientos doña Vivian Mackay González efectuó diversos llamados telefónicos, que incluyó uno de auxilio a Carabineros de Chile, cuyo personal, emplazado en las cercanías del sector, al concurrir en dirección al lugar siniestrado logró la detención del imputado

quien se encontraba herido a bala en el tórax.

Como se advierte, los hechos demostrados explicitan que el imputado ingresó al fundo La Granja Lumahue en cuyo interior estaba emplazada la casa del matrimonio que en ese momento se encontraba en su interior, luego de lo cual Córdova Tránsito y sus acompañantes iniciaron el fuego en la morada mediante cuerpos portadores de llama provocando la muerte del matrimonio por carbonización.

DÉCIMO: Que la atribución de participación se establece a partir del fundamento Cuadragésimo Tercero del fallo recurrido, donde se apunta que no existen indicios que permitan sustentar la tesis de que el encausado haya sido autor material de los hechos, es decir que de mano propia haya ejecutado el delito - haber disparado un arma de fuego en contra de la vivienda -, puesto que el peritaje efectuado para la búsqueda de nitritos de pólvora en sus manos arrojó resultado negativo. Si bien el numeral 3° del artículo 15 del Código Penal no requiere la acreditación de conductas materiales vinculadas a la ejecución de la acción típica, es requisito esencial que los partícipes convengan consumir un ilícito, puesto que se trata de la segunda hipótesis de la norma, vale decir, la actuación de aquel que, concertado para la ejecución del delito, lo presencia sin tomar inmediata parte en él. Un indicio trascendente y concreto resultó ser que en la madrugada del día 4 de enero de 2013, entre las 01:30 y las 01:55

horas, aproximadamente, conforme refirieron los testigos señores José Rojas Romero, Luis López y Alejandro Rivera, el encausado gritaba o se quejaba mientras se desplazaba al interior del Fundo Granja Luma-hue en dirección sur -alejándose del lugar siniestrado-, lugar en que en los minutos previos se había producido un ataque armado y un incendio a la casa patronal. Luego es visto cuando, en su trayecto por el interior del campo, sale del lugar, en el cruce de los caminos que conducen a Tres Cerros y a General López, constatándose que estaba herido a bala, que en su cuello portaba una linterna apagada, que vestía una casaca negra, pantalones oscuros y que en el cuello llevaba una polera negra que servía para cubrir parte de su rostro, encontrándose agitado y con una porción de sus vestimentas mojadas.

Esa información no fue controvertida por la defensa ni por algún medio de prueba, por lo que el fallo concluye que, desde la racionalidad y la lógica común, tal circunstancia no puede sino interpretarse como que el encausado huía del lugar de los hechos luego de haber tomado parte en ellos, descartando cualquiera otra convicción, porque no hay razón -y destaca que la defensa en nada aportó a ello- para estimar que el imputado desarrollaba alguna actividad lícita, a once kilómetros de su domicilio, en un predio ajeno, herido a bala, con su rostro parcialmente oculto, portando una linterna al cuello y vestido con ropas oscuras, pues soslayar esos indicadores parece

renunciar a la realidad y al sentido natural de las cosas.

Se suma a lo dicho la llamada de auxilio de la señora Vivian Mackay que conforme a las indicaciones aportadas por el funcionario policial señor José Rojas Romero, se produce a las 01:17 horas del día indicado, es decir, alrededor de cuarenta minutos antes de la detención del encartado, generándose una relación de inmediatez que, aparte de constituir flagrancia, contribuyó al convencimiento del tribunal.

Luego se descarta la posibilidad de que la herida que presentaba el imputado haya sido causada en las inmediaciones del lugar de detención, a 1.780 metros del lugar siniestrado, pues es conocido que el alcance de una pistola de aquellas que se encontró en el sitio del suceso -de la que se origina el disparo que le hiere- es menor a la distancia mencionada, por lo que al menos se debió encontrar a una distancia inferior; incluso para que una bala pueda transfixiar, lo que en este caso ocurrió, se requiere que ella se encuentre aún más cerca -a no más de 40 metros-, ya que de lo contrario, al perder fuerza el proyectil, resulta altamente probable que termine alojado en el cuerpo. Con ello y considerando además que la mayoría de la evidencia balística encontrada en el sitio del suceso se halló en un pasillo existente entre la residencia y una bodega, considerando que esta última se situaba a no más de cinco metros de la cocina, era posible incluso sostener que Córdova Tránsito se ubicó aún más cerca del

domicilio, lo que es coherente con la dinámica de los hechos, considerando que se produjeron disparos hacia la casa.

Con lo anterior el fallo sostuvo que si bien el hechor fue detenido a 1780 metros del inmueble siniestrado, para ser herido de la manera cómo fue encontrado, necesariamente debió hallarse a una distancia más próxima al lugar de los acontecimientos, lo que es coherente con el modo de autoría que le fue endilgado.

Es efectivo que se descartó la presencia de hidrocarburos en la polera que mantenía el encausado en el cuello con las conclusiones de su examen pericial, aun cuando quedó consignado que ese resultado pudo deberse a la volatilidad de los mismos y a que en determinadas condiciones de temperatura pueden no detectarse, y también se desestimó la presencia de acelerantes en el sitio del suceso, lo que solo permitió concluir que los agentes no se prevalieron de esos elementos para comenzar la ignición, pero su ausencia no es indiciaria de falta de participación, conclusión que se vio reforzada con el hecho demostrado que a no más de trescientos metros de la residencia de las víctimas existía un sembradío de papas y que el día de los hechos el encartado calzaba unos zapatos negros de caña baja que arrojaron presencia del mismo tipo de polen que emana del sembradío de papas presente en el predio Granja Lumahue, indicio que fue coadyuvante para concluir el tribunal acerca de la presencia del imputado en el sitio del suceso.

Para efectos de acreditar el concierto que echa de menos la defensa, el tribunal relaciona diversos indicios para concluir que la acción fue ejecutada por más de una persona. Así destaca que la víctima Vivian Mackay al solicitar ayuda expresó “que los estaban atacando”, lo que resultó indicativo de que varios compartían una finalidad en común, a lo que se sumó que luego de la detención del imputado la policía se percató que al interior del fundo atacado se encontraba agazapado otro sujeto que vestía ropas oscuras y estaba premunido de una escopeta. Por último, la evidencia balística dio cuenta que en contra de la casa atacada se dispararon a los menos tres armas, dos pistolas 9 mm. y una escopeta 12 mm., hecho demostrativo de que la acción desplegada en contra de la morada se ejecutó entre varias personas.

Así, dice el fallo que es factible afirmar -descartando toda duda razonable- que el acusado participó en los sucesos y obviamente, al tenerse por cierto que el mismo hecho se cometió entre varios sujetos, es razonable convenir que los autores estaban de acuerdo para su ejecución. No se trata de meras conjeturas, como asegura la defensa, porque todas las acciones acreditadas son de naturaleza colectiva, consistentes en la adopción de precauciones comunes, la elección de un lugar de acceso, el disparo de armas y el inicio del fuego en un punto determinado de la casa, es decir, son tareas que difícilmente pudieron llevarse adelante de forma individual y sin acuerdo previo en torno al objetivo perseguido.

El otro punto del que se ha hecho alarde es la supuesta indeterminación del calibre de la bala que hirió al imputado y el origen del disparo, lo que también fue usado en el fallo para situar al acusado en el sitio del suceso y en un lugar muy cercano a la casa habitación en que estaban las víctimas. Sin embargo, la pericia que a estos efectos se realizó, no descartó que los orificios en las vestimentas hayan sido ocasionados por un proyectil percutido desde una pistola calibre 7.65 mm, como la de la víctima Werner Luchsinger y que el daño en el cuerpo del atacante, acreditado por un médico legista, habría sido mayor de haberse utilizado armamento de otro calibre, como el que se encontró en las inmediaciones de la propiedad.

UNDÉCIMO: Que como se ve, la participación, previo concierto del imputado en el lugar de los hechos se concluye de múltiples elementos probatorios que son recogidos por el fallo y a partir de ellos y no de simples hipótesis, el tribunal arriba a la convicción sobre la autoría que se le atribuye. Para ello se ponderó los llamados de auxilio de la víctima, señora Mackay, junto a su relato de la modalidad del ataque, el lugar en que el imputado es detenido y la conexión entre la hora del inicio del fuego y el momento en que es sorprendido, la dirección de la huida, las vestimentas, el rostro semicubierto, la presencia de polen de tubérculos en los zapatos -acreditada científicamente- y la herida a bala compatible con un disparo de una pistola de bajo calibre que se encontró en

el lugar destrozada por la acción del fuego junto a un cargador vacío, pero con señas de haber sido disparada. Con estos elementos de convicción el tribunal concluye que la víctima repelió el ataque y que en ello fue herido Córdova Tránsito.

DUODÉCIMO: Que el dolo del acusado y su prueba también fue cuestionados por la defensa. Si bien es cierto que su acreditación es una cuestión compleja, dados los elementos subjetivos o de naturaleza psicológica que no son perceptibles directamente, la convicción habrá de basarse en circunstancias probadas previas, coetáneas y posteriores al hecho que demuestren el íntimo conocimiento y voluntad del agente, que manifiesten la intención querida. Por consiguiente, el dolo, en cuanto elemento psicológico -“conocer y querer”- solamente puede fijarse por un proceso de inferencia. Estos juicios permiten al tribunal mediante una operación lógica deducir del material fáctico la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que no trasciende y permanece reservado en todo individuo, de modo que su verificación requiere de una inferencia a partir de hechos conocidos.

El tribunal de los hechos debe establecerlo a partir de la forma exterior del comportamiento, debiendo consignar los hechos que acaecieron de los que derivan consecuencias, partiendo de prueba indiciaria para, mediante un análisis lógico, vincular los hechos acreditados que sirven de

soporte con aquél no probado que se extrae de dicho proceso intelectual.

DÉCIMO TERCERO: Que en este orden de ideas, la lectura del fallo objetado pone de manifiesto el actuar doloso (la voluntariedad y el propósito criminal) del inculpado, pues da cuenta del perfecto conocimiento que tenía del hecho punible y sus consecuencias lesivas y de su propósito de realizarlo.

Así, aun cuando no se indicó la posición precisa de cada uno de los autores materiales, las referidas circunstancias que asienta el fallo sobre la base de la prueba rendida justifican su participación como autor del artículo 15 N°3 del Código Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que el artículo 385 del Código Procesal Penal permite a esta Corte invalidar solo la sentencia y dictar fallo de reemplazo si la causal no se refiere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, para lo cual plantea tres hipótesis: cuando el fallo califica de delito un hecho que la ley no considere tal, aplique una pena cuando no proceda aplicar pena alguna o haya impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

Los hechos declarados en el fallo recurrido, latamente expuestos en los considerandos precedentes, descartan la pretensión de nulidad, pues se avienen con la forma de autoría del numeral 3° del artículo 15 citado, toda vez que ésta autoriza a responsabilizar aun cuando, como ocurre en la especie, el agente no

haya realizado el acto típico pero ha presenciado su ejecución, mediando concierto para su realización, no siendo necesario que el cooperador presencie toda la ejecución del delito ni que realice acto material alguno diferente a encontrarse en el lugar del delito. Todas las exigencias de esta forma de participación fueron establecidas en el fallo impugnado, según se acaba de relacionar en los motivos precedentes, y por ello no concurre el motivo sustancial de invalidez que se hizo valer.

A estos efectos es útil decir que las declaraciones fácticas aludidas se corresponden con los hechos de la acusación, aún cuando todos estos no se probaron, pues quedó acreditada la actuación esencial que autoriza a punir en calidad de autor, esto es, el concierto para aplicar fuego a la casa habitación.

En tales condiciones esta causal principal será rechazada.

DÉCIMO QUINTO: Que, enseguida, de manera subsidiaria, el recurso se asila en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal dada la posición desventajosa en que fue ejercida la defensa, lo que en concepto del recurrente transgrede la garantía del debido proceso a consecuencia del exiguo tiempo de que dispuso para interiorizarse de los antecedentes de la investigación y porque, además, no contó con todos ellos.

DÉCIMO SEXTO: Que para hacer lugar a este capítulo del recurso el agravio debe ser real, esto

es que perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte que reclama. La infracción exige, además, sustancialidad, trascendencia o gravedad, de tal modo que el defecto haga insalvablemente ineficaz el juicio y el fallo.

Sobre el punto se expuso en estrados que la acusación se presentó el 30 de mayo de 2013 con todos los antecedentes de la investigación, la audiencia de preparación del juicio oral se suspendió varias veces hasta que el 2 del mes de septiembre de 2013 se tomó conocimiento de tratativas del imputado con el defensor particular don Pablo Ortega para que este asumiera su defensa, hecho que se confirmó en la audiencia del 11 de septiembre del año pasado, no obstante lo cual el tribunal decidió mantener la fecha de audiencia de preparación de juicio oral para el 2 de octubre de 2013. Sin embargo, el 30 de septiembre, antes de la audiencia, el letrado don Pablo Ortega asumió formalmente el patrocinio y poder del acusado, obteniendo así al inicio de la audiencia de preparación de juicio oral que esta se reagendara para 20 días más, descartándose los 4 meses solicitados por el defensor para el estudio de los antecedentes, reiniciándose la audiencia el 21 de octubre de 2013.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que la secuela del proceso que se acaba de reseñar descarta el vicio que se reclama, porque además de asentarse sólo en las afirmaciones del impugnante, desde que no existen otros datos aportados que justifiquen la efectiva e indebida tardanza en la

entrega a los intervinientes de los elementos reunidos en el curso de la investigación -la prueba ofrecida para esta circunstancia fue desistida- no se ha indicado algún perjuicio o daño sustancial concreto a los derechos del imputado, pues lo cierto es que no fue impedido de plantear sus argumentos de defensa.

DÉCIMO OCTAVO: Que de este modo no puede sostenerse que la garantía constitucional al debido proceso fuera desconocida, pues la defensa siempre estuvo en condiciones de ejercer todos sus derechos procesales, por lo que no hubo indefensión provocada por hechos atribuibles al juzgador o al Ministerio Público, el que categóricamente afirmó que todos los elementos de la investigación fueron puestos a disposición de la defensa, lo que no ha podido ser desvirtuado.

Estas consideraciones conducen al rechazo de este capítulo de la impugnación.

DÉCIMO NOVENO: Que la siguiente causal subsidiaria, fundada también en la infracción de garantías fundamentales -artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal- reclama la inobservancia del deber de imparcialidad del tribunal, desconocimiento de la presunción de inocencia y deber de objetividad que debe conducir todos los actos del Ministerio Público, que causó el pronto cierre de la investigación; del valor que el tribunal concedió al silencio del imputado; del abandono de pruebas que respaldarían las tesis alternativas de la defensa y de la construcción de

una realidad fáctica a partir de premisas falsas siempre encaminadas a atribuir responsabilidad a Córdova Tránsito (los fundamentos de este capítulo del recurso fueron desarrollados en el motivo tercero).

VIGÉSIMO: Que lo que se plantea como falta de imparcialidad no es más que el rechazo de las conclusiones alcanzadas por el tribunal. Una impugnación de tal naturaleza exige que sean postulados hechos concretos relativos a lo que se afirma, por cierto constitutivos por sí mismos de parcialidad y del todo ajenos al trabajo de valoración de la prueba, por cuanto la discusión de esto último, como en realidad se hace en la especie, supera claramente los límites de la nulidad que se reclama. Lo que hace el recurso en esta parte es proponer una valoración distinta de la prueba, lo que queda demostrado con su propio reclamo, que sostiene conclusiones que contrarían la lógica y falta de esclarecimiento de hechos que favorecieron la posición del imputado. Tales cargos son impertinentes para esta causal, y no llegan a configurar los hechos que importan parcialidad.

En relación a la presunción de inocencia, es efectivo que esta constituye el fundamento de las garantías judiciales de donde surge como necesaria consecuencia que el imputado en todo momento sea tratado como inocente, siendo deber del Estado no vulnerar de modo alguno esa condición jurídica en tanto no exista una sentencia condenatoria firme. En el caso en estudio, nada de lo que se afirma en el recurso ha sido

demostrado, pues el fallo destruye la condición de inocente del imputado a consecuencia de la valoración de la prueba de cargo que fue profusamente analizada, lo que permitió a los jueces alcanzar la decisión condenatoria que se discute.

Por otra parte, es efectivo que el deber procesal de justificar los extremos de la imputación corresponde al acusador. Se trata de la obligación de demostrar la culpabilidad con tal eficacia que se quebranta el estado de inocencia, pues el imputado no tiene ni la carga ni el deber de probar nada, menos su inocencia, aunque, sin embargo, siempre le asiste el derecho de aportar toda la prueba que estime pertinente en aval de su teoría del caso. Por lo mismo su indiferencia no le puede acarrear ningún perjuicio.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que también es motivo de denuncia la infracción que derivaría del valor otorgado al silencio del imputado, lo que advierte la defensa del pasaje del fallo que dice: "... el inculpado cuando es detenido expresó que no iba a hablar y que era Mapuche; igualmente mantuvo una actitud de abierta hostilidad con quienes le prestaron los primeros auxilios, es decir, una posición que se contrapone por completo a la que una persona media adoptaría luego de ser herido a bala por un desconocido en el escenario de una actividad legítima; lo normal en ese último contexto es que un sujeto dé una versión mínima y racional de lo sucedido (no requerimos que renuncie a su derecho a guardar silencio en el proceso),

indique qué le aconteció, se allane, dentro de lo lógico y razonable, a la ayuda médica y presente una denuncia por dichos hechos; para el caso, nada de ello aconteció....”

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que es efectivo que el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad sólo puede significar expresión del ejercicio de su derecho a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico -ni moral- de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste al imputado.

Al margen de ello, que el acusado declare o no es una decisión estratégica de la defensa, ejercitando su derecho de manera positiva, esto es haciéndose oír, o de forma negativa, guardando silencio. Sin embargo, de la lectura de la sentencia no aparece que se haya otorgado valor al silencio del imputado pues la decisión arranca exclusivamente de la prueba de cargo aportada por el persecutor, tanto en lo concerniente al delito como a la participación. La pregunta que debe hacerse en este caso es si la prueba de la parte acusadora fue suficiente para alcanzar la convicción condenatoria y la respuesta que surge del fallo no es otra que la prueba inculminatoria tenida en consideración es la aportada por la acusadora y que no ha razonado dando valor inculminatorio al silencio del inculpadado.

Es claro que el imputado no fue sancionado por la ausencia de una explicación en torno a los hechos como sostiene el recurrente. La alusión que hace el tribunal sobre este aspecto es inocua, no afecta la esencia del derecho a guardar silencio, y si bien es innecesaria, carece de trascendencia a estos efectos, porque, como ya se dijo, la convicción condenatoria se sustenta en otros antecedentes.

VIGÉSIMO TERCERO: Que el cargo de falta de objetividad en la investigación por haber durado cerca de cuatro meses también debe ser rechazado, pues la defensa no llega a señalar de manera precisa aquello que no fue esclarecido y que le habría perjudicado.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en subsidio de las causales anteriores se promueven otras dos de manera conjunta, fundadas en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. A este apartado del recurso se refiere el motivo 4°.

La primera alegación discute nuevamente la autoría que el fallo atribuye al imputado, aunque ahora desde un supuesto error de derecho, no como infracción de garantías constitucionales como se hiciera en la causa principal.

Como ya se ha dicho que los hechos declarados en el fallo impugnado se avienen con el contenido fáctico abstracto de las normas en cuestión cuya aplicación se considera errónea, sólo cabe desestimar esta alegación.

No obstante, es conveniente agregar que la alegación de no haberse acre-

ditado el dominio del acto carece de sustento y debe ser rechazada. No debe olvidarse que se trata de coautoría y que ello acepta división de funciones, esto es que el hecho criminal no sea ejecutado necesariamente con la realización de todos los hechos por todos los concertados, porque la acción típica que se fracciona por las circunstancias ha de estar comprometida en el acuerdo, de suerte que todos los agentes la desarrollen de esta manera. Así, incurren en responsabilidad penal, según el grado de desarrollo que se alcance, motivo por el que no es aceptable entender el dominio del acto de la manera en que actúa sólo una persona.

VIGÉSIMO QUINTO: Que la siguiente sección de este capítulo del recurso se extiende al error de derecho cometido al estimar concurrente la circunstancia agravante de responsabilidad del artículo 12 N°12 del Código Penal, al dejar de calificar la irreprochable conducta anterior del acusado y preterir la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal.

VIGÉSIMO SEXTO: Que para efectos de decidir lo planteado es conveniente recordar que la sentencia consignó a propósito de la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal, que el tribunal respeta expresamente la cosmovisión Mapuche del encausado, asentada por los dichos del perito José Quidel y por el informe antropológico introducido por la defensa, a lo que se anexó un informe social, por demandarlo así el Convenio 169 de la OIT, en relación a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Cons-

titución Política de la República. También los jueces admiten que tal cual postuló la defensa, el encausado cooperó con la investigación teniendo para ello presente la información antropológica suministrada, empero de un análisis objetivo de dicha contribución se estimó que la misma no ha sido sustancial para el esclarecimiento de los hechos, a tal punto que parte de los mismos no han podido ser esclarecidos en su totalidad, puesto que en ellos participaron otras personas aún sin identificar. De otra parte, en cuanto a la circunstancia de haber proporcionado su identificación, la misma aún sin la colaboración voluntaria del encausado pudo ser obtenida mediante diligencias autorizadas por un Juez de Garantía, lo mismo respecto del examen de sus heridas, de manera que la colaboración prestada sólo tiene una trascendencia marginal y no sustancial como lo requiere el legislador.

En lo que atañe a la atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, dice el fallo que el extracto de filiación y antecedentes del encausado se encuentra exento de anotación penal anterior, por lo que se tiene por configurada la referida minorante, no obstante lo cual se desestimó su calificación por cuanto del informe social evacuado respecto del condenado no se observa mérito que lo haga procedente, pues sólo se da cuenta de que el encausado posee un origen Mapuche, es Machi, ha vivido en una comunidad de su etnia, asistido al colegio y que pertenece a una familia extensa, es decir, activi-

dades propias de cualquier hombre medio inserto en la sociedad. En nada mejoran ese juicio los antecedentes antropológicos expuestos, en tanto ellos transitaron por la vereda de dar a conocer la cosmovisión Mapuche respecto de la desnudez del cuerpo humano y la significación de un Machi para dicho pueblo. En ese sentido lo que se afirma es que se trata de una suerte de don que no dice relación con un especial mérito sino de una condición espiritual heredada por línea materna por lo que no es posible considerar que el encausado tenga una conducta superior a un hombre medio; es más, que el mismo haya curado a varias personas más parece aproximarse al ejercicio de las funciones espirituales y médicas que le son propias, que a una actitud especialmente considerable y altruista.

Por último, en lo relativo a la agravante que se estimó concurrente del artículo 12 N°12 del Código Penal, dice el fallo que conforme a la prueba rendida, especialmente aquella que atañe a las vestimentas negras del hechor, y a que luego de la detención del encartado fue visto otro sujeto portando un arma larga vestido igualmente de negro, cabe colegir que dichas ropas eran utilizadas para camuflarse en la noche, de manera que efectivamente aparece que los hechores buscaron la nocturnidad con el fin de favorecer la perpetración del delito. Como es evidente, en la noche y vestidos con ropas oscuras, los agentes pueden conducirse de manera de no ser detectados, y al no ser advertidos

obviamente ello incide en el éxito de la tarea delictiva, produciéndose una notable ventaja para el actuar de los agentes, todo lo que les hace merecedor de un mayor reproche delictivo. Por lo demás, a pesar del gran contingente policial, los demás partícipes no fueron encontrados, de lo que se deduce que la nocturnidad fue un factor determinante a la hora de la ejecución del hecho.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que en tales decisiones no hay error de derecho. En efecto, en cuanto a la atenuante de cooperación es obvio que si la hubo no ha sido sustancial porque no fue esclarecido el completo desarrollo de los hechos ni averiguada la identidad de otros partícipes. La exigencia de cualidades especiales que exceden lo común del comportamiento social, también importa el entendimiento debido de la norma que autoriza a calificar la modificatoria de irreprochable conducta anterior, cualidades no acreditadas en este caso. Además, el artículo 68 bis del Código Penal no procede si hay una agravante. Finalmente, la agravante de nocturnidad es procedente, porque es claro que la oscuridad fue buscada para facilitar el cometido criminal y asegurar la impunidad.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que el siguiente capítulo, también subsidiario, se funda en la causal del artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal por haberse vulnerado el principio de congruencia que recoge el artículo 341 del mismo cuerpo legal.

VIGÉSIMO NOVENO: Que es correcto sostener que la sentencia condenatoria no puede exceder los términos de la acusación y por ende no es posible castigar por hechos o circunstancias no comprendidos en aquélla, como lo preceptúa el artículo 341 inciso primero del Código Procesal Penal, so pena de incurrir en el motivo absoluto de nulidad del juicio y del fallo como se ha esgrimido subsidiariamente por el recurrente.

Pero la congruencia no es identidad gramatical, es una correspondencia entre los cargos y lo resolutivo del fallo que opera a favor de la defensa, para no ser condenado al margen de lo que postula la acusación, porque cuando ello ocurre la defensa queda inerme.

En el caso de autos tales límites no se han visto transgredidos; lo que sucede es que el verbo “irrumpir” que emplea la acusación en la sentencia es remplazado por el “ingreso” al fundo, lo que no desconoce el núcleo de la imputación, que es entrar y aplicar fuego a la casa habitación. Por otro lado, los cargos postulaban que el acusado efectuó disparos, lo que el tribunal desestima, pero eso trajo como consecuencia la condena como autor cooperador del artículo 15 N°3 del Código Penal, lo que se sustenta en que el imputado estaba presente, concertado para ello y junto a sus acompañantes inició el fuego.

Entonces no puede decirse que los límites fácticos de la acusación hayan sido transgredidos, porque la sentencia se corresponde con aquella, el contenido del fallo no se aleja del acontecimiento histórico impu-

tado, sino que precisamente decide sobre él, por lo que esta causal también será rechazada.

TRIGÉSIMO: Que, por último, el recurso se funda en la causal del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, porque la prueba indiciaria que sustenta la decisión se aparta de las reglas de apreciación que rige en estas materias y no permite comprobar la intervención delictiva que se le reprocha.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en torno a la crítica planteada, es menester recordar que motivar la decisión sobre los hechos supone elaborar una justificación específica de la opción adoptada consistente en tener hechos por probados sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis. Ese deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el terreno previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo. El deber de fundamentar las decisiones tiene como esencia la de posibilitar la fiscalización de la actividad jurisdiccional, tanto por los tribunales superiores mediante los recursos como por los litigantes. Si el tribunal explica las razones de su resolución es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, si el fallo es el resultado de una pura arbitrariedad, porque la motivación no es sólo una garantía individual, es una garantía

social en cuanto la justicia correctamente administrada.

En nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jurisdicentes, sino que deben ser corolario de la estimación racional de las probanzas, exteriorizada como una explicación igualmente racional sobre por qué se decidió de esa manera -y no de otra-, explicación que deberá ser comprensible y compartible por cualquier tercero, también mediante el uso de la razón.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que en este predicamento, el fallo que se revisa representa un trabajo de elaboración meticulado y cuidadoso y demuestra la preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieron por probadas, favorables o desfavorables al acusado, precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del Código Procesal Penal, fundamentación que permite la reproducción y fijación del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia, permitiendo apreciar por qué se dio preminencia a determinadas probanzas y cómo se hizo uso de la libertad legalmente concedida para apreciar la prueba y llegar a dar por comprobados los hechos delictivos y sus circunstancias.

Todas las alegaciones de la defensa tuvieron respuesta, la ubicación del acusado en el sitio del suceso, el origen de los disparos, el inicio del fuego y la intervención de Córdova Tránsito en ello, alcanzándose un

estándar de comprobación que la defensa no comparte, pero a partir de ello no es posible calificar al fallo de desprolijo e inmotivado.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que las reflexiones precedentes conducen a desestimar el recurso en todos sus extremos, porque no se han producido los errores de derecho que el recurso denuncia ni se configuran las causales de invalidación en que este descansa.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 341, 342, 373 letras a) y b), 376, 384, 385 y 386 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad promovido por los abogados don Pablo Ortega Manosalva y doña Karina Riquelme Viveros, por el imputado Celestino Córdova Tránsito, en contra de la sentencia de veintiocho de febrero del año en curso, rectificadora por resolución de tres de marzo último, incorporada en copia de fojas 31 a 130 de este cuaderno, la que, por ende, no es nula, como tampoco lo es el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N°6247-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE UN JUZGADO DE GARANTÍA Y UN TRIBUNAL MILITAR. COMISIÓN DE UN HECHO CON OCASIÓN O EN ACTO DEL SERVICIO. DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La atribución de competencia de los juzgados militares, al referirse a tribunales especiales, debe ser interpretada en forma restringida, más aún cuando en el asunto de que se trate puedan estar involucrados individuos que no encuadran en la definición de militar que proporciona el artículo 6 del Código de Justicia Militar.

No puede considerarse que la sola circunstancia de encontrarse Carabineros en servicio activo o en cumplimiento de un desempeño rutinario de ronda policial, permita asumir que los delitos que cometan en esas circunstancias se efectuaron con ocasión del servicio militar

A la víctima –un ciudadano no militar– se le reconoce un mayor número de prerrogativas dentro del procedimiento seguido ante la judicatura ordinaria, principalmente la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental por la Ley N°20.516. Por lo mismo, los derechos de la víctima encontrarán un mayor reconocimiento mientras el proceso se conduzca a través de la justicia ordinaria, lo que también ocurrirá con los imputados, a la luz del estatuto consagrado en el párrafo 4 del título IV del Libro I del Código Procesal Penal.

Se dirime la contienda de competencia declarando que es competente para conocer del asunto el Décimo Segundo Juzgado de Garantía de Santiago.

Hay voto de minoría de los Ministros Sres. Ballesteros y Dolmestch, quienes estuvieron por mantener la sustanciación de la causa de que se trata en la justicia militar, teniendo presente para ello que en los hechos participaron funcionarios de Carabineros, que con ocasión del servicio, no en actos de servicio, incurrieron en la comisión de delitos comunes, perpetrados en el interior de los furgones policiales y los calabozos de dependencias policiales, cumpliéndose así, claramente, una de las hipótesis que contempla el numeral tercero del artículo 5 del Código de Justicia Militar.

Texto Completo:

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil catorce.

Vistos:

Que los antecedentes Rol N°4450-14 de esta Corte han sido elevados

para conocer la contienda de competencia surgida entre el Segundo Juzgado Militar de Santiago y el Duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago, puesto que ambos tribunales se estiman competentes para conocer de una serie de vejámenes cometidos por funcionarios de

Carabineros de Chile respecto del ciudadano Juan Alejandro Berríos Urria durante rondas efectuadas en la vía pública, oportunidades en que lo detenían sin orden judicial, instrucción de fiscal ni verificándose situaciones de flagrancia, amenazándolo verbalmente o con armas de fuego inclusive, siendo obligado a proferir insultos en contra de otros uniformados; llegando en ocasiones, a llevar a la víctima al calabozo de la Comisaría, sin que se haya dejado constancia alguna de su aprehensión. Tales hechos, en concepto de la judicatura militar, son constitutivos del delito de aplicación de tormentos y apremios ilegítimos mentales a una persona privada de libertad y detención ilegal, previstos en los artículos 150 A y 148 del Código Penal; mientras que en la justicia ordinaria son estimados, además, dentro de la figura típica del artículo 155 del mismo código.

A fojas 1255 la señora Fiscal Judicial evacúa el informe pertinente, en el cual sugiere declarar que el Duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago es competente para conocer de estos hechos.

A fojas 1272 se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

1° Que los Juzgados Militares en tiempo de paz constituyen tribunales especiales que integran el Poder Judicial que conocen, entre otros asuntos, de los delitos comunes cometidos por militares con ocasión del servicio. Tal atribución de

competencia, al referirse a tribunales especiales, debe ser interpretada en forma restringida, más aún cuando en el asunto de que se trate puedan estar involucrados individuos que no encuadran en la definición de militar que proporciona el artículo 6 del Código del ramo.

2° Que bajo esa premisa corresponde establecer si los hechos acaecidos lo fueron en el ejercicio de las funciones de los encartados. Se trata en este caso de un delito común cometido por funcionarios de Carabineros quienes, desprendiéndose de su calidad de servidores públicos, aprehendieron sin orden alguna a un ciudadano, lo denigraron, amenazaron y forzaron a proferir insultos contra terceros, llegando a privarlo de libertad sin motivo y registro alguno, hechos que evidentemente quedan fuera de toda calificación como acto de servicio policial (militar), o efectuado con ocasión del mismo servicio. Esto, dada la naturaleza evidentemente antijurídica de los hechos establecidos y porque no puede considerarse que la sola circunstancia de encontrarse carabineros en servicio activo o en cumplimiento de un desempeño rutinario de ronda policial permita asumir que los delitos que cometan en esas circunstancias se efectuaron con ocasión del servicio militar, ya que ello implica trasladar impropriamente a la judicatura especial un hecho común apartado totalmente de las funciones que atañen al aludido servicio militar, y que son de conocimiento de la justicia ordinaria.

3° Que, por otro lado, cabe tener presente que a la víctima de estos ilícitos –un ciudadano no militar– se le reconoce un mayor número de prerrogativas dentro del procedimiento seguido ante la judicatura ordinaria, principalmente la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental por la Ley N°20.516. Por lo mismo, los derechos de la víctima encontrarán un mayor reconocimiento mientras el proceso se conduzca a través de la justicia ordinaria, lo que también ocurrirá con los imputados, a la luz del estatuto consagrado en el párrafo 4 del título IV del Libro I del Código Procesal Penal.

4° Que, de esta forma, se comparte lo manifestado por la señora Fiscal Judicial en su informe de fs. 1255 y siguientes.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo previsto por el artículo 70-A del Código de Justicia Militar, y artículos 109 y 110 del Código de Procedimiento Civil, **se declara que el Décimo Segundo Juzgado de Garantía de Santiago es competente** para conocer de este asunto, el que deberá mantener su tramitación.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Ballesteros y

Dolmestch, quienes fueron del parecer de mantener la sustanciación de la causa de que se trata en la justicia militar, teniendo presente para ello que en los hechos participaron funcionarios de Carabineros, que con ocasión del servicio, no en actos de servicio, incurrieron en la comisión de delitos comunes, perpetrados en el interior de los furgones policiales y los calabozos de dependencias policiales, cumpliéndose así, claramente, una de las hipótesis que contempla el numeral tercero del artículo 5 del Código de Justicia Militar.

Comuníquese lo resuelto al Segundo Juzgado Militar de Santiago.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Juica y de la disidencia, de sus autores.

Rol N°4450-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Sr. Luis Bates H. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSO DE HECHO ACOGIDO. PLAZO PARA APELAR EN EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Siendo el articulado del procedimiento de amparo (contenido en el título V “Del procedimiento de amparo”), parte de la normativa procedimental con la que el Código de Procedimiento Penal regula el sumario del antiguo juicio criminal (al incluirse en la primera parte “Del Sumario”, de su libro II “Del juicio ordinario sobre crimen o simple delito”), tal preceptiva adjetiva no puede actualmente gobernar procedimentalmente hechos hoy sujetos a las disposiciones del Código Procesal Penal.

El artículo 52 del Código Procesal Penal hace aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en ese Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el libro I del Código de Procedimiento Civil, entre las que se halla el artículo 187, el cual prescribe que son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso.

La sentencia de la Corte de Apelaciones que acoge o rechaza la acción constitucional de amparo del artículo 21 de la Constitución Política de la República es, de conformidad al artículo 158, inciso 2°, del Código de Procedimiento Civil, una sentencia definitiva, y por tanto apelable.

El plazo para deducir el recurso de apelación sí está previsto en el Código Procesal Penal de manera general. En efecto, el artículo 366 dispone que “El recurso de apelación deberá entablarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada”, sin restringir tal determinación temporal a algún tipo de resolución, procedimiento o tribunal, siendo por tanto aplicable al recurso en comento¹.

Texto Completo:

Santiago, veintinueve de mayo de dos mil catorce.

Vistos y teniendo presente:

1° Que la defensa del condenado Bryan Sánchez Romero, recurre de hecho en contra la resolución de fs. 1,

dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, por la cual se denegó la apelación deducida contra la sentencia recaída en un recurso de amparo, por extemporánea, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal.

2° Que el recurrente de hecho sostiene que el plazo para apelar de la

1 En el mismo sentido ver CS Rol N°4013-2005 del 5 de septiembre de 2005 y CS Rol 1286-2006, del 6 de abril de 2006.

resolución recaída en primera instancia sobre la acción constitucional de amparo es de 5 días, de conformidad a los artículos 364 y ss. del Código Procesal Penal, cuerpo legal que rige esta materia desde la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal en nuestro país.

3° Que en su informe, los ministros recurridos expresan que, en su opinión, el término en cuestión es de 24 horas, de conformidad al artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, al no haber operado respecto de dicho texto legal una derogación orgánica.

4° Que, en primer término, no se equivocan los Ministros informantes cuando sostienen que el Código de Procedimiento Penal no ha sido derogado orgánicamente ni por el legislador ni por el constituyente -aun cuando sí irá cayendo paulatinamente en desuso-, ya que el primero sólo ha establecido en el artículo 483 del Código Procesal Penal, que las disposiciones de este texto se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, mientras que el segundo, en la 8ª disposición transitoria, estatuye que el capítulo VII de la Constitución, “Ministerio Público”, la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones. De esa manera ni el Código Procesal Penal

ni la Constitución derogan expresa o tácitamente la ley procesal a que se sujetan los hechos anteriores a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.

Mas, al disponer el legislador ordinario y constitucional que aquellos hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal se regirán por este ordenamiento, ello implica, a contrario sensu, que los mismos no se someten al Código de Procedimiento Penal, pues mal podría disponerse o permitirse, que el mismo hecho o negocio jurídico sea conocido y resuelto mediante dos procedimientos diametralmente opuestos -uno de corte inquisitivo y otro acusatorio-.

Y en ese orden de ideas, siendo el articulado del procedimiento de amparo (contenido en el título V “Del procedimiento de amparo”), parte de la normativa procedimental con la que el Código de Procedimiento Penal regula el sumario del antiguo juicio criminal (al incluirse en la primera parte “Del Sumario”, de su libro II “Del juicio ordinario sobre crimen o simple delito”), tal preceptiva adjetiva, sin perjuicio que antes haya servido junto al Auto Acordado de esta Corte para ordenar la tramitación de la acción constitucional de amparo, no puede actualmente gobernar procedimentalmente hechos hoy sujetos a las disposiciones del Código Procesal Penal.

5° Que despejado lo anterior, debe ahora consignarse que el Código

Procesal Penal sólo regla en sus artículos 370 y 364, los casos en que las apelaciones contra las resoluciones dictadas por los Tribunales de Garantía y de Juicio Oral en lo Penal son procedentes, respectivamente, sin estatuir la procedencia o improcedencia de la apelación respecto de la resolución que se pronuncia, acogiendo o rechazando, la acción constitucional de amparo.

Frente a tal omisión, el artículo 52 del Código Procesal Penal hace aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en ese Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el libro I del Código de Procedimiento Civil, entre las que se halla el artículo 187, el cual prescribe que son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso. Pues bien, dando por sentado que no hay ley que expresamente deniegue el arbitrio en análisis, la sentencia de la Corte de Apelaciones que acoge o rechaza la acción constitucional de amparo del artículo 21 de la Constitución Política de la República es, de conformidad al artículo 158, inciso 2°, del Código de Procedimiento Civil, una sentencia definitiva, y por tanto apelable.

El aserto anterior -procedencia de la apelación- es concordante con las normas orgánicas atinentes a la materia, pues los artículos 63 N°2 letra b) y 98 N°4 del Código Orgánico de Tribunales prescriben que las Cortes de Apelaciones conocerán

“en primera instancia” de los recursos de amparo, y que las salas de la Corte Suprema conocerán de “las apelaciones” deducidas contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones en los recursos de amparo.

6° Que ahora bien, en lo concerniente al plazo para deducir el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia que se pronuncia sobre la acción de amparo constitucional, a diferencia de la materia comentada en el basamento anterior, este asunto sí está previsto en el Código Procesal Penal de manera general. En efecto, el artículo 366 dispone que “El recurso de apelación deberá entablarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada”, sin restringir tal determinación temporal a algún tipo de resolución, procedimiento o tribunal, siendo por tanto aplicable al recurso en comento.

7° Que así las cosas, del engarce de todo lo dicho se concluye que el plazo para apelar de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones al resolver la acción de amparo del artículo 21 de la Constitución Política de la República, es de 5 días computados de conformidad a los artículos 14 y 366 del Código Procesal Penal y, por tanto, el recurso interpuesto por la defensa de Bryan Sánchez Romero, el 25 de abril del año en curso contra la resolución de 22 de abril dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena que rechazó el recurso de amparo interpuesto en su favor, no debió declararse extemporáneo.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 369 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de hecho interpuesto en lo principal de fojas 12, y en consecuencia, se declara que queda concedido el recurso de apelación formulado en representación del condenado Bryan Sánchez Romero, en el ingreso de la Corte de Apelaciones de La Serena Rol N°34-2014.

Requíerese, mediante oficio, a la Corte de Apelaciones de La Serena la inmediata remisión de los autos correspondientes al ingreso Rol N°34-2014, y una vez recibidos, déjese copia autorizada de la presente en dichos autos y dese a éstos

la tramitación pertinente al recurso de apelación concedido.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Rol N°9638-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Juan Fuentes B.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de mayo de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD ACOGIDO. ARTÍCULO 5° DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. JURISDICCIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

Se acoge el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 5° N°1°, en su primer párrafo y N°3°, del Código de Justicia Militar, en los autos seguidos por delito de lesiones graves iniciados por querrela interpuesta por el requirente en contra de quienes resulten responsables, motivada por el daño y la pérdida de su ojo derecho que sufriera a causa del impacto de un balón que según señala, habría sido disparado por funcionarios de Carabineros durante el desarrollo de una manifestación por el derecho a la educación.

Previo a acoger el requerimiento, el Tribunal Constitucional descarta los reclamos del requirente inspirados en la aparente prevalencia del artículo 1° inciso primero de la Ley N°20.477, ya que se funda en el análisis e interpretación de distintos preceptos legales, tarea que es privativa de los jueces del fondo. Se agrega que es a dichos tribunales y no al Tribunal Constitucional, a los que incumbe decidir si prima en la decisión del asunto una u otra disposición;

En cuanto a las objeciones que plantea el recurrente acerca del mérito y la procedencia de la acción de inaplicabilidad intentada, en los cuales critica su fundamento dogmático y abstracto, se indica que el cotejo de constitucionalidad —aún en la calificación de los efectos producidos por la aplicación de un precepto legal— siempre trasunta un razonamiento especulativo en la comparación de normas de diverso rango, perfil que se acentúa si están en juego derechos esenciales de superior connotación y el inevitable cuestionamiento, a través de la inaplicación de preceptos determinados de una controvertida institución.

Se agrega que si el requerimiento se funda en la colisión de la norma cuestionada con normas como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, la significación de los derechos reclamados en los referidos instrumentos no puede desatenderse al juzgar el requerimiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política de la República.

Por otra parte el Tribunal Constitucional declara que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la Convención Americana de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

Se concluye señalando que no cabe duda que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez compe-

tente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República;

Asimismo, la aplicación de las normas impugnadas infringe la exhortación al legislador en orden a adoptar medidas de protección a las víctimas, contenida en el artículo 83 de la Constitución Política de la República, prescindiendo de las reglas sobre tutela del debido proceso.

Existe voto minoría sustentado por la Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por estimar que el asunto planteado se trata en este caso de una cuestión de mera legalidad y no de un genuino conflicto de constitucionalidad, toda vez que no es la norma legal impugnada per se la llamada a decidir el asunto, sino aplicada conforme y en armonía con lo dispuesto en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley N°20.477, de 30 de diciembre de 2010, que modifica la competencia de los Tribunales Militares, fijando disposiciones especiales sobre el sistema de justicia militar.

Existe también voto de minoría de los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril, quienes a su vez estuvieron por desestimar el requerimiento por considerar entre otros fundamentos, que carece de sustento suficiente que permita sostener que los delitos militares cometidos por militares, no debería conocerlos un tribunal militar, por violentar de alguna concreta manera el principio del juez natural. A esto agregan que si se calificaban los hechos como delito de violencias innecesarias, la acción de inaplicabilidad debió centrarse en cuestionar el N°1 del artículo 5° del Código de Justicia Militar con argumentos constitucionales que a este efecto no proporciona, y no distraerse con razonamientos que atingen al N°3 del mismo, ya que este último se aplica cuando se trata puramente de delitos comunes.¹

Texto Completo:

Santiago, seis de mayo de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 11 de julio de 2013, don Enrique Eichin Zambrano ha

requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5°, N°1°, en su primer párrafo, y N°3°, del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso penal sobre delito de lesiones graves, RIT 11.463-2013, RUC N°1310018169-4, sustan-

1 Sobre esta misma materia, ver sentencia del Tribunal Constitucional dictada en los autos rol N°2.363 el día 14 de enero de 2014, en la que un requerimiento de inaplicabilidad similar fue rechazado, al producirse empate en la decisión. Ver también la sentencia dictada en los autos rol N°2.492 el día 17 de junio de 2014, por la que se acoge otro requerimiento de inaplicabilidad deducido en la misma línea, con votos de minoría de los ministros señor Bertelsen, señor Aróstica y señora Brahm, quienes estuvieron por rechazarlo.

ciado por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, y actualmente pendiente, en virtud de la apelación impetrada por el requirente, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N°2166-2013-RPP.

El texto del precepto legal objetado en autos dispone:

“Art. 5°. Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

N°1°. De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código, excepto aquéllos a que dieran lugar los delitos cometidos por civiles previstos en los artículos 284 y 417, cuyo conocimiento corresponderá en todo caso a la justicia ordinaria, y también de las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los tribunales militares.

(...)

*N°3°. De las causas por delitos comunes cometidos **por** militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;”.*

La citada gestión penal pendiente, en que incidirá el pronunciamiento que expida este Tribunal, consiste en un proceso por delito de lesiones graves iniciado por querrela interpuesta por el requirente, en contra de quienes

resulten responsables, motivada por el daño y la pérdida de su ojo derecho que sufriera a causa del impacto de un balín en el mismo órgano, que irresponsablemente habrían disparado carabineros durante el desarrollo de una manifestación pacífica por el derecho a la educación.

En aquel proceso penal, el juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago se declaró incompetente para conocer de la reseñada querrela criminal sosteniendo que, en virtud de una interpretación restrictiva del N°1° del artículo 5° objetado, corresponde su conocimiento a la jurisdicción militar.

El requirente apeló la respectiva resolución de incompetencia, impugnación por la cual actualmente la causa se sustancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que, aplicando las disposiciones objetadas, deberá determinar si es la jurisdicción penal ordinaria o la castrense la que debe conocer del asunto judicial pendiente.

En el marco del descrito proceso judicial, el conflicto de constitucionalidad sometido a esta Magistratura consiste en determinar si es constitucional o no el que, por aplicación de las disposiciones reprochadas, sea la jurisdicción castrense la que conozca de un proceso penal por el solo hecho de que en la comisión del eventual delito se encuentren involucrados Carabineros, pese a que el proceso se refiere a un delito común que afecta a un bien jurídico no castrense y pese a que la víctima del mismo es un civil.

A juicio del requirente, si en virtud de la aplicación de las disposiciones reprochadas la Corte de Alzada resuelve que el proceso pendiente debe radicarse en la justicia militar, se vulnerarían diversas garantías procesales para defender los derechos de las víctimas civiles, infringiéndose, con ello, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, numerales 1°, 2° y 3°, de la Constitución Política.

A efectos de fundamentar su requerimiento, el actor desarrolla los siguientes dos tópicos que se describen a continuación.

En primer lugar, argumenta que se encuentran amparadas en la Constitución Política las dos limitaciones de la jurisdicción castrense que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH–, cuales son que la justicia militar no tiene jurisdicción sobre intervinientes civiles y que la justicia militar sólo puede investigar, procesar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

Específicamente, en cuanto a las aludidas dos limitaciones de la jurisdicción militar, precisa, por una parte, que es inconstitucional la aplicación de las disposiciones objetadas porque la jurisdicción militar es incompetente en relación a las personas civiles. Lo anterior, pues en base a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la jurisprudencia de la CIDH y al artículo 19, N°2°, de la Constitución Política, al ser la jurisdicción militar una justicia especializada en el juzgamiento de personal

militar activo, no tiene competencia para conocer de la determinación de derechos de víctimas civiles. Así, los civiles por ningún motivo pueden ser sometidos a tribunales militares. Y si son sometidos, se vulnera el derecho constitucional al juez natural competente.

Precisa, por otra parte, que es inconstitucional la aplicación de las disposiciones objetadas porque la jurisdicción militar es incompetente para conocer de delitos que afectan bienes jurídicos del orden civil. Explica al efecto que en base al Código Penal el delito de lesiones tipificado en su artículo 397, N°1°, es un delito de orden civil, que puede ser cometido por cualquier persona, no sólo por militares. A su vez, cautela un bien jurídico civil, como lo es la integridad personal. De esta manera, al proteger un bien jurídico no relacionado con la función castrense, ese delito debe ser conocido por la justicia ordinaria, pese a que eventualmente se le califique como un delito militar de los establecidos en el Código de Justicia Militar, cuyo conocimiento, según el reprochado N°1° del artículo 5° de ese Código, corresponde a la jurisdicción castrense. Lo anterior, atendido que una interpretación armónica de la Constitución conduce a concluir que cualquier delito no referido a un bien jurídico castrense, aun cuando esté establecido en el Código del ramo, no es un delito militar y, por tanto, debe ser conocido por la justicia ordinaria.

En segundo lugar, el requirente argumenta que la aplicación de la

justicia militar afecta diversos derechos fundamentales, a saber: los derechos procesales de la víctima; el derecho a la igualdad -al crear un grupo diferenciado arbitrariamente- y el derecho a la integridad personal.

La argumentación de desarrolla de la manera que sigue.

Primero: es inconstitucional la aplicación de los preceptos reprochados, toda vez que la jurisdicción militar no brinda garantías a las víctimas.

Explica sobre este punto que el artículo 133 del Código de Justicia Militar sólo contempla la participación de la víctima en el sumario como querellante cuando se trata de delitos que afectan la autodeterminación sexual. Por consiguiente, no parece justo para la víctima que sólo por el hecho de que el imputado sea militar, deba ser parte de un proceso ante la jurisdicción castrense en que no tiene garantía alguna en relación con la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables. Por todo lo anterior, la aplicación de las disposiciones objetadas vulnera el derecho a un juez competente, a la tutela judicial efectiva, y todas las demás garantías del debido proceso en relación a la víctima.

Segundo: es inconstitucional la aplicación de las disposiciones reprochadas, pues la existencia de la jurisdicción militar crea un grupo diferenciado arbitrariamente, vulnerando el derecho a la igualdad.

Expone al efecto que, en la especie, el delito de lesiones gravísimas, concernido en la gestión pendiente,

es un delito que afecta la integridad personal, por consiguiente, se refiere a un bien jurídico de orden civil, cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona. Sin embargo, si ese ilícito es cometido por Carabineros, en ejercicio de sus funciones, será conocido por un tribunal castrense. De esta manera, sobre la base de iguales víctimas y el mismo delito, el tribunal competente cambia sólo por la identidad del infractor, en desmedro de los derechos procesales de la víctima que se ven drásticamente disminuidos en el proceso militar -como fuera indicado- en virtud del artículo 133 del Código de Justicia Militar, en comparación con las garantías de las que goza en el proceso penal ordinario. Recuerda al efecto lo señalado por la Corte Suprema en orden a que no es tolerable un sistema de justicias penales paralelas con diversas garantías. A su vez, el militar será juzgado por sus pares militares, lo que no da certeza de imparcialidad, pues existe una alta posibilidad de que se beneficien entre pares, llegando incluso a impedir la sanción de los responsables. Y agrega que queda en evidencia que la aludida diferenciación es arbitraria, toda vez que no supera los criterios establecidos por la jurisprudencia internacional y constitucional, ya que no tiene un objeto legítimo y no es conducente, necesaria ni proporcional.

Tercero: es inconstitucional la aplicación de las disposiciones reprochadas, pues se vulnera el derecho a la integridad personal.

Lo anterior, desde el momento que si el proceso penal pendiente se radica en la jurisdicción castrense, la falta de tutela judicial efectiva, producida por la insuficiencia de garantías para la víctima, traería aparejado el riesgo de no reparación del derecho a la integridad de la víctima, afectada por el delito de lesiones.

Finalmente, el actor hace presente a esta Magistratura el rol que considera propio de la justicia constitucional, indicando al respecto que los jueces constitucionales deben interpretar las disposiciones legales de acuerdo a la Constitución Política y a los tratados internacionales.

Siguiendo este predicamento, la correcta interpretación, luego de ser declarada inaplicable la disposición cuestionada, es que la justicia militar sólo deba operar cuando se afecten bienes jurídicos del orden militar y todos los sujetos del proceso sean militares activos.

Por resolución de fojas 59, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, posteriormente, por resolución de fojas 122, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado al Ministerio Público y al General Director de

Carabineros, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito de fojas 141, el Ministerio Público formuló sus observaciones al requerimiento, solicitando a esta Magistratura resolver conforme a derecho y al mérito de los antecedentes.

Mediante presentación de fojas 142, el General Director de Carabineros formuló sus observaciones al requerimiento, las que pueden sintetizarse bajo las dos siguientes argumentaciones.

En primer lugar, aduce que, en relación con los preceptos constitucionales presuntamente vulnerados, se produce una errada contrastación de normas y un errado enfoque del requerimiento de inaplicabilidad. Lo anterior, atendido que no aparece en el desarrollo del requerimiento la forma concreta en que la aplicación de las normas objetadas violentaría las normas constitucionales.

Más bien, sólo aparece una crítica general, abstracta y dogmática a la justicia militar, cuestión que, de conformidad a la jurisprudencia de esta Magistratura, importa una confusión en el objeto de la acción de inaplicabilidad, que, tal como reiteradamente se ha señalado, consiste en los efectos inconstitucionales de la aplicación de las normas objetadas y no en la inconstitucionalidad abstracta de preceptos o de sistemas normativos.

En segundo lugar, el General Director de Carabineros aboga por la constitucionalidad de la justicia militar, alegando que ésta se encontraría amparada en el artículo 83, inciso final, de la Constitución Política, el que reconoce su validez y vigencia. Ello, sin perjuicio del reconocimiento que al mismo tiempo es efectuado por el legislador, en igual sentido, al establecer, mediante el texto del artículo 66 de la Ley N°19.806 -sobre Normas Adecuatorias a la Reforma Procesal Penal-, que su preceptiva no afectará las disposiciones del Código de Justicia Militar.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 26 de noviembre de 2013, oyéndose los alegatos del abogado Ciro Colombara, por la parte requirente, y del abogado Jorge Parra, por el General Director de Carabineros.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*;

SEGUNDO: Que, como se ha señalado, en este caso se ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5°, N°1°, en su primer párrafo, y N°3°, del Código de Justicia Militar;

TERCERO: Que el presente fallo reiterará la doctrina y criterios expuestos en el voto suscrito por los Ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Romero en la sentencia Rol N°2363-2012 de esta Magistratura, de fecha 14 de enero de 2014, con las precisiones que se registrarán;

CUARTO: Que, habiéndose renovado el debate sobre el carácter decisivo para la resolución del asunto de los preceptos impugnados, es menester descartar una línea argumentativa que –inspirada en la aparente prevalencia de otra norma, como el artículo 1°, inciso primero, de la Ley N°20.477- se funda en el análisis e interpretación de distintos preceptos legales, tarea que indiscutiblemente es privativa de los jueces del fondo. A éstos, mas no al Tribunal Constitucional, incumbe decidir si prima en la decisión del asunto una u otra disposición;

QUINTO: Que también, por vía de alegación de una parte requerida, se ha objetado el mérito y procedencia de la acción, criticando su fundamento dogmático y abstracto; observación que no puede compartirse porque el cotejo de constitucionalidad –aun en la calificación de los efectos producidos por la aplicación de un precepto legal- siempre trasunta un razonamiento especulativo en la comparación de normas de diverso rango, perfil que se acentúa si están en juego derechos esenciales de superior connotación y el inevitable cuestionamiento, a través de la inaplicación de preceptos

determinados, de una controvertida institución;

SEXTO: Que en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos;

SÉPTIMO: Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política;

OCTAVO: Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense;

NOVENO: Que, a la luz de tales antecedentes, no cabe duda que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N°3°, de la Constitución Política de la República;

DÉCIMO: Que, asimismo, dicha aplicación infringe la exhortación al legislador en orden a adoptar medidas de protección a las víctimas, contenida en el artículo 83 de la Constitución, prescindiendo de las reglas sobre tutela del debido proceso;

DECIMOPRIMERO: Que, por ende, procede declarar inaplicables los preceptos tachados de inconstitucionales, en cuanto contravienen los artículos 19, numeral 3°, inciso sexto, y 83 de la Constitución Política;

DECIMOSEGUNDO: Que, al decidir de esta forma una acción singular, esta Magistratura entiende contribuir —en el ámbito de su competencia— al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, 19, N°3°,

inciso sexto, 77, 83 y 93, inciso primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N°5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

1) Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1 y, en consecuencia, se declaran inaplicables, en la gestión judicial en que inciden, las disposiciones legales impugnadas.

2) Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada a fojas 122 de estos autos, oficiándose al efecto.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que suscribe el fallo con excepción de lo expresado en el considerando décimo y de la palabra “determinante” incorporada en la última oración del considerando séptimo. Asimismo, se reitera la prevención efectuada en la sentencia rol N°2363 de este Tribunal.

La Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, y el Ministro señor Domingo Hernández Empanza disienten de lo resuelto, toda vez que estuvieron por rechazar el requerimiento de autos, en base a las siguientes consideraciones:

I.- ACERCA DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO.

1°. Que el artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “*resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”. La misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, “*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*” y agrega que “*corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley*”;

2°. Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación

esté fundada razonablemente; y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

3°. Que, en esta especie, evidentemente existe una gestión judicial pendiente, la cual consiste en un proceso penal por el delito de lesiones graves, RIT 11.463-2013, RUC N°1310018169-4, sustanciado por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, y que actualmente, en virtud de la apelación impetrada por el requirente, se sustancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N°2166-2013-RPP. Mediante aquel recurso, el querellante, y requirente de autos, impugnó la resolución del Juez de Garantía por la cual se declaró incompetente para conocer de la querrela por el delito de lesiones graves, resolviendo concomitantemente que su tramitación correspondía a la justicia militar;

4°. Que, asimismo, el requerimiento de autos ha sido interpuesto por parte legitimada, cual es la propia querellante aludida, Instituto Nacional de Derechos Humanos, según consta a fojas 1 y siguientes;

5°. Que, sin embargo, en lo tocante a que la aplicación del precepto legal impugnado – artículo 5°, N°3°, del Código de Justicia Militar - pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, estos Ministros disidentes, después de un estudio completo, al cabo de la tramitación regular de estos antecedentes, y sin perjuicio de lo que en su momento se resolvió provisionalmente en trámite de admisibilidad, han llegado a la convicción de que tal exigencia no se

satisface en la especie. Dicho de otro modo, como se demostrará infra, se trata en este caso de una cuestión de mera legalidad y no de un genuino conflicto de constitucionalidad, toda vez que no es la norma legal impugnada *per se* la llamada a decidir el asunto, sino aplicada conforme y en armonía con lo dispuesto en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley N°20.477, de 30 de diciembre de 2010, que modifica la competencia de los Tribunales Militares, fijando disposiciones especiales sobre el sistema de justicia militar, en tanto cuanto esta última dispone que:

“Artículo 1°. - Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal”;

II.- LA NORMA LEGAL IMPUGNADA NO ES DECISORIA LITIS.

6°. Que, como es fácil advertir, la norma impugnada no es *decisoria litis* porque existe otro precepto legal que puede conducir o no al mismo efecto, vale decir, a excluir de la jurisdicción penal militar a la víctima civil del juicio por un delito común cometido por un militar, cual es el citado artículo 1°, inciso primero, de la Ley N°20.477, en el evento de adoptarse la interpretación extensiva que ha propiciado oficialmente la Corte Suprema y que viene siendo acogida en las Cortes de jurisdicción ordinaria, cuestión en

la que no puede inmiscuirse este Tribunal Constitucional;

7°. Que, si la víctima civil queda excluida del proceso penal militar por el solo hecho de ser tal, “en todo caso”, no es necesario para garantizar sus derechos considerar excesiva la atribución legal de competencia al Tribunal Penal Militar para conocer de delitos comunes –aunque cometidos en ciertas épocas, lugares o por funcionarios militares en servicio activo–, que es lo que regula el artículo 5°, N°3°, del Código de Justicia Militar, impugnado en autos, porque igualmente y aun sin tal declaración de inconstitucionalidad relativa a la militarización de la materia penal común, en esas circunstancias el asunto puede ser estimado de competencia de los tribunales penales ordinarios, por razones que se despliegan en el ámbito de la mera legalidad, sobre la base de normas legales especiales de aplicación preferente;

8°. Que esa línea de pensamiento corresponde a la desarrollada por esta Magistratura ya en el Rol 1312-09, en cuyo considerando cuarto se expresó: “...*Que la aplicación decisiva del precepto, para los fines que interesan a este proceso constitucional, tiene que ver con la causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio, en términos que la estimación –o rechazo– de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto. Si éste puede producirse por la aplicación de otro precepto, dejará de ser decisiva la aplicación del que se impugna*” (Sentencia de 28 de enero de 2010);

9°. Que, por cierto, este Tribunal Constitucional nunca ha declarado que exista alguna obligación constitucional en el sentido de que las víctimas de delitos comunes cometidos por militares en activo, en lugares militares o en tiempos marciales especiales, tengan que someterse a la jurisdicción militar y no a la justicia penal ordinaria. Por lo mismo, cuando en la sentencia de control preventivo de 12 de noviembre de 2010, resolutive 1), Rol N°1845-10, este Tribunal Constitucional decidió, en relación a la actual Ley N°20.477, que “...*el artículo 1° permanente del proyecto de ley examinado es constitucional en el entendido que los civiles y los menores de edad en ningún caso podrán quedar sujetos a la competencia de los tribunales militares en calidad de imputados, quedando a salvo los derechos que les asisten para accionar ante dichos tribunales especiales en calidad de víctimas o titulares de la acción penal*” (lo destacado es nuestro), lo que se reconoció fue la salvaguarda de los derechos específicos susceptibles de ser ejercidos como menores o civiles víctimas ante la jurisdicción penal militar, como podría ser la promoción de la misma declinatoria de competencia o de alguna medida de prevención, entre otras. Pero no pudo este Tribunal Constitucional atribuir competencia a la justicia militar, en ese extremo, porque ello en abstracto es de dominio del legislador – conforme al artículo 77 de la Constitución – y, en concreto, la contienda que se trabe debe ser resuelta por la Corte Suprema, toda vez que excede los límites del artículo 93, N°12°, de la Constitución;

10°. Que, por lo demás, la manera según la cual el Estado de Chile ha venido cumpliendo gradualmente sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos en este ámbito, tanto de nivel global como interamericano, ha venido consistiendo en una paulatina reforma o sustitución de los sistemas procesales penales. Primero, en la jurisdicción ordinaria, se introdujo la llamada reforma procesal penal, pasando desde un sistema inquisitivo, escrito y de lato conocimiento, a un procedimiento adversarial, oral y concentrado, que nos rige actualmente. Al introducirse esa magna reforma, fue necesario ajustar a ella toda la legislación de relevancia procesal penal en su conjunto, lo que se materializó a través de la Ley N°19.806, de 31 de mayo de 2002, siendo dable destacar que en su artículo 66, inciso segundo, se mantuvieron vigentes (interín) las normas contenidas en el Código de Justicia Militar, con su artículo 5°, N°3°, inclusive, todo ello en base a lo preceptuado en el artículo 83, inciso final, de la Constitución Política. Fue posteriormente cuando se aprobó la Ley N°20.477, de 30 de diciembre de 2010, referida supra, en cuyo mensaje se expresó que se perseguía con ella “*ponerse al día...*” y hacer regir “*...el pleno imperio del debido proceso, ... porque en el concierto internacional en el que Chile se inserta, tales avances se han ido imponiendo como norma en los últimos años.*” (Cfr. Mensaje N°257-358);

11°. Que, en lo tocante al punto de derecho debatido en esta causa, es dable resaltar que dicha reforma

constituye un avance frente a los parámetros internacionales, toda vez que sin duda alguna los menores y civiles imputados no quedarán sometidos a la jurisdicción penal militar. Pero, como bien ha señalado la Corte Suprema, en diversos oficios en que se ha consultado su parecer, en el contexto de tramitaciones de proyectos de ley, nada dice la Ley 20.477 respecto a los menores y civiles víctimas de esos delitos comunes cometidos por militares, caso este último que coincide con lo que se juzga en la gestión pendiente de autos;

12°. Que, ante ello, la posición de la Corte Suprema es adoptar una interpretación extensiva y, puesto que el texto legal no distingue, radicar también el asunto ante la justicia ordinaria penal, cuando las víctimas sean menores o civiles. (Así, verbigracia, en los oficios N°99-2012, sobre el boletín N°8472-07; también oficios N°s 142-2010 y 152-2010, durante la tramitación de la Ley N°20.477);

13°. Que la línea interpretativa anterior se ha concretado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 18 de diciembre de 2012, Rol N°1745-2012, la que decide la cuestión de competencia sobre la base del artículo 1°, inciso primero, de la Ley N°20.477, considerando que: “*...la norma transcrita en el basamento precedente no distingue la calidad en que deben intervenir los civiles o menores de edad en el proceso, para el fin de sustraer el conocimiento de una determinada causa del ámbito de la jurisdicción militar; en consecuencia, podrán hacerlo en calidad de imputados u ofen-*

didos y, en ambos casos, será competente el tribunal ordinario con competencia en materia penal que corresponda...". El razonamiento precedente es, por lo demás, concordante con la opinión que a este respecto ha emitido la Corte Suprema al informar el proyecto de ley que dio origen a la Ley N°20.477 y al informar el proyecto de ley, en actual tramitación (Boletín 8472-07), que pretende modificar el inciso primero del artículo 1° de la Ley N°20.477, señalando expresamente que "en ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares, ni como imputados ni como ofendidos de un delito...". En efecto, según consta en Oficio N°99-2012, de 29 de agosto de 2012, mediante el cual el Pleno de la Excma. Corte Suprema informa el mencionado proyecto de ley Boletín 8472-07, se ha señalado por este Tribunal que la Ley N°20.477 "estableció que en ningún caso los civiles y los menores de edad estarán sometidos a la competencia de los tribunales militares, radicándose en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal, entendiéndose esta restricción desde el punto de vista del sujeto activo, ya que el inciso 2° del artículo 1° prescribe que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6° del Código de Justicia Militar, que precisamente se refiere a quienes pueden ser sujetos activos de delitos militares. En cambio, nada señala sobre las cualidades de la víctima para determinar la competencia de los juzgados castrenses, sin perjuicio que desde una interpretación extensiva se considere que en la expresión "civiles" quedan considerados

quienes tienen la calidad de víctimas del delito"... Agrega el informe que "a esta interpretación "extensiva" adhirió la Corte Suprema cuando informó el proyecto de ley que actualmente corresponde a la Ley N°20.477 en dos oportunidades". (Oficios N°142-2010 y 152-2010)";

14°. Que, como es posible apreciar, existe una línea interpretativa ampliamente garantista, que por lo demás se quiere consolidar legislativamente con valor general, que evidencia la factibilidad de tutelar eficazmente los derechos comprometidos, sin necesidad de disponer de una herramienta jurídica subsidiaria como es la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ni menos la invocación de un supuesto "bloque constitucional de derechos", cuyos fundamentos rigurosos no concurren en el caso de la especie;

15°: Que, en las condiciones señaladas, los Ministros concurrentes estimamos que no cabe sino rechazar el requerimiento planteado.

Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado y señora María Luisa Brahm Barril estuvieron por desestimar el requerimiento de autos, únicamente por considerar que carece de sustento suficiente, según pasan a explicar:

1°) Que, en efecto, el requirente en este proceso omite fundamentos que permitan sostener que los delitos militares, cometidos por militares, no debería conocerlos un tribunal mili-

tar, por violentar de alguna concreta manera el principio del juez natural.

En cambio, en su particular versión, da por establecidos algunos hechos que, enseguida, él mismo califica como lesiones graves gravísimas sancionadas en el artículo 397, N°1, del Código Penal. Para luego discurrir como si ambos supuestos fuesen ciertos y correctos, en circunstancias que este Tribunal Constitucional no puede asumirlos como premisas asentadas y pertinentes, a la luz de los antecedentes que constan en el proceso;

2°) Que, así es, de su lectura aparece que en sede judicial los mismos hechos -de ser efectivos- están siendo catalogados como delito de violencias innecesarias, descrito y penado en el artículo 330 del Código de Justicia Militar.

Es lo que entiende el Ministerio Público en la apelación constitutiva de la gestión judicial pendiente que interesa (fs. 73 a 75). Por manera que esta acción de inaplicabilidad debió centrarse en cuestionar el N°1 del artículo 5° del Código de Justicia Militar, con argumentos constitucionales que a este efecto no proporciona, y no distraerse con razonamientos que atingen al N°3 del mismo, ya que este último se aplica cuando se trata puramente de “delitos comunes”;

3°) Que, más precisamente, en el caso sub lite la Corte de Santiago debe resolver al tenor de la apelación pendiente, deducida por el Ministerio Público, acorde con los agravios

expresados por el órgano persecutor, que dicen específica relación, no con ese N°3, sino con el N°1 del artículo 5°, en relación con el artículo 330, ambos del Código de Justicia Militar.

Este N°1 del artículo 5° preceptúa que corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de las causas por “delitos militares”, que son los contemplados en el mismo Código, entre los cuales se encuentra aquel previsto y castigado en su artículo 330, por violencias innecesarias;

4°) Que, entonces, siendo los preceptos relevantes en este contencioso constitucional los artículos 5° N°1 y 330 del Código de Justicia Militar (y no el N°3 del artículo 5°), lo cierto es que a su respecto no se enderezaron cuestionamientos precisos de ser contrarios a la Carta Fundamental, digresiones y opiniones abstractas al margen.

Importando recordar que, según la Constitución y la doctrina de este Tribunal, para que pueda prosperar una acción de inaplicabilidad es menester que de los antecedentes del caso se desprenda que en su aplicación -actual o potencial- un determinado precepto legal ha de producir un cierto resultado inconstitucional, lo que aquí no se demuestra;

5°) Que, en cuanto a la única objeción planteada, atinente al evento en que un civil resulte ofendido por un delito militar, cabe puntualizar que esa sola circunstancia no implica que la jurisdicción militar sea ab initio inconstitucional, puesto que las víc-

timas pueden comparecer ante ella en calidad de titulares de la correspondiente acción penal. Así razonó este mismo Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N°1845, suscrito unánimemente y sin reservas sobre el particular.

Derivado del artículo 101, inciso tercero, de la Constitución, y por imperativo del artículo 2°, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros N°18.961, su personal debe someterse ineludiblemente al Código de Justicia Militar, entre otras normas especiales, justamente por su pertenencia a un cuerpo policial armado que reviste los caracteres de institución militar, profesional, jerarquizado y disciplinado;

6°) Que, aunque lo anterior basta para fundar la desestimatoria que sostienen estos disidentes, es útil recordar que en sentencia Rol N°664, de 2007, redactada por el ex Presidente de este Tribunal Juan Colombo C., referida a una pretensión de inaplicabilidad fundada en que algunas normas de los códigos Orgánico de Tribunales y de Justicia Militar, presuntamente infringirían la garantía del debido proceso legal (artículo 19, N°3, de la Constitución), esta Magistratura hizo presente que la justicia militar de tiempo de paz se origina en la legislación española aplicable en Chile desde la época indiana y hasta la dictación de la Ordenanza General del Ejército, en 1839, la que se mantuvo en vigor hasta que empezó a regir el Código de Justicia Militar, por Decreto N°806, de 1925, el cual siguió, en materia de Tribunales Militares de

Tiempo de Paz, en gran medida la legislación común ya vigente en materias similares, es decir, por la Ley de Organización de los Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, siendo en este contexto que se incorporan al Código Orgánico de Tribunales en su artículo 5°, inciso tercero, que expresa que formarán parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los tribunales militares en tiempo de paz, los que se regirán por el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias.

Hizo hincapié este Tribunal, asimismo, que acorde con la disposición 4ª. transitoria constitucional, se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales, por lo que el Código Orgánico de Tribunales es la principal norma de carácter orgánico constitucional vigente que regula la organización y atribuciones de nuestro sistema jurisdiccional. Su artículo 5° reconoce a los Tribunales Militares de Tiempo de Paz como integrantes del Poder Judicial, los incorpora al sistema orgánico del mismo y les reconoce su competencia en concordancia con el mandato contemplado en el artículo 77 de la misma Carta. Además, recalco que la Constitución, al menos en dos disposiciones, alude al sistema de justicia militar. En efecto, el artículo

19, N°3, al consagrar el derecho a defensa jurídica, señala que “tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos”, de la misma forma que el artículo 83, inciso final, señala que: “el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen”.

Decidiéndose que esta Magistratura mantendría su opción jurisprudencial sobre la materia, puesto que la determinación de sustituir o modificar el sistema de justicia militar por los vicios de mérito que se sustentan en la impugnación constitucional planteada en este proceso, constituye una problemática que deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias mediante una ley orgánica constitucional, como lo ordena claramente el ya invocado artículo 77, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz para configurar la causal de inaplicabilidad que en tal carácter

establece el artículo 93, N°6, de la Carta Fundamental;

7°) Que dicha sentencia agregó que el Código de Justicia Militar, en concordancia con el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales y bajo el amparo constitucional del citado artículo 77, estableció tribunales militares de tiempo de paz y de tiempo de guerra para la solución de los conflictos regulados por el Código del ramo y sus leyes complementarias, y, adicionalmente, la reforma constitucional de 2005, al eliminar a los tribunales militares de tiempo de guerra de la exclusión de la superintendencia de la Corte Suprema, dejó a todo el sistema de justicia militar sujeto a su control disciplinario, tal como dispone el artículo 82 de la Carta, e hizo presente, además, que de acuerdo al artículo 93, N°1, de ella, toda ley orgánica constitucional, y ese carácter tienen las referidas a organización y atribuciones de los tribunales militares, debe ser sometida al control preventivo obligatorio de constitucionalidad de este Tribunal, antes de su promulgación, debiéndose igualmente considerar numerosas ocasiones en que este Tribunal ha dictado sentencias relativas a control preventivo de normas propias de ley orgánica constitucional, en las cuales se examinó la constitucionalidad de preceptos contenidos en el Código de Justicia Militar, por versar sobre competencia de los Tribunales Militares, otorgada en conformidad al artículo 77, inciso primero, de la Constitución, declarándose tales normas orgánicas y constitucionales.

Asimismo, precisó que en el contexto de la preceptiva constitucional, los Tribunales Militares, como órganos del Estado, se encuentran comprendidos dentro de aquellos que deben conformar sus actuaciones a lo previsto por los artículos 6°, 7° y 76 a 79 de la Carta Suprema y a la legislación orgánica constitucional dictada conforme a dichas disposiciones. En consecuencia, debe precisarse que actúan dentro de su competencia y en la forma que establece la ley, y que, en cuanto a su regulación, debe siempre tenerse presente que el artículo 77 delegó en el legislador orgánico constitucional el establecimiento de la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia. Agrega la disposición aludida que la misma ley señalará las calidades que deberán tener los jueces y que para su modificación deberá escucharse previamente a la Corte Suprema (considerandos 3° al 9°).

Finalmente, como corolario de las reseñadas y de las demás reflexiones de esa sentencia, concluyó este Tribunal que la existencia de tribunales militares y los procedimientos a seguir ante ellos en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias constituye el sistema vigente en Chile y que, es menester reiterar, ha sido sancionado en cuanto a su constitucionalidad en los controles preventivos de las leyes orgánicas constitucionales que lo han modificado. “En consecuencia, el hecho de considerarlo un mal o injusto sistema per se, no lleva apa-

rejado consigo que sus normas deban ser inaplicadas en un caso concreto y, en especial, en este requerimiento, en el cual, como se dijo, no se cumple a cabalidad con los requisitos que establece el artículo 93 de la Carta Política en su inciso undécimo” (Considerando 23°);

8°) Que, ahora, la sentencia de la mayoría, de la cual discrepamos, viene a cambiar la jurisprudencia de esta Magistratura en esta materia sobre la base de los fundamentos del voto particular estimatorio de una sentencia anterior que rechazó un requerimiento similar, producto de un empate de votos (Rol N°2363), la que, a su vez, asume la doctrina emanada de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara Iribarne (2005), así como los denominados “*nuevos estándares en materia de justicia militar*” que de ella se desprenden, en virtud de los cuales en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo, debiendo la legislación establecer límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares.

La mayoría no se hace cargo, sin embargo, de una circunstancia esencial para comprender el alcance de la doctrina que está abrazando, esto es, que la sentencia del organismo internacional, cuya doctrina hace

propia esta Magistratura Constitucional, se pronunció sobre el caso en que un imputado civil (el señor Palamara) fue juzgado por un tribunal militar, al contrario de la situación en que recae el presente proceso constitucional, en que se trata de un civil que ha sido víctima de un delito cometido por un carabinero en servicio, quien es el imputado militar que ahora está siendo juzgado. Así, todo indica que tanto la doctrina emanada de esa sentencia como los denominados “nuevos estándares” deberían entenderse referidos al juzgamiento de civiles por parte de tribunales militares, y no a la inversa, como podría ocurrir ahora, como efecto de la sentencia mayoritaria de este Tribunal Constitucional, en que, por primera vez, un carabinero sería juzgado por un delito militar cometido en el servicio, por un tribunal civil;

9°) Que tampoco la mayoría se hace cargo de que el año 2010 se dictó una ley especial, N°20.477, uno de cuyos objetivos centrales fue establecer que los civiles no serían juzgado por tribunales militares, tal como lo señalaba el Mensaje que dio origen al proyecto respectivo (Boletín 7203), el cual expresaba: *“Como una primera materia, el presente proyecto de ley busca regular un aspecto fundamental de la Justicia Militar y sus normas, cual es precisamente, su ámbito de aplicación, para excluir a los civiles de la misma... Tanto en la esfera nacional, como internacional se han formulado diversos cuestionamientos a la existencia de una Justicia Militar que alcance a los civiles. En este contexto, han*

surgido distintas voces, desde hace ya varios años, que han postulado la necesidad de que Chile ajuste en este ámbito su ordenamiento jurídico interno a los instrumentos internacionales que reconocen derechos fundamentales, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos”(Mensaje 257-358, de 7 de septiembre de 2010).

Como se dijo, al pronunciarse sobre el control obligatorio de la constitucionalidad de dicho proyecto (Rol N°1845), este Tribunal precisó que al disponerse que en ningún caso los civiles y menores podrían estar sujetos a la competencia de los tribunales militares, no podría significar que las víctimas civiles de delitos cometidos por militares, no pudieran accionar ante la judicatura militar para hacer valer sus derechos;

10°) Que cabe reiterar, nuevamente, que la Carta Fundamental ha establecido un sistema de distribución de competencias dentro del cual corresponde exclusivamente a los órganos colegisladores la facultad de dictar, modificar o derogar las leyes y que, como se dijo en el Rol N°664, la existencia de tribunales militares y los procedimientos a seguir ante ellos en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias constituye el sistema vigente en Chile el cual ha sido sancionado en cuanto a su constitucionalidad en los controles preventivos de las leyes orgánicas constitucionales que lo han modificado, y que el hecho de considerarlo un mal o injusto sistema per se, no lleva aparejado consigo que sus normas deban ser inaplicadas en un

caso concreto y, en especial, en este requerimiento.

Para ello, como se apuntó, la Constitución ha establecido el procedimiento legislativo, lo que explica que, en la actualidad exista, en distintas etapas de tramitación en el Congreso Nacional, una serie de iniciativas legislativas, tanto originadas en mensaje del Presidente de la República como en mociones parlamentarias, enderezadas a introducir modificaciones al sistema de justicia militar;

11°) Que, precisamente, entre estas mociones figura el Proyecto de Ley iniciado por los Honorables Senadores señora Alvear y señores Muñoz Aburto y Walker, don Patricio, que modifica el Código de Justicia Militar y la Ley N°20.477, en materia de competencia de los tribunales militares (Boletín 8472-07), cuya exposición de motivos comienza como sigue:

“Nuestro sistema de justicia militar requiere de una profunda reforma para adecuarse a los principios internacionalmente reconocidos en materia del derecho a la justicia y el debido proceso. Estos principios han sido codificados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, por lo que resultan plenamente vinculantes para nuestro país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al dictar la sentencia recaída en el caso Palamara (caso Palamara Iribarne vs. Chile) dispuso claramente lo siguiente:

“14. El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia.”.

De ello se sigue que nuestro país debe modificar el sistema de justicia militar existente para que éste se circunscriba exclusivamente al conocimiento de delitos de función militar cometidos por militares en servicio activo. Todas las demás causas deben ser conocidas por la justicia ordinaria.

Para lograr este propósito presenté hace algunos años una moción para que la justicia militar sólo conociera de delitos que tuvieran asignada una pena militar (Boletín 4.792-07). A su vez, el Gobierno de la Presidenta Bachelet ingresó dos proyectos de ley para efectuar una reforma integral a la justicia militar (Boletines 6.734-02 y 6.739-02). Desafortunadamente ninguno de estos proyectos ha conseguido avanzar decisivamente en su tramitación durante el actual Gobierno.

Solo se ha avanzado en un proyecto de ley ingresado por el actual Gobierno mediante cual se excluyó a los civiles de

la jurisdicción de tribunales militares, cuando éstos fueren imputados de delitos, lo que se tradujo en la dictación de la Ley 20.477”.

12°) Que, además, nada obsta al legislador modificar el referido Código de Justicia Militar, en términos tales de promover y perfeccionar los derechos procesales de los imputados y las víctimas, cumpliendo así el mandato de los artículos 5°, inciso segundo, y 19, N°3, de la Carta Fundamental.

Mas, esa función, conforme al principio de división de competencias que emana de los artículos 6°, 7° y 63, numerales dos y tres, constitucionales, pertenece a los órganos legisladores y no al Tribunal Constitucional. Ni a éste le incumbe exhortarlos al acoger una acción de inaplicabilidad para un caso particular, comoquiera que ello significa atribuir a la sentencia un efecto general y mandatorio para la dictación de un acto legislativo de reemplazo, que ni siquiera le ha sido dado a aquella sentencia que declara una inconstitucionalidad conforme al artículo 93, N°7, del texto fundamental.

Finalmente, y en relación también con la distribución de las competencias constitucionales, en lo tocante a la declaración que hace la sentencia de la mayoría aludiendo al cumplimiento de un deber impuesto al Estado de Chile por la Corte Inte-

ramericana de Derechos Humanos, debemos hacer presente que, conforme lo establece el N°15 del artículo 32 de la Constitución Política, es atribución especial del Presidente de la República, y no de este Tribunal Constitucional, conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, la prevención, su autor, y las disidencias, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N°2493-13-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y María Luisa Brahm Barril.

Se certifica que el Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicio.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

CUANDO UN HIJO (A) DESAPARECE: REFLEXIONES ACERCA DEL PROCESO DE DUELO EN CASOS DE PRESUNTA DESGRACIA

Jorge Araya Cano¹
Ana María Concha Alarcón
Camila Muñoz Yañez
Mescal Oyarzún Cheuquian²

“Pienso, pienso, ¿dónde estás hijo mío? ¿Estás en algún lugar, quizás más cerca de lo que yo imagino?... Todos los días y aún más por las noches, te veo llegar o escucho golpes en la puerta. Abro y sólo hay silencio, silencio para todo... Cierra los ojos, hijo mío, como yo lo hago ahora. Estoy seguro de que así todo va a pasar mucho más pronto”

(SÁNCHEZ, 1985; CITADO EN ROBBEN, 2006)

Resumen

El día 9 de abril del año 2008 a las 07:40 hrs., la menor de iniciales HDDN, de 15 años de edad, salió desde su domicilio particular ubicado en la ciudad de Osorno rumbo a su establecimiento educacional. Desde ese entonces no se tiene noticias de ella.

El presente artículo surge de una Investigación de Tesis presentada por alumnas de la carrera de psicología para el logro de su Grado Académico de Licenciadas en Psicología. Ellas, sensibilizadas por la noticia de la desaparición de la joven HDDN y la inexistencia de antecedentes concretos que den cuenta de su paradero, a pesar de las múltiples diligencias investigativas realizadas, quisieron conocer como se elabora el duelo frente a la desaparición de un hijo, cuales son las características de esta vivencia en particular y como se construye o reconstruye la vida.

Consideramos relevante darla a conocer pues permite comprender algunos de los elementos esenciales de esta experiencia de dolor, empatizar con la angustia y desesperación de los padres; pero también, desde ahí, generar procesos reflexivos importantes que desde la óptica del quehacer profesional pudiesen favorecer un acercamiento distinto a la problemática, entendiendo que la interacción coordinada de todos los intervinientes (familia, comunidad, Fiscalía, organismos policiales, etc) es fundamental para lograr encontrar a la persona desaparecida.

1 Psicólogo, Unidad Regional Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional Los Lagos.

2 Licenciadas en Psicología.

Introducción

Sin duda, todo ser humano ha experimentado la sensación de pérdida en diferentes ámbitos de la vida, y como especie nos hemos ido adaptando para enfrentar situaciones tales como pérdidas de empleo, de amigos, de una relación y por sobre todo pérdida de un ser querido, en donde entra en juego el duelo como proceso reparatorio a nivel emocional, siendo éste más fácil de elaborar cuando ocurre como un hecho normativo, esperable o probable (se entiende por hecho normativo cuando está ligado a procesos de envejecimiento o enfermedad progresiva, y no a situaciones imprevistas, fortuitas o accidentales que tienen muchas veces un componente traumático).

En general, el duelo dentro de nuestra cultura es considerado como un proceso desagradable para quienes lo viven, directa o indirectamente. Este aspecto negativo se atribuye a que como sociedad nos aferramos a todo lo que está fuera de nuestro cuerpo y tratamos que permanezca con nosotros. Si hacemos el ejercicio de imaginar que un ser querido ya no estará cuando despertemos por la mañana; nos duele, y nos conduce a pensar que es insoportable vivir sin esa persona. Es tal el condicionamiento humano a sentir dolor ante la pérdida, que sólo el hecho de imaginarlo nos angustia. Sin embargo ésta es una realidad que no se puede dejar de considerar como parte también de nuestro ciclo vital, y que al igual que otras crisis, implica adaptarse a la situación para retomar el equilibrio que en su minuto se pierde.

Frente a la muerte, el duelo bien elaborado es imprescindible para otorgar tranquilidad, serenidad y conformidad a quien lo vive, finalizando con el sufrimiento y la aflicción de forma normal, aprendiendo a vivir con dicha ausencia.

En el año 2013 más de 25.000 personas llegaron a dependencias de Carabineros de Chile para interponer una denuncia por Presunta Desgracia. De ellas, más de 20.088 fueron solucionadas, manteniéndose el margen restante aún vigentes. Según la Sección Encargo de Personas (SEP) de la policía uniformada, las cifras son similares a las de los últimos 3 años. Desde que el año 2003 entró en funcionamiento el Sistema de Búsqueda de Personas a nivel nacional se han recibido más de 271.932 denuncias, de las cuales 11.027 se mantiene con trabajos de ubicación.

La gran mayoría de los casos se solucionan en menos de 5 días, no teniendo que ver las causas que la motivaron con tragedias. Pero algunas continúan hasta el día de hoy desconociéndose las circunstancias en que se produjo la desaparición de la persona o teniendo indicios no comprobables de la ocurrencia de un delito cometido por terceros.

El rango etéreo entre los 13 y 17 años es el que presenta una mayor cantidad de denuncias, con predominancia de víctimas de sexo femenino. En cambio, el segmento de 18 a 40 años es encabezado por varones.

Cuando un hijo o hija desaparece el mundo parece desmoronarse. Los amigos, los vecinos, la policía y los medios de comunicación bombardean con preguntas y uno se ve forzado a tomar decisiones que nunca se imaginó que debería tomar. Uno se siente desesperado, confundido y asustado. A pesar de todas las personas e instituciones que están alrededor, uno no sabe donde acudir, donde buscar la ayuda que necesita.

La desaparición repentina o fortuita de un (a) hijo (a) escapa absolutamente de la norma. ¿Cómo puede elaborarse esta situación? ¿cómo sobrevivir a esta pérdida? más aún cuando no se tiene antecedentes acerca del paradero del ser querido, ni siquiera si continúa con vida o no, después de tantos años. Surgen muchas interrogantes ¿estamos en presencia de un duelo? ¿se vive de la misma forma? ¿qué falta para llamarlo duelo en definitiva?

Algunas de estas respuestas se han intentado dilucidar desde las teorías psicológicas, pero lo concreto es que el sufrimiento de los padres, junto con sentimientos de injusticia, frustración y rabia, son los que acompañan por largo tiempo a las personas que se han visto enfrentadas a estas circunstancias. Aquí, el “duelo” se vive de manera diferente; los padres se enfrentan a una crisis no normativa o inesperada potente (una crisis no normativa es aquella que surge por eventos que la familia percibe como catastróficos, que amenaza la supervivencia familiar y que deja a quienes la experimentan con una sensación de intenso desvalimiento). Esta crisis se agudiza al no manejar información del paradero de su hijo(a), al ver que pasan los días y no hay respuestas, los resultados de las diligencias son infructuosos, surgen rumores o explicaciones alternativas que muchas veces rayan lo absurdo, aparece la culpa personal y el reproche social, las críticas al sistema judicial o los organismos encargados de la investigación, pues la información proporcionada no es suficiente para calmar la angustia de los padres, quienes solo quieren algo concreto: recuperar al ser perdido.

Debemos reconocer que, hoy en día, al parecer se produce una dicotomía entre los aspectos protocolares de la búsqueda (denuncia, órdenes de investigar, entrevistas, etc.) y la vivencia de los principales afectados, sintiéndose los padres muchas veces huérfanos en su dolor y abandonados en la labor de búsqueda, responsables de movilizar a la sociedad, y a veces no escuchados ni comprendidos. Evitar este quiebre entre la institucionalidad y la familia, ha sido uno de los objetivos de la definición de formas de trabajo al interior de las Fiscalías, que buscan compatibilizar la realización de las diligencias investigativas dentro de la normativa legal vigente, en un plazo concreto que considera la urgencia, pero también la vinculación con los familiares y el trabajo en conjunto, a través de comunicaciones con el Fiscal o con Profesionales de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos.

Marco teórico

1. Duelo

La palabra duelo puede ser definida tanto desde la etimología, como desde distintas perspectivas teóricas. “Proviene del latín *Dolus* (dolor) y es el conjunto de procesos psicológicos y psicosociales que siguen a la pérdida de una persona con la que el sujeto en duelo, el deudo, estaba psicosocialmente vinculado” (Navar, 2007).

Puede entenderse entonces, como la respuesta psicológica (sentimiento y pensamiento) que se presenta ante la pérdida de un ser querido, de carácter absolutamente subjetivo y que depende de las estructuras mentales y emocionales de cada persona. Por lo tanto, “los sistemas de creencias que tenga quien lo sufre modifican sustancialmente su expresión y desarrollo haciéndolo más manejable en muchos casos o, por el contrario, mucho más complejo de lo que en realidad es” (Gutiérrez, 2009).

2. Trabajo de duelo

A lo largo del tiempo se han formado 02 posturas frente a la pérdida de un ser querido: algunos que creen que con el paso del tiempo todo vuelve poco a poco a su lugar y otros que piensan que hay que afrontar activamente lo que está ocurriendo en sus vidas. Esta actitud no atenúa el dolor (que es inevitable), pero el elegir actuar, y no vivir pasivamente la situación, procede de la decisión valiente de integrar el acontecimiento doloroso a su vida y extraer un aprendizaje del mismo. “A esto último se le conoce como trabajo de duelo, que da cuenta de un proceso de curación interior” (Fauré, 2004).

3. Tipos de duelo

Cuando una persona experimenta un duelo por el fallecimiento de un ser querido, debe avanzar a través del tiempo por un largo camino que lo conducirá a la conformidad. Puede ocurrir que se demore mucho tiempo en superar lo acontecido, o al contrario, que retome lo antes posible sus actividades para continuar con su vida. Nunca tendremos totalmente claros los comportamientos y conductas que adquirirá el deudo, ya que además de que las emociones y las manifestaciones somáticas son tan extensas, la forma, el dónde y con quién expresarlas, es diferente en cada persona.

3.1 Duelo normal

“En condiciones normales, el duelo tiene una duración de 6 a 12 meses, aunque después de recuperarse el adecuado funcionamiento, podrían existir síntomas residuales en algunos casos y considerarse como normal.” (Millan &

Solano, 2010). Las manifestaciones de un proceso de duelo normal se “dividen en cuatro categorías generales: **a) Sentimientos, b) Sensaciones físicas, c) Cogniciones, y d) Conductas**” (Worden, 2004).

Según este autor, las emociones que se incluye dentro de la **categoría sentimientos** se encuentran la tristeza, la cual se manifiesta a través del llanto, obteniendo además a través de esta acción la atención de los demás. El enfado, uno de los sentimientos más peligrosos ya que es un sentimiento que si no es autocontrolado puede desplazarse a otra persona, culpándola de la muerte, o bien en un caso de retroflexión puede conducir al deudo al suicidio. La culpa y el autorreproche también son muy comunes, estos por el sentimiento de no haber realizado lo suficiente con el fallecido. Otro sentimiento o manifestación bastante habitual es la ansiedad, la cual puede variar desde ligeras sensaciones de inseguridad hasta fuertes ataques de pánico. La soledad se manifiesta por la ausencia del (la) fallecido(a). Otros sentimientos y estados que resalta el autor son la fatiga, impotencia, anhelo e insensibilidad.

En cuanto a las **sensaciones físicas** se encuentran: vacío en el estómago, opresión en la garganta y pecho, hipersensibilidad al ruido, falta de aire, debilidad muscular, falta de energía, sequedad de boca y una sensación de despersonalización (entendida como la expresión física de la sensación de extrañeza del yo, como salirse del propio cuerpo).

Entre las **cogniciones** más comunes se encuentran: la incredulidad o la negación de lo ocurrido, no aceptando que el ser querido falleció; confusión, no pudiendo organizar sus pensamientos con respecto a lo acontecido; preocupación por cómo ocurrieron los hechos, o por buscar la forma de recuperar a la persona fallecida. Comúnmente también las personas generan el sentido de presencia, en coherencia con la experiencia del anhelo (intensa añoranza del ser querido que lleva a sentir y pensar que aún está aquí, acompañándonos). En algunos casos, también pueden presentarse alucinaciones, tanto visuales como auditivas, incluso hasta semanas después de la pérdida.

Y finalmente, a **nivel conductual**, Worden (2004) dice que se presentan manifestaciones que normalmente debieran desaparecer después de haber transcurrido cierto tiempo: trastornos del sueño y/o alimentarios, conducta distraída, aislamiento social, soñar con la persona fallecida, etc.

Este mismo autor, plantea que se ha podido identificar 07 mediadores importantes de la elaboración del duelo, y que de ellos dependerá el éxito o fracaso del proceso. Entre estos están:

- **los factores relacionales** (que van a definir la relación vincular que tiene la persona con el fallecido),

- **los factores circunstanciales** (que tienen que ver con los contextos que rodean la pérdida. Hay ciertas circunstancias específicas que pueden imposibilitarlo, una de ellas es cuando la pérdida es incierta y no se sabe si la persona desaparecida está viva o muerta y, por consiguiente, es incapaz de experimentar un proceso de duelo adecuado),
- **los factores de personalidad** (que están relacionados con el carácter de la persona y cómo enfrenta los malestares emocionales) y
- **los factores sociales** (que son fundamentales, ya que el duelo se hace más llevadero si existen redes de apoyo familiares, laborales, etc, suficientes en cantidad y nivel de contención).

3.2 Duelo complicado

Al duelo complicado se le han puesto diferentes etiquetas, es así como se le ha denominado patológico, no resuelto, crónico, retrasado o exagerado. Horowitz (1980) define el duelo complicado como “la intensificación del duelo al nivel en que la persona está desbordada, recurre a conductas desadaptativas, o permanece inacabablemente en este estado sin avanzar en el proceso del duelo hacia su resolución. [...] [Esto] implica procesos que no van hacia la asimilación o acomodación sino que, en su lugar, llevan a repeticiones estereotipadas o a interrupciones frecuentes de la curación”.

4. Tipos especiales de pérdidas

A continuación se darán a conocer los duelos que ocurren de manera inesperada alterando el ciclo vital normal del ser humano.

4.1 Duelo por suicidio

De todos los sentimientos que se desprenden a raíz de este tipo de pérdida, “uno de los más predominantes es la vergüenza. En nuestra sociedad hay un estigma asociado al suicidio. Los supervivientes son los que tienen que sufrir la vergüenza después de que un miembro de la familia se quita la vida y su sensación de vergüenza puede estar influida por las reacciones de los otros” (Worden, 2004). Otro sentimiento que se le atribuye a este tipo de muerte es el sentimiento de culpa y, por último, en el deudo se experimenta “una baja de autoestima, pues especulan que el fallecido no pensó lo suficientemente en ellos, de lo contrario no habrían cometido su suicidio” (Worden, 2004).

4.2 Duelo por accidente

“En los casos de muerte por inmersión, accidentes de tránsito, atropello o quemaduras, el duelo adquiere una dimensión de índole más compleja, lo

que dificulta poder asimilar el hecho, ya que las circunstancias son violentas. Los padres desarrollan las peores fantasías de dolor y destrucción. Incluso hasta en el sueño hay pesadillas en que se revive la escena del momento de la muerte. Como recibieron la noticia también incide en la reacción de los padres.” (Roccatagliata, 2012)

4.3 Duelo por la pérdida de un hijo o hija

La muerte de un hijo se vive de una manera distinta que afecta al equilibrio familiar y que a veces puede producir reacciones patológicas y efectos catastróficos, por el hecho de que esta muerte esta negada como fenómeno natural, es vista como una autentica inversión del ciclo biológico normal. Todos los integrantes de la familia lo viven de distinta manera. La experiencia de los padres de “perder un hijo de cualquier edad es una de las pérdidas más devastadoras que existen y su impacto persiste durante años” (Worden, 2004).

4.4 Duelo inconcluso por desaparición

“En el caso de una persona desaparecida, no obstante, la negación de la muerte se confirma en la realidad, ya que la búsqueda en comisarías, bases militares, hospitales y morgues no provee ningún indicio definitivo de la muerte” (Robben, 2006). “En aquellos casos como muerte por inmersión, accidente aéreo o terremoto, en que no se pudo recuperar el cuerpo, los padres tienen dificultades para iniciar el proceso de duelo, porque siempre existe la secreta esperanza de que pueda estar a salvo y algún día regresar” (Roccatagliata, 2012).

- **Desaparición accidental** (“La persona desaparece sin culpa ni responsabilidad directa de nadie. La persona se ve envuelta en una situación de fuerza mayor y no puede informarse de su paradero” (Oliva y Sánchez, 2011).
- **Desaparición por la propia voluntad** (“La persona opta por no informar de su paradero. Se puede decir que desaparece voluntariamente, es decir, que busca no dejar huellas ni rastros, por lo que no informa a nadie acerca de su destino” (Oliva et al, 2007).
- **Desaparición por voluntad de un particular** (“La persona desaparece en contra de su voluntad y la responsabilidad es atribuible a uno o varios sujetos identificables como perpetradores de un delito (homicidio, secuestro, etc.). La víctima es ocultada y no se sabe de su paradero” (Oliva et al, 2007).
- **Desaparición forzada o involuntaria** (“La persona es desaparecida por algún servidor público o particular con apoyo, tolerancia o aquiescencia del Estado (paramilitares, patrullas civiles, grupos políticos o delincuentes, etc.). El estado es el responsable directo de la desaparición y sus efectos

(falta de investigación y sanción). En este caso se configura el crimen de desaparición forzada” (Oliva et al, 2007).

5. Ciclo del duelo (Robert A. Neimeyer)

Haciendo alusión al hecho de que cada persona vive de manera distinta el duelo, algunos autores como Elizabeth Kübler Ross (1975) inicialmente hablaron de etapas en el proceso de duelo (Negación y Aislamiento, Rabia, Negociación y Culpa, Depresión, Aceptación), lo que implicaría o “da a entender que todos los afectados siguen el mismo itinerario en el viaje que lleva a la separación dolorosa y la recuperación personal” (Neimeyer, 2000). Por ello, Robert Neimeyer (2000) plantea que “los afectados parecen compartir ciertas reacciones, sentimientos y procesos de curación, aunque también hay una variabilidad importante que depende de cada persona, de su forma de afrontar la adversidad y de la naturaleza de la relación que mantenía con la persona desaparecida”. Por lo que existiría un Ciclo del Duelo, el cual inicia con la anticipación o conocimiento de la muerte del ser querido y se desarrolla a lo largo de un proceso vital de ajustes consecuentes.

Este ciclo está constituido por las siguientes fases:

Evitación

“La realidad de la pérdida puede ser imposible de asimilar y podemos sentirnos conmocionados, aturcidos, presos del pánico o confusos en un primer momento, lo que puede evitar la plena conciencia de la realidad que resulta demasiado dolorosa para asumirla” (Neimeyer, 2000). Podemos entonces negar la situación con frases como “debe haber un error”, “no puede ser verdad”, entre otras. Sin embargo, cuando las circunstancias que rodean a la muerte son muy ambiguas y no existe certeza de la muerte del ser querido (por ejemplo, cuando no se ha encontrado el cuerpo) “los supervivientes suelen aferrarse a la esperanza de que su ser querido haya sobrevivido contra todo pronóstico, hasta que se hace inevitable la aceptación de la triste realidad” (Neimeyer, 2000).

Por otro lado aun cuando la muerte es obvia y se reconoce, no podemos evitar el pensar en ese ser querido, comportarnos como si aún siguiera vivo e incluso en ocasiones verlo entre la multitud. Todas estas experiencias son reacciones normales ante la pérdida de una persona amada y solo dejan ver la dificultad que tenemos para asimilar la noticia.

Asimilación

A medida que vamos asumiendo poco a poco la pérdida del ser querido y dejamos de evitar esta realidad, “empezamos a experimentar la soledad y la

tristeza con toda su intensidad, aprendiendo las duras lecciones de la ausencia de nuestro ser querido en miles de los contextos de nuestra vida cotidiana... se limita nuestra atención y nuestras actividades, distanciándonos de nuestro mundo social más amplio y dedicando cada vez mayor atención a la absorbente elaboración del duelo” (Neimeyer, 2000).

Esta fase suele ir acompañada frecuentemente de síntomas depresivos, que incluyen la tristeza invasiva, los períodos de llanto impredecible, los trastornos persistentes del sueño y del apetito, la pérdida de motivación, la incapacidad para concentrarse y disfrutar con el trabajo o la diversión y la desesperanza respecto al futuro. Se caracteriza también por el estrés prolongado que trae consigo, que en ocasiones puede jugarle una mala pasada a nuestra salud física, cuyos síntomas más frecuentes vendrían a ser “el nerviosismo, las sensaciones de embotamiento, las náuseas y los trastornos digestivos, así como las quejas corporales difusas de dolor que pueden venir en oleadas de varios minutos o incluso horas de duración” (Neimeyer, 2000). Este autor plantea que el peor de los casos el estrés constante de los sistemas inmunológicos y cardiovasculares del deudo “puede acentuar su susceptibilidad a las enfermedades o provocar fallos cardíacos en casos extremos, lo que daría una explicación al aumento de la mortalidad en los años posteriores a la pérdida”.

Acomodación

Es en esta fase donde finalmente, la angustia y la tensión característica de la fase de asimilación empiezan a ceder en la dirección de una aceptación resignada de la realidad de la muerte. De esta forma, de manera gradual, vamos recuperando un mayor nivel de autocontrol emocional y nuestros hábitos de alimentación y descanso vuelven a la normalidad. Así mismo comienzan a disminuir gradualmente los síntomas físicos, lo que nos permitirá ir recuperando poco a poco la energía, permitiéndonos el poder movilizarnos nuevamente para llevar a cabo actividades dirigidas al logro de nuestros objetivos. “Esto nos permite empezar el largo proceso de la reconstrucción del mundo social que ha quedado destrozado tras la pérdida no reemplazando a la persona fallecida, sino ampliando y fortaleciendo un círculo de relaciones que encajan con la nueva vida a la que tenemos que adaptarnos” (Neimeyer, 2000).

6. Diferencia de género en el abordaje del duelo

Frente a la pérdida de un hijo “la experiencias de duelo puede ser diferente para cada uno de los progenitores, debido a que tenían una relación distinta con su hijo y a sus diferentes estilo de afrontamiento” (Worden, 2004).

Si nos centramos en las diferencias sexuales de afrontamiento de la pérdida, nos daremos cuenta que las mujeres suelen centrarse en aspectos más emocionales, mientras que los hombres “suelen afrontar la pérdida de una manera

más intelectual y filosófica o sumergiéndose en las mil y una tareas instrumentales que se encuentran los supervivientes de una pérdida” (Neimeyer, 2000).

Son estas diferencias de género y de afrontamiento las que pueden hacer que la relación se torne hostil y tortuosa, desencadenando posibles tensiones conyugales y consigo crisis familiares, llevando incluso al distanciamiento definitivo de la pareja. Es así como “el divorcio se ha asociado con frecuencia a la pérdida de un hijo. La pérdida compartida crea un vínculo nuevo y muy profundo entre ellos y, al mismo tiempo, la pérdida individual que siente cada uno provoca un distanciamiento en la relación. Esta paradoja se expresa de una manera diferente en parejas con distintas relaciones antes de la muerte” (Worden, 2004).

“Aunque estas diferencias de género pueden ser muy reales, debemos ser conscientes de que son solo descripciones de estilos típicamente masculinos o femeninos de elaboración del duelo” (Neimeyer, 2000). Por otro lado, estas diferencias de género no implican que una mujer u hombre necesariamente se enfrenten a una pérdida tal y como se mencionó anteriormente, sino que puede ocurrir que un hombre se enfrente ante una pérdida de manera más emocional o que una mujer se enfrente de manera más intelectual, “lo importante es entender la forma que cada uno de nosotros tiene de elaborar el duelo, independientemente de si seguimos o no la “norma” de nuestro género” (Neimeyer, 2000).

7. Impacto de la muerte de un hijo en la familia

Frente a la muerte de un hijo suelen suceder muchas cosas. Sin embargo, lo más recurrente es “el cuestionamiento del sentido de competencia de los padres, puesto que parte del rol parental es mantener al hijo seguro” (Worden, 2004) y surgen las críticas a los padres por no haber hecho lo suficiente para mantenerlos con vida y sanos.

En estos casos, abordar la muerte de un hijo resulta complejo, pues el duelo de los padres “se carga a veces con un peso añadido: la opinión que los demás tendrán de ellos” (Fauré, 2004). Esto se agudiza cuando la causa de la muerte de los hijos resulta de una negligencia de parte de quienes se supone deben velar por sus cuidados; en casos tales, como accidente, ahogamiento, descuido de los padres o que en cierta manera se pudo evitar, poniendo en tela de juicio su rol, pues es común que “el entorno condene a los padres en silencio, con una mezcla de ignorancia e incomprensión... han de añadir entonces, al peso de su propio dolor, la duda que les imponen los demás” (Fauré, 2004).

En ellos aparecen fuertes sentimientos de culpa. La culpa es un sentimiento que puede tener muchas fuentes. Miles y Demi (1991) señalan que la primera

es la **Culpa Cultural** (ya que la sociedad espera que los padres custodien a los hijos y cuiden de ellos, es una expectativa social). La segunda es la **Culpa Causal** (si un padre ha sido responsable de la muerte de un hijo por una negligencia real o percibida). La tercera es la **Culpa Moral** (que se caracteriza por el hecho de que el padre cree que la muerte del niño se ha debido a alguna infracción moral en su experiencia vital presente o pasada). También existe la **Culpa de Sobrevivencia** (se da cuando un padre y el hijo han sufrido el mismo accidente y el padre sobrevive pero el niño no). Por último, está la **Culpa de Recuperación** (algunos padres se sienten culpables cuando dejan atrás el duelo y desean seguir adelante con su vida), sintiendo que traicionan la memoria de su hijo (a) al divertirse, reírse o realizar actividades orientadas a la búsqueda del placer.

Cabe destacar en este punto, que tanto el padre como la madre, siendo progenitores y cuidadores directos, suelen ser lo más afectados frente al fallecimiento de un hijo, enfrentándose a 2 retos: Aprender a vivir sin el niño, lo que incluye una nueva forma de interaccionar con la red social, e interiorizar una representación interna del niño que sirva de consuelo.

Al respecto hay que señalar que no existe una manera correcta o incorrecta de reaccionar ante la desaparición de un hijo (a), y no existe una manera específica de cómo sentirse.

Metodología

El presente estudio se abordó desde la Teoría Fundamentada o Grounded Theory, la cual “se refiere a una teoría derivada de datos recopilados de manera sistemática y analizados por medio de un proceso de investigación... esta teoría se basa en los datos, siendo más posible que genere conocimientos, aumente la comprensión y proporcione una guía significativa para la acción” (Strauss y Corbin, 2002).

La unidad de análisis es de tipo Episódica ya que “busca indagar en los sucesos dramáticos y sobresalientes, y sus efectos en las personas” (Hernández, Fernández y Sampieri, 2010). En esta investigación se indagó en una temática de tipo episódica como es una presunta desgracia, para así poder conocer cómo vive una madre el proceso de desaparición de su hijo (a), esto a través del testimonio de una madre de la ciudad de Osorno cuya hija se encuentra desaparecida hace ya 6 años.

El instrumento que se utilizó fue una entrevista en profundidad, entendiendo por esta aquella en que “el investigador desea obtener información sobre determinado problema y a partir de él establece una lista de temas, con lo que se focaliza la entrevista, quedando ésta a libre discreción del entrevistador, quien podrá sondear razones y motivos, ayudar a establecer determinados

factores, etc., pero sin sujetarse a una estructura formalizada de antemano” (Rodríguez et al, 1999).

La validez y confiabilidad cualitativa de la investigación está en directa relación con el método usado para la interpretación, construcción y organización de la información. El método denominado Teoría Fundamentada o “Grounded Theory” incluye los siguientes pasos: codificación abierta (el investigador revisa todos los segmentos del material para analizar y genera por comparación constante categorías iniciales de significados), codificación axial (a partir de las categorías iniciales, el investigador selecciona la que considera más importante y la posiciona en el centro del proceso de exploración) y la codificación selectiva (donde el investigador regresa a las unidades o segmentos y los compara con su esquema emergente para fundamentarlo). Una vez listo lo anterior, se finaliza con la codificación teórica. De esta forma se le da un orden a todos los aspectos importantes a investigar en la entrevista profunda.

Por medio de lo anterior, se analizó la información con el objetivo de generar nuevos conocimientos respecto a la temática de desaparición de un hijo, permitiendo aumentar la comprensión acerca del tema. Aunque resulta fundamental dejar en claro la no generalización de los datos y conclusiones, puesto que cada persona vive de manera particular el duelo.

Teniendo presente lo delicado de la temática a abordar, se resguardaron los aspectos éticos de la misma a través del consentimiento informado por escrito, manejo de la entrevista, entrega de apoyo emocional, no publicación de datos personales, entre otros.

Resultados

De las 3 entrevistas realizadas a la madre de la menor HDDR se pudo extraer importante información que sirvió para cotejar su vivencia con los elementos destacados en la teoría sobre los procesos de duelos en situaciones especiales.

En la medida en que se avanzaba en su narración fueron aflorando sentimientos y emociones que se presentaron durante el hecho, pero también algunas que se mantienen aún. La participación en la entrevista fue connotada por la madre como positiva, ya que *“los recuerdos son mi forma de estar con ella”* y además *“porque se necesita hablar de estas cosas”*.

Cuando ocurre la desaparición repentina de un hijo (a) se hace relevante indagar en la relación vincular entre el hijo y la madre, ya que aquí se construirán los cimientos en los que se apoyará esta última para reaccionar ante la situación.

La expresión de la búsqueda posterior a la desaparición de un hijo está estrechamente ligada al tipo de apego que exista entre ambos miembros. Si existe

un apego seguro (Bowlby, 1998), lo más probable es que la madre busque desesperadamente a su hijo ya que estableció patrones de relación con éste en los cuales la comunicación era fluida y transparente. Cada miembro maneja información de las acciones y rutinas del otro, por lo tanto en el caso de que el hijo (a) desaparezca repentinamente, la madre tenderá a reaccionar de forma instantánea en pro de su búsqueda.

“Yo me enteré por la amiga que HHDM no había llegado al liceo... a las 11 de la mañana me fui a hacer la denuncia a Carabineros y todos me decían espera más tiempo y yo dije no puedo esperar más... a mi hija le pasó algo malo, necesito que la busquen”.

En el caso estudiado la madre poseía una fuerte relación vincular retributiva con su hija, lo que desencadenó una reacción de sentimiento de pérdida inmediata al enterarse de que ésta no había seguido sus actividades cotidianas como estaba establecido. Comenzó entonces una búsqueda desesperada, no importando posteriores consecuencias, arriesgando su estabilidad psicológica y somática.

“A lo mejor a mi hija la pillaron y se la trajeron al río... fue una locura para mí, porque yo corría por la orilla del río, gritando, gritando... y si pillaba murras, quillas, basura, yo me metía y escarbaba, escarbaba, gritaba... salté de una altura y caí en un barrial, toda mojada, con barro, sucia”.

Algunas conductas también pareciera que escapan de lo permitido socialmente. ***“Me acuerdo que llegaba hasta el centro revolviendo todos los tarros de basura, los botaba, los vaciaba, escarbaba y escarbaba, uno por uno... buscaba no se pob... para ver si por allí hubieran pasado a dejar sus cosas... una pulserita... un arito”.***

Al igual como señala Robben (2006), “la amenaza de la pérdida hace que los padres pongan el bienestar de sus hijos por encima del propio”.

“Yo como mamá me hubiera arrancado hasta los riñones y los ojos si alguien quería órganos. Yo quería a mi hija conmigo, mi necesidad era más grande que el hambre”.

Respecto a sus primeras emociones, señala ***“me vino así como un dolor en mi corazón, pero así... espantoso... me empezaron a doler los huesos, las rodillas... sentía una sensación extraña en mi cuerpo, como si mi cuerpo saliera de mí y volvía de nuevo”.***

Junto con las emociones de miedo, ansiedad, confusión e incertidumbre, surgieron también las reacciones corporales de sensación de llanto permanente, aumento de los niveles de hostilidad frente al medio y una tendencia hacia la acción desmedida, sobrepasando sus propias fuerzas. También se desprenden de su relato, manifestaciones psicósomáticas como baja de peso debido a la inapetencia y enfoque en un solo estímulo, aumento de consumo de tóxicos

ligados a la ansiedad, golpes abruptos de agotamiento y cansancio físico, sensaciones de embotamiento, constantes náuseas y trastornos digestivos.

En un comienzo, refiere que no percibía el cansancio, ya que estaba solo concentrada en la búsqueda, pasando por alto indicadores concretos que le avisaban que se estaba acumulando el agotamiento. Aparece el insomnio debido a la permanente preocupación por el estado y paradero de su hija, junto a cuestionamientos permanentes, tratar de reconstruir vivencias, momentos, diálogos, con la finalidad de encontrar pistas que permitieran resolver lo ocurrido. También como mecanismo compensatorio, pues sentía bastaron unos minutos para que su hija desapareciera y ahora no quería que nuevamente le volviera a suceder, perderse algo importante acerca de la investigación, un llamado telefónico, una pista, etc. Ella refiere que el insomnio de conciliación se mantiene incluso hoy, 6 años después de la desaparición.

Las áreas de la vida cotidiana que se vieron afectadas por el acontecimiento fueron todas, provocando otras complicaciones en la esfera familiar y social, por ejemplo: aislamiento del grupo social, aumento de los índices de discusiones y peleas, separaciones conyugales, incumplimiento del rol materno con los demás hijos.

“Mi hija llevaba como 15 días desaparecida y el papá de mis hijos me echó de la casa... mira ella no es mi hija, yo quiero que te vayas, no quiero que por tu hija mi familia vaya a salir perjudicada”.

Debido a los acontecimientos, ella sintió que estaba obligada a modificar su personalidad para efectuar con mayor seguridad la búsqueda de su hija, solicitar ayuda, reclamar a las autoridades, etc. ***“Yo no soy tonta, también estudio para que no me metan el dedo en la boca... Esto es una pelea constante, al final te transformas en psicóloga, en doctora, en abogado, en carabinero... más aprendía al estar rodeada de tanta gente”.***

La relación con el entorno es fundamental, ya que estos deben asumir conductas de equilibrio, transformarse en motivadores de la búsqueda, pero al mismo tiempo hacerse cargo de las situaciones cotidianas, con capacidad de resolver, ya que sentido como una pérdida de tiempo el prestarle atención a esos elementos de la vida diaria. También es fundamental esta vinculación porque en algún momento el resto empezará a volver a sus actividades habituales, a sus propias rutinas, viéndose enfrentada a la encrucijada de mantener o disminuir las acciones de rastreo.

“A los 5 meses desaparecieron todos, los únicos que quedaron fueron mis hijos... ahí me dí cuenta que mi hija estaba enferma, con anorexia... le había dado muchas responsabilidades... cuando llegué a la casa había un colchón tirado en el suelo y dormíamos los 3 con mis hijos y nos tapábamos con ropa”.

Las ansias de búsqueda del ser querido y recurrir a todas las instancias que generen algún tipo de información del paradero, conlleva una paradoja, donde se mezclan el deseo de que la comunidad completa se vaya involucrando, este al tanto de lo sucedido, se sensibilice frente a la búsqueda y pueda proporcionar algún tipo de información, con el entorpecimiento de la investigación, ya que aparecen pistas falsas, rumores infundados, etc. Esto puede generar reacciones de índole negativas en los padres, haciendo que se intensifiquen emociones como la rabia, la impotencia, etc. Pero esto también puede tener otra consecuencia, que en su afán de aportar información, sugerir diligencias, enterarse rápidamente de los avances, se transformen en obstáculos para la investigación, quedándose con la sensación de que los aíslan, los bloquean, les impiden participar activamente, no siendo recibidos y comprendidos de manera adecuada sus emociones, deseos, frustraciones y dolor.

Asimismo, los medios de comunicación pueden tener un rol favorable o desfavorable para la vivencia de las madres, ya que “se vuelven invasores de la privacidad o pueden actuar como aliados en la búsqueda de justicia e indirectamente en la comprensión del dolor de la pérdida” (Barros et al, 2008). Incluso hasta el día de hoy cuando se realizan reportajes en canales de televisión de cobertura nacional y la situación de su hija vuelve a salir al aire, impidiendo el olvido y permitiendo que si alguien tiene nueva información pueda entregarla.

“El manejo de la televisión fue bueno, quizás porque tenían más experiencia... conmigo la televisión ha sido cuidadosa... sentí que la radio me hacía pebre... porque buscaban gente que decía puras estupideces”.

Desde el relato de la madre de HDDN, existen diferentes estrategias para intentar retornar a la vida cotidiana, siendo una importante la ayuda y la solidaridad de otras madres que se han visto enfrentadas a la misma vivencia.

Se puede percibir en su discurso que finalmente la angustia y la tensión característica de la Fase de Asimilación empiezan a ceder en la dirección de una aceptación resignada de la realidad de la muerte. De manera gradual, la entrevistada va recuperando un mayor nivel de autocontrol emocional, pero son las sensaciones de vacío y de no poder concluir nada, lo que aún la mantiene ligada a la experiencia dolorosa, pues de forma recurrente se reactiva la búsqueda debido a una nueva información, la realización de alguna diligencia investigativa, etc. De acuerdo al relato de la entrevistada, a pesar de no encontrar aún a su hija, ella decide retomar la vida, siendo el motor sus otros hijos, quienes también le demandan atención, cariño y preocupación. Sin embargo, igualmente puede percibirse la Culpa de Recuperación, cuando señala *“que Dios me perdone por seguir con la vida”*.

Frente a la desaparición del hijo (a) no hay consuelo, por lo que una de las formas de irse conciliando con la vida parece ser el apoyo religioso, más aún si se tiene fe o las creencias de la persona se sustentan en algún dogma.

“Es importante hacer notar una diferencia entre las necesidades espirituales y religiosas de las personas” (Sherr, 1992). El término religioso se refiere más a la necesidad de poner en práctica la propia expresión natural de la espiritualidad. Puede manifestarse como la necesidad de ver un sacerdote, solicitar un capellán, tener tiempo para rezar, recibir sacramentos, etc. Esto resulta más fácil de satisfacer cuando es solicitado por las personas que se enfrentan con la angustia. El término espiritual se refiere a lo que concierne a las últimas consecuencias y a menudo es contemplado como una búsqueda de significado. Los aspectos espirituales pueden manifestarse a través de cuestionamientos tales como: “¿Por qué me sucedió a mí? ¿Por qué ahora? ¿Qué he hecho para merecer esto? ¿Qué soy ahora que me ha pasado todo esto? Ya no me siento una persona completa” (Sherr, 1992). Esto ocurre a menudo en estas circunstancias cuando se busca un significado personal para lo que está ocurriendo.

Por ello, comienzan a aparecer explicaciones más espirituales, ya que como señala la entrevistada no existe otra que creer y confiar, sosteniendo que su hija *“aparecerá cuando Dios así lo quiera”*. Autores como Barros et al (2008) plantean que “tales consideraciones se revelaron en todas las entrevistadas: la fe, la religión, el poder divino acaban por volver tolerable lo insoportable, al ofrecer fuerzas para enfrentar la tragedia y continuar viviendo”.

“Me aferré mucho a Dios, hasta la fecha... yo no culpo a Diosito por estas cosas, a lo mejor la culpable soy yo... no sé... pero también tengo que pensar que si las cosas pasan, pasan por algo”.

Pero la búsqueda de la hija desaparecida también tiene otra arista: la determinación de la responsabilidad del hecho, la búsqueda del culpable de la desaparición y el daño, pues durante el transcurso de la investigación se configura la sospecha que la desaparición no es voluntaria y que terceros intervinieron en ella. De esta forma, adquiere forma y fuerza la creencia de que alguien la tiene retenida, la ha violentado sexualmente o le ha quitado la vida, pudiendo tener distintas razones o motivaciones, pero la desaparición se concreta como el método de hacer desaparecer las pruebas que lo inculpan.

Aquí puede darse un choque con los organismos encargados de la investigación, urgiendo la realización de diligencias investigativas, pasando por arriba de conductos regulares, permisos, etc, en el afán de encontrar al hijo (a) desaparecido.

“... llegué al Terminal y pedí que me mostraran las cámaras de seguridad del día, me dijeron que no porque eso solo con autorización de un Juez... yo creo que me vieron tan desesperada que si lo hicieron... entonces yo me adelantaba al trabajo”

que tenía que haber hecho carabineros, investigaciones, yo lo hice... rompí muchos protocolos”.

“Cuando se hizo el rastreo por el río, yo fui al regimiento, pedí buzos tácticos, pedí botes, fui a Entrelagos a conversar con la Alcaldesa... debía moverme”.

En este contexto, la búsqueda del culpable tiene también la finalidad de castigarlo, y de esta forma simbólica desplazar la culpa desde un cuestionamiento parental (personal y colectivo) hacia el agresor, quien se puede definitivamente “demonizar” y transformarse en el foco de las críticas, rabias y maldiciones.

La desaparición de un hijo se vive similar a un duelo. La ausencia de la persona es la misma, los sentimientos y conductas suelen repetirse o concordar, pero la angustia y la incertidumbre de no saber dónde está la persona y en que condiciones se encuentra, resulta agobiante. Frente a una desaparición esta es la principal preocupación y lo que hace finalmente que se torne en un duelo incompleto o inconcluso, debido a que “en ausencia del cuerpo no había manera de realizar los ritos mortuorios” (Robben, 2006).

El deseo de que su hija estuviera presente y la fantasía de creer que nada malo había sucedido, la llevaron a desarrollar una conducta que los especialistas llaman “Momificación”, es decir la preservación de la habitación y las pertenencias de la persona que falta, con la esperanza implícita de que puede aparecer y todo volver a ser como antes.

“Todo... su ropa, sus cuadernos, sus libros, sus diplomas... sus zapatos de cueca... las cosas con las que bailaba, sus vestidos, su cama, todo pob... incluso mi mamá guardó una plancha del techo donde mi hija escribía cuando estaba enojada con su hermana”.

Este mecanismo psicológico es potente, pues a pesar de inicialmente tener una finalidad defensiva y de protección de la psiquis, luego puede tornarse perjudicial, pues puede llevar a la persona a perder el sentido de la realidad, imbuida en la fantasía de que todo puede volver a ser como era antes de la desaparición, desconociendo la profundidad y extensión del daño provocado por la experiencia en su vida y en la de los demás.

Por tanto, no hay certeza de la muerte ni un cuerpo para llevar el duelo. “Esta ausencia deja suspendidos a los padres entre dos mundos emocionales” (Dennis Klass, 1989), ya que no pueden depositar su aflicción en los restos humanos ni llorar la pérdida a través de un rito, pero también saben que no pueden continuar viviendo con la esperanza eterna de que aparezca en buenas condiciones. El transcurso de las semanas, los meses y los años permanentemente los enfrenta a esta realidad, que deben empezar a asumir, el no retorno del ser querido.

Frente a lo perturbador que puede resultar un duelo, pareciera que en los casos de desapariciones es fundamental hacer rituales que le “permitan” a la madre o al padre disminuir con la Culpa de Recuperación. “Estos rituales no solo tienen una significación psicológica, tienen una dimensión social. Ayudan a identificarse a sí mismo como portadores del duelo...Puesto que los rituales propician también la participación de otras personas del entorno.” (Fauré, 2004). Este ritual puede dar a la gente la oportunidad de expresar pensamientos y sentimientos respecto al fallecido, siendo lo ideal que la gente puede expresar tanto las cosas que está echando de menos de la persona querida como las cosas que no. La ceremonia puede ser, además, una reflexión sobre la vida de la persona que no está. Es posible tener algunas cosas suyas en la ceremonia general para poder señalar lo que era importante para él o ella.

Alan Wofelt, citado por Neimeyer (2000) respecto a la importancia de los rituales, refiere que “... hacen más patente las duras lecciones de la pérdida, pero también dan lugar al inicio del proceso de reconstrucción de un mundo de creencias que ha quedado devastado”.

“... dejaría y enterraría el dolor, el sufrimiento, el frío, el hambre, enterraría todos los malos ratos que viví, las cosas que escuché, las cosas que tuve que aguantar... solo para que esas cosas quedaran ahí selladas... para mí enterrar es dejar allí lo malo que me pasó, no a mi hija ni sus recuerdos”.

Un aspecto que no fue considerado como una dimensión a estudiar es la idealización del niño (a) desaparecido (a), pues durante todo el transcurso de la entrevista, siempre se atribuyó aspectos positivos a la joven desaparecida, se mencionabas de forma recurrente sus características valoradas, sus habilidades reconocidas, y se omitían aspectos negativos, como también cualquier atisbo de conflicto relacional. Esto es explicado desde la teoría, señalando Worden (2004) “que se interioriza una representación interna del niño que sirva de consuelo”.

Ante la desaparición de un hijo (a), con el (ella) desaparecen muchos sueños y expectativas o estos quedan inconclusos. Para los padres “perder un hijo de cualquier edad es una de las pérdidas más devastadoras que existen y su impacto persiste durante años” (Worden, 2004). La experiencia de la entrevistada muestra el impacto que significó para ella, ya que a pesar de que siempre tuvo sueños con sus hijos, desde la desaparición de la joven, no le resulta fácil pensar en el futuro, solo se remite a proyecciones a corto plazo, a vivir el día a día, sintiendo que no tiene sentido imaginar o visualizar el futuro pues todo puede ser arrebatado en milésimas de segundos y cambiar la vida para siempre. Y es este miedo lo que de alguna forma choca contra su diario vivir, pues permanentemente saca fuerzas para levantarse, para ocuparse, para amar, pero en lo inmediato, sin proyecciones de futuro, viviendo constantemente con el temor de que sus hijos pueden desaparecer.

“Perder a mi hija es estar permanentemente en un pozo sin fondo, no hay forma de salir de ahí”.

La entrevistada da a conocer que hasta el momento, a pesar de los años transcurridos, necesita expresarle a alguien lo que siente, sentarse a hablar de su experiencia, reconectarse con el dolor desde una perspectiva más constructiva. Reconoce que a pesar de haber adoptado el rol de fuerte para evitar sentirse vulnerable y darse ánimo para continuar la búsqueda, percibe que a nivel emocional y físico le ha pasado la cuenta y necesita ayuda.

La intervención de un tercero es fundamental tanto al inicio como en esta parte de la vivencia, pues más allá del proceso investigativo y sus tiempos, el dolor por la desaparición de un hijo (a) implica acompañamiento permanente de un especialista que pueda transformarse en contenedor de las emociones opresivas, canalizador de las inquietudes e interrogantes, mediador entre la fantasía y las expectativas reales, pero sobre todo motor y fuerza para que los padres puedan seguir adelante.

“... me pongo a pensar que mi hija tiene 20 años, cómo será ella ahora, cómo estará... ella debía haber estado ya en segundo año de psicología... siento ese vacío, esas ansias de haber conocido más a mi hija, me hubiera gustado verla saliendo de cuarto medio... siento que al recordarla no me la puedo imaginar como una mujer adulta... me cuesta imaginarla porque todavía siento su olor... como me hablaba... su risa”.

Reflexión final

La primera y posterior reacción de una madre ante la desaparición de un hijo (a) depende del vínculo afectivo construido entre ellos a lo largo del tiempo. El compartir múltiples momentos de la vida conlleva conocerse y aceptarse, y esto la generación de un apego que va a movilizar incansablemente a un padre al enterarse de la desaparición de un hijo (a).

Hay manifestaciones somáticas en las madres con hijos desaparecidos, patrones de pensamiento y emociones potentes que se desbordan a cada momento, hay presiones sociales, sentimientos de culpa y deseos que no logran ser satisfechos, preguntas sin respuestas, abrazos sin entregar.

Pero también hay diligencias investigativas, protocolos de actuación, organismos intervinientes, tareas, responsabilidades, plazos y recursos económicos.

En este contexto es donde se encuentran padres, familiares, vecinos, carabineros, policías de investigaciones, fiscales, entre otros, intentando todos ser un aporte y poder esclarecer lo sucedido, resolver el enigma acerca de que pasó y sobre todo donde está la persona desaparecida.

Creemos fundamental que el organismo encargado de la búsqueda continúe entendiendo que estamos frente a un fenómeno sociolegal específico, que demanda otra forma de comprensión de los hechos y vinculación con los afectados, pues está ligado de forma mayor a la esfera emocional, a las expectativas, al miedo, a la desesperación, a la sensación angustiosa de que cada minuto que pasa nos aleja de la posibilidad de encontrar al hijo (a) con vida. Y esto es REAL.

Por ello, se debieran reforzar modelos de atención específica en estas circunstancias, pudiendo los profesionales de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos (en la medida en que exista el recurso humano necesario y suficiente) apoyar en la tarea de construir puentes de acercamiento con el grupo familiar, permitiéndoles entender las razones jurídicas/policiales de diligencias y decisiones, pero también conteniéndolos en su angustia y acompañándolos en su dolor.

Creemos también que es primordial trabajar en conjunto con la familia las acciones de información a la comunidad, distribución de tareas, protegiéndose de esta forma la salud física y mental de los padres, pero también como mecanismo para delimitar el alcance concreto de una acción de búsqueda, ayudándoles a evitar el desgaste de fuerzas, recursos y tiempo.

Los profesionales de las Uravits también pueden ayudar a vincular a la familia con el resto de las instituciones de la red, activándose de esta forma un mecanismo comunitario de apoyo, que adecuadamente coordinado puede transformarse en un pilar fundamental para los padres.

“No saber donde está tu hijo o tu hija, o si está bien, es lo más difícil de manejar en este mundo. Pero hay que tratar de mantener la esperanza, por difícil que parezca. Recordar siempre que la esperanza es más que un deseo, es un elemento esencial para la supervivencia de cualquier sujeto”.

(CUANDO SU NIÑO ESTÁ DESAPARECIDO:
GUÍA DE SUPERVIVENCIA FAMILIAR, USA, 2011).

Referencias bibliográficas

- Barros, M; Peloso, S.(2008). La muerte de un hijo joven en circunstancias violentas: comprendiendo la vivencia de la madre: Revista Latinoamericana, Enfermagem, 1-8. Recuperado de http://www.scielo.br/pdf/rlae/v16n3/es_02.pdf.
- Bowlby, J.(1998). El apego y la pérdida I, El Apego. Barcelona: Paidós.

- Bucay, Jorge (2002), *El Camino de las Lágrimas*, Editorial Océano, México.
- Fauré, C. (2004). *Vivir el Duelo: La Pérdida de un Ser Querido*. Recuperado de <http://books.google.cl/books?id=PjE5aGKpA1AC&printsec=frontcover&dq=etapas+del+duelo+kubler+ross+pdf&hl=es&sa=X&ei=h dNeUuDHE4Pc9ATVw4G4Cg&ved=0CD4Q6AEwAw#v=onepage&q&f=false>.
- Freud, Sigmund (1976) Tomo XIV de las Obras Completas “Duelo y Melancolía”, Editorial Amorrortu Editores S.A., Buenos Aires, 1976.
- Gutiérrez, A. (2009). *Manejo de Duelo en las Madres y Padres que pierden a su Hijo o Hija de Forma Inesperada*. Tesis de Magíster en Trabajo Social con Énfasis en Intervención Terapéutica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica. Recuperado de <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/tfgmae/tfg-m-2009-01.pdf>.
- Hernández, R; Fernández, C; Baptista, P.(2010). *Metodología de la Investigación*. 5ª ed. México D.F.: McGrawHill.
- Klubler-Ross, E. (1972). *Sobre la Muerte y los Moribundos*. Nueva York: Grijalbo Mondadori, S.A.
- Millán, R y Solano, N. (2010). *Duelo, Duelo patológico y Terapia Interpersonal*. *Revista colombiana de psiquiatría*, vol. 39 (2). Recuperado de www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0034-74502010000200011.
- Neimeyer, R. (2000). *Aprender de la Pérdida: Una guía para Afrontar el Duelo*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Oficina de Programas de Justicia (2011). *Cuando su Niño está Desaparecido: Una Guía de Supervivencia Familiar*. USA.
- Oliva, S; Sanchez, F; Santiago, N.(2011). *Desaparición forzada de personas en México, Guía práctica*. Recuperada de: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/WEBMANUAL_desaparicion_forzada.pdf.
- Padilla, E. (1995). *La Memoria y el Olvido. Detenidos Desaparecidos en Chile*. Recuperado de http://www.archivochile.com/Memorial/doc_gen/memo_docgen000002.pdf
- Robben, A. (2006). *El Asalto a la Confianza Básica: Desaparición, Protesta y Re-entierros en Argentina*. *Cuaderno de Antropología Social* (24), pp. 11–49. Recuperado de <http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n24/n24a02.pdf>.

- Roccatagliata, S. (2012). Un hijo No Puede Morir, Santiago, Chile: Grijalbo.
- Rodríguez, G., Gil, J., & García, E. (1999). Metodología de la investigación cualitativa. 2ª ed. Malaga: Aljibe.
- Sherr, L. (1992) Agonía, Muerte y Duelo.(1992). México: Editorial El Manual Moderno,S.A. de C.V.
- Worden, J. (2004). El Tratamiento del Duelo: Asesoramiento Psicológico y Terapia. Segunda Edición Revisada. Balcelona. Paidós Ibérica.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL CASO DE MALVERSACIONES DE CAUDALES PÚBLICOS OCURRIDAS EN EL HOSPITAL DE QUILLOTA

Hernán Fernández Aracena¹

1. Introducción

Hemos estimado pertinente comentar el caso del “Hospital de Quillota”, por cuanto algunos de los aspectos debatidos tanto a nivel del Tribunal Oral en lo Penal, como en tribunales superiores, creemos que pueden resultar de interés a otros fiscales de la especialidad, por ser aspectos normalmente alegados en juicios por delitos de corrupción.

La investigación realizada por la Fiscalía de Quillota, permitió establecer que a partir del mes de enero de 2007, y hasta septiembre de 2010, el encargado del Departamento de Contabilidad del Hospital San Martín de Quillota, en el desempeño de las funciones propias de su cargo, sustrajo dinero desde la cuenta corriente única fiscal del Banco Estado de dicho establecimiento.

Para concretar la sustracción, el funcionario giró una serie de cheques con el objeto de pagar a un proveedor de frutas y verduras, para lo cual el encargado de contabilidad duplicó, en otros casos triplicó y hasta cuadruplicó, cheques por los mismos montos, para lo cual utilizaba nuevamente los antecedentes que justificaban el pago de dichas mercancías. Acto seguido se cobraban todos los cheques, incluidos 50 de ellos que no daban cuenta de una real y efectiva venta de bienes y servicios al referido hospital, sustrayéndose así la suma total de \$134.592.089.

Por otro lado, entre agosto de 2010 y mayo de 2011, el mismo encargado del Departamento de Contabilidad del Hospital San Martín de Quillota, en el desempeño de las funciones propias de su cargo, junto a un particular, proveedor de servicios informáticos, sustrajeron dinero desde la cuenta corriente única fiscal del Banco Estado de dicho establecimiento, para lo cual, el primero giró 15 cheques a nombre de la empresa de este particular, alcanzando la suma total de \$223.281.067, con el objeto de pagarle como prestador de servicios de asesorías computacionales, servicios que nunca se prestaron y sin que haya existido adjudicación alguna en favor de dicha empresa.

1 Abogado, Subdirector de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público, quien estuvo a cargo de los alegatos ante la Excm. Corte Suprema del recurso de queja interpuesto en este caso.

Para ello, el funcionario público obtenía del jefe de finanzas del mismo hospital, la firma de los referidos cheques, justificándolos como pagos centralizados del Servicio de Salud Viña del Mar – Quillota, en circunstancias que no correspondía al hospital, bajo ningún respecto, girar cheques por tales conceptos, sin que el jefe de finanzas realizara el debido control y revisión de los antecedentes que justificaban los pagos que estaban autorizando y los cheques que estaban firmando, control y revisión al que estaba obligado en razón de su cargo.

2. Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota²

Durante el juicio oral³ se lograron acreditar los hechos investigados, y por lo tanto, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal procedió a condenar a los principales involucrados en estos hechos, estableciendo altísimas penas⁴, poco usuales en nuestra especialidad.

Dentro de los múltiples puntos debatidos, queremos destacar los siguientes:

2.1. Castigo a los “extraneus”

Acreditada la existencia del delito y la participación del encargado contable del Hospital de Quillota, quedaba por dilucidar la forma de castigo de los particulares, dos comerciantes, uno proveedor de verduras del hospital y el otro dedicado al negocio informático, quienes *“intervinieron de manera activa por actos ejecutivos, particularmente en la verificación de la sustracción, merced a que tomaron parte en el depósito y cobro de los cheques girados”* y sin cuya intervención el empleado público difícilmente *“se podría haber hecho de esos fondos, ya que, el encargado de contabilidad del hospital requería necesariamente de un proveedor o un prestador de servicios a quien generar el pago, para que posteriormente dicho tercero cobrara dichos cheques, ya sea por caja o vía canje bancario, verificando así en forma definitiva la sustracción”*⁵.

Siguiendo a la profesora Ossandón, el fallo sostiene respecto a los particulares que *“si se le sanciona en virtud del delito de infracción de deber, resulta claro que*

2 Fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota de 26 de octubre de 2013, RUC N°1100603797-8, RIT 83-2013.

3 Los fiscales que comparecieron al juicio, fueron la fiscal jefe de Quillota Ymay Ortiz y el fiscal adjunto especializado anticorrupción de Viña del Mar, Claudio Reveco.

4 Al autor principal de las malversaciones reiteradas, se le condenó a 15 años de presidio mayor en su grado medio, y a los otros dos partícipes importantes, en calidad de cómplices del mismo delito, a penas de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, y 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio.

5 Considerando 8° de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 26 de octubre de 2013, antes mencionada.

*como el extraneus no infringe un deber, la pena imponible ha de ser menor que la aplicable al especialmente obligado. Pero, a su vez, no se puede hacer caso omiso del mayor reproche que suponen los supuestos de participación en un delito de esta clase, si se compara con los de participación en un delito de dominio del hecho: colaborar con un funcionario para que sustraiga efectos públicos a su cargo tiene mayor relevancia que colaborar con un particular para que sustraiga bienes de un tercero cualquiera, porque en el primer caso se afecta algo más que la propiedad ajena. 'En suma, la participación en un delito impropio de infracción de deber supone un mayor injusto que la participación en el correspondiente delito común subyacente', mayor desvalor que también debería verse reflejado en la pena*⁶.

Por lo anterior, al analizar la situación procesal de los empresarios, los sentenciadores indican que *“sin perjuicio de haberse acreditado que con sus respectivas conductas efectuaron actos que permitieron verificar la completa y efectiva sustracción de dichos caudales, al tratarse de particulares, que no pueden ser sancionados a título de autores, ya que no se encuentran especialmente obligados en virtud de una relación de carácter institucional, cuya infracción subyace al tipo penal de peculado, por lo que su colaboración funcional a la consumación del tipo debe ser sancionada a título de cómplices del artículo 16 del Código Penal, por su participación en 50 y 15 delitos de malversación de caudales públicos, respectivamente, desestimándose así las pretensiones absolutorias de sus Defensas*⁷.

2.2. Niega lugar al delito continuado

Una de las defensas de los imputados, planteó la posibilidad de sancionar las diversas malversaciones de caudales públicos cometidas por su representado como un delito continuado, merced a que a su juicio, todas ellas estarían gobernadas por un dolo común, persistiendo las motivaciones del acusado en todas ellas.

La sentencia procede al rechazo de este instituto doctrinario, porque, a su entender y siguiendo a la profesora Ossandón⁸, para *“admitir su procedencia, además de la unidad de propósito, es necesario que los hechos no sean independientes entre sí y además, se presenten en una situación de absoluta indeterminación procesal”*. De allí, continúa la sentencia, si bien es posible predicar de las 65 malversaciones que estuvieron gobernadas por el mismo propósito de parte del imputado, sin embargo, *“no puede decirse que se trate de actos que no sean independientes entre sí, ni mucho menos que exista indeterminación procesal, ya que se encuentran claramente definidas numérica y temporalmente, existiendo, además*

6 Considerando 8° antes citado.

7 Considerando 8° antes citado.

8 RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, segunda edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 397.

diferencia de sujetos activos”, lo anterior, pues en un primer grupo de hechos el empleado público intervino conjuntamente con el proveedor de frutas y en otro período con el proveedor informático “desplegando en cada caso conductas delictivas diferentes, razón por la cual, existiendo claridad en cuanto a la cantidad de hechos y a los montos malversados, la figura del delito continuado pierde eficacia, debiendo remitirnos a las reglas generales de determinación de pena en el caso de reiteración de conductas delictivas: o el concurso material de delitos del artículo 74 del Código Penal o la reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie del artículo 351 del Código Procesal Penal”⁹.

2.3. Condena por malversación negligente (art. 234 del Código Penal)

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal condenó al Jefe de Finanzas del Hospital de Quillota como autor del delito de malversación culposa, teniendo presente para ello que la actuación del imputado podía calificarse como de “negligencia inexcusable” considerando que todos los testigos coincidieron en que era el superior jerárquico del encargado de contabilidad y que “no ejerció las más mínimas labores de control y supervisión sobre el segundo; que no existía ninguna posibilidad que en el Hospital de Quillota se giraran cheques por concepto de compras centralizadas; que dicho conocimiento era parte del bagaje técnico y profesional que el cargo de jefe de finanzas conlleva”. Además, se constató que nunca existió vinculación contractual ni legal alguna con la empresa informática y que “el soporte en el área computacional lo desarrollaba otra empresa, también conocida por todos los testigos que depusieron ante estrados”, razones más que poderosas para corroborar la convicción del Tribunal, de que el jefe de finanzas “incurrió en una conducta imprudente que por su falta de control, ignorancia, desidia, escaso rigor profesional y desorden administrativo..., la hacen equiparable a la culpa grave en materia civil, por ello es posible calificarla de inexcusable”¹⁰.

2.4. Aplicación del artículo 238 del Código Penal

Uno de los aspectos que posteriormente se discutió ante los tribunales superiores, dice relación con la individualización de las penas para los condenados realizada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en especial, por la forma de aplicar el artículo 238 del Código Penal versus la rebaja en grado que procedía para la complicidad.

Cabe tener presente lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 238 del Código Penal que dispone que en los delitos del párrafo de la malversación “se

9 Todas las citas del párrafo son del considerando 11° de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 26 de octubre de 2013, antes mencionada.

10 Todas las citas del párrafo son del considerando 7° de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 26 de octubre de 2013, antes mencionada.

aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el grado máximo". En este caso, el monto malversado superaba largamente las 400 U.T.M., lo que hacía procedente la aplicación del artículo 238 citado.

Respecto de los cómplices, la sentencia procedió a determinar las penas abstractas para cada imputado, estableciendo en primer lugar el hecho punible, que estimó como malversación dolosa, cuya pena base es compuesta, la que varía entre presidio mayor en su grado mínimo a medio. Luego, entonces, aplicó la parte final del citado artículo 238, imponiendo la pena en el grado máximo, esto es, presidio mayor en su grado medio, y tras ello, hizo la rebaja de un grado vinculada al grado de participación, que respecto de los particulares era la complicidad, de modo que la pena abstracta considerando hecho punible, grado de desarrollo del delito y participación, quedó en presidio mayor en su grado mínimo. Posteriormente, vendría la aplicación de las circunstancias modificatorias.

El fallo lo explicita de la siguiente manera: *"para no hacer ilusoria la determinación de complicidad, la rebaja de grado debe hacerse una vez analizado hecho punible, participación y efectuado el aumento de grado del artículo 238, ya que en este caso, esa es la pena del autor, sobre la cual efectuar la rebaja de grado del artículo 51 del Código Penal, por lo tanto, antes de entrar a analizar circunstancias modificatorias y demás aspectos relevantes para la determinación de la pena y su cumplimiento, la penalidad inicial se fija en el presidio mayor en su grado mínimo"*¹¹.

3. Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso¹²

Entre otras infracciones alegadas por las defensas de los condenados en sus recursos de nulidad, nos referiremos a la impugnación por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, atacando la forma de determinación de la pena, pues entienden que se habrían infringido el artículo 238 inciso 2° del Código Penal y el artículo 351 del Código Procesal Penal, de manera que de no incurrirse en esas infracciones la pena devengaría en una inferior. En lo concreto, la tesis de la defensa era que antes de aplicar el artículo 238, debía realizarse la rebaja de un grado, vinculada al grado de participación, esto es, la complicidad de sus defendidos, lo que tras la aplicación de las circunstancias modificatorias, determinaba la aplicación de un grado menos de penalidad en

11 Considerando 13° de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota de 26 de octubre de 2013, antes mencionada.

12 Fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso de 30 de enero de 2014, Rol N°Reforma procesal penal-1816-2013.

comparación con aquella fijada en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota.

La Corte de Valparaíso sostuvo que *“debe precisarse que conforme a los hechos asentados, los sentenciadores debían proceder en la forma señalada en el artículo 238 inciso segundo del Código Penal y dada la reiteración de delitos, por no considerar nuestra legislación el delito continuado, imponer la sanción conforme al criterio del artículo 351 del Código Procesal Penal, normas que no se han vulnerado y que por lo demás, carecen de la calidad de decisoria litis que como ya se mencionó exige el legislador para interponer un recurso de nulidad basado en la causal de la letra b) del artículo 373 de la precitada codificación”*¹³.

4. Sentencia de la Excma. Corte Suprema¹⁴

La defensa de uno de los condenados en calidad de cómplice, recurrió de queja ante la Excma. Corte Suprema. Fundaba su recurso en los mismos argumentos vinculados con la forma de aplicación del artículo 238 en forma previa a la determinación del grado de participación del delito, lo que constituía a su juicio una falta o abuso grave.

Para descartar que efectivamente se tratara de una falta o abuso grave, entre otros argumentos, se sostuvo en estrados, que la doctrina validaba la forma de aplicación de la pena realizada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y que no fue modificada por la Corte de Apelaciones.

Así, se indicó que los profesores Rodríguez y Ossandón, al tratar la penalidad del delito de malversación de caudales públicos señalan: *“la pena se gradúa de acuerdo con la cuantía de la sustracción: si excede de una Unidad tributaria mensual y no pasa de cuatro: si excede de cuatro y no pasa de cuarenta...”* y luego sigue *“además, cuando el valor de lo malversado excediere de 400 UTM, la pena será de presidio mayor en su grado medio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 238”*¹⁵.

En similar sentido el profesor Etcheberry, si bien respecto a una redacción anterior, que en lo fundamental continua de manera similar, destaca que *“la penalidad se gradúa de acuerdo con la cuantía de la sustracción: si no excede de cuatro sueldos vitales; si excede cuatro y no pasa de cuarenta sueldos vitales, y si excede de cuarenta sueldos vitales. De conformidad con el art. 238, si el monto de lo*

13 Considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, antes mencionada.

14 Fallo de la Excma. Corte Suprema, en recurso de queja, de fecha 1 de abril de 2014, Rol N°3190-14.

15 Rodríguez y Ossandón, ob. cit., p. 396.

*malversado excede de cuatrocientos sueldos vitales, debe imponerse el grado máximo de la pena correspondiente, si ella consta de varios...*¹⁶.

De manera que si bien el fallo estaba sosteniendo una tesis, que en opinión de la defensa era errada, al estar basada o al encontrar su sustento en la doctrina, permitía rechazar el recurso de queja por no existir faltas o abusos graves que lo hicieran procedente, más allá de estimar que era la forma correcta de aplicación del derecho, y que ello era coherente con otras disposiciones del Código Penal¹⁷.

La Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema sostuvo que *“del mérito de autos, lo informado por los jueces recurridos y los antecedentes tenidos a la vista, aparece que los sentenciadores, al dictar la resolución cuestionada no han incurrido en falta o abuso que pueda ser calificada de grave en términos que amerite hacer lugar a un recurso como el de la especie”*¹⁸.

5. Reflexiones finales

Como se ha destacado en este comentario, la definición judicial de este caso ha permitido relevar varios puntos de interés para nuestra especialidad.

En primer lugar, que el Tribunal Oral haya seguido la tesis de la comunicabilidad, castigando a empleados públicos y particulares por el mismo delito, la malversación de caudales públicos, y sólo aminorando las penas de aquellos que no tienen una obligación de resguardo de tales fondos, como son los empresarios partícipes en el delito, dándoles la calidad de cómplices. El fallo de esta manera está siguiendo una de las formas que la doctrina estima más adecuada para el castigo de los *“extraneus”*, dentro de aquellos autores que sostienen precisamente la comunicabilidad.

En segundo lugar, el rechazo al delito continuado nos parece acertado, pues más allá que sea una construcción doctrinaria que no cuenta con respaldo legal en Chile, es una institución que logra igualmente aplicación en nuestros tribunales, de modo que la forma más eficaz de contrarrestarla sea recu-

16 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo IV, 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, págs. 237 y sgtes.

17 Esta manera de castigo de los artículos 233 y 238, es simplemente similar a lo que ocurre en el hurto, en el art. 446, o en la estafa, en el art. 467, y que gradúan las penas en conformidad al valor de la cosa hurtada o defraudada, existiendo 3 numerales y un inciso final, inciso final que contempla una pena mayor si dichos montos superan las 400 UTM. El Código hace lo mismo en la malversación, sólo que contempla los 3 numerales en el artículo 233 y el aumento por el exceso de 400 UTM en el artículo 238 del Código Penal.

18 En única consideración del fallo de la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema antes mencionado.

riendo a los mismos requisitos que la doctrina establece para su procedencia, y que fue lo descartado en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, al indicar que los hechos eran independientes entre sí y que no existía una indeterminación procesal que permitiera estimar los hechos como un gran delito continuado, y por el contrario, existían multiplicidad de hechos que estaban claramente definidos “numérica y temporalmente”, existiendo incluso diferencia de sujetos activos.

Por otra parte, cabe destacar que uno de los méritos de la investigación fue imputar responsabilidad del empleado público, el jefe de finanzas, encargado de la supervisión y el control de los caudales públicos en el hospital, contra quien, si bien no aparecieron antecedentes incriminatorios a título doloso, sí emanaba la negligencia inexcusable en su actuar que permitió al encargado contable disponer de manera ilícita de cuantiosas sumas de dinero.

Finalmente, la aplicación del artículo 238 del Código Penal no había tenido en casos anteriores mayores cuestionamientos, porque normalmente se definía la penalidad de los “autores” de malversación, siendo este caso una novedad en cuanto al castigo a título de complicidad, lo que generó el espacio de debate para las defensas, lo que fue resuelto, a nuestro juicio, adecuadamente por nuestros tribunales superiores, por cuanto, claramente, la pena abstracta del delito es la establecida en el artículo 233 en relación al artículo 238, ambos del Código Penal.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

DROGAS SINTÉTICAS EMERGENTES

Lorena Rebolledo Latorre¹

I. Aspectos generales

En nuestro país, la ley penal sobre estupefacientes y sicotrópicos² dispone, por la vía del reenvío a un reglamento, la determinación, mediante listados taxativos, de las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas que causan dependencia física o síquica, aptas para provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud³, que pueden ser objeto de persecución criminal. De esta forma, aún cuando se detecte una droga capaz de producir graves daños en el organismo humano, si no figura en los mentados listados, no es posible sancionar penalmente aquellas conductas descritas en esta ley especial. Entonces, en virtud de esta remisión, se dictó el Reglamento de la Ley N°20.000, “Decreto N°867”⁴, cuyo texto contempla un catálogo de aquellas sustancias que pueden constituir el objeto material del delito de tráfico de drogas.

A su turno, en otro cuerpo normativo, “Decreto N°1.358”, encontramos el listado de precursores y sustancias químicas esenciales, objeto material de la figura penal de desvío de sustancias químicas, del artículo 2° de la Ley de Drogas.

Así, ambos Reglamentos complementan la legislación especial, antidrogas, mediante la técnica de la ley penal en blanco.

Ahora bien, luego de estas precisiones generales y, a fin de introducirnos al tema que nos convoca, es menester subrayar el aumento sostenido y considerable que han experimentado las drogas sintéticas emergentes a nivel interna-

1 Abogada, Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

2 Chile, Ley N°20.000. Diario Oficial del 16 de febrero de 2005. Artículo 63: “Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°; los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9°, y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantaciones”.

3 La Ley de Drogas distingue entre aquellas sustancias capaces de provocar “graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud (“drogas duras”), de aquellas que si bien causan efectos tóxicos o daños, éstos no revisten la entidad de ser “graves” o “considerables a la salud” (drogas blandas).

4 Publicado el 19 de febrero de 2008. Su antecesor, el Decreto N°565, que estuvo en vigencia por 7 años.

cional. El último “Informe Mundial sobre las Drogas, 2014”, de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), destacó el aumento –más del doble– del número de nuevas sustancias psicoactivas, desde el año 2009 a 2013, llegando a 348; cantidad que supera al número de sustancias sintéticas sujetas a fiscalización internacional. Éstas, en total suman 234, de las cuales 119 se contienen en la Convención Única de 1961, sobre Estupeficientes⁵ y, 115 en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 (ambos tratados de Naciones Unidas, ratificados por Chile).

Agrega el informe; el incremento global durante el período del mes de agosto de 2012 al mes de diciembre de 2013 se debe principalmente a la detección de nuevos cannabinoides sintéticos (50% de las nuevas sustancias sicotrópicas recientemente identificadas), seguido de nuevas fenetilaminas (17%); otras sustancias (14%) y nuevas catinonas sintéticas (8%).

En Chile se han registrado incautaciones de nuevas drogas de diseño, tales como la denominada “La Bomba” o “NBOMe” – sustancia derivada de la feniletilamina; la llamada “DOC”, derivado clorado de las feniletilaminas; las “Piperazinas” y la “Ayahuasca”. En este último caso, se ha incautado el brebaje que contiene derivados de la Dimetiltriptamina (DMT).

Se trata de sustancias que, pese a causar graves efectos en la salud, no están controladas por la Ley N°20.000 dado su carácter de drogas “nuevas”. En el siguiente párrafo, nos referiremos a ellas, en forma pormenorizada.

II. Sustancias sintéticas emergentes

No hay uniformidad de criterios para denominar aquellas sustancias, en cuya elaboración o procesos productivos sólo hallamos sustancias químicas, es decir, se trata de “aquellas (drogas sintéticas)⁶ que se fabrican a través de procesos químicos y que, a diferencia de la cocaína y la marihuana, no se obtienen de un vegetal sino a partir de cambios moleculares realizados en laboratorios para lograr resultados psicoactivos⁷”. Así, encontramos las expresiones: “*drogas de diseño*”, “*drogas psicoactivas*”, “*sustancias sintéticas*”, “*drogas psicodélicas*”, por mencionar las de mayor uso.

Se trata muchas veces de principios activos abandonados por las industrias farmacéuticas, por sus efectos indeseables, que son salvados para ser utilizados

5 Enmendada por Protocolo de 25 de mayo de 1972.

6 Paréntesis agregado por la autora.

7 Centre Can Rosselló. Clínica privada especializada en adicciones y desintoxicación. *¿Qué son las drogas sintéticas?* [en línea] Barcelona, España. Disponible en <http://www.centroadiccionesbarcelona.com/que-son-las-drogas-sinteticas/> [fecha de consulta: 21 de julio de 2014].

como sustancias de abuso. A su vez, la fabricación en laboratorios clandestinos y el desconocimiento de su composición final, las convierten en sustancias especialmente peligrosas, porque sus efectos no son claramente previsibles⁸. En esta oportunidad, daremos revista a ciertas sustancias sintéticas que comparten la característica de ser nuevas o emergentes.

1. Derivados sintéticos de la feniletilamina: NBOMe (la bomba)

Son potentes alucinógenos puesto que interactúan en los receptores 5HT_{2A}, que son los mismos en los que actúan los derivados del ácido lisérgico (LSD). Esta sustancia presenta una serie de derivados o análogos estructurales que se obtienen por la incorporación de halógenos en la molécula como el Yodo, Cloro o Bromo; poseen una potencia varias veces mayor respecto de alucinógenos como el LSD, por lo que bastan sólo microgramos de esta droga para que sean efectivas. De esta forma podemos observar que se trata de una droga poderosa que puede ser dosificada en secantes y blotters, y quienes la consumen experimentan alucinaciones, euforia, agresividad y convulsiones⁹.

En diversas fuentes de información en Internet¹⁰, se describen los graves daños a la salud que genera el consumo de esta droga, tales como paranoia, pánico y convulsiones, llegando incluso a describirse casos de muerte.

Ahora bien, los mencionados derivados de la feniletilamina no están controlados por la Ley de Drogas, sin embargo, podemos informar a los lectores que hemos logrado avanzar en su próxima fiscalización, a través de la reciente modificación¹¹ del Reglamento de Productos Psicotrópicos, Decreto Supremo

8 Centre Can Rosselló. Clínica privada especializada en adicciones y desintoxicación. ¿Qué son las drogas sintéticas? <http://www.centroadiccionesbarcelona.com/que-son-las-drogas-sinteticas/>, ob. cit.

9 Oficio, Instituto de Salud Pública de Chile, Ord. N° 1306, de fecha 06 de junio de 2013. Dirigido al Subsecretario de Salud. Ministerio de Salud Pública de Chile. Mat. Propuesta para ingreso a control de psicotrópicos. Ant. Ayahuasca, Feniletilamina y derivados.

10 A modo de ejemplo podemos citar: Energy Control. 25I-NBOMe [en línea] Disponible en <http://energycontrol.org/infodrogas/otras/rcs-legal-highs-nuevas-sustancias-de-sintesis/listado-rcs/491-25i-nbome.html> [fecha de consulta: 21 de julio de 2014]. Wikipedia. La enciclopedia libre. 25I-NBOMe [en línea] Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/25I-NBOMe> [fecha de consulta: 21 de julio de 2014]. Ministerio de Justicia y del Derecho, República de Colombia. Dirección de Política contra las drogas y actividades relacionadas. *Alerta Informativa sobre Nuevas Sustancias Psicoactivas* [en línea] Disponible en <http://www.suicad.com/ALERTA%20%20-%20LSD.pdf> [fecha de consulta: 21 de julio de 2014]

11 Resolución N°73, de fecha 21 de abril de 2014. Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública. "Modifica Decreto Supremo N°405 de 1983 del Ministerio de Salud, Reglamento de Productos Psicotrópicos".

N°405 de 1983, en virtud de la cual, se someten a control sanitario 36 derivados estructurales y análogos de la feniletilamina y 5 derivados y análogos estructurales de la Dimetiltriptamina (Ayahuasca).

A nivel comparado podemos referir que, en Rusia y en algunos estados de Estados Unidos está controlada la “NBOMe”.

2. Ayahuasca

La Ayahuasca, en quechua “enredadera de las almas”, corresponde al extracto de diversas plantas amazónicas tales como *Banisteriopsis caapi*, *Psychotria viridis*, *Diplopteris cabrerama* y otras. Para consumo, se usa los extractos obtenidos por decocciones de parte de estas plantas las que aportan una serie de principios activos tales como alcaloides e inhibidores de la Monoaminoxidasa. Esta última, aporta un efecto central antidepresivo, en tanto que los alcaloides presentes aportan un efecto psicoactivo del tipo alucinógeno especialmente el alcaloide presente Dimetiltriptamina (DMT)¹².

El brebaje denominado “Ayahuasca” contiene una serie de derivados y análogos estructurales de la Dimetiltriptamina (DMT):

- 4-hidroxi-N,N- diisopropiltriptamina (4-HO-DIPT)
- 5-metoxi-N,N-dimetiltriptamina (5-MEO-DMT)
- 5-metoxi-N-metil-N-isopropiltriptamina (5-MEO-MIPT)
- 5-metoxi-N,N-dialil-triptamina (5-MEO-DALT)
- Diisopropiltriptamina (DIPT)

Respecto a estos 5 derivados del DMT, nos remitiremos a lo señalado en el numeral anterior, párrafo penúltimo, sobre la modificación reciente del Reglamento de Productos Psicotrópicos N°405.

3. Piperazinas (Legal X, A2)

Según la información proporcionada por el Departamento Investigación de Sustancias Químicas (DISUQ) de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI)¹³, las piperazinas son sustancias de origen sintético, usadas como inductores de migrañas (en el desarrollo de medicamentos contra las mismas) y para probar la función de la serotonina en investigaciones siquiátricas. Este

12 Op. Cit., Oficio, Instituto de Salud Pública de Chile, Ord. N° 1306. Véase además la “Guía de Pericias Químicas en el Marco de la Ley N°20.000”. Instituto de Salud Pública de Chile, 2011, pág. 22.

13 La información contenida en este punto emana del “Informe Policial N° 119” de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI), de fecha 28 de agosto de 2009. Causa RUC 0900291775-8 por tráfico ilícito de drogas (con sentencia ejecutoriada).

compuesto en sí, no tiene actividad en el sistema nervioso central, pero de él derivan una serie de productos denominados genéricamente Piperazinas fenil sustituidas, los que sí manifiestan diferentes propiedades psicoactivas y dentro de las cuales se encuentran la Benzil piperazina (BZP), la m-clorofenilpiperazina (mCCP), p-clorofenilpiperazina (pCCP), p-metoxifenilpiperazina (MeOPP), p-fluorfenilpiperazina (FPP) y m-trifluorometilfenilpiperazina (TFMPP) entre otros.

Algunas de estas piperazinas sustituidas son utilizadas en los mercados lícitos para la fabricación de drogas antidepresivas (ej. Mccp se utiliza para la fabricación del antidepresivo “Trittico” de Laboratorio Chile que se comercializa en nuestro país).

Ahora bien, desde el año 2003 la Drug Enforcement Administration (DEA) ha reportado la existencia de piperazinas sustituidas utilizadas como drogas recreativas. Estos compuestos se comercializan mezclados con éxtasis o bien directamente se acuñan comprimidos íntegros de estas sustancias para su venta como si las mismas fueran éxtasis. Ese mismo año se identificó en la ciudad de Detroit la venta callejera de una nueva droga denominada “molly”, que correspondía a TFMPP, así como también cápsulas de BZP con TFMPP¹⁴. Este “fraude” también se observó en Europa, dado el BZP tiene un débil efecto estimulante (10% de la potencia de una d-anfetamina) y el mCCP podría tener efectos similares al éxtasis¹⁵. Estas drogas también son conocidas bajo las denominaciones “legal x” o “A2”, por cuanto algunas de ellas se encuentran comercialmente disponibles (ej. pCCP) y si bien tienen efectos similares a los del éxtasis el ingerir dosis mayores puede promover efectos alucinógenos.

Durante el año 2009 la DEA ha constatado el tráfico continuo de estas drogas, solas o mezcladas con éxtasis, las cuales son vendidas en comprimidos con las mismas características de esta última (figuras de colores, caras sonrientes, logos de automóviles, figuras geométricas, entre otros) Sólo para este año se tiene registro de las siguientes piperazinas sustituidas incautadas¹⁶:

- BZP
- BZP + TFMPP
- mCPP y pCPP
- 1,4 dibenzilpiperazina

14 DEA. News Release, “Safety Advisory Regarding New Drug Molly”, 2003.

15 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Adiction, “New Synthetic Drugs and the Challenger of monitoring new psychoactive substances”, 2006.

16 DEA Office of Forensic Sciences “Microgram Bulletin”, Enero a Junio 2009.

Por otra parte, en la Unión Europea, los reportes indican el origen de las piperazinas sustituidas en Nueva Zelanda, masificándose en Europa ya en el año 2004. Conforme a esto y luego de una evaluación de riesgo efectuada por la “European Police Office” (EUROPOL) y por la “European Monitoring Centre for Drugs and Drug Adiction” (o EMCDDA por sus siglas en inglés) se incluyó en el año 2008 la BZP como sustancia controlada en la Unión Europea, ya que esta droga no tiene uso humano ni veterinario.

No obstante lo anterior, dado que la mCCP es el precursor de otras drogas lícitas, no pudo ser objeto de un análisis formal de riesgos bajo las mismas condiciones que la BZP. Sin embargo, se ha podido verificar que su uso en el mercado ilegal ha sido aún más amplio que esta última, estimándose que aproximadamente el 10% de los comprimidos vendidos en la Unión Europea como parte del mercado de éxtasis contienen mCCP¹⁷.

4. Poppers¹⁸

Popper es el nombre genérico que designa a ciertas sustancias químicas, generalmente nitritos de alquilo como el nitrito de isopropilo, el 2-propil nitrito y el nitrito de isobutilo, nitrito de amilo y nitrito de butilo. En el pasado se usaban para aliviar la angina de pecho.

Se administran por inhalación; se trata de líquidos incoloros y con un fuerte olor característico. El nitrito de amilo y otros alquilnitritos suelen inhalarse con el objeto de acrecentar el placer sexual (algunas personas usan Sildenafil (Viagra) en combinación con popper).

Los poppers forman parte de las sustancias que se consumen en discotecas desde los años 1970. En algunos países del mundo, la venta de los alquilnitritos es controlada o se considera ilegal.

El Popper tiene una larga historia de uso, debido a la ráfaga de sensaciones agradables y mareo que produce la inhalación de sus vapores (Sensación de frescura en el cerebro). Existen datos que demuestran que puede causar serios efectos adversos, especialmente si se ingiere por vía oral. El consumo continuado puede causar daños neurológicos y severos efectos nocivos a la visión, entre otros. Se reporta que se desarrolla rápidamente tolerancia al uso de estas sustancias, por lo que el usuario requiere aumentar las dosis para experimentar el efecto buscado.

17 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Adiction, BZP and other piperazines.

18 Informe Toxicológico “Poppers”. Boris Duffau G. Perito Químico Jefe. Sección Análisis de Drogas. Instituto de Salud Pública de Chile. 22 de Julio de 2014.

Entre los efectos que puede producir el consumo de esta sustancia podemos señalar; un estado de bienestar, relaja esfínteres, favorece la erección, genera distorsiones perceptivas placenteras, un lenguaje incoherente, debilidad, dolores de cabeza, congestión de la cara y el cuello, taquicardia o por el contrario, disminución del ritmo cardíaco que puede provocar alteraciones en la respiración. Enrojecimiento de la piel y mucosas. La piel, al principio, tiene aspecto transpirable, pero después de torna fría y cianótica. Esta sustancia también podría generar disminución de memoria, daños a los sistemas cardiovascular y nervioso, muerte súbita. Puede causar hipotensión, llegando incluso al colapso severo al Sistema Nervio Central. Debido al aumento de sensaciones sexuales placenteras es considerado factor preponderante para aumento del contagio de enfermedades de transmisión sexual. También puede producir alergia, vértigos, náuseas, vómitos y en ocasiones diarrea. Así como también la enfermedad denominada “Metahemoglobinemia”¹⁹.

5. Catinonas sintéticas (sales de baño²⁰)²¹

La expresión “sales de baño” se refiere a una nueva clase de drogas que contienen una o más sustancias químicas sintéticas relacionadas con la catinona, un estimulante similar a la anfetamina que se encuentra normalmente en la planta del Khat, cuyo nombre científico es *Catha Edulis* (incluida en el artículo 5° del Reglamento de la Ley 20.000.

Las catinonas sintéticas en las sales de baño causan efectos similares a los de otros estimulantes como el metilendioximetanfetamina (éxtasis) y la metanfetamina; así pueden producir, euforia y un aumento en la sociabilidad y el deseo sexual, pero algunos usuarios experimentan paranoia, agitación y delirio alucinatorio; algunos incluso muestran comportamiento psicótico y violento y se han reportado muertes en varios casos.

Estas sustancias se venden en forma de polvo cristalino blanco o café, en bolsas de plástico o paquetes de papel aluminio etiquetados como “No apto para el consumo humano”. A veces también se venden como fertilizantes o alimentos para plantas”, o más recientemente como “limpiador de joyas” o “limpiador de pantallas de teléfonos”. Se venden en el Internet y en las tiendas de

19 Es un trastorno sanguíneo en el cual se produce una cantidad anormal de metahemoglobina, una forma de hemoglobina. La hemoglobina es la molécula en los glóbulos rojos que distribuye el oxígeno al cuerpo. La metahemoglobinemia no puede liberar oxígeno. MedicinePlus. Información de salud para usted. Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU. NHI Institutos Nacionales de la Salud. Metahemoglobinemia [en línea] Disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000562.htm> [fecha de consulta: 03 de septiembre de 2014]

20 También se le ha denominado “droga canibal”.

21 DrugsFacts. NIDA National Institute on Drug Abuse. www.drugabuse.gov

parafernalia de drogas con diversos nombres como “ola de marfil”, “paloma roja”, “seda azul”, “séptimo cielo”, “cielo de vainilla”, “ola lunar” y “cara cortada” en español; y “Ivory Wave”, “Bloom”, “Cloud Nine”, “Lunar Wave”, “Vanilla Sky”, “White Lightning”, “Scarface” en inglés.

Por lo general, se ingieren por vía oral; se inhalan o se inyectan. Los peores resultados suelen ocurrir cuando se inhalan o se inyectan.

Las catinonas sintéticas que comúnmente se encuentran en las sales de baño incluyen la 3,4-metilendioxipirovalerona (MDPV), la mefedrona (“Drone”, “Meph”, o “Meow Meow” en inglés) y la metilona, pero existen muchas más.

6. Desomorfina (Krokodil, Crocodile, Permonid)²²

Krokodil, es el nombre con el que usualmente se conoce a esta sustancia en Rusia, que significa cocodrilo, debido al aspecto de la piel escamosa que presentan sus usuarios habituales.

El krokodil es desomorfina (conocida por su antiguo nombre comercial “Permonid”) un análogo de opiáceo inventado en 1932 en Estados Unidos. Es un derivado de la morfina, posee efectos analgésicos y sedantes, siendo entre 8 a 10 veces más potente que esta última; es una droga de rápida actuación y corta duración.

Se utiliza como droga alternativa a la heroína, ya que es una heroína sintética, resultando más accesible económicamente y al ser relativamente fácil conseguir las sustancias precursoras, los usuarios pueden elaborarla en forma doméstica.

22 Informe del Instituto de Salud Pública de Chile remitido por correo electrónico, a la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas con fecha 18 de julio de 2014. Fuentes consultadas: Casy, Alan F.; Parfitt, Robert T. (1986). *Opioid analgesics: chemistry and receptors*. New York: Plenum Press. p. 32. ISBN 978-0-306-42130-3; «Neue Methode für die Vorbereitung von dihydro-6-desoxymorphine [New method for the preparation of dihydro-6-desoxymorphine]» (en German). *Arzneimittel-Forschung* 8 (6): pp. 323–5. 1958. PMID 13546093;3. «A Review of the Chemical Features Associated with Strong Morphine-Like Activity». *British Journal of Anaesthesia* 34 (4): pp. 260–8. 1962. doi:10.1093/bja/34.4.260. PMID 14451235. «Agonists-antagonists derived from desomorphine and metopon». *Journal of Medicinal Chemistry* 13 (6): pp. 1061–3. 1970. doi:10.1021/jm00300a009. PMID 4098039; *Journal of the American Chemical Society* 54 (2): pp. 793–801. 1932. doi:10.1021/ja01341a051. «Studies of Morphine, Codeine and their Derivatives X. Desoxymorphine-C, Desoxycodine-C and their Hydrogenated Derivatives». *Journal of Pharmacology and Experimental Therapeutics* 55 (3): pp. 257–67. 1935; 7. «Chromatographic study of expert and biological samples containing desomorphine». *Journal of Analytical Chemistry* 63 (4): pp. 361–70. 2011. doi:10.1134/S1061934808040096; Shuster, Simon (20 de junio de 2011). «The Curse of the Crocodile: Russia's».

La desomorfinina casera se sintetiza, a partir de la combinación de comprimidos de codeína con yodo, fósforo rojo y varios productos químicos tóxicos, tales como líquido de encendedor y limpiadores industriales; por lo tanto, es altamente impura. El preparar esta mezcla les lleva a los usuarios alrededor de treinta minutos.

El krokodil es responsable de la producción de graves daños en los tejidos, flebitis (inflamación de la pared de una vena), y gangrena, requiriendo muchas veces la amputación. Infecciones en los huesos de la mandíbula y la cara, llagas y úlceras en la frente y cráneo, así como necrosis (muerte de células o tejidos) en orejas, nariz, y labios y problema en hígado y riñones.

Esta droga resultante parece acumularse en las venas, ya que no logra disolverse completamente en la sangre. Estas acumulaciones necrosan los tejidos y se extienden a diferentes lugares del cuerpo ampliando el daño causado.

El efecto de krokodil es muy fugaz en comparación con la heroína, dura entre 90 minutos y 2 horas, lo que induce a los usuarios a inyectarse varias veces por día. El grado de daño sobre tejidos es tan alto que la expectativa de vida de los adictos a esta mezcla es de entre dos y tres años.

El abuso de desomorfinina de fabricación casera fue detectado inicialmente en Siberia central y del este en el año 2002, pero desde entonces se ha extendido hacia Rusia y vecindades. Se estima que cien mil personas en Rusia y alrededor de veinte mil en Ucrania se inyectaron esta droga en 2011; en octubre este año se encontraron indicios de krokodil en Alemania. En marzo de 2013 se encontraron algunos rastros de utilización en Argentina. En octubre de 2013 personal médico en los Estados de Arizona e Illinois, en Estados Unidos, reportó cinco casos de pacientes que mostraron lesiones en piel y músculos compatibles con el uso de esta droga.

7. 4-Cloro-2,5-dimetoxianfetamina (DOC)²³

La 4-Cloro-2,5-dimetoxianfetamina es una feniletilamina de larga duración con efectos principalmente psicodélicos, conocida también como DOC. Es una sustancia alucinógena muy potente; corresponde a un derivado sintético de la anfetamina, con sustituciones en el anillo bencénico. Puede ser encontrada como polvo, líquido y principalmente como estampilla o blotter. La vía

23 Informe de peligrosidad del 4-Cloro-2,5-dimetoxianfetamina. Instituto de Salud Pública de Chile. Referencias: Ovaska H y cols. (2008) "First case report of recreational use of 2,5-dimethoxy-4-chloroamphetamine confirmed by toxicological screening." *European J of Emergency Medicine*, 15:354-356; Kerrigan S. (2012) "Designer Amphetamines in Forensic Toxicology Casework". US Department of Justice, NCJRS Library collection, NCJ 241439.

de administración es oral, siendo la más usual la absorción sublingual de las estampillas.

Al igual que otras sustancias análogas (DOM, DOB, DOI, DOET, etc.), tiene efectos varias veces más potentes que el LSD, los que a su vez aumentan en fuerza y duración al aumentar la dosis. Estos efectos pueden durar entre 12 y 24 horas. Entre los síntomas se encuentran, aumento de las percepciones visuales, midriasis, euforia, empatía y sentimientos de amor, experiencias de carácter espiritual (paz interior, introspección, éxtasis), aumento del tacto, erotismo y pensamientos sexuales, cambios en la percepción del tiempo, sensaciones corporales extrañas (enrojecimiento facial, escalofríos, piel de gallina, energía en el cuerpo), incremento del ritmo cardíaco.

Respecto al peligro que la DOC presenta para la salud pública, se puede señalar que se han reportado como efectos adversos la aparición de pensamientos recurrentes y bucles mentales, confusión, náuseas, insomnio, paranoia, miedo, ansiedad y pánico, vasoconstricción, aumento de la presión sanguínea, taquicardia y acidosis metabólica.

Si bien la 4-Cloro-2,5-dimetoxianfetamina no está incluida dentro de las sustancias controladas por la ley de drogas chilena, tanto esta sustancia como sus análogos ya fueron incluidos en las legislaciones de Estados Unidos y varios países europeos como Alemania y Dinamarca.

III. Conclusiones

Mediante este trabajo, hemos querido mostrar nuevas drogas sintéticas - las más citadas en el último tiempo -que en la mayoría de los casos no poseen regulación legal por su condición de drogas “emergentes”.

Es necesario hacer presente que en el caso de la Ayahuasca, uno de sus principios activos, el “DMT” sí está controlado por la Ley N°20.000, sin embargo, en atención a que en procedimientos investigativos se han incautados derivados de éste, el Instituto de Salud Pública de Chile solicitó su fiscalización.

Adicionalmente, cabe señalar que la droga denominada Krokodril (desomorfina) está controlada por la Ley N°20.000, no obstante, igualmente la hemos querido incluir dentro de las drogas sintéticas presentadas, dado que existe una alerta internacional por los graves daños que está generando su consumo, pues lo que se oferta en el mercado es desomorfina de elaboración casera, “altamente impura”.

En el caso del “Spice” (nombre comercial del grupo de compuestos sintéticos de estructura similar a los cannabinoides presentes en la Cannabis Sativa) si bien, las agencias internacionales advierten sobre su aparición como nueva sustancia psicoactiva (NSP), no lo incluimos en estas páginas, porque desde

el año 2009, nuestro país controla al Spice en la Ley de Drogas, dentro de aquellas sustancias sicotrópicas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

En general, podemos concluir que las drogas sintéticas forman parte de un mercado, de alta complejidad investigativa, desde diferentes ópticas:

1. Las organizaciones criminales desarrollan su actividad de síntesis y venta de **nuevas drogas de diseño más accesibles**, en cuanto a precio y forma de obtenerlas “On line”.
2. Por un lado, se trata de drogas que requieren sólo sustancias químicas para su elaboración, situación que las convierte en productos de fácil **manufactura en abundancia**.
3. La facilidad para elaborar este tipo de sustancias hace que se puedan generar **gran cantidad de combinaciones químicas**, a fin de burlar permanentemente los sistemas de control.
4. Se fabrican en **laboratorios clandestinos domésticos o rústicos, de bajo costo**.
5. Se puede acceder a precursores químicos, **sin mayor exigencia de fiscalización**.
6. La venta de estas drogas ha proliferado gracias **a los medios electrónicos disponibles**, como es el caso de Internet; y se expenden bajo denominaciones legales, a fin de favorecer su impunidad, como es el caso por ejemplo de las “sales de baño”. Es por ello que resulta indispensable investigar el contenido de las diferentes **“páginas Web”** que puede contener indicios de venta de drogas de diseño. De igual forma sugerimos la revisión de **“Blogs”** donde consumidores proporcionan las recetas necesarias para la síntesis de estas sustancias.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGA. ACTUACIONES POSTERIORES AL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN. NECESIDAD DE DETERMINACIÓN DE LA PUREZA DE LA DROGA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

No ha podido existir infracción de la garantía de un debido proceso por haberse emitido y recibido el Protocolo de Análisis Químico de la droga después del cierre de la investigación.

La conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N°20.000, sólo requiere que el objeto material lo constituyan “pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, por lo que la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a “pequeña cantidad”, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia.

Hay voto de minoría de los Ministros Carlos Künsemüller L. y Lamberto Cisternas R., quienes estuvieron por acoger el recurso sólo por el reclamo planteado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, relativo a la falta de determinación del grado de pureza de la droga¹.

Texto Completo:

Santiago, veintiséis de mayo de dos mil catorce.

VISTOS:

En estos antecedentes rol único N°1100886530-4 e interno del tribunal 324- 2013, se dictó sentencia por el Tribunal Oral en lo Penal de

Arica el catorce de marzo recién pasado, por la que se condenó a **Eduardo Guillermo Ruiz Molina** a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa y una multa de diez unidades tributarias mensuales como

1 Ver en el mismo sentido la sentencia dictada por la Corte Suprema en los autos ingreso N°7.785-2014, el día 27 de mayo de 2014, en la que, en su considerando 7°, al decidir sobre un reclamo similar y al pronunciarse respecto de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, se declara que la ausencia de información acerca del grado de pureza y concentración en el peritaje agregado en autos, no tiene el significado que el recurrente pretende, esto es, que en la especie se verifique la concurrencia de una figura atípica.

autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, perpetrado el día 30 de agosto de 2011, en la ciudad de Arica.

En contra del referido fallo el defensor penal público don Alejandro Cox Betancourt, por el imputado, interpuso recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, de manera principal, y por la de la letra b) del mismo precepto, en forma subsidiaria, el que se conoció en la audiencia pública de seis de mayo pasado, con la concurrencia y alegatos del abogado del acusado don Claudio Fierro y por el Ministerio Público el abogado don Jorge Valladares, citándose a la lectura de la sentencia para el día de hoy, según consta del acta de fojas 43.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la causal principal se funda en la contravención sustancial a las normas del debido proceso, garantías de la legalidad de los actos del procedimiento, que consagran a su vez tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes como el caso del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo lo cual se infringió como consecuencia de haberse realizado actos de investigación por parte del Ministerio Público con posterioridad al cierre de la misma, lo que ocurrió el 27 de febrero de 2012, pues dos días después, el 29 del mismo mes, se verificó una peri-

cia del Ministerio de Salud, Instituto de Salud Pública de Chile, Departamento de Salud Ambiental, Subdepartamento de Sustancias Ilícitas, Sección Análisis de Drogas, por la que se emitió el Protocolo de Análisis Químico Código número 25246-2011-M1-1, de la muestra incautada en la investigación.

Reclama que dicha anomalía fue planteada en el juicio, desestimándose en el fallo sin fundamento suficiente, con la sola indicación de tratarse de una prueba incorporada en el auto de apertura del juicio oral.

Como causal subsidiaria se invocó la prevista en la letra b) del mismo artículo 373, fundado en la errónea aplicación del artículo 1° del Código Penal, al considerar como delito una conducta carente de antijuridicidad material. Para estos efectos refiere que el legislador estableció para este tipo penal en el artículo 43 de la Ley N°20.000, la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia decomisada, en el que se debe identificar el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como asimismo un informe sobre los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que reviste para la salud pública, lo que en este caso no se acató, porque el protocolo de análisis de la droga no indica la pureza de la sustancia incautada, lo que impide considerarla como de aquellas previstas en el artículo 1° de la Ley N°20.000, ya que no podría predicarse a su respecto que constituye el objeto material prohibido

por el legislador. No obstante dicho verro, el fallo estimó como delito una conducta que no lo es, vulnerando con ello la exigencia de tipicidad de la conducta, incurriendo además la errónea aplicación del artículo 4° en relación al 1° de la Ley N°20.000, al afectar el principio de lesividad limitador del *ius puniendi* estatal.

Concluye solicitando que, por la causal principal, se anule el juicio y la sentencia determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento a fin de que un tribunal no inhabilitado disponga la realización de un nuevo juicio oral en el que debe ser excluida la prueba rendida por la perito químico Paola Fuentes Azócar y el informe sobre efectos y peligrosidad para la salud pública de la cocaína base.

Por la causal subsidiaria solicita que se invalide la sentencia recurrida y en su lugar se dicte un fallo de reemplazo absolutorio.

SEGUNDO: Que la defensa ofreció y produjo en la audiencia de la vista del recurso prueba documental consistente en la lectura resumida del acta de audiencia de 27 de febrero de 2012 por la que se decretó el cierre de la investigación; del Protocolo de Análisis Químico muestra 25246-2011.M1-1, contenido en el Reservado 25248 de 29 de febrero de 2012 del Instituto de Salud Pública que contiene además el informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de la cocaína, fechados 29 de febrero de 2014; y de la copia de certificación del Servicio de Salud de Arica en que consta la

fecha de recepción del Oficio Reservado 25248 de 29 de febrero de 2012, que contiene el Protocolo de análisis químico de la droga, además del informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de la cocaína.

Luego, en relación a las circunstancias constitutivas de la causal de infracción de ley establecida en el artículo 373 letra b) del código del ramo, se reprodujo nuevamente la copia del protocolo de análisis químico y el informe de efectos y peligrosidad de la cocaína, de 29 de febrero de 2014.

En relación a la prueba de audio ofrecida la defensa manifestó en estrados su decisión de prescindir de ella.

TERCERO: Que en torno al capítulo principal, no se visualiza por estos sentenciadores en qué podría haber consistido la infracción a la garantía constitucional que se dice amagada, pues como refiere el motivo sexto del fallo, la pericia de la sustancia decomisada no fue incorporada como prueba documental, sino en la forma ordinaria prevista en el artículo 319 del Código Procesal Penal mediante la declaración de la perito Paola Fuentes en juicio, la cual dio cuenta en esa misma sede de la pericia, la metodología empleada para su análisis y sus conclusiones.

La prueba cuestionada fue ofrecida en el auto de apertura de juicio oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 277 del Código Procesal Penal y luego de haber superado el examen

a que se refiere el artículo 276 de ese mismo estatuto, se presentó al juicio.

En tal entendimiento, no se trata de una prueba que la defensa hubiere desconocido y le hubiere producido desventaja, pues las diligencias requeridas por el Ministerio Público para efectos de determinar la naturaleza de la sustancia, fueron conocidas por la defensa, como se desprende del mismo fallo y se llevaron a cabo con antelación al cierre de la investigación, después del cual sólo se agregó el Protocolo de Análisis Químico de la droga y el informe de Efectos y Peligrosidad para la Salud Pública de la Cocaína.

En síntesis, no hay ningún vicio que afecte la licitud de la evidencia, pues la defensa siempre dispuso de los medios suficientes para desvirtuar el valor de esa prueba, ya sea en el concontrinterrogatorio de la perito que analizó la evidencia, o bien produciendo prueba de descargo mediante la realización de otra pericia, al tenor del artículo 320 del Código Procesal Penal.

CUARTO: Que, en todo caso, la exclusión pretendida fue debatida y resuelta en las instancias procesales correspondientes, de manera que al tribunal oral sólo le restaba pronunciarse respecto a su valor, cuestión sobre la que se razona latamente en la sentencia, de manera tal que la presunta vulneración de garantías fundamentales no se sustenta en los hechos que se relatan, por cuanto el supuesto vicio no se ha relacionado con una afectación concreta y

transcendente del derecho al debido proceso.

QUINTO: Que en lo que respecta a la causal subsidiaria contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal por la que se sostiene que no habría afectación del bien jurídico protegido dado que la pericia incorporada al juicio no da cuenta del grado de pureza de la droga, también será desestimada, habida cuenta que tratándose de cocaína base, el bien jurídico protegido no es otro que la salud pública.

SEXTO: Que el hecho que se tuvo por establecido, transcrito en el motivo undécimo del fallo y por el cual resultó condenado Ruiz Molina, fue calificado como constitutivo del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga descrito y sancionado en el artículo 4° en relación con el 1° de la Ley N°20.000, que penaliza a quienes, sin la competente autorización, posean, transporten, guarden o porten consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica o de materias primas que sirvan para obtenerlas, tratándose en el caso de las contempladas en el inciso 1° del artículo 1° de la misma Ley, esto es, de aquéllas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

SÉPTIMO: Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N°20.000 sólo requiere que el objeto material lo constituyan *“pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras*

de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley N°20.000. Luego, según el claro tenor de la norma, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a “pequeña cantidad”, concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia. Así las cosas, resulta inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, fue cocaína base, capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta en audiencia la perito Fuentes Azócar, quien se refirió a la capacidad adictiva y toxicidad de dicha sustancia y su afectación a nivel del sistema nervioso central, destacando que su consumo aumenta el riesgo de producir trombosis, derrame cerebral y paranoia transitoria y que su uso continuo ocasiona daños a nivel cardiorrespiratorio, cerebral y cardiovascular, lo que puede provocar un infarto. Por otra parte, se debe tener presente que es la propia Ley 20.000, en su artículo 63, la que ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal. A tal efecto, el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó el D.S. 565 del año 1995, clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en

dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, o no, haciendo expresa mención a la preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 20.000. Y la cocaína se encuentra contemplada en el artículo 1° del citado Reglamento, entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

OCTAVO: Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley 20.000 -y respecto del cual se vale el recurrente para sostener que estamos ante una conducta carente de antijuridicidad material- no altera lo que antes se ha dicho, desde que éste no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende, y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y específicamente dentro del párrafo sobre “medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación”. De manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el servicio de salud -peso, cantidad, composición y grado de pureza- le permitirán tener al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión -cocaína, en la especie- deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un

consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.

NOVENO: Que la prueba rendida en la audiencia de la vista del recurso en nada altera lo concluido, porque ésta no acredita que los elementos incriminatorios de que se valió el tribunal se hubieren obtenido con transgresión de alguna garantía constitucional y porque, en lo que atañe a la causal subsidiaria, el documento al que se ha dado lectura, consistente en el protocolo de análisis de la sustancia incautada, no es suficiente para estimar que lo que se examinó corresponda a una sustancia distinta de aquellas comprendidas en el artículo 1° de la Ley N°20.000 en términos de considerar que se sanciona una conducta que no está penalizada en esa normativa especial.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373 letra a), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad promovido por el abogado don Alejandro Cox Betancourt, en representación del imputado Eduardo Guillermo Ruiz Molina, en contra de la sentencia de catorce de marzo de dos mil catorce, incorporada en copia de fojas 1 a 10 de este cuaderno, la que, por ende, no es nula, como tampoco lo es el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller

y **Cisternas**, quienes estuvieron por acoger el recurso deducido por la causal subsidiaria invocada del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse infringido a su juicio el artículo 4° de la Ley N°20.000 y, en consecuencia, fueron del parecer de anular la sentencia impugnada y emitir la correspondiente de reemplazo que se ajuste a la ley, de acuerdo a lo previsto en el artículo 385 del citado código, porque se ha condenado a una persona por un hecho ilícito que la ley no considera tal, teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:

1.- Que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N°20.000, respecto de su antecesora la Ley N°19.366, fue la exigencia de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma, modificación que fuera incluida en segundo trámite Constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a propuesta del entonces Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE), la cual fue sugerida a su turno por el propio Ministerio Público (Historia de la Ley N°20.000, Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 935-936). El artículo 43, aprobado por la Cámara Alta reza: “El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y

grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.

Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los artículos 188, inciso tercero, y 320 del Código Procesal Penal.

Esta muestra se conservará por el plazo máximo de dos años, al cabo del cual se destruirá. De los procedimientos administrativos de destrucción se levantará acta, copia de la cual deberá hacerse llegar al Ministerio Público dentro de quinto día de haberse producido.

Efectuado el análisis a que se refiere el inciso primero, los precursores y sustancias químicas esenciales deberán ser enajenados en la forma dispuesta en el inciso cuarto del artículo 40”.

2.- Que con esta modificación, a juicio de los disidentes, el legislador del año 2005 vino a insistir en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito contemplado en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva, de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe precisar la composición y grado de pureza del producto examinado.

Es evidente que la exigencia de obtener el protocolo de marras cuando se investiga una conducta supuestamente típica de tráfico ilegal de estupefacientes responde a un objetivo procesal y penal determinado, vinculado a la acreditación por el Ministerio Público de la existencia del hecho ilícito indagado. En tal virtud la ausencia de ese dictamen, con todas las verificaciones requeridas por la ley, deberá obstar a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material

3.- Conviene tener presente que los bienes jurídicos no pueden concretarse mediante una definición “per genus proximum et differentiam specificam”, sino que, más bien, han de identificarse por el papel que desempeñan: son lo que fundamenta “prima facie” el castigo. Parece, pues, más acertado que atribuirles un contenido concreto, delimitarlos atendiendo a la función procedimental que cumplen en el discurso jurídico. El bien jurídico es, desde esa perspectiva, lo que constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad. (M. Cobo del Rosal – T.S. Vives Antón, Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, tirant lo Blanch, 1999, p. 319)

Se han asignado al bien jurídico una pluralidad de funciones, entre las cuales cabe destacar, por su especial trascendencia -en el caso que nos ocupa- la de garantía; ésta cobra sentido si se afirma que, consistiendo el delito esencialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el poder punitivo del Estado queda

sometido a determinados límites: el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquéllas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos. (M. Cobo del Rosal. T.S. Vives Antón. cit., p. 324) Una visión liberal del Derecho Penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado. (Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65) El principio de “lesividad” se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta inculpada, sobre todo, cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, por ejemplo artículos 1° y 4° de la Ley N°20.000.

4.- Que, tratándose de la infracción penal que interesa, su “lesividad” consiste en el peligro concreto que para la salud pública debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva -objeto material de la acción califi-

cada de tráfico ilegal- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

Esta Corte ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N°20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia de cocaína base, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, en consecuencia, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas conforme al artículo 4° de la ley citada. (SCS, 25.07.2012, Rol 4215-12). Carece de relevancia la circunstancia de que en el caso recién citado la sustancia pesquisada contenía carbonatos inorgánicos en sus componentes o dañosidad, que comúnmente se utilizan para aumentar la droga, ya que el elemento que lo enlaza con el actual es la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición, lo que redundaría en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado.

5.- Que en el caso que se revisa la sustancia incautada correspondió a 6,4 gramos netos, que se dice ser cocaína base, sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con alguna sustancia de “corte”, ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente

dañino para la salud de todos los ciudadanos, poniendo efectivamente en peligro el bien jurídico protegido por el legislador.

6.- Que de acuerdo al estándar probatorio alcanzado en la investigación a cargo del ente persecutor, lo único acreditado fue que el recurrente portó una dosis de “algo” en la que había cocaína, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora, y que por lo mismo debe presumirse, razonamiento que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

7.- Que en estas circunstancias, y como “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañosos, debe quedar liberada de amenaza penal” (W. Hassemer, Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona, 1984, p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, por lo que a juicio de estos disidentes debió acogerse el libelo

intentado por la causal de errónea aplicación del derecho.

En atención a lo resuelto por el tribunal oral a fojas 25 de este cuaderno y lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N°18.216, remítanse los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Arica para que se pronuncie sobre el recurso de apelación que se ha deducido en forma subsidiaria a la nulidad que ha sido desestimada y que fuera concedido el veinticinco de marzo del año en curso.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y la disidencia, sus autores.

Rol N°7470-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

RECURSOS DE NULIDAD RECHAZADOS. PREPARACIÓN DEL RECURSO. OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LAS ACTUACIONES. CALIFICACIÓN JURÍDICA: CONSUMO O TRÁFICO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

RESPECTO A LA PREPARACIÓN DE UN RECLAMO: En el considerando 6° se rechaza la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal invocada en uno de los recursos, en el entendido que respecto a un reclamo por falta de registro de una orden judicial de entrada y registro de un inmueble este no había sido preparado según lo exige el artículo 377 del Código Procesal Penal. Para eso la Sala Penal cita la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en la parte que resume las alegaciones de la defensa. En el extracto de sus alegatos de apertura, el letrado indica que no cuestionará la tenencia de la droga, sino el objeto de su posesión, vinculado solamente a un fin terapéutico; mientras que en su exposición de clausura alude a “Los funcionarios policiales cuando obtienen las órdenes del juez de Garantía, de las que no quedó soporte de tales autorizaciones...”.

Agrega la Sala Penal que la defensa mediante este recurso impugna el juicio oral y la sentencia, siendo que admitió la existencia de una orden judicial para el ingreso y registro y que hizo presente, además, la omisión de una constancia de la misma, pero decidió, finalmente no atacar dicha falta de procedimiento, a pesar de haberla considerado como la base de las peticiones de exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral.

Concluye la Sala Penal declarando que el recurso contiene una alegación nueva no conocida por el tribunal de juicio oral, lo que hace que sean inadmisibles los planteamientos por falta de preparación.

Respecto a la falta de preparación indica que debe existir de parte del recurrente un reclamo sostenido durante el proceso respecto de la irregularidad que estima infractora de sus garantías constitucionales, de manera que, en el caso en comento, al haber abandonado dicho reclamo, no le está permitido revivirlo por la vía de un recurso de nulidad, más aún cuando se pretende invalidar un juicio oral en que no se vertió dicha alegación, y una sentencia que, consecuentemente no emitió pronunciamiento sobre ésta.

RESPECTO A LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LAS ACTUACIONES: En el mismo considerando y respecto a ese tópico, la Sala Penal declara que la obligación de registro tiene como sentido y propósito el garantizar al imputado y su defensa el acceso a la información que arroje la investigación, ya que así se asegura que el denunciado pueda ejercer adecuadamente su defensa desde las primeras actuaciones del procedimiento.

Agrega que "...la correcta solución de los distintos eventos en que se encuentre en juego un supuesto incumplimiento, por parte del fiscal o la policía, de su obligación de registro, debe ser hallada luego de una interpretación sistemática que incluye los arts. 8° y 374 letra c) de la codificación adjetiva en materia criminal, en el hecho de que tal omisión de registro le hubiere impedido a la defensa ejercer las facultades que la ley le otorga, excluyéndose por tanto la anulación del juicio oral y la sentencia y, en su caso, de la audiencia de preparación del juicio oral, en aquellos casos en que tal ejercicio no ha sido efectivamente coartado (SCS 4883-13, 25 de septiembre de 2013). Así, la falta de registro por sí sola no puede ser estimada como suficiente vulneración de los derechos de la defensa, sino que se requiere que se produzca indefensión a causa de este incumplimiento, situación que el libelo debe encargarse de explicar y demostrar, desarrollo que en este caso no se presenta".

TRÁFICO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE DROGA & CONSUMO: *En el considerando 8°, la Sala Penal se pronuncia sobre las alegaciones de una defensa que exigían calificar la conducta como consumo de droga y no microtráfico. Al respecto se indica que "...el tipo penal antes descrito requiere una determinación judicial en orden a entender que el estupefaciente incautado constituye una pequeña cantidad, decisión para la cual la ley no fija un baremo determinado, dejando en poder de los sentenciadores dicha calificación, actuación para la cual deben atender a las circunstancias que rodean la comisión del ilícito. Así, no es posible establecer una errónea aplicación del derecho sin cuestionar los elementos circundantes del hecho punible que el tribunal está obligado a considerar para efectuar una calificación de los hechos, impugnación que no aparece contenida en el recurso, que se dedica sólo a mencionar los antecedentes de la causa que pueden llevar, en concepto del recurso, a determinar que se trata de la figura penal del artículo 4 de la Ley N°20.000, pero sin atacar la fundamentación de la sentencia por la vía de la causal de nulidad pertinente".*

Texto Completo:

Santiago, veintiocho de mayo de dos mil catorce.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de veintiséis de marzo de dos mil catorce, a los imputados Juan Bernardo Venegas Mella, Erika Del Carmen Céspedes Agurto y Marcela Del Carmen Venegas Mella como autores del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes

en grado consumado, perpetrado el día 02 de mayo de 2013, en la ciudad de Chillán, a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales, accesorias pertinentes y costas. Dispuso el cumplimiento efectivo de la pena, efectúa los abonos pertinentes, decreta el comiso de teléfonos celulares, carteras de material sintético, un bolso y dinero por un total de \$588.000.-.

La defensa de cada uno de los acusados, por separado, dedujo recursos de nulidad, los que fueron admitidos a

tramitación por resolución de fs. 74, fijándose a fs. 75 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fs. 80 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de la defensa de Erika Céspedes Agurto invoca únicamente la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, alegando a su respecto una errónea aplicación del artículo 3 de la Ley N°20.000, desde que se trata de una consumidora habitual de cocaína. Para ello destaca que se encontró en su poder 17.6 gramos de clorhidrato de cocaína de 48% de pureza, cantidad que resulta concordante con la hipótesis de consumo, de la que dan cuenta los dichos de los otros acusados, de su pareja Rodrigo Charlín, su sobrino Nicolás Salcedo, su hija Rocío Heredia, de los funcionarios policiales Camilo Sánchez Tovarías y Priscila Maureira Núñez en cuanto afirman que la acusada les informó que consume drogas; y del perito tecnólogo médico Wladimir Fierro, quien da cuenta de un análisis positivo para detección de cocaína en la imputada. Con ello, la conducta de Erika Céspedes Agurto encuadra en la eximente de responsabilidad penal del artículo 4 inciso primero de la Ley N°20.000 al encontrarse con droga que estaba destinada a su consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo; por lo que hubo un error al aplicarle una pena por un hecho no constitutivo de delito.

Subsidiariamente, considera que debió ser estimada como autora de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, dado el peso de la droga incautada y su distribución en 11 bolsas. Agrega que el fiscal en juicio oral afirmó que la conducta de la acusada podría ser constitutiva de microtráfico y cita jurisprudencia que avala su tesis.

Asevera que de haberse aplicado correctamente el derecho se habría absuelto a la acusada, o habría sido condenada a una pena sustancialmente inferior, por lo que solicita se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo en que se absuelva a Erika del Carmen Céspedes Agurto de la acusación que la supuso autora del delito de tráfico ilícito de drogas; o subsidiariamente, que se recalifique el delito a tráfico de pequeñas cantidades de drogas y en consecuencia se la condene a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, se le conceda la remisión condicional de la pena, se la exima del pago de la multa o se la rebaje y se le otorguen parcialidades para su pago, o se fijen las penas que se determinen con arreglo a derecho.

SEGUNDO: Que el recurso de nulidad deducido por la defensa de Marcela Venegas Mella se asila en primer término en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, y alega la infracción de lo dispuesto en los artículos 5, 7, 19 N°3 inciso sexto y N°5, todos de la Constitución Política de la República; los artículos 11 N°1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14 N°2 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos, 8 N°2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 9, 21 y 227 del Código Procesal Penal.

Relata que el día 02 de mayo de 2013, ante una supuesta autorización verbal de entrada y registro más una orden de incautación, personal de la Brigada Antinarcoóticos ingresó al domicilio de su defendida ya que según escuchas telefónicas se dedicaba a la venta de drogas. En dicho lugar se incautan a esa acusada 296.7 gramos de marihuana a granel, 10 cigarrillos artesanales contenedores de 5.3 gramos de la misma sustancia y 49.5 gramos de cocaína. Prosigue indicando que en la audiencia de preparación de juicio oral solicitó la exclusión de prácticamente toda la prueba de cargo ya que no aparece soporte o constancia alguna de que efectivamente se hubiesen otorgado las órdenes que autorizaban la entrada y registro y la posterior incautación de la droga encontrada en el domicilio, obrando sólo una constancia en un informe policial; sin embargo, tal petición fue desechada por el juez de garantía.

Luego alude a la presunción de inocencia, el principio de legalidad y el derecho a la inviolabilidad del hogar e indica que el Ministerio Público infringió su obligación de registro contenida en los artículos 21 y 277 del Código Procesal Penal, precisando que respecto de los casos urgentes cabe aplicar el inciso final del artículo 9 del mismo código y afirma que la falta de registro equivale a señalar que la autorización no

se dio. Adicionalmente indica que se incurrió en infracción al derecho a la inviolabilidad del hogar, ya que debe entenderse que la policía nunca estuvo facultada para el ingreso porque no basta con que teóricamente se haya otorgado la autorización prevista por la ley; y en la transgresión del derecho a ser juzgado en un proceso previo y legalmente tramitado, al haberse admitido en juicio oral prueba que no debió aceptarse.

Señala que la evidencia mencionada es ilícita, por lo que se infringieron las garantías invocadas al valorarla positivamente y legitimar el juzgamiento con prueba obtenida de forma ilegal, y al omitir el tribunal su obligación de garantizar el orden institucional de la República, ocasionándosele perjuicio ya que la acusada fue condenada, cuando debió ser absuelta. Por ello solicita la nulidad del juicio oral y de la sentencia, debiendo disponerse que el proceso se retrotraiga hasta el estado procesal de realizarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado, con la exclusión de las evidencias que indica.

Subsidiariamente impetró la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por cuanto en su concepto se configuró a favor de su defendida la circunstancia atenuante de colaboración sustancial prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal, ya que habiendo varias personas en su domicilio al momento del ingreso y detección de la droga ella admitió que era de su propiedad en vez de sindicarla a otro sujeto, momento en que no había prueba

suficiente para imputarle un ilícito de tráfico de estupefacientes.

Asevera que el fallo desestima la atenuante incurriendo en un error de derecho porque se admite la colaboración de su defendida al señalar que hubo atisbos de reconocimiento, situándose en el tiempo y lugar de los hechos, pero se estiman insuficientes, agregando requisitos a la minorante que no se indican y que la norma no contempla. Explica que la modificación del precepto contenido en el artículo 11 N°9 del Código Penal persiguió no identificarlo con una colaboración cercana a lo previsto en el artículo 340 del Código Procesal Penal, siendo contraproducente que se sostenga que la atenuante sólo puede ser reconocida si la ausencia de confesión conduce a una absolución, mientras que se declare por la ley la insuficiencia de la sola confesión para condenar.

Señala que este error influye sustancialmente en el fallo porque la acusada quedó inhabilitada para optar a una pena sustitutiva, ya que habiéndosele reconocido la irreprochable conducta anterior, obran a su favor dos minorantes sin agravantes, por lo que era procedente rebajar la pena, reducción que en su concepto no es facultativa. Por ello solicita se invalide la sentencia y se dicte una de reemplazo en que se reconozca a la acusada la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, y atendido que le fue reconocida la del artículo 11 N°6, se le rebaje la pena en un grado y se la condene a 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo,

aplicándosele la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

TERCERO: Que el recurso de nulidad deducido por la defensa de Juan Bernardo Venegas Mella invocó únicamente la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297, ambos del mismo Código. Indica que no se han expuesto todos los hechos que se dieron por probados en juicio, y que el tribunal fundó su fallo condenatorio justificando el actuar policial, intentando encuadrar las declaraciones de los testigos para sustentar la existencia del supuesto delito y la participación de su representado.

Precisa que la sentencia no discurre por qué le atribuye participación a su defendido, ya que no realiza una operación que permita entender su razonamiento sino que se limita a reproducir las declaraciones de los testigos. Señala que el funcionario Carlos Sánchez Tovarías afirmó que se hizo un control de identidad al acusado -en que se le encontraron 1.5 gramos de cocaína y 1.0 gramos de cannabis sativa- mucho tiempo después de haber abandonado el domicilio de su hermana, y estando en el terminal de buses para viajar de vuelta a Santiago. Expresa que reclamó de la tardanza de la actuación, lo que el tribunal justificó como una cuestión de estrategia policial. Además cuestiona la conclusión que la droga había sido pagada previamente por la acusada Céspedes ya que se basó en envíos de dinero efectuados un año atrás; y discute que las intercepciones

telefónicas dieran cuenta de que el acusado viajaría de Santiago a Chillán para transportar droga, ya que en los diálogos le pide a su hermana, también acusada, que viaje y le traiga “esas cositas”, contestando ella “sí, las tortillas y ajíes verdes”; por lo que según la regla de tercero excluido quien portaría la droga era ella, y sólo puede colegirse un envío de alimentos, añadiendo que hubo numerosa prueba de descargo que justificaba el viaje en la búsqueda de alimentos de la zona para su madre, de cumpleaños al día siguiente, y para buscar \$500.000 con ocasión de la venta de una yegua, operación de la que se prestó la declaración de testigos presenciales.

Indica que de los dichos de la funcionaria policial Priscila Maureira surge la duda razonable que la droga fuera de la acusada Céspedes Agurto, ya que la vieron llegar al domicilio observado antes que su defendido, agregando que la posesión está clara en manos de su hermana Marcela Venegas, quien según el funcionario Cristian Pérez era la persona investigada. Añade que las similares características de los envoltorios no permiten afirmar que el acusado abasteció de droga a las dos mujeres, más aún cuando de la declaración de la funcionaria Maureira surge que la marihuana encontrada a éste no se guardaba en los mismos paquetes que los encontrados en casa de la imputada Venegas Mella.

Asevera que no se puede reproducir el razonamiento del tribunal para establecer la comisión del delito de parte de su defendido ya que no

poseía, transportaba, vendía ni negociaba sustancias estupefacientes, sino que portaba drogas para su consumo personal. Sostiene que la condena se basó sólo en las declaraciones de tres funcionarios policiales que no pueden sustentar sus conclusiones con evidencias objetivas, ya que al imputado no se le encontraron balanzas, dosificadores, dinero o armas, por lo que la sentencia no cumple con su obligación de fundamentación. Afirma que el único antecedente de imputación son los dichos de la acusada Erika Céspedes, quien tiene interés en las resultas del juicio.

Por ello solicita se invalide el juicio oral y la sentencia, se determine el estado en que deba quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

CUARTO: Que al momento de llevarse a cabo la audiencia para el conocimiento del recurso, los intervinientes que ofrecieron prueba se desistieron de rendirla.

QUINTO: Que previo a iniciar el análisis de las causales de nulidad impetradas, cabe tener presente que mientras unas pretenden la invalidación del fallo, otras además buscan se reste valor al juicio oral que lo antecedió. Por lo mismo, se examinarán las causales de nulidad comenzando con aquellas que, de ser acogidas, llevarían a invalidar el juicio oral y, consecuentemente, la sentencia. Asimismo, dada la primacía de los derechos involucrados, se comenzará con

la causal que alega la vulneración de garantías constitucionales.

SEXTO: Que la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, impetrada por la defensa de la acusada Marcela Venegas Mella, denunció la infracción de garantías constitucionales porque en su opinión la condena se basó en prueba ilícita obtenida en la práctica de una diligencia de entrada y registro a su domicilio sin contar con autorización judicial, dada la falta de constancia de la misma. Ahora bien, de lo manifestado por los intervinientes en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del recurso, se extrae que existe controversia respecto de los presupuestos fácticos de la causal, desde que el representante del Ministerio Público señaló que la existencia de la orden judicial para el ingreso y registro fue admitida por la defensa de Venegas Mella en el juicio oral.

En ese sentido, cabe atender a lo expuesto en el fallo recurrido en su considerando cuarto, en que resume las alegaciones de la defensa de Marcela Venegas Mella. En el extracto de sus alegatos de apertura, el letrado indica que no cuestionará la tenencia de la droga, sino el objeto de su posesión, vinculado solamente a un fin terapéutico; mientras que en su exposición de clausura alude a “Los funcionarios policiales cuando obtienen las órdenes del juez de Garantía, de las que no quedó soporte de tales autorizaciones...”. De lo anteriormente extractado surge que la defensa mediante este recurso impugna el juicio oral y la sentencia,

siendo que admitió la existencia de una orden judicial para el ingreso y registro; hizo presente, además, la omisión de una constancia de la misma; y decidió, finalmente, no atacar dicha falta de procedimiento, a pesar de haberla considerado como la base de las peticiones de exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral.

Así, lo cierto es que este recurso contiene una alegación nueva no conocida por el tribunal de juicio oral, lo que hace que sean inadmisibles los planteamientos aquí vertidos. Ello, por cuanto constituye una exigencia prevista por el artículo 377 del Código Procesal Penal que se haya reclamado oportunamente del vicio o defecto en que se funda el arbitrio, lo que significa que debe existir de parte del recurrente un reclamo sostenido durante el proceso respecto de la irregularidad que estima infractora de sus garantías constitucionales, de manera que, en el caso en comento, al haber abandonado dicho reclamo, no le está permitido revivirlo por la vía de un recurso de nulidad, más aún cuando se pretende invalidar un juicio oral en que no se vertió dicha alegación, y una sentencia que, consecuentemente no emitió pronunciamiento sobre ésta.

Adicionalmente, cabe considerar que no resulta aplicable a este caso la jurisprudencia de esta Corte invocada por el recurrente en torno a la nulidad por omisión del deber de registro, desde que se ha sostenido que el sentido y propósito de los preceptos que establecen dicho deber es garantizar al imputado y su

defensa el acceso a la información que arroje la investigación, ya que así se asegura que el denunciado pueda ejercer adecuadamente su defensa desde las primeras actuaciones del procedimiento. Así, se ha dicho que la correcta solución de los distintos eventos en que se encuentre en juego un supuesto incumplimiento, por parte del fiscal o la policía, de su obligación de registro, debe ser hallada luego de una interpretación sistemática que incluye los arts. 8° y 374 letra c) de la codificación adjetiva en materia criminal, en el hecho de que tal omisión de registro le hubiere impedido a la defensa ejercer las facultades que la ley le otorga, excluyéndose por tanto la anulación del juicio oral y la sentencia y, en su caso, de la audiencia de preparación del juicio oral, en aquellos casos en que tal ejercicio no ha sido efectivamente coartado (SCS 4883-13, 25 de septiembre de 2013). Así, la falta de registro por sí sola no puede ser estimada como suficiente vulneración de los derechos de la defensa, sino que se requiere que se produzca indefensión a causa de este incumplimiento, situación que el libelo debe encargarse de explicar y demostrar, desarrollo que en este caso no se presenta.

Finalmente, importa señalar que el considerando decimocuarto del fallo recurrido establece como un hecho acreditado que el ingreso al domicilio en comento se produjo previa autorización de entrada y registro otorgada por el Juez de Garantía; esto es, el recurrente pugna contra un hecho establecido en la causa,

sin pretender previamente la nulidad del juicio y la sentencia producto de una infracción al requisito que se refiere a la fundamentación del fallo, o de una vulneración a las reglas de valoración de la prueba, por lo que tampoco es posible alcanzar la invalidación pretendida en ese escenario. Así, el primer capítulo del recurso deducido por la defensa de Marcela Venegas Mella será desestimado.

SEPTIMO: Que el acusado Juan Bernardo Venegas Mella también pretende la nulidad del juicio oral y la sentencia, pero amparado en la causal del artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c) y el artículo 297, todos del Código Procesal Penal. Dicho recurso plantea la imposibilidad de reproducir el razonamiento del tribunal para establecer la participación del acusado, alegando que el tribunal no se ha hecho cargo de su defensa. Sin embargo, la lectura del considerando decimoquinto del fallo recurrido permite concluir que no son efectivos los vicios denunciados en el recurso. En efecto, dicho razonamiento establece que se efectuaron interceptaciones telefónicas que dan cuenta de las conversaciones entre los hermanos Marcela y Juan Venegas Mella, que las mismas fueron escuchadas en juicio, y que mediante los dichos del funcionario Carlos Sánchez Tovarías se consignó que los imputados se reunirían y los detalles del viaje, y se estableció la existencia de vínculos del acusado con Erika Céspedes, quien le compraba droga desde 2010, refiriéndose en concreto a dos voucher en que le

remite dinero; además, el fallo asentó el hecho que al acusado se le encontró droga y \$507.000 producto de la comercialización de ésta. La sentencia también consigna la declaración de la funcionaria Priscila Maureira, quien señala que a través de las pesquisas lograron determinar que el acusado era proveedor de su hermana, mencionando la detención de éste con droga y dinero, y el ingreso al domicilio donde se encontraron bolsas de similar tamaño a las que portaba Juan Venegas, lo que les permitió confirmar que abasteció a las dos mujeres, lo que fue ratificado por los dichos de la imputada Céspedes, quien afirmó que días antes éste la había llamado para ofrecerle droga. Finalmente, el fallo refiere que el funcionario Cristián Pérez Sovino relató los mismos hechos, incorporando como prueba material los pasajes que portaba Juan Venegas, reconociendo el dinero y los documentos incautados.

La sentencia también se hace cargo de las defensas de los acusados, aludiendo a los cuestionamientos a la diligencia policial no sólo en los términos señalados en el recurso, sino también indicando que no se precisaron por el letrado las graves omisiones y errores que se imputan a los funcionarios actuantes. Además, indica que los elementos de cargo o descargo no demuestran que la tenencia de droga de Venegas se debía a un consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo y se hace cargo de la prueba rendida sobre la justificación del viaje del acusado, advirtiendo una serie de

contradicciones, como la fecha en que se produjo la venta de la yegua, e inconsistencias tales como que Juan Venegas se lleve todo el dinero a Santiago en circunstancias que en Chillán viven hermanos que también debieran recibir dinero si la yegua es de la familia, dejando constancia de la duda que quedó respecto del propietario del animal, desde que se mencionó por un deponente que le pertenecía a Marcela Venegas Mella. Finalmente, los sentenciadores se hacen cargo del motivo de viaje esgrimido por la defensa, para ir a buscar productos para celebrar el cumpleaños de su madre, señalando que no se demostró la fecha de este evento, y que de ser efectiva no es excluyente de la actividad ilícita.

De lo precedentemente transcrito queda claro que la sentencia, de contrario a lo afirmado por el recurso, se hace cargo de cada una de las alegaciones de la defensa del acusado como de su teoría del caso, aludiendo a las inconsistencias probatorias que impidieron a los juzgadores dar crédito a su versión exculpatoria, y respondiendo a los cuestionamientos de la prueba de cargo; adicionalmente, el fallo hace un relato pormenorizado de los puntos de cada elemento de cargo que le permiten arribar a la conclusión condenatoria. Así, el arbitrio se reduce a dar cuenta de una disconformidad con las motivaciones vertidas en la sentencia para concluir de la manera en que se hizo, ya que no se presenta una real falta de razonamientos en el fallo, ni una omisión de pronunciamiento respecto de las defensas

y argumentaciones del recurrente. Dicha discrepancia no constituye motivo para invalidar el juicio y la sentencia en examen, por lo que se impone el rechazo de este recurso.

OCTAVO: Que, desechados los motivos que pretenden la nulidad del juicio oral y la sentencia, queda emitir pronunciamiento respecto de los que buscan la nulidad del fallo. El primero de ellos es el deducido por la defensa de la acusada Erika Céspedes, que se asila en una falta de aplicación de la eximente del artículo 4 de la Ley N°20.000, o bien del tipo de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes a los hechos acreditados.

Dado que el recurso alega un vicio sólo en la aplicación del derecho, importa tener en consideración los hechos de la causa. Ellos son fijados por el considerando decimocuarto de la sentencia, que establece “*A raíz de información recibida por la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de Chillán, en relación a que Marcela Del Carmen Venegas Mella se estaría dedicando a la comercialización de drogas mediante el análisis de interceptaciones telefónicas, se estableció que con fecha 2 de mayo del año 2013, su hermano Juan Bernardo Venegas Mella, saldría de la ciudad de Santiago con destino a Chillán, para traer droga que Marcela del Carmen Venegas Mella comercializaría. Mediante un seguimiento discreto, se estableció la llegada de Juan Venegas a las 22:30 horas, al terminal de buses María Teresa de esta ciudad, para luego trasladarse al domicilio de su hermana Marcela en Avenida Argentina N°373 Chillán, donde*

se encontraba Erika Del Carmen Céspedes Agurto, desde donde se retiró luego de entregar la droga, siendo detenido y encontrándose en su poder una bolsa de nylon transparente contenedora de 1.5 gramos de cocaína y 1.0 gramos de cannabis sativa, además de \$507.000 pesos en dinero efectivo producto de la comercialización de droga, por lo que previa autorización de entrada y registro otorgada por el Juez de Garantía, el día 03 de mayo de 2013, a las 01.45 horas aproximadamente, se ingresó al domicilio señalado, donde sorprendieron a las acusadas y en dicha casa dos bolsas de papel color café, con un peso de 142.6 gramos de cannabis sativa la que se encontraba colgando de un cañón de la estufa y la otra contenedora de 154.1 gramos de cannabis sativa, sobre la mesa de la misma dependencia, además 10 cigarrillos artesanales contenedores de 5.3 gramos de cannabis sativa y al interior de un bolso color negro con azul 53 bolsitas de nylon transparentes, que contenían 49.5 gramos de cocaína, además de \$81.000 en dinero en efectivo y el teléfono celular marca Samsung correspondiente a la empresa Entel N°99441671, perteneciente a la acusada Marcela Venegas, el cual se encontraba intervenido y en la cartera de propiedad de la acusada Erika Céspedes se encontró 17.6 gramos de clorhidrato de cocaína”.

Como ya se adelantó, la causal de la especie, del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, parte de la base fáctica tal como quedó establecida en el fallo, pretendiendo sólo un cambio en el derecho a ser aplicado a los hechos. En ese entendido, resulta evidente que la impugnación

de la sentencia ha sido construida en forma incorrecta, desde que los hechos de la causa llevan ineludiblemente al establecimiento del tipo penal determinado por los sentenciadores. Ello porque, por un lado, no es posible aplicar la eximente del artículo 4 de la Ley N°20.000 a la acusada Céspedes Agurto ya que no se estableció que poseía droga para su consumo exclusivo, personal y próximo en el tiempo; y por el otro, porque tampoco es posible calificar su conducta como un tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, desde que ha quedado asentado que el acusado Juan Bernardo Venegas Mella vendió drogas a la mencionada imputada y a Marcela Venegas, en una sola operación en que se transaron 68.6 gramos de clorhidrato de cocaína y 303 gramos de cannabis sativa, cifras que no se aproxima a los parámetros propios del microtráfico. En ese sentido, cabe también señalar que el tipo penal antes descrito requiere una determinación judicial en orden a entender que el estupefaciente incautado constituye una pequeña cantidad, decisión para la cual la ley no fija un baremo determinado, dejando en poder de los sentenciadores dicha calificación, actuación para la cual deben atender a las circunstancias que rodean la comisión del ilícito. Así, no es posible establecer una errónea aplicación del derecho sin cuestionar los elementos circundantes del hecho punible que el tribunal está obligado a considerar para efectuar una calificación de los hechos, impugnación que no aparece contenida en el recurso, que se dedica sólo

a mencionar los antecedentes de la causa que pueden llevar, en concepto del recurso, a determinar que se trata de la figura penal del artículo 4 de la Ley N°20.000, pero sin atacar la fundamentación de la sentencia por la vía de la causal de nulidad pertinente. De lo anterior se sigue que el recurso de nulidad de la defensa de Erika Céspedes debe ser desechado.

NOVENO: Que, finalmente, corresponde hacerse cargo de la causal subsidiaria del recurso de nulidad deducido por la defensa de Marcela Venegas Mella, que denuncia un rechazo incorrecto de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, al estimar que la confesión de la acusada y la información proporcionada por ella debe ser calificada como cooperación eficaz.

Para pronunciarse sobre esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, se hace necesario examinar el contenido de la declaración de la acusada, ya que si bien su reconocimiento de la tenencia de droga puede ser estimada como una colaboración, ella debe ser sustancial, para poder ser reconocida como minorante. Así, la acusada Venegas Mella reconoce la tenencia de la droga, que justifica en fines terapéuticos, para combatir los dolores de su enfermedad, afirmando que tenía esa cantidad para utilizar durante todo el año, y añade que su hermano viajaría a verla para llevar cosas a su madre, que Erika llegaría a las 11:45, pero esperaba que se fuera con su hermano. Explica que éste no le entregó droga, sino que la compró en Sargento Aldea con Arturo Prat

a un sujeto apodado el “Yugo”, de unos 40 años. Agrega que se vendieron tres yeguas, que eran de la familia, y que el dinero era para su madre, y señaló que su hermano llegó a su casa alrededor de las 10:30 a 10:45, mientras que Erika Céspedes lo hizo alrededor de las 12 de la noche.

Del resumen de los dichos de la acusada, surge que la información que aporta no puede ser estimada como una colaboración sustancial. En primer lugar, por cuanto la operación de venta de estupefacientes, como que los partícipes fueron los hermanos Venegas Mella, fueron hechos conocidos a través de las indagaciones previas efectuadas por funcionarios policiales, mediante las intervenciones telefónicas, y que fueron confirmados luego de la vigilancia al domicilio de la acusada. Conocida de antemano la transacción de droga, Venegas Mella no otorgó a través de su relato ninguna información nueva durante la investigación al negarse a prestar declaración, ni durante el juicio, ya que la circunstancia de ser propietaria de la droga era sabida antes de que lo reconociera al momento de su aprehensión, y no agregó antecedente alguno relativo a la participación de terceras personas en los hechos ya que la referencia a su supuesto proveedor, además de ser absolutamente vaga, tenía como fin la exculpación de su hermano Juan Bernardo. Así, la colaboración dada por el parcial reconocimiento de los hechos no es sustancial, al no haber

facilitado la persecución penal en esta investigación ni haber aportado al inicio de nuevas indagaciones. Por ello, el rechazo de la circunstancia atenuante aparece correcto, por lo que este capítulo del recuso también será desechado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechazan** los recursos de nulidad deducidos en lo principal de fs. 28, 37 y 56, por la defensa de los acusados Erika Del Carmen Céspedes Agurto, Marcela Venegas Mella y Juan Bernardo Venegas Mella, contra la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil catorce, cuya copia corre agregada a fs. 2 y siguientes y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1300279194-8, RIT 27-2014, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Juica.

Rol N°8200-14

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma el abogado integrante Sr. Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CONTENIDAS EN LOS NUMERALES 4 Y 5 DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, RELACIONADAS CON LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Catalina Duque González¹

Antecedentes

El presente artículo da cuenta de jurisprudencia proveniente de los tribunales superiores de justicia –Corte Suprema y Cortes de Apelaciones– que aborda las garantías constitucionales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relacionadas con los delitos de pornografía infantil.

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

El presente texto busca exponer el alcance que a nivel jurisprudencial ha tenido la materia, particularmente en la acreditación de las figuras penales relacionadas con la pornografía infantil, como son la producción de material pornográfico infantil (Art. 366 quinquies del Código Penal) y el almacenamiento de material pornográfico infantil (Art. 374 bis inciso segundo del Código Penal).

La jurisprudencia en análisis resulta ser muy acotada, por cuanto se circunscribe a tribunales superiores de justicia, siendo principalmente fallos de la Corte Suprema, desarrollada a raíz de recursos de nulidad fundados en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. Sólo en el caso de un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, ésta se pronuncia resolviendo un recurso de apelación por exclusión de prueba.

La materia en estudio resulta de interés, pues aborda un tema poco analizado en nuestra jurisprudencia a raíz de los delitos señalados. Además, se vincula

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

con un elemento importante del proceso como es la generación de medios de prueba y su ulterior ponderación.

Análisis Jurisprudencial

1. Corte Suprema, Rol N°2576-2011

Numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República

Fallo pronunciado por la segunda sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Nelson Pozo S. y Domingo Hernández E., de fecha 11 de mayo del año 2011, en la causa Rol N°2576-2011, RUC N°0900663872-1.

En lo pertinente a la temática de este estudio, corresponde indicar que la defensa de los imputados Sandra Marcela Yáñez Yáñez y Sebastián Segundo Araya Soto, venía en impugnar el fallo dictado por el 5° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago el 15 de marzo de 2011, toda vez que los condenaba como autores de los delitos de abuso sexual y producción de material pornográfico infantil. Se invoca como causal principal en el recurso de nulidad interpuesto, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal: *“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes...”*.

Lo anterior lo fundamenta en el hecho que: *“constaría en el considerando quinto de la sentencia que la prueba obtenida por el Ministerio Público, de acuerdo a los dichos de la propia víctima, fue hallada por ella entre unas cosas en la pieza de la pareja de su madre –mientras buscaba un video de las vacaciones– ocasión en que se encontró con uno donde aparecía ella dormida, mientras su madre la desnudaba y le hacía tocaciones en sus pechos y zona genital”*². En base a lo expuesto considera que habría existido infracción al artículo 19 N°4 y 5, en relación con el inciso 4° del número 3 del artículo 19, todos de la Constitución Política, por no haberse excluido del auto de apertura, y luego valorado, prueba que según esta parte fue obtenida con inobservancia de garantías constitucionales, y que corresponde al video VHS donde constaba la grabación.

La defensa sustenta esta causal en una supuesta situación de prueba ilícita, esgrimiendo que el video VHS, prueba esencial, no fue obtenido adecuadamente. Por ello resulta relevante lo señalado por la Corte Suprema en su considerando 3°, pues indica elementos que la defensa reconoce en estrados, que

2 Corte Suprema, 11 de mayo de 2011, Rol N°2576-2011.

permiten analizar con claridad cómo ingresó la víctima y bajo qué circunstancias retiró del domicilio el video, elementos que resultaron gravitantes para la decisión final sobre la causal esgrimida.

“TERCERO: Que antes de revisar los fundamentos de la causal principal, resulta necesario destacar que, como la defensa reconoció en estrados, la menor ofendida no vive bajo el mismo techo del condenado Araya Soto, quien aún cuando es pareja de su madre, no mantendría convivencia o cohabitación o no la tenían, al menos, cuando se produjo el hecho que reclama la defensa y que consiste en el hallazgo del video incriminatorio. Asimismo, la defensa aceptó que la menor concurrió al domicilio del referido Araya y entró en su dormitorio buscando un video de unas vacaciones y que se llevó el que resultó ser, posteriormente, evidencia en el juicio, sin revisarlo previamente, sino que lo habría visto en su casa. Tal aserto aparece descrito de la misma manera en la síntesis que hace el tribunal de la declaración de la menor ofendida en el razonamiento quinto de la sentencia impugnada, donde se afirma que la niña...” encontró mientras buscaba unos videos de unas vacaciones familiares una cinta que se llevó a su casa y al verla constató que...”

Además, fue descrito por ambas partes en la audiencia, que la menor no entró usando de fuerza u otro medio no idóneo al domicilio del acusado Araya, sino que lo hizo autorizado por la madre de aquél, sin que se haya rendido prueba por la defensa en el sentido que se le prohibió acceder al dormitorio o sacar algo de ese lugar o de cualquiera otro, en circunstancias que la autorización realizada o tácita no aparece contraria a las reglas de la experiencia, si se trata de videos que incluían a la familia, donde la menor aparecería junto a su madre y, aparentemente, junto a quien era pareja de esta última, lo que explicaría el motivo por el cual era él quien guardaba las cintas en cuestión. De otro modo no se explica por qué esta última circunstancia, si se trataba de videos familiares, sin que nadie haya alegado lo que es evidente y natural en estas situaciones, que cualquier miembro de la familia puede ver y disfrutar las fotografías o videos de las vacaciones familiares”.

La Corte en el considerando 4° pone el acento, en una materia igualmente importante, como es el hallazgo casual que la víctima hace de los hechos –al ver el video– y las acciones que despliega con posteridad a ello.

“CUARTO: Que tampoco debe perderse de vista que la menor no examinó la cinta con la evidencia incriminatoria en la misma casa del acusado, sino que de manera inocente la sacó desde la esfera de resguardo donde se encontraba –creyendo que contenía archivos de la época estival– y los examinó recién en su propio domicilio que fue el lugar donde se encontró con que no era lo que ella buscaba, sino que muy por el contrario, tomó conocimiento de que había sido abusada por su propia madre y con la concurrencia de Araya. ¿Se esperaba entonces que fuera a devolver el video al lugar donde lo había encontrado? La respuesta afirmativa a esa interrogante resultaría francamente absurda. De modo que cuando los jueces del tribunal oral concluyeron que el hallazgo del video por la niña y el hecho que ella lo sacara del domicilio del

acusado no constituye la violación de garantías que se pretende, sino que es efectivo que ella actuó de buena fe”.

Finalmente la Corte Suprema en los considerandos 6° y 7° resuelve sobre la causal, rechazándola.

“SEXTO: Que en el caso concreto, la descripción fáctica que se ha hecho sobre la forma en que procedió la víctima de autos, tomando conocimiento de su calidad de tal después incluso de haber sacado el controvertido video desde la casa del acusado Araya, no corresponde desde ningún punto de vista a una violación a los Nos. 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política, como aduce la defensa en relación al derecho a la propiedad e inviolabilidad del hogar, respectivamente, en relación con el inciso 4° del número 3 del artículo 19, sobre debido proceso legal, desde que, como ya se dijo, la menor tenía franqueado el acceso al domicilio del acusado y en aquél, a su dormitorio y, en particular resulta natural y consistente con las reglas de la experiencia, que pudiera buscar un video que aquél tenía sobre vacaciones familiares y que, como tales, han sido aceptadas por la defensa y que eran guardadas por el acusado.

De otra parte, aún en el caso de estimarse que la incorporación del video hubiera sido ilícito, que no es el caso según se concluyó, igual se trataría de prueba admisible en juicio, porque el obrar de la niña se ajusta a un “encuentro casual” y a un proceder de buena fe, ya que la menor, como se ha repetido incansablemente, no entró al domicilio del acusado ni afectó su intimidad buscando algo para perjudicarlo, sino que unos simples videos familiares, de modo que actuó siempre de buena fe, al punto que se llevó las cintas sin siquiera revisarlas y cuando tomó conocimiento de su contenido, no fue capaz de actuar frente al delito del que entonces supo había sido víctima, porque se encontraba embarazada y no quiso hacer nada que pudiera afectar el normal desarrollo de su criatura. No actuó entonces movida por animosidad alguna contra al acusado cuando entró en su dormitorio y abrió su velador, se movió siempre de buena fe y ese desempeño constituye una excepción reconocida en el derecho comparado a la exclusión de la prueba ilícita.

SÉPTIMO: Que en virtud de lo razonado se rechazará la petición de invalidación de la sentencia y el juicio que se ha formulado a través de la causal principal”.

2. Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°443-2010

Numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República

Fallo pronunciado por la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua integrada por los Ministros señor Carlos Bañados Torres, señor Miguel Vázquez Plaza y señor Ricardo Pairicán García, de fecha 21 de enero del año 2011, en causa Rol N°443-2010, RUC N°1000264271-4.

Se trata de un recurso de apelación presentado por el Ministerio Público ante la decisión del Juez de Garantía de Rancagua de excluir tres CDs ofreci-

dos como prueba por la Fiscalía, al estimar que fueron obtenidos violando la garantía del N°5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que la víctima encontrándose en el domicilio del imputado de manera causal encuentra los CDs.

A mayor abundamiento sobre el caso concreto, valga señalar que dichos CDs contenían videos en que el acusado filmó de forma clandestina a la víctima cuando ella se duchaba desnuda en la casa del imputado y cuando estaba en la misma condición en una pieza de la casa, tal circunstancia vulneraba a su vez el derecho de la víctima a su intimidad, garantizado en el artículo 19 N°4 de la Constitución.

Así el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua aborda diversos tópicos, a saber el legítimo ingreso al domicilio; el hallazgo causal; situaciones de excepción sobre exclusión de prueba y garantías constitucionales

Sobre las alegaciones del Ministerio Público dan cuenta los considerandos 1 y 2 de la siguiente forma:

“1.- Que el fiscal adjunto del Ministerio Público ha apelado de la decisión del juez de Garantía de Rancagua de excluir tres CDs, ofrecidos como prueba por la Fiscalía, por estimar que ella había sido obtenida violando la garantía constitucional del N°5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. El juez excluyó de la prueba un CD donde aparecía filmada la víctima cuando ésta se duchaba desnuda en la casa del imputado y cuando estaba en la misma condición en una pieza de la casa. Además, excluyó todo otro elemento probatorio que emane de dicha prueba, en especial los CDs de contexto, la pericial de German Avila de la Policía de Investigaciones y el informe policial sobre el material incautado.

2.- Que el Ministerio Público sostiene que la víctima cuando estaba en el domicilio del imputado, éste procedió a filmarla en varias oportunidades sin su consentimiento, cuando se duchaba y vestía en dependencias del domicilio, conservando tales filmaciones en discos compactos. Prueba que fue excluida por resolución del juez de garantía argumentando que se había violado la garantía constitucional del artículo 19 N°5 de la carta fundamental. Sostiene que no hay tal quebrantamiento, ya que la víctima ingresó al domicilio invitada por su hermana y el imputado para que cuidara sus hijos, por lo que había una autorización para estar en el interior del inmueble, lo que es muy distinto a un allanamiento. En todo caso, la filmación fue encontrada de una manera casual, pues no había denuncia, no había investigación y la víctima ni siquiera sabía de la existencia del delito, por lo que no concurre ninguna de las hipótesis normadas en el Código Procesal Penal, sobre exclusión de prueba.

En cuanto al hallazgo de los CDs por parte de la víctima, la Corte señala:

“3.- Que es un hecho de la causa que la prueba calificada como ilícita fue obtenida por la víctima cuando se encontraba en el interior del domicilio del imputado,

invitada por éste y su cónyuge para cuidar a los hijos de ambos, por lo que resulta claro que lo que se está tildando de ilícito es la prueba obtenida por un particular, con absoluto desconocimiento del Ministerio Público, pues no había investigación en curso de ninguna naturaleza, ni siquiera la propia víctima conocía de la existencia del ilícito, atento que al estar viendo un CD para probar un equipo, que al parecer tenía algún problema técnico, la víctima descubrió que ella aparecía desnuda en las imágenes, llevando en días posteriores ese material, junto a otros CDs a la Fiscalía Metropolitana Oriente de Santiago, para efectuar la denuncia, dado que desconfiaba de la Fiscalía de Rancagua, por cuanto el autor de la filmación se desempeña en la Defensoría Penal Pública de esta ciudad.

4.- De esta forma, la cuestión es si tratándose de una prueba obtenida por un particular, con total ignorancia de la existencia de un eventual ilícito, menos una denuncia, en el domicilio del imputado al que había accedido invitada por los dueños de casa, como en anteriores oportunidades, es posible de calificarla como ilícita, respecto de normas que tratan el tema, en relación exclusivamente con el ente persecutor, que es el encargado en forma exclusiva y excluyente del procedimiento para averiguar los hechos constitutivos de un ilícito penal, por lo que su actuar debe ceñirse rigurosamente a la ley y con respeto a los derechos fundamentales del investigado.

Del legítimo ingreso de la víctima en el domicilio del imputado, y hallazgo casual el fallo indica:

“5.-que no pudo haber invasión de ámbito privado alguno, por parte de un familiar que con frecuencia concurre a la habitación de otro, donde podía ducharse a su arbitrio, disponer de un dormitorio para fines personales, más aun cuando descubre, en forma casual, la existencia de CDs, donde aparecía desnuda, en dos ocasiones distintas. De esta forma, el retiro de un objeto –los CDs–, que estaban sobre un velador nada de ilícito tiene, pues había un libre desplazamiento por todas las dependencias de la casa”.

“7.- Por último, no puede sostenerse como lo hace el juez de garantía en la resolución impugnada, que la víctima se haya apropiado del CD, contra la voluntad de su dueño, con ánimo de obtener revendas (sic), –queriendo decir prebendas–, pues aquélla al quedarse con los CDs, tenía como finalidad aparte del resguardo de su intimidad, el aseguramiento de un medio probatorio, donde aparecía como víctima, para entregarlo a la autoridad encargada de la investigación, en tal acto no puede haber conducta ilegítima alguna. Asimismo, no puede exigirse a una persona no letrada que siga todos los pasos que la ley procesal señala para la autoridad pública encargada de la persecución penal, más aún cuando se trata de la propia ofendida con el eventual ilícito que fue descubierto casualmente. Menos puede afirmarse que existe una especie de auto tutela, pues lo que aquella hizo fue entregar la prueba al organismo persecutor oficial, sin tomar medida alguna contra el autor de la filmación, acción que en todo caso apuntaba a su propio resguardo, al sentir violentada su intimidad más profunda. En fin, no resulta atendible sostener que actuó en forma

clandestina, pues la víctima estaba en el interior del domicilio en forma lícita, al contar con autorización para transitar en su interior sino que también, según lo afirma aquella, para observar el CD, que estaba sobre un velador, en una dependencia de la casa, a la que obviamente tenía acceso, sin necesidad de autorización especial, por la familiaridad que había en la relación”.

Sobre la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°5 de la CPR, la Corte se expresa de la siguiente manera:

“5.-..., lo cierto es que no existe tal quebrantamiento constitucional. En efecto, de acuerdo a los hechos consignados por el Ministerio Público, no desvirtuados por la defensa, víctima e imputado son parientes por afinidad, desde que aquella es hermana de la cónyuge del imputado. El día en que ocurren los hechos, la ofendida se encontraba en la casa habitación del investigado para cuidar a los hijos del matrimonio, de modo que su ingreso a la vivienda tiene un origen legítimo. Preguntado el fiscal acerca de la relación habida entre la víctima, su hermana y cuñado, éstos salieron en más de alguna oportunidad juntos de vacaciones, de lo que es posible colegir que entre todos ellos se han desarrollando actividades en conjunto con cierta frecuencia, de aquellas que implica compartir confianza e intimidad común”.

Sobre la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°4 de la CPR, el fallo refiere:

“5.-...Es evidente que hay un conflicto de derechos, entre la intimidad de la víctima, el respeto y protección a su honra y vida privada, reconocido constitucionalmente en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política y, el alegado por la defensa. Ante este conflicto, claramente debe primar aquel que resulta violentado ilegítimamente. Al respecto, no se puede desconocer que aquella fue filmada sin su autorización, y aquel derecho que aparece violentado por una acción casual, donde quien lo infringiría actúa con evidente buena fe, con evidente ignorancia de lo que descubriría, lo toma con la finalidad de proteger su intimidad, y luego lo entrega, dando a conocer el hecho, a la autoridad correspondiente”.

De la excepción a la exclusión de prueba:

“6.- Resulta contrario a toda justicia que quien ha sufrido la conculcación de un derecho constitucional, en un lugar privado donde ha ingresado previa invitación de sus familiares y de absoluta buena fe, toma conocimiento que se ha perpetrado un ilícito en su contra, se vea privado de la evidencia en que se descubre su comisión, bajo el pretexto de que en ese acto se ha quebrantado un derecho, en forma casual y sin ningún fin ilícito. La exclusión de prueba no puede llegar a extremos tan absolutos, existiendo situaciones de excepción, como la acontecida en autos, donde nada de ilegal se divisa en el comportamiento de la víctima.

Es dable resaltar que la exclusión de prueba es una institución procesal, incorporada a nuestra legislación a propósito de la reforma procesal penal, donde el ente encar-

gado de la persecución penal y, por ende de la incorporación de datos probatorios, es una autoridad pública, de modo que se protege los eventuales abusos y excesos de esa autoridad”.

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Rancagua resuelve acogiendo el recurso presentado por el Ministerio Público.

3. Corte Suprema, Rol N°1836-2007

Numeral 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República

Sentencia pronunciada por la segunda sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C. y los Abogados Integrantes Sres. Domingo Hernández E. y Rafael Gómez B, de fecha 11 de junio de 2007, en causa Rol N°1836, RUC N°0500586143-K.

La defensa sostuvo que la sentencia dictada en juicio oral, por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, el dos de abril de 2007, por la cual se condenó a su defendido como autor de los delitos consumados de abuso sexual previstos y sancionados en los artículos 366 bis y 366 ter del Código Penal, en carácter de reiterados y el delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil, previsto en el artículo 374 bis, inciso segundo, del Código Penal, perpetrado el 19 de julio de 2006, se habría dictado con inobservancia de lo estatuido en los números 3 y 5 del artículo 19 de la Carta Fundamental, lo cual fundamenta la causal principal del recurso de nulidad, contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

En cuanto a la situación fáctica que se cuestiona era la siguiente: la madre de la menor ofendida trabajaba como secretaria en la empresa, de propiedad del acusado; en estas circunstancias, el día 10 de noviembre del año 2005, en la noche, su hija de 11 años de edad le cuenta que el imputado (su empleador) reiteradamente había abusado sexualmente de ella. Afectada por lo ocurrido, al día siguiente va al lugar de trabajo para emplazar a su empleador y renunciar al trabajo, llega a la empresa, busca todo lo que tenía su nombre y el de su hija. Encontró un CD con fechas, y al examinar las del día 03 de agosto de 2005, día de cumpleaños de su hija, vio videos de niñas y mujeres de distintas edades, desnudas, manteniendo relaciones sexuales con adultos, y en uno de ellos creyó reconocer a su hija, practicando sexo oral a un hombre. Ante ello va al computador de él, revisa los archivos y saca una copia en un CD. Finalmente, lleva consigo dicha copia más otros CD y videos con material pornográfico, caratulados “Damaris”, “Show” o “Karen” y los entrega a efectos de la denuncia. En virtud de esto se inicia la investigación.

El fallo de la Corte acoge nulidad señalando:

“CUARTO.- Que, la Constitución Política de la República asegura a las personas la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, y agrega el

N°5° del artículo 19 que “el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

Siguiendo el alcance que el Derecho Constitucional asigna a la voz “hogar”, se debe entender por tal no tan sólo la vivienda de la familia, sino que las oficinas y espacios que el titular del derecho ha reservado para su trabajo o uso privado, y en donde guarda sus pertenencias exclusivas. Así lo considera el constitucionalista don Enrique Evans de la Cuadra...”.

Resulta claro que conforme los hechos particulares denunciados por el recurso, la acción inicial de la madre de la víctima al invadir los lugares, espacios, CDs y Videos privados del encausado quebrantó estas normas y en modo alguno actuó en situación legal de excepción. Ciertamente es que por sus funciones de secretaria al servicio de su empleador podía acceder al inmueble, pero limitada a las dependencias y especies destinadas a tal servicio, mas no a aquellas que, por haberlas reservado para sí su dueño, estaba en la obligación de respetar. A este respecto, don Enrique Evans afirma que “...la inviolabilidad de los documentos privados ampara todos aquellos que las personas lleven consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueñas o tenedoras legítimas.” (ob. cit. pág. 177). Por tanto, para alcanzar legítimamente el fin que la pudo inspirar, desde el primer momento debió proceder amparada por el derecho, y no a sus espaldas, al interceptar clandestinamente, abrir y registrar, mediante copia digital, documentos privados que no le pertenecían”.

4. Corte Suprema, Rol N°3557-2009

Numeral 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República

Fallo pronunciado por la segunda sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L., de fecha 18 de agosto de 2009, en la causa Rol N°3557-2009, RUC N°0810018402-9.

La defensa de uno de los acusados cuestiona el fallo del 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 19 de mayo de 2009, que lo condena por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, invoca de manera principal la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistente en que en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, vinculada con la vulneración de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; derecho reconocido por el artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República, tal garantía se habría conculcado según la defensa por medio de la utilización de la Unidad de Cibercrimen, denominado código “hash”.

El fallo de la Corte Suprema desecha alegaciones de la defensa, señalando lo siguiente:

“Décimo Cuarto: Que la sentencia recurrida, en su considerando noveno tuvo por establecidos los siguientes hechos: “El Ministerio Público desde octubre del año 2007 sigue investigación por la existencia de archivos informáticos cuyo contenido sería material pornográfico infantil que diferentes usuarios de la red Internet estarían compartiendo a través del programa de computador denominado “emule plus” programa del tipo P2P. Dicho programa permite el intercambio de archivos punto a punto entre diferentes usuarios que se encuentren conectados a la red Internet. Con los antecedentes recabados del programa “emule plus” fue posible determinar la existencia de usuarios chilenos que compartían material pornográfico infantil o al menos descargaban dicho material desde Internet. Mediante respectivos oficios a empresas proveedoras de servicio de acceso a la red Internet se logró determinar la ubicación geográfica de los distintos computadores o terminales desde donde se producía el comienzo de la conexión a la red. Que se obtuvo la autorización del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, para la entrada y registro de algunos domicilios, efectuada el 7 de mayo del 2008 por funcionarios del Cibercrimen, en el domicilio correspondiente a Middleton Bengoa, ubicado en X, y en el de Bernard Harseim, ubicado en X, lográndose determinar la comisión actual de tenencia maliciosa de material pornográfico, procediéndose a su incautación.

Décimo Sexto: Que, no debe obviarse que respecto de lo señalado en los dos motivos precedentes, los recurrentes en diferentes párrafos de sus libelos reconocen y aceptan tales acontecimientos, esto es, que producto de la incautación realizada con autorización judicial el día 7 de mayo del año pasado, se encontró en poder de los dos enjuiciados material pornográfico infantil almacenado en sus computadores y soportes similares.

Décimo Séptimo: Que, para un mejor orden de cosas y en relación directa con la competencia que corresponde a este máximo tribunal para el conocimiento del recurso de nulidad, se preferirá en primer lugar entrar a analizar la causal principal esgrimida por el segundo recurrente (Middleton Bengoa), respecto de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación a la eventual vulneración de la garantía constitucional del artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República, consistente en la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Décimo Octavo: Que, conforme ya se precisó en el motivo décimo sexto del presente veredicto, el cuestionamiento preciso que se realiza a la actividad desarrollada por la Policía de Investigaciones, está circunscrita al mecanismo utilizado y su forma de operar, destinado a obtener preliminarmente su detección como usuario que descargaba material pornográfico infantil. Lo anterior se realizó a través de un mecanismo de identificación del número de los archivos de ese carácter, lo que es considerado por la defensa de Middleton Bengoa como una vulneración de la

inviolabilidad de sus comunicaciones privadas, ya que no contaron con la necesaria autorización de la autoridad judicial para proceder a ello.

Al respecto, y con el objeto de determinar la eventual existencia de la anterior vulneración denunciada, se hace imprescindible reproducir el mecanismo utilizado por los funcionarios investigadores que culminó con la incautación del material pornográfico infantil almacenado por los acusados de autos, el que aparece expuesto en el juicio oral y su sentencia, conforme consta de los registros de audio acompañados a los recursos, y es que la Policía de Investigaciones de Chile desarrolló por cerca de cuatro meses durante el año 2007, una investigación por intermedio de la Unidad de Cibercrimen, la que a través de herramientas informáticas les permitió desarrollar un código alfanumérico denominado "hash", que se consulta en el programa P2P llamado "emule", con el que se efectúa una suerte de patrullaje o búsqueda en la red, dirigido a detectar transacciones de material pornográfico infantil, lo que se materializa mediante un programa que permite dotar de material de ese mismo carácter procedente de anteriores investigaciones y decomisos, asociándolos a un código único e irrepetible, independiente del nombre que se les pueda dar. Luego, ese registro alfanumérico es ingresado a internet en donde procede a identificar a sus símiles, o sea en la práctica a los diversos usuarios que se encuentran en ese minuto descargando dicho material, sin que sea posible obtener a ese momento su identificación personal, toda vez que permite solamente acceder a tres datos, que son: la dirección IP nacional (protocolo de Internet, conformado por una secuencia de cuatro números separados por puntos que identifica a cada computador conectado a la red, pero no permite identificar obligatoriamente a un usuario determinado, y opera numéricamente con el contacto que se realiza en ese momento, cambiando su conformación a la siguiente conexión), luego la fecha y hora del registro. Los tres aspectos anteriores, quedan fijados mediante una captura de pantalla (fotografía), sin que sea posible saber todavía si se trata de un mismo cliente o no, detectando en consecuencia sólo el perfil del material que se está almacenando y el número de conexión asociada a una dirección IP. Posteriormente, esos resultados aleatorios son tabulados en un proceso que se realiza una vez finalizado el monitoreo y, previa orden de investigar se solicitaron mediante oficios dirigidos a las compañías servidoras, para que indicaran a quien corresponden esas direcciones según su número, día y hora de conexión detectados. Sólo a partir de ese momento se conocen datos tales como nombres, apellidos y direcciones de sus titulares, entre otros, que de una manera constante y reiterada efectúan tales descargas, lo que origina a continuación la solicitud del Ministerio Público dirigida al 7° Juzgado de Garantía de Santiago, para proceder a la entrada y registro e incautación del material pornográfico infantil encontrado en los domicilios de los dos enjuiciados de autos.

Décimo Noveno: Que, por otro lado, el sistema de programas utilizados por los acusados para "bajar" la información cuestionada de autos, se realizó en primer lugar a través de la red Internet que es de público acceso, sin establecerse mecanismos privados de comunicación y registro para tales efectos. Luego, se comunicaron a través de un programa gratuito que existe en la red a disposición de quien lo

estime precedente denominado “emule” o “emule plus”, el que se basa en un sistema de comunicación que consiste en compartir información, esto es, múltiples internautas repartidos en todo el mundo que a ese momento están conectados a la red para que intercambien sus archivos entre sí, actuando al mismo tiempo como receptores y emisores, ignorándose quienes son unos y otros, por lo que se trata evidentemente de comunicaciones genéricas sin destinatarios prefijados, por lo que mal puede hablarse de comunicaciones privadas, operando como un mercado abierto para obtener –en el presente caso– información pornográfica infantil.

Vigésimo: Que, en cuanto al código “hash”, éste en ningún caso –como sostiene la defensa del acusado Middleton– interviene, registra ni revisa el contenido del material ilícito que está siendo “bajado” desde la red para su posterior almacenamiento, pues como ya se indicó precedentemente, sólo asigna un código a materiales preexistentes respecto de los cuales se sabe fehacientemente que son de contenido pornográfico infantil, y una vez en la red procede a reconocer a otros iguales, sin importar sus diferentes nombres, no siendo necesario revisarlos o abrirlos para saber su contenido. Lo anterior sólo se producirá, a partir de la entrada, registro e incautación, respecto de los soportes en que se encuentran, para su posterior visualización y peritajes, los que revelarán en definitiva si tienen o no el carácter preliminarmente atribuido, actividad probatoria que fue expresamente autorizada por el Juzgado de Garantía correspondiente, y que permitió corroborar que tenían tal perfil, lo que fue valorado en conjunto con la restante prueba producida en el juicio oral, como fue la testimonial, pericial y documental, que apreciadas de conformidad a las reglas de la sana crítica sin que se vulneraran los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, permitieron la decisión de condena; lo que por lo demás, como ya se ha destacado expresamente, aparece incluso reconocido por los dos acusados al momento de renunciar a su derecho a guardar silencio, declarando en la audiencia respectiva la efectividad de habérseles encontrado esos materiales.

*Vigésimo Primero: Que, los aspectos ya indicados resultan fundamentales para establecer la inexistencia de la vulneración denunciada respecto de la garantía alegada, y tal como acertadamente señaló el fallo del tribunal oral en su motivo duodécimo, destacando que: “resultó claramente establecido que este código es un símil de otro con tal material, sin que dicho procedimiento permita conocer el contenido mismo de los archivos, tanto es así, que una vez detectada esta descarga, en forma reiterada, solicitan la información a las compañías o empresas respectivas, con la cual recaban la orden de entrada y registro e incautación, debiendo pesquisar en el sitio del suceso la existencia de dicho material en los computadores o soportes computacionales que se incauten, elementos estos que permitían sospechar la comisión del hecho punible que fue precisamente materia de la investigación, en consecuencia, no se observa la vulneración de la garantía constitucional que se denuncia”, **lo que sumado a las consideraciones anteriores impide que el primer recurso interpuesto en cuanto a su primer capítulo de cuestionamiento pueda prosperar.***

Conclusiones

A modo de conclusión conforme al análisis efectuado, en relación a las garantías constitucionales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se relacionan con los delitos de pornografía infantil, podemos indicar que la jurisprudencia sobre el particular se pronuncia:

Sobre el hallazgo de particulares

- a) Una valoración diferente entre el hallazgo casual y la búsqueda dirigida, por parte de particulares.
- b) El hallazgo casual por parte del particular en circunstancias de encontrarse autorizado el ingreso y permanencia en el hogar por parte del o los imputados, no lo hace ilícito, no constituye violación de garantías, sino que resulta una excepción reconocida en el derecho comparado a la exclusión de la prueba ilícita.
- c) En caso de no ser un hallazgo casual y tratarse de un registro o grabación que sean clandestinos por parte del particular, la valoración de la circunstancia es negativa.
- d) Tratándose de una prueba obtenida por un particular, con total ignorancia de la existencia de un eventual ilícito, sin existir una denuncia, en el domicilio del imputado al que accede invitado por el mismo, no es posible de calificar dicho hallazgo como ilícito, sino que se estaría ante una excepción a la exclusión de la prueba ilícita.

Sobre la Internet; sistema emule plus y el mecanismo del código hash:

- a) La red Internet es de público acceso.
- b) Que existe en la red a disposición de quien lo estime procedente un programa gratuito denominado “emule” o “emule plus”
- c) “emule” o “emule plus” se basa en un sistema de comunicación que consiste en compartir información, esto es, múltiples internautas repartidos en todo el mundo que a ese momento están conectados a la red para que intercambien sus archivos entre sí, actuando al mismo tiempo como receptores y emisores, ignorándose quienes son unos y otros, por lo que se trata evidentemente de comunicaciones genéricas sin destinatarios prefijados, por lo que mal puede hablarse de comunicaciones privadas.
- d) El código “hash”, en ningún caso interviene, registra, ni revisa el contenido del material ilícito que está siendo “bajado” desde la red para su posterior almacenamiento.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS. UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS

María Angélica San Martín Ponce¹

1. Introducción

En el Código Procesal Penal chileno, no encontramos la indicación de especiales condiciones para el otorgamiento de testimonio de un niño, niña o adolescente², no siendo suficiente la norma del artículo 308 del Código Procesal Penal, establecida en general para la protección de testigos y víctimas que participan de un proceso penal y que posibilita a los Tribunales Orales en lo Penal, en *casos graves y calificados*, disponer medidas destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare.

A nuestro entender las declaraciones de NNA, siempre debiesen prestarse usando salas especiales para ello o, al menos, un circuito cerrado de televisión, lo que permite sustraerlos del ambiente intimidatorio y victimizante, representado por la sala de audiencias, donde se lleva a cabo el juicio oral. El circuito cerrado de televisión consiste en prestar la declaración mediante un sistema interno de televisión desde una sala distinta a la de juicio oral, donde la víctima es entrevistada por el juez presidente, sin la presencia física del acusado, ni de los intervinientes, ni del público en general.

Dicho sistema debería establecerse por ley, con especial indicación de las circunstancias de su implementación, puesto que la situación actual, con los amplios márgenes de discrecionalidad judicial, no siempre ha dado resultados satisfactorios; así podemos citar a modo ejemplar lo resuelto por el 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N°1100479935-8, que si bien en principio otorgó el circuito cerrado, lo hizo con la condición que hubiese contacto visual entre el imputado y defensor con el niño, lo que quitaba el efecto proteccional perseguido, por lo que la fiscal del caso interpuso un recurso de reposición, resolviéndose finalmente por el Tribunal que el niño debía declarar como cualquier testigo. A raíz de dicha resolución, la fiscal decidió no presentar como prueba el testimonio del niño, terminando el juicio con veredicto absolutorio.

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 En adelante NNA.

Así, hoy en los procesos penales seguidos por delitos sexuales en contra de NNA, son los fiscales del Ministerio Público, quienes solicitan a los Tribunales Orales que se disponga como medida de protección para la declaración de estas víctimas, el circuito cerrado de televisión, siendo de resorte de dichos tribunales su concesión, según se estime que se cumple en el caso concreto, con los dos requisitos copulativos establecidos en la ley, sin que pueda señalarse que a la fecha exista uniformidad en las resoluciones judiciales, ni en las condiciones en que en el caso concreto se implementa la medida de protección de circuito cerrado de televisión, como recién se ha ejemplificado.

Creemos que es necesaria esta modificación legal, la que en nada afecta el derecho al debido proceso de los acusados, porque la situación actual no garantiza suficientemente los derechos de los NNA que deben declarar en juicio oral, los que así han sido invisibilizados, situación que al menos al año 2010, no era privativa de Chile, sino también de otras latitudes, según consta en parte de la introducción del “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños y testigos de delitos”, donde se señala: *“Es frecuente que en los sistemas de justicia penal se olvide a las víctimas de delito. Un sistema de justicia penal justo, eficaz y humano es aquel que respeta los derechos fundamentales de los sospechosos y los delincuentes, así como los de las víctimas, y se basa en el principio de que las víctimas han de ser reconocidas y tratadas adecuadamente respetando su dignidad. Estas diferentes víctimas, incluidos los niños dada su particular vulnerabilidad, ya sea por sus características personales o por las circunstancias del delito, deberían beneficiarse de medidas adaptadas a su situación”*³.

2. Derecho de los NNA a ser oídos en condiciones protegidas en un proceso penal en que tengan interés

El artículo 12, párrafo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho de todo niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, de la manera que sigue: *“se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado...”*.

Por su parte, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra los derechos del niño, de la siguiente forma: *“todo niño*

3 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, p. 1 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffessionals_and_Policy-makers_Spanish.pdf [fecha de consulta: 12 de mayo de 2014].

tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieran por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

De ambas disposiciones aparece que los NNA tienen derecho a ser oídos en los procesos legales que les afecten, entre éstos claramente los procesos penales seguidos por delitos de los que han sido víctimas. Y tienen, además, el derecho a ejercerlo en condiciones protegidas, no revictimizantes ni intimidatorias.

Existe suficiente consenso internacional sobre la justificación y necesidad de este trato diferenciado para los NNA. Es así como el Comité de Derechos del Niño, en su Observación General N°12 del año 2009, sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, contempla en el contexto de un procedimiento judicial que se requieren condiciones básicas para su ejercicio, señalando que:

“34. No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”⁴.

Asimismo, dicha Observación General al referirse al niño víctima y el niño testigo en causas penales, especifica en lo relativo a las condiciones para el ejercicio del derecho a ser oído, que:

“62. El niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la resolución 20/2005 del Consejo Económico y Social, “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”⁵.

Las Directrices a que hace referencia el Comité de Derechos del Niño fueron dictadas mediante resolución N°20/2005 del Consejo Económico y Social de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su contenido dice relación con cómo debe ser la justicia, respecto de los niños víctimas y testigos de delitos. Estas Directrices consideran entre sus principios generales el derecho a la participación de la siguiente manera:

4 Observación General N°12 (2009) Comité de Derechos del Niño, p. 12 [en línea]. Disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12_sp.doc [fecha de consulta: 6 de mayo de 2014].

5 Observación General N°12 (2009) Comité de Derechos del Niño, p. 17 [en línea]. Disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/.../CRC-C-GC-12_sp.doc [fecha de consulta: 6 de mayo de 2014].

“d) Derecho a la participación: Con sujeción al derecho procesal nacional, todo niño tiene derecho a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres sobre cualquier asunto, y a aportar su contribución, especialmente a las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el marco de cualquier proceso judicial, y a que esos puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad”⁶.

Específicamente, bajo el título XI, estas Directrices desarrollan el contenido del derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia, consignándose en su párrafo 30, letra d) que:

“Los profesionales deberán tratar con tacto a los niños víctimas y testigos de delitos y utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario y otras medidas que faciliten el testimonio del niño”⁷.

Refiriéndose a la dinámica de las audiencias de juicio y la declaración del NNA, las Directrices señalan en su párrafo 31, que:

“Además, los profesionales deberán aplicar medidas para: b) Velar porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas de entrevistas privadas; c) Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando expertos en psicología”⁸.

6 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, p. 5 [en línea]. Disponible en: www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf [fecha de consulta: 12 de mayo de 2014].

7 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, p. 9 [en línea]. Disponible en: www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf [fecha de consulta: 12 de mayo de 2014].

8 Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, p. 10 [en línea]. Disponible en: www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf [fecha de consulta: 12 de mayo de 2014].

Por su parte el “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas”, publicado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, el año 2010⁹, cuyo objetivo es ayudar a los países a poner en práctica a nivel nacional las disposiciones recogidas en las Directrices 20/2005, y que se basa en las mejores prácticas internacionales sobre el tratamiento de los niños víctimas y testigos de delitos, incluye una “lista de comprobación de la ejecución” que indica las medidas concretas que los diferentes profesionales, que intervienen con los NNA a lo largo del proceso, deben adoptar a fin de poner en práctica las Directrices.

Parte de la “Lista de comprobación de la aplicación N°8, relativa al derecho a ser protegido contra sufrimientos durante el proceso de justicia”, en lo relativo a las funciones de los jueces, consigna entre otras acciones, que éstos deben:

“v) Favorecer que los menores presten declaración desde una sala especial decorada de manera sensible a las necesidades de los niños o, cuando esté disponible, mediante televisión en circuito cerrado;

vii) Supervisar muy de cerca el interrogatorio, y en particular el conainterrogatorio, de los niños víctimas y testigos de delitos para protegerlos del acoso o la intimidación y asegurar que el lenguaje empleado sea apropiado”¹⁰.

3. Debido proceso del acusado e interés superior del niño víctima

Desde la perspectiva de derechos humanos, la protección que se debe dar a los NNA en el contexto de un proceso penal en el que participan, ya sea como víctimas o testigos, en virtud del principio de su *interés superior* establecido en la Convención de Derechos del Niño, debe ponderarse con otro principio establecido a favor de los acusados, su derecho a un debido proceso o a un

9 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffessionals_and_Policymakers_Spanish.pdf [fecha de consulta: 12 de mayo de 2014].

10 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, página 85 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Handbook_for_Proffessionals_and_Policymakers_Spanish.pdf [fecha de consulta: 12 de mayo de 2014].

juicio justo en la terminología del Convenio Europeo de Derechos Humanos, (en adelante CEDH)¹¹¹².

Así, en el ámbito americano, la autora Dalia Berenice Fuentes Pérez, en un artículo publicado en un manual de Derechos Humanos, analizando el concepto *de interés superior del niño*, en el marco de la evolución histórica que han tenido los derechos de los niños en materia de derechos humanos, cita como parte de esta evolución lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 17, señalando que es claro el objetivo que persigue este principio: el mayor beneficio, exigiéndose a los operadores un profundo estudio y análisis sobre las condiciones y circunstancias concretas que rodean al niño, existiendo para su concreción ciertos lineamientos generales. De este modo, este principio ayuda a hacer realidad, disposiciones jurídicas que tienen alguna consecuencia en la vida de los niños¹³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este delicado equilibrio, a raíz de demandas interpuestas por sujetos condenados en sus países de origen en juicios en los que los niños testigos declararon con alguna medida de protección, la que fue considerada por la defensa como atentatoria contra el derecho a un proceso equitativo justo consagrado en el artículo 6 del CEDH¹⁴. Así la discusión, desde la perspectiva de principios de derechos humanos, se centra en los

-
- 11 SERRANO, Mercedes. “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal” [en línea]. En: Revista para el Análisis del Derecho, p. 13, v.2 Barcelona, 2013. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264210/351863> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].
- 12 Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y que entró en vigor en 1953 [en línea]. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].
- 13 ESTRADA, Guillermo y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos (comp.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed., México DF, Editorial Porrúa, 2014, Facultad de Derecho UNAM, págs. 356-365.
- 14 **ARTÍCULO 6. Derecho a un proceso equitativo.**
 1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*
 2. *Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.*

estándares del debido proceso del acusado e interés superior del niño víctima o testigo.

Para este análisis se dará cuenta del debate doctrinal existente, en cuanto a la posibilidad de adaptar los procesos penales a las necesidades de los NNA y de cómo estas consideraciones son compatibles o no afectan sustantivamente el derecho del acusado a un proceso equitativo revisando, además, algunos fallos del TEDH, en que se han resuelto recursos presentados por los acusados.

El derecho a un proceso equitativo para los acusados se consagra en el artículo 6 del CEDH, en sus tres numerales, consignándose en el numeral tercero un listado con un mínimo de derechos, entre los que se encuentra el derecho a interrogar a los testigos que declaren en su contra, aspecto que se estima central para este debate.

Una primera posición entiende que se puede compatibilizar el principio del debido proceso con el interés superior de los NNA víctimas y testigos, siendo posible adoptar medidas de protección respecto de los NNA que declaran como testigos sin que ello importe un detrimento importante respecto de la garantía del justiciado a un juicio equitativo, siempre y cuando se respeten ciertos mínimos del proceso adversarial, como la posibilidad de controvertir la prueba de cargo.

Por otra parte se encuentran posturas más críticas a alteraciones a la estructura pura de un proceso adversarial, que considera que los medios de prueba deben rendirse durante el juicio, ante el tribunal, en audiencia pública, con el imputado presente y con un interrogatorio de los testigos en directo.

Así, la autora Mercedes Serrano Masip, en un artículo publicado el año 2013, luego de consignar los postulados en que se afirma el deber de protección a los NNA, apoyándose en el contenido del “Convenio para la protección de los Niños contra la explotación y el abuso sexual”, del año 2007¹⁵, por ser el

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

15 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de fecha el 25 de octubre de 2007. Entró en vigor el 1 de julio de 2010, tras cumplirse los requisitos impuestos para su obligatoriedad, que imponía la ratificación por parte de al menos cinco Estados miembros del Consejo de Europa. España

instrumento que en forma más resuelta se hace cargo de esta necesidad, al expresar las condiciones mínimas para que el NNA pueda ser oído, señala que la forma más adecuada de hacerlo es limitando el número de entrevistas a lo estrictamente imprescindible y que, para la consecución de este fin, una alternativa es la grabación de la entrevista en audio video, elemento que debe ser admitido posteriormente como medio de prueba en el juicio¹⁶.

Al analizar ambas posiciones se puede sostener que el reto que constituye la toma del testimonio de los niños víctimas, en un acto previo al juicio y su uso como prueba en el mismo, sólo puede sortearse con éxito si se sitúan en un plano de igualdad los derechos de defensa y los derechos fundamentales del NNA a la dignidad y a la integridad física y síquica. Al efecto, la autora cita jurisprudencia del TEDH, en que se ha señalado que los apartados 1° y 3° del artículo 6 del CEDH, lo que establecen es el derecho del acusado a tener la oportunidad de desacreditar o contradecir la versión del testigo, refiriendo que: *“En suma, el TEDH no se opone a la reproducción en el juicio oral de las declaraciones testificales realizadas en sede policial o en la fase preliminar del proceso penal... [estableciéndose que se] vulnera el derecho a un juicio justo si al acusado no se la ha brindado la ocasión de formular preguntas al testigo”*¹⁷.

Precisando que el TEDH al resolver el conflicto entre ambos derechos ha resuelto de manera uniforme que la admisibilidad de los medios de prueba es un tema propio de los Estados, por lo que no corresponde a dicho tribunal internacional pronunciarse sobre ello¹⁸.

Ciro Milione, en su artículo titulado “El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, se dedica a analizar el comportamiento del TEDH al resolver casos donde se discuta el punto 1 del artículo 6, relativo a las posibilidades de limitar la publicidad de las audiencias de juicio en consideración a los intereses de los menores. Destaca la relevancia que el TEDH ha dado a la etapa evolutiva de los NNA en lo relativo a las adaptaciones que el proceso penal debiese hacer para evitar que los NNA se intimiden o inhiban al declarar, citando al efecto dos senten-

presentó el depósito de ratificación el 5 de agosto de 2010, entrando en vigor a su respecto el día 1 de diciembre de 2010.

- 16 SERRANO, Mercedes. “Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal” [en línea]. En: Revista para el Análisis del Derecho, p. 42 Barcelona, 2013. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264210/351863> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].
- 17 SERRANO, Mercedes, ob. cit., págs. 2 y 13. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264210/351863> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].
- 18 SERRANO, Mercedes, ob. cit., p. 13. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264210/351863> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

cias dictadas en casos seguidos contra el Reino Unido, de la siguiente manera: *“...ha llevado el Tribunal de Estrasburgo a considerar, por un lado, la necesidad de que los procesos penales se acomoden a estas condiciones propias de los menores “reduciendo en todo lo posible estos sentimientos de intimidación e inhibición”*¹⁹. La alusión a las consideraciones que explícitamente se contienen en el punto 1 del artículo 6 del CEDH, son relevantes puesto que no cabe duda que la publicidad de las audiencias constituye un elemento central de la garantía no obstante, como se ha visto, no se trata de un derecho absoluto, sino que se morigera precisamente en los casos de víctimas NNA.

El mismo autor, en un análisis más general del comportamiento del TEDH, concretamente respecto de la necesidad de resolver en forma “motivada” los conflictos sobre garantías que se le presenten, refiriéndose a la necesidad de fundamentación de los fallos, precisa entre otros aspectos que el derecho a un proceso equitativo, del artículo 6 del CEDH, es una manifestación del principio de igualdad en el ámbito procesal penal, principio de contradicción que no es absoluto, puesto que de concurrir otros intereses relevantes, este principio puede ser limitado, señalando como ejemplo de algunos de estos otros valores relevantes la protección de testigos. Limitaciones que en todo caso no pueden ser indefinidas, sino que debe tratarse de restricciones estrictamente necesarias²⁰.

Luca Lupária, en un artículo sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal italiano, realiza un análisis evolutivo acerca del rol que ésta ha tenido en el proceso penal, desde considerarla casi exclusivamente como titular de la acción civil derivada de un delito hasta su situación actual, donde tiene derecho a ser protegida de la victimización secundaria. Este autor sostiene que esta nueva consideración a la víctima, especialmente de aquéllas más vulnerables, también ha tenido eco ante el TEDH, que mediante sus fallos ha planteado: *“la necesidad de buscar puntos de equilibrio entre los derechos fundamentales de la defensa del acusado y la tutela de la posición de los sujetos que coagulan inte-*

19 MILIONE, Ciro. “El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: Anuario da la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña, p. 565, 2010 [en línea]. Disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8290/1/AD_14_2010_art_28.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

20 MILIONE, Ciro. “El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español” [en línea]. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, v. 61, págs. 7 y 8. Disponible en: <http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/derecho-obtener-resolucion-cirio-milione.pdf> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

*reses contrapuestos en el proceso penal*²¹, señalando en sus conclusiones que este avance en la consideración de los derechos de las víctimas debe ser cauteloso, para no vulnerar los derechos fundamentales del acusado, tratándose de un frágil equilibrio donde opera la antigua doctrina de la “ponderación”²².

Por su parte, Pedro Roldan, estudiando la resolución de este equilibrio en la jurisprudencia del TEDH, indica que el criterio del Tribunal ha sido considerar que existe violación a la garantía del debido proceso si el acusado o su defensa no han tenido la ocasión de confrontar los testigos, cuyos testimonios sean relevantes para la acusación²³. Citando en apoyo a esta conclusión lo resuelto por la Corte Suprema del Reino Unido, en que se avala una condena basada exclusivamente en testimonios de oídas o mediante declaraciones de testigos ausentes, dado que no representa en sí misma una vulneración de las normas del CEDH, puesto que la legislación interna de dicho país sólo admite dichas pruebas si se asegura un juicio justo²⁴.

Analizando el derecho a interrogar a los testigos de cargo en el proceso penal, José Antonio Álvarez Caperochipi comenta algunas sentencias destacadas del TEDH, apreciando que la jurisprudencia del tribunal ha sido influida por la justicia del caso concreto, por lo que a su juicio existen algunas imprecisiones, no obstante lo cual es posible advertir ciertos criterios generales, entendiéndose satisfecho el derecho a contrastar la prueba de cargo, si en cualquier momento u ocasión el acusado tuvo la oportunidad de contrastar el testimonio del testigo²⁵. En virtud de lo anterior, considera legítimas las decisiones de tribunales españoles, a la luz de la Ley de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, Ley Orgánica 19/1994, que han dispuesto medidas tales como la ocultación de la identidad del testigo al acusado y la distorsión de su

21 LUPÁRIA, Luca. “Reflexiones sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal italiano” [en línea]. En: Revista de Derechos Fundamentales – Universidad Viña del Mar- v.8, p. 107. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4334626.pdf> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

22 LUPARIA, ob. cit., p. 114.

23 ROLDAN, Pedro. “Criterios de admisibilidad de la prueba para la investigación y juzgamiento de delitos de lesa humanidad en los tribunales internos”, p. 207 [en línea]. Disponible en: http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no6/criterios_de_admisibilidad_de_la_prueba_para_la_investigacion.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

24 ROLDAN, ob. cit., p. 208. Disponible en: http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no6/criterios_de_admisibilidad_de_la_prueba_para_la_investigacion.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

25 ROLDAN, ob. cit., p. 189. Disponible en: http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no6/criterios_de_admisibilidad_de_la_prueba_para_la_investigacion.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

imagen, citando recientes reformas legales que propiciarían sustituir la confrontación directa del acusado por declaraciones mediante videoconferencia²⁶.

Juan López Ortega, analizando la jurisprudencia del TEDH sobre la prueba de testigos en el proceso penal, opina que el criterio del Tribunal ha sido estimar que no existe vulneración del artículo 6.1 ni del 6.3, en situaciones que las declaraciones de testigos que no se han producido en el juicio oral, en casos excepcionales, como por ejemplo la imposibilidad de localizar al testigo, exigiéndose que dichas declaraciones no constituyan el principal elemento de prueba y que *“el acusado haya tenido ocasión de contrastar el testimonio de cargo e interrogar a su autor en el momento de la declaración o en otro posterior”*²⁷. Cita al efecto un caso contra Italia, del año 1991, donde se condenó al solicitante (ante la TEDH) por un delito de secuestro con muerte de la víctima, basada en un testimonio de una persona contactada por los organizadores del secuestro, entre ellos el solicitante, que colaboró con la policía, persona que declaró ante el juez de instrucción y fue careado con el solicitante, pero que no concurrió al juicio oral porque no pudo ser ubicado. En el caso hubo opinión discordante entre la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH puesto que, para la primera, la contradicción en el caso era insuficiente, porque en el careo no estuvo presente el abogado defensor del solicitante, en cambio, para el TEDH, sí se había respetado la garantía del contradictorio, de momento que tampoco estuvo presente en la diligencia el fiscal, en atención a que el objeto de la diligencia no hacía indispensable la presencia de abogados, el solicitante pudo controvertir las declaraciones del testigo y además no se trataba de la única prueba en su contra²⁸.

Un representante de una postura más contraria a esta ponderación de intereses, es representada por Rafael Alcácer Guirao, quien estima que el derecho a la contradicción recogido en el artículo 6.3 del CEDH, como el derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él, es un principio esencial del proceso, no susceptible de ser sometido a la ponderación de otros intereses²⁹.

26 ÁLVAREZ, José Antonio. “El derecho a conocer e interrogar el testigo de cargo en el proceso penal” [en línea]. Navarra, 2007, p. 205. Disponible en: http://www.navarra.es/NR/rdonlyres/CE3BDB42-2AEA-4E2D-8330-FE647BB2B2E7/0/RJ_43_II_1.pdf [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

27 LÓPEZ, Juan José. “La Prueba y Proceso equitativo. Aspectos actuales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” [en línea]. En: Revista Derechos y Libertades del Instituto Bartolomé de Las Casas, p. 614. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1482/5/DL-1993-I-2-LopezOrtega2.pdf> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

28 LÓPEZ, ob. cit., p. 615.

29 ALCÁCER, Rafael. “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH” [en línea]. En: Revista para el Análisis del Derecho, p. 2, v. 4, Barcelona,

Aunque este autor admite la posibilidad de que el testigo directo de un delito pueda no concurrir al juicio, por ejemplo por tratarse de un testigo menor víctima de un delito sexual, para evitar su victimización secundaria, entendiendo que en estos casos el TEDH lo que ha aceptado es “acomodar la forma o la intensidad de la confrontación, no a excluirla totalmente; es decir, a modular el alcance del art. 6.3 d CEDH, no a prescindir del mismo”³⁰. Estimando que, en estos casos, se ha ponderado el derecho del acusado con un derecho concreto, la necesidad de protección de determinadas víctimas o testigos y no sólo por un interés o consideración general, como sería la sola consideración de la eficiencia del proceso penal³¹.

Los autores Pieter Van Dijk, Fried Vam Hoof, Arjen Van Rijn y Leo Zwaak, en su “Manual sobre el Sistema Europeo de Derechos Humanos” señalan que la norma del artículo 6.3 d) no puede interpretarse en el sentido de que en todos los casos el contra interrogatorio de la defensa o del acusado deba plantearse en la audiencia misma del juicio oral, citando un caso relativo a un niño víctima de un delito sexual cuyas entrevistas grabadas en video fueron conocidas por la defensa en audiencias celebradas durante la etapa de investigación, lo que le permitía poder hacerse cargo de las acusaciones formuladas³², conteniendo el derecho a un juicio justo el principio de “igualdad de medios”. Así, el TEDH ha mantenido su doctrina en el sentido de que el acusado no tiene un derecho ilimitado a exigir la presencia física de los testigos en el juicio oral, siendo esta definición parte de lo que soberanamente pueden resolver los ordenamientos jurídicos nacionales, es decir, como parte integrante de su “margen de apreciación”³³.

4. Análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre limitaciones admisibles al derecho de los acusados a un juicio justo

De los casos que a continuación se explican en forma resumida, podemos relevar una línea jurisprudencial que muestra claramente que el derecho del acusado a un proceso justo, en términos del CEDH, no obsta a que los Tribunales puedan adoptar medidas de protección en favor de los NNA, dado que el derecho a un debido proceso del acusado no contiene un derecho a carearse

2013. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1006.pdf> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

30 ALCÁCER, ob. cit., p. 13.

31 ALCÁCER, ob. cit., págs. 10 y 11.

32 VAN DIJK, Pieter; VAN HOOFF, Fried; VAN RIJN, Arjen; ZWAAK, Leo (Eds.) (2009). *Teoría y práctica del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bogotá D.C., Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, págs. 433 y 434.

33 VAN DIJK, VAN HOOFF, VAN RIJN, ZWAAK, ob. cit., p. 432.

con él en juicio, sino que se materializa en su derecho a poder controvertir su testimonio, por lo que en países en que se ha establecido la videograbación de su entrevista es imprescindible que la defensa del acusado haya podido participar en dicha diligencia, pidiendo se efectúen las preguntas que según sus tesis de defensa sean necesarias, siendo este derecho irrenunciable, al menos en forma tácita, como se muestra en uno de los fallos que se comentará.

Respecto a las reglas procesales de los Estados, relativas a la forma y oportunidad en que se rinden estos testimonios, el TEDH ha aplicado la doctrina que concede a los Estados “un margen de apreciación” sobre el asunto, es decir, los Estados pueden resolverlo de manera soberana, siempre que se respeten los principios y garantías contenidos en el CEDH.

a) Caso de SN v Suecia³⁴:

En este caso el TEDH por mayoría rechazó la demanda. El solicitante alegó que no había tenido un juicio justo, conforme al artículo 6.1 y 3 d) de la CEDH, en el proceso penal en su contra, por un delito de abuso sexual en perjuicio de un niño de 10 años de edad que no declaró directamente en el juicio oral sino que lo hizo en dos oportunidades durante la fase investigativa, las que fueron videograbadas. La segunda de ellas, a instancia del abogado del solicitante, quien concordó con el oficial de la policía a cargo de la diligencia los contenidos sobre los que versaría el interrogatorio, sin perjuicio que no presenció el interrogatorio, ni pidió un aplazamiento para poder hacerlo. En el juicio oral, el solicitante negó los cargos y se rindió como prueba la primera entrevista grabada en video de la policía a la víctima y el registro de la segunda entrevista fue leído, junto con el testimonio de la madre del niño y profesor. La defensa no solicitó que el niño fuese escuchado en persona, siendo condenado el solicitante a ocho meses de prisión, luego el Tribunal de Apelaciones redujo la pena a tres meses de prisión.

Aquí el Tribunal recordó que la admisibilidad de la prueba se rige principalmente por las normas de derecho interno y que, por regla general, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar las pruebas presentadas ante ellos, señalando que si bien todas las pruebas normalmente deben producirse en presencia del acusado en una audiencia pública, con miras a debate contradictorio, el uso como prueba de las declaraciones obtenidas en la etapa de la investigación policial y judicial no es en sí mismo incompatible con los párrafos 1 y 3 d) del artículo 6, a condición de que se hayan respetado los derechos de la defensa. Por regla general, estos derechos requieren que el acusado tenga

34 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de julio de 2002, caso: “SN v. Suecia” [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60564> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo en su contra, ya sea al momento de producirse las declaraciones o en una fase posterior del procedimiento.

El Tribunal señaló que el artículo 6 no otorga al acusado un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de los testigos en los tribunales, sino que son normalmente los tribunales nacionales quienes deben decidir si es necesario o conveniente oír a un testigo.

El Tribunal tuvo en consideración los efectos nocivos que tienen los procesos penales relativos a delitos sexuales, especialmente tratándose de un caso relacionado con un menor de edad, y que en la evaluación de la cuestión de si en tales procedimientos el acusado recibió un juicio justo, debe tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida privada de la víctima, admitiendo que en estos procedimientos se pueden adoptar medidas con el fin de proteger a la víctima, siempre que tales medidas pueden conciliarse con un ejercicio adecuado y efectivo de los derechos de la defensa.

b) Caso de AL v Finlandia³⁵:

El TEDH en este caso acogió la demanda, puesto que se estimó que en los hechos no pudieron ejercerse los derechos de la defensa, específicamente el derecho a controvertir la prueba de cargo.

En el caso el solicitante había sido acusado ante un Tribunal de Distrito por abuso sexual en perjuicio de un menor, negando en su momento la acusación. En el juicio el tribunal escuchó el testimonio de la madre del niño y del solicitante, así como de tres testigos que declararon en nombre del solicitante. Por su parte, el fiscal presentó una grabación en video de dos entrevistas de la víctima, llevadas a cabo por un experto médico, junto con un informe de este profesional, resultando en definitiva condenado el solicitante.

El demandante apeló contra la sentencia ante el Tribunal de Apelación, argumentando que el Tribunal del Distrito no debió haber decidido el caso sin oír al menor en persona y que él no tuvo la oportunidad de hacer preguntas al menor en ninguna etapa del proceso. Tampoco tuvo la oportunidad de ver la grabación de video antes de la audiencia principal, sin embargo, la grabación había sido una parte esencial de la evidencia que condujo a su condena. Dicha apelación fue rechazada.

35 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de enero de 2009, caso: "AL v. Finlandia" [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90937> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

El TEDH tuvo en consideración, al acoger la demanda, que según la ley interna finlandesa, el testimonio de una persona menor de 15 años, o de una persona con problemas mentales, grabada en audio o video durante la investigación previa al juicio, puede ser utilizada como evidencia si al acusado se le ha dado la oportunidad de hacer preguntas al testigo.

El TEDH observó que la grabación en video del niño, reproducido ante los tribunales de primera instancia, constituía la única prueba directa contra el demandante, quien no estuvo en situación de formular preguntas al testigo menor, lo que limitó de tal forma los derechos de la defensa, por lo que no podía decirse que el solicitante haya recibido un juicio justo.

c) Caso de AS con Finlandia³⁶:

Este caso es muy ilustrativo puesto que muestra que si en los hechos se aprecia que el condenado no tuvo acceso a un juicio justo, no es posible sustentar que renunció válidamente a esta garantía, ni menos en forma tácita, como al parecer lo hizo el condenado en el caso, que usó como parte de su prueba la videograbación del testimonio del niño, diligencia de la cual no tuvo conocimiento, ni tampoco tuvo la posibilidad de solicitar la realización de ciertas preguntas o contrainterrogar por intermedio de su abogado defensor.

En el fallo se acogió por mayoría la demanda presentada. El demandante, acusado de abuso sexual de un niño, sostuvo que sus derechos de defensa no se habían respetado en el proceso penal en su contra, en el que se había hecho uso de una entrevista grabada en video de la presunta víctima a pesar de que no había tenido la oportunidad de hacer preguntas al niño.

En la investigación el niño fue entrevistado en el hospital infantil a solicitud de la policía. La entrevista fue realizada por un psicólogo, la que fue grabada en video, el demandante no estuvo presente cuando se realizó la entrevista y al parecer ni siquiera se había informado o tenía conocimiento de la investigación en esos momentos.

En la investigación, un médico y dos psicólogos dieron una declaración por escrito de sus hallazgos, llegando a la conclusión de que el relato del niño parecía fiable. Además se señaló que era inconveniente someter al niño a más preguntas sobre el asunto, porque sería perjudicial para él, por lo que no debería ser entrevistado de nuevo.

36 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de septiembre de 2010, caso: "AS v. Finlandia" [en línea]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100709> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2014].

El propio demandante usó la grabación en video de la entrevista del niño como prueba, puesto que a su entender mostraba que el niño repetía frases aprendidas, sin importar el hecho de que se había producido una violación de la legislación nacional, por no haber tenido la ocasión de participar en la diligencia. En principio, el Tribunal absolvió al solicitante, pero la sentencia fue apelada y revocada, estimándose que el condenado había renunciado a su derecho.

En el caso el TEDH recuerda que antes de que un acusado pueda renunciar a un derecho tan importante, como el contenido en el artículo 6 del CEDH, debe demostrarse que razonablemente podría haber previsto las consecuencias que tendría su conducta, lo que no se probó en el caso.

5. Conclusiones

Proteger a los NNA que participan, ya sea como víctimas o testigos de un proceso penal, es un imperativo para Chile, dado su carácter de suscriptor de la Convención de Derechos del Niño.

En el sistema europeo, desde el ámbito de los derechos humanos, han deslindado ciertos parámetros o criterios para establecer un equilibrio entre los intereses de los niños víctimas y los de los acusados en causas penales, partiendo de la consideración de los NNA como sujetos de derecho, premisa que en nuestra realidad nacional es dudoso que esté suficientemente asumida por los operadores del sistema judicial.

Podemos destacar así algunos criterios que han sido fijados por la jurisprudencia del TEDH, con miras a lograr un justo equilibrio entre los intereses en juego, es decir, hasta dónde es lícito limitar el derecho del acusado a un juicio justo en pos de proteger la dignidad y/o la integridad física y moral de los NNA, que deben declarar en juicio. Límite que estaría representado por la posibilidad real del acusado de haber podido controvertir esta prueba de cargo, lo que bien puede hacerse en instancias previas al juicio oral propiamente tal, ya sea directamente por el acusado o mediante su defensa letrada. En palabras del TEDH que el acusado haya tenido “una oportunidad adecuada y apropiada” de contrainterrogar el testigo de cargo, no siendo admisible una renuncia a este derecho del acusado, ni menos que ésta pueda ser apreciada o colegida de ciertas actuaciones posteriores a la diligencia, tales como usar en juicio el medio probatorio controvertido.

Esta alternativa es admitida aún por defensores del sistema adversarial en su forma más pura, quienes no se oponen a consideraciones concretas respecto de ciertos testigos especialmente vulnerables, como son los NNA víctimas que declaran en un proceso penal.

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

SENTENCIAS ABSOLUTORIAS¹ EN MATERIA DE LAVADO DE DINERO (ARTÍCULO 27 DE LA LEY 19.913): REVISIÓN CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA FUNDAMENTAR LOS FALLOS

Marcelo Contreras Rojas²

I. Introducción

Desde el inicio de la reforma procesal penal hasta el mes de junio de 2014, se han dictado 83 sentencias en materia de lavado de dinero que se encuentran ejecutoriadas; dentro de las cuales, 62 han sido sentencias condenatorias y 17 absolutorias. Evidentemente, los fallos que aportan una mayor fundamentación para ser analizados son aquéllos obtenidos en un juicio oral. Anteriormente, en diferentes artículos se ha hecho referencia y se han analizado principalmente las sentencias condenatorias, destacando los elementos que se

1 Estas son las sentencias absolutorias analizadas (cabe señalar que sólo se consideraron las sentencias que absolviéron a todos los imputados por el delito de lavado): Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 12 de marzo de 2007, RUC N°0500374418-5, RIT N°22-2007, considerando vigésimo quinto. Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de abril de 2009, RUC N°0600867745-8, RIT N°27-2009, considerando vigésimo. Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2010, RUC N°0700818345-1, RIT N°139-2010, considerando décimo tercero. Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 6 de julio de 2011, RUC N°0800952101-2, RIT N°35-2011, considerando noveno. Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 15 de octubre de 2010, RUC N°0900102545-4, RIT N°28-2010, considerando séptimo. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 1 de febrero de 2012, RUC N°0900779280-5, RIT N°331-2011, considerando décimo cuarto. Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 28 de marzo de 2012, RUC N°1000348060-2, RIT N°33-2012, considerando vigésimo séptimo. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 27 de junio de 2012, RUC N°1100081625-8, RIT N°76-2012, considerando undécimo. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 9 de mayo de 2012, RUC N°1100191568-3, RIT N°50-2012, considerando décimo sexto. Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 14 de noviembre de 2012, RUC N°0901053666-6, RIT N°289-2012, considerando sexto. Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2012, RUC N°0800607889-4, RIT N°153-2012, considerando undécimo. Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 19 de marzo de 2013, RUC N°0800749089-6, RIT N°431-2012, considerando vigésimo primero a vigésimo sexto. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 5 de abril de 2013, RUC N°1100455769-9, RIT N°310-2012, considerando décimo quinto. Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 21 de diciembre de 2013, RUC N°0900493160-k, RIT N°28-2013, considerando vigésimo sexto y vigésimo séptimo. Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 24 de mayo de 2013, RUC N°1000632976-k, RIT N°157-2013, considerando vigésimo noveno. Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, 26 de abril de 2014, RUC N°1001157282-6, RIT N°130-2013, considerando décimo séptimo.

2 Abogado, Subdirector de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

tuvieron por acreditados para condenar por este delito. No obstante lo anterior, los 17 pronunciamientos judiciales por medio de los cuales los Tribunales han absuelto a diferentes imputados, resultan interesantes de estudiar detalladamente ya que permiten evaluar críticamente los motivos que fundamentaron dichas absoluciones y de esta forma, ayudan a distinguir los límites o contornos de este tipo penal.

La intención de este artículo no es pronunciarse respecto a si en los distintos casos analizados correspondía condenar a los acusados o si era razonable la absolución dictada por los jueces. Nuestro interés se reduce a revisar los argumentos que fueron utilizados para fundamentar los respectivos fallos, ya que hemos podido advertir algunos problemas de interpretación de determinados elementos del tipo penal. Al examinar los pronunciamientos judiciales en esta materia quedan en evidencia a lo menos dos argumentaciones empleadas con frecuencia por los distintos operadores jurídicos y que en nuestro concepto presentan problemas, como son el concepto de agotamiento del delito precedente y la forma como se entienden los verbos rectores en la estructura del lavado de dinero (ocultar y disimular).

Por otro lado, nos interesa destacar algunos fallos absolutorios, respecto de los cuales consideramos son un interesante aporte al acervo jurídico en esta materia, ya que se han pronunciado respecto de elementos o situaciones poco abordadas en la doctrina y jurisprudencia nacional.

II. Análisis de los principales argumentos considerados en las sentencias para absolver a los imputados del delito de lavado de dinero del artículo 27 de la Ley 19.913

Al momento de analizar las sentencias absolutorias en materia de lavado de dinero dictadas por diversos Tribunales de Juicio Oral de todo el país, resulta común advertir a lo menos dos tipos de argumentación que permiten justificar la absolución, a saber: la conducta analizada correspondería sólo a una fase de agotamiento del delito base o; la conducta analizada no calza con los verbos rectores del tipo penal (ocultar o disimular). Estas argumentaciones en ocasiones van unidas o entrelazadas y en otras oportunidades son consideradas de forma individual. No obstante lo anterior, en ambos casos nos parece que se han producido algunos problemas en la forma como se han interpretado doctrinariamente determinados elementos en relación con el tipo penal de lavado de dinero; cuestión que corresponde ser aclarada en miras de conseguir una interpretación adecuada y moderna³ del tipo penal.

3 Hacemos la precisión de una interpretación moderna, ya que varios de los fallos toman en consideración algunos trabajos realizados con anterioridad a la entrada en vigencia

a. Agotamiento del delito precedente

Uno de los argumentos utilizados con mayor frecuencia al momento de justificar la absolución en materia de lavado de dinero dice relación con el denominado “agotamiento” del delito precedente. En términos simples, se señala que las conductas realizadas por el imputado sólo pueden ser calificadas como una conducta propia de agotamiento del delito de tráfico de drogas⁴ y no como un nuevo delito. Algunos casos paradigmáticos serían los siguientes:

“La prueba de cargo, traída a juicio, en relación a las conductas descritas en dicho tipo penal, no aparecen satisfechas por el quehacer de este acusado, que forman parte de la conducta propia de traficar, constituyendo la compra de bienes muebles e inmuebles una forma de agotamiento del delito, al utilizar en su beneficio y en el de su familia, el producido dicha actividad delictiva, alguno de los cuales incluso eran utilizados como instrumentos del delito, de manera que, sancionar al referido acusado como autor de tal figura significaría afectar el principio del non bis in ídem...”. “Resulta irrefutable que en definitiva la comisión del delito de tráfico, del cual resulta ser autor XX, importa en cuanto a su agotamiento, que el agente delictivo lucre y obtenga beneficio a propósito de los recursos ilícitos que obtiene en su labor de traficar”⁵.

“En definitiva, lo que se busca no es sancionar cualquier forma de encubrimiento que podría sostenerse comprende la etapa de agotamiento de cualquier delito o apariencia de lavado, de lo que se trata es de penalizar conductas que pugnen contra la administración del Estado, la estabilidad del orden socioeconómico. Conductas que incluso llegan a afectar la gobernabilidad del sistema democrático atendido el alto poder de corrupción que conlleva un ilícito penal como el que es materia de esta acusación”⁶.

“Pero, en cualquiera de las hipótesis de tipicidad señaladas precedentemente, la ley se refiere a que el delito de lavado es accesorio a otro, ese otro, es un delito previo, que sirve de antecedente para el lavado (que es forma de agotamiento)”⁷.

de la Ley 19.913, que estaban referido al antiguo artículo 12 de la Ley 19.366, que tenía una estructura típica diferente a la de nuestro tipo penal vigente.

- 4 Todas las sentencias que han utilizado este tipo de argumentación se refieren a casos en los cuales el delito previo era el de tráfico de drogas.
- 5 Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2010, RUC N°0700818345-1, RIT N°139-2010, considerando décimo tercero.
- 6 Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 15 de octubre de 2010, RUC N°0900102545-4, RIT N°28-2010, considerando séptimo.
- 7 Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 28 de marzo de 2012, RUC N°1000348060-2, RIT N°33-2012, considerando vigésimo séptimo.

“Tales circunstancias constituyen, en el caso hipotético de haberse acreditado el hecho ilícito base, simplemente el uso del producto pecuniario del tráfico como parte del agotamiento del delito, en otras palabras, el lucro que dicha actividad permite, sin que esa figura denunciada por la Fiscalía, alcance por lo simple una ocultación, pues el vehículo que fue adquirido derechamente por el acusado mantendría ese ligamen directo con el dinero que se habría obtenido ilegalmente, sin que pueda afirmarse su ilegalidad en base a un lavado o blanqueo, debido a no hay de por medio una conducta independiente al agotamiento del delito destinada de manera sistemática a mutar el dinero a una supuesta fuente lícita de adquisición, o de ocultarlo, por cuanto el móvil era usado exclusivamente por el justiciable, con conocimiento que la compra se habría efectuado con dineros logrados del supuesto tráfico de drogas, lo que significa que no existe una conducta independiente de encubrimiento del propio tráfico, razón por la cual la sanción para este ilícito alcanza la accesoriedad del uso del lucro obtenido en la compra del bien”⁸.

“Si bien la figura de lavado de activos referido en la Ley N°19.913, constituye un agotamiento más acabado del mismo ilícito, el legislador ha impuesto exigencias mayores para configurarlo, como lo es el ocultamiento, disimulación, adquisición, posesión, tenencia o uso, a sabiendas de su origen ilícito provenientes de actividades ilícitas previas con cierta periodicidad en el tiempo, es decir una actividad que contemple más de un acto delictivo puntual, en que las ganancias de la misma, impacten la economía del país, lo que no ha ocurrido en la especie...”⁹.

“En efecto, la letra a) del artículo 27 de la ley N°19.913, además del conocimiento del origen ilícito de los bienes, exige un requisito copulativo, cuya presencia también es perentoria y que no se evidenció en la especie, cual es la existencia de maniobras destinadas a “ocultar” o “disimular” el origen ilícito de determinados bienes, conductas que no se concretaron en este caso, ya que los imputados se limitaron a adquirir bienes para mejorar su nivel de vida con el producto ilícito [dinero obtenido con la venta de droga] y ello per se no se corresponde a este tipo especial, que exige un plus en la actividad de los sujetos activos y no una simple fase de agotamiento del delito de tráfico, como impresionó ser el actuar que los imputados realizaron”¹⁰.

“Si bien la figura de lavado de activos referido en la Ley N°19.913, constituye un agotamiento más acabado del mismo ilícito, el legislador ha impuesto exigencias mayores para configurarlo, como lo es el ocultamiento,

8 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 27 de junio de 2012, RUC N°1100081625-8, RIT N°76-2012, considerando undécimo.

9 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 9 de mayo de 2012, RUC N°1100191568-3, RIT N°50-2012, considerando décimo sexto.

10 Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 14 de noviembre de 2012, RUC N°0901053666-6, RIT N°289-2012, considerando sexto.

disimulación, adquisición, posesión, tenencia o uso, a sabiendas de su origen ilícito provenientes de actividades ilícitas previas con cierta periodicidad en el tiempo, es decir una actividad que contemple más de un acto delictivo puntual, en que las ganancias de la misma, impacten la economía del país, lo que no ha ocurrido en la especie”¹¹.

“Dicho lo anterior, si se valora que el bien jurídico protegido por ilícito, que es la Administración de Justicia o el orden socioeconómico, resulta que el desvalor del hecho previo no abarca en todos los casos la integridad del desvalor del posterior blanqueo, ya que existe una afectación de bienes jurídicos diferentes, es decir, cabe preguntarse si la ganancia obtenida por el delito base constituirían el agotamiento de dicho delito, y en consecuencia, la obtención de recursos económicos, mediante la comisión de éste, y su posterior aprovechamiento se deben valorar como inherente al mismo hecho punible, o por el contrario, al tratarse de hechos que afectan distintos bienes jurídicos, se deben considerar como situaciones distintos, y por lo tanto posibles de ser penados separadamente. Para responder tal interrogante debemos tener presente, como hemos señalado, que no en todos los casos el desvalor del hecho previo abarcará la integridad del desvalor del posterior blanqueo. Entonces existirán casos en que sí se encuentran abarcados por la figura base, en otras palabras, la ganancia obtenida por la actividad ilícita constituirá el agotamiento del delito y no alcanzará a generar una lesión al bien jurídico protegido en la figura del lavado de activos, pues pensar lo contrario llevaría a concluir que cualquier bien que proviene en forma directa o indirecta de los delitos bases, y que se oculte o disimule su origen, o se adquiera, posea, o tenga o se use con ánimo de lucro conociendo su origen ilícito per se constituiría el ilícito contemplado en el artículo 27 de la norma en comento, cuestión que aparentemente aparece como algo absurdo y no querido por el legislador...

En definitiva, y teniendo presente los bienes jurídicos en juego, aparece absolutamente desproporcionado considerar que estos bienes, que tienen su origen en el tráfico de drogas, y las conductas destinadas a ocultarlos o disimularlos, o bien adquirirlos, usarlos o poseerlos, sean de tal entidad que excedan el propio desvalor contemplado en el delito base sancionado, pues sería equipararlos a una operación que efectivamente sí logra introducir una gran suma de dinero en el mercado y que podría lograr desestabilizarlo, consecuencia que tuvo siempre en vista el legislador al momento de crear la figura del lavado de dinero o de activos”¹².

Las justificaciones anteriormente reseñadas pudiesen parecer, a primera vista, acordes a los principios generales del derecho penal y con un fuerte sustento dogmático, no obstante esta primera impresión, un análisis más pormenori-

11 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 5 de abril de 2013, RUC N°1100455769-9, RIT N°310-2012, considerando décimo quinto.

12 Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, 26 de abril de 2014, RUC N°1001157282-6, RIT N°130-2013, considerando décimo séptimo.

zado nos permitirá concluir que no resultan adecuadas técnicamente. En este contexto, parece necesario comenzar analizando qué ha entendido la doctrina respecto del concepto denominado “agotamiento”.

Etcheberry¹³ nos indica que los clásicos realizaban esta distinción (entre delito consumado y agotado) mencionando que el delito agotado es una etapa posterior a la consumación en la cual el delincuente obtiene el propósito que perseguía. Asimismo, este autor nos señala que por regla general el agotamiento no influye en la penalidad, salvo cuando constituye un delito separado e independiente. Este punto nos parece sumamente relevante para los casos que estamos analizando, ya que justamente el legislador ha incorporado el tipo penal de lavado de dinero con el objeto de sancionar cualquier forma de aprovechamiento de los bienes de origen ilícito (en nuestro concepto agotamiento y aprovechamiento no son sinónimos). Asimismo, desde la inclusión de este tipo penal en los diferentes ordenamientos jurídicos se advierte un proceso de concientización de los diferentes organismos internacionales vinculado principalmente a la autonomía de dicho tipo penal¹⁴.

Por otro lado, Garrido¹⁵ nos explica que esta diferenciación no tiene mayor relevancia¹⁶, que la doctrina alemana hace la distingue entre tipo consumado y agotado, teniendo en consideración que en este último no sólo se realizaría la conducta descrita en el tipo, sino que iría más allá, lográndose con-

13 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, Tomo II, p. 68.

14 Véase, “*El Delito de lavado de activos como delito autónomo*”, PINTO, Ricardo y CHEVALIER, Ophelie. Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana para el Control del Abuso de las Drogas (CICAD) [en línea]. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/GupoExpertos/documentos%202001-2005/EI%20delito%20de%20lavado%20de%20activos%20como%20delito%20autonomo.doc [fecha de consulta: 10 de julio de 2014].

15 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo II, p. 266. “En nuestro sistema la distinción entre delito consumado y agotado no ofrece importancia, pero sí la tiene diferenciar el delito intentado del frustrado”. GARRIDO, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1984, p. 210. “El agotamiento aparece como algo que sucede con posterioridad a la consumación, al producirse todas las consecuencias dañosas esperadas con el delito y a las cuales se orientaba la actividad del agente. Esta última etapa de desarrollo es lo que constituiría la denominada consumación material, a diferencia de la consumación formal”.

16 En sentido contrario, reconociendo importancia a la distinción, POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, 2004, p. 266.

cretar la aspiración del autor que estaba presupuestada en el tipo¹⁷. Bustos¹⁸ destaca que el agotamiento se produce en los tipos penales que poseen en su estructura típica elementos subjetivos del tipo de intención trascendente. Finalmente, Politoff, Matus y Ramírez¹⁹, destacan que el hecho realizado con posterioridad a la consumación no será punible independientemente, salvo que se ofenda otro bien jurídico con otro titular, caso en el cual no operaría la consunción.

-
- 17 En el mismo sentido, PRAMBS, Claudio. *El delito de blanqueo de capitales*. 1ª ed., Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005, págs. 202 y sgtes. “La doctrina Alemana, basada en el texto del StGB, que no tiene por definitivamente consumado el delito mientras éste no se agote, hace una aclaratoria división entre consumación formal y consumación material; que en la doctrina española, muy receptiva a todo lo que procede de Alemania, ha cobrado carta de naturaleza. La consumación formal se refiere a la consumación típica, tal como está descrita en el tipo penal y la consumación material es el agotamiento del delito; entendiéndose por tal, el logro de los objetivos o propósitos delictivos, lo que sólo puede ocurrir en los delitos que contienen un elemento subjetivo del tipo de intención trascendente, esto es, miras, propósitos, o móviles por alcanzar situados más allá de los objetivamente exigidos por el tipo penal”. CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, 2005, p. 565. “Por esto se dice que el delito está agotado cuando el sujeto consiguió también ese propósito ulterior, diferenciándolo, así, del consumado... Las conclusiones discutidas en los párrafos anteriores únicamente son válidas para los delitos de resultado cortado, porque en ellos la lesión del bien jurídico ha quedado pendiente”.
- 18 BUSTOS, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas, 2007, Tomo I, p. 677. “La consumación es diferente al agotamiento del delito, pues por éste se entiende que el sujeto haya logrado todos sus propósitos delictivos, esto es, que en los delitos que tienen elementos subjetivos del tipo de intención trascendente, también se haya logrado tal intención (se haya realizado, lo que es indiferente para la correspondiente figura delictiva), así, que en el hurto se haya logrado el lucro perseguido, que en la falsificación se haya podido poner en circulación el dinero falso, etc.”. MIR, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª ed., Montevideo, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, p. 353: “La consumación no precisa la terminación o agotamiento material de la lesión del bien jurídico protegido. La distinción reviste especial importancia en los delitos de peligro, de resultado cortado o mutilado en dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que se quiere evitar”.
- 19 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 266. “Por regla general, el agotamiento del delito no significa una nueva clase de ilicitud o de dañabilidad social, ni se encuentra especialmente regulado en el Código, sino sólo representa una intensificación del hecho ilícito ya consumado, razón por la cual ese segundo acto no sería punible independientemente quedaría consumido por el hecho precedente..., Excepcionalmente, cuando la ley establece una pena especial para el agotamiento de un delito, los partícipes en el agotamiento responden por éste, pero no los autores del delito que se agota, como sucede en el encubrimiento del art. 17 n°1 y en el delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366”. Cabe señalar que esta referencia está hecha en relación con el antiguo tipo penal de lavado de dinero en el cual se discutía la posibilidad de autolavado, es decir, que pueda ser sancionado por lavado de dinero al autor o cómplice del delito base. En el actual tipo penal del artículo 27 de la Ley 19.913, esta posibilidad está expresamente contemplada.

Desde nuestra perspectiva, la argumentación expuesta en los fallos anteriormente citados no se condice con el concepto doctrinario de agotamiento, principalmente, porque se refiere a tipos penales (Ley 20.000) que por regla general no contienen elementos subjetivos de intención trascendente²⁰. Por otro lado, los diferentes autores indican expresamente que la fase de agotamiento del delito (aun cuando hemos mencionado que este caso no operaría) puede constituir un tipo penal distinto si se ofende otro bien jurídico. Asimismo, entender que opera el agotamiento para los delitos de tráfico ilícito de drogas y que éste permitiría al sujeto activo aprovecharse directamente de las ganancias obtenidas con su actividad ilícita, implica desconocer abiertamente los objetivos del legislador al momento de incorporar los tipos penales de lavado de dinero contenidos en la Ley 19.913, ya que justamente se pretendía que el sujeto no pudiese aprovecharse de ninguna forma del producto de su actividad ilícita.

En la mayoría de los casos que se ha utilizado esta argumentación pareciera que los operadores jurídicos –siguiendo una distinción alemana en cuanto a consumación formal y material– entienden que el sujeto que cometió el delito base sólo debería ser sancionado por esa conducta y no por el delito de lavado (algunos fallos sugieren que si se sancionara por lavado de dinero se afectaría el principio de *ne bis in idem*). Al respecto cabe señalar que en nuestro país, a diferencia de Alemania, el legislador optó por incorporar expresamente el autolavado, en el artículo 27 inciso final de la Ley 19.913²¹. A mayor abundamiento, resulta imprescindible aclarar que en la mayoría de los casos en que la fiscalía ha imputado tanto la conducta de tráfico como de lavado, no nos encontramos en casos de autolavado, ya que el delito de lavado se ha cometido con anterioridad a la conducta de tráfico que se está imputando²².

20 En otros casos los jueces se han preguntado si la incorporación del tipo penal de lavado de dinero eliminó toda forma de encubrimiento Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 15 de octubre de 2010, RUC N°0900102545-4, RIT N°28-2010, considerando séptimo: *“Por la implicancia que reviste para el caso concreto que se juzga debe determinarse si, con la entrada en vigencia de la ley 19.913, se eliminó toda forma de encubrimiento del delito de tráfico de estupefacientes o sustancias sicotrópicas pasando a ser cualquier forma de ello, expresión de un delito independiente o el tipo penal de lavado de activos o constituye doctrinariamente una modalidad de encubrimiento que por razones de política criminal, se sanciona como un delito distinto en atención al bien jurídico que protege. Dicho de otro modo, ¿es cualquier acto de encubrimiento del tráfico de estupefaciente un delito de lavado de activos?”*. En este caso, se condenó al sujeto por el encubrimiento del tráfico de drogas, descartándose el lavado de dinero.

21 Para revisar justificaciones doctrinarias para incluir o excluir la figura de autolavado, véase ob. cit. en nota 14.

22 Piénsese por ejemplo, en los casos en que el traficante es detenido el día de hoy con una gran cantidad de drogas. Este caso ha sido investigado en los últimos 6 meses, donde los policías también pudieron acreditar que el sujeto ha adquirido una gran cantidad de bienes. En este tipo de investigaciones, el delito de tráfico que se imputará no será el

Por otro lado, se suele acotar que se requiere hacer una distinción entre casos de agotamiento del delito de tráfico y lavado de dinero; cuestión que no tiene justificación en la estructura típica del delito de lavado, ya que no se incorporan elementos que permitan filtrar determinados casos. En este contexto, una pregunta recurrente, esgrimida por algunas defensas, se refiere a la magnitud de la conducta, refiriendo que el delito de lavado de dinero está pensado para casos de gran relevancia donde se ponga en juego la estabilidad del país o el sistema económico financiero en general. La verdad es que si se siguiera este criterio sería imposible sancionar los casos de lavado, ya que casos de tal magnitud son sumamente escasos (por lo menos no se conoce un caso en Chile que haya podido poner en juego el sistema económico financiero). Por lo demás, estas argumentaciones en la actualidad resultan bastante añejas, en el entendido que están referidas a una primera etapa desde la incorporación del tipo penal, en la cual se tenía como caso paradigmático el caso de los carteles colombianos. En nuestros días, la comunidad internacional²³ ha llegado a la convicción que no se puede permitir ningún tipo de utilización o aprovechamiento de bienes que poseen un origen ilícito, ya que genera un efecto comunicativo perverso (el crimen paga), debiendo sancionarse tanto los lavados a gran escala como los pequeños actos de lavado de dinero²⁴.

b. Interpretación respecto del ocultar y disimular²⁵

La otra argumentación utilizada de forma recurrente para absolver por el delito de lavado de dinero se refiere a la interpretación que se realiza de los verbos rectores del tipo penal, lo cual no pareciera ser algo extraño ni novedoso, aunque si analizamos algunos fallos podremos advertir que se señala expresamente *“que no existe ocultamiento o disimulación ya que los bienes se adquirieron a*

delito que se utilizará como base para fundamentar el lavado de dinero, ya que no puede justificar la adquisición de bienes ocurridos con anterioridad.

- 23 En todo caso se debe reconocer, que la mayoría de las convenciones o grupos internacionales utilizan como ejemplo de lavado de dinero, las investigaciones de mayor magnitud, lo cual pudiese provocar algún grado de desconcierto en el lector no familiarizado con el tratamiento de este tipo penal.
- 24 Esta es la lógica que ha inspirado el trabajo de la fiscalía en esta materia, ya que lo importante será determinar si existió un acto de ocultamiento o disimulación del origen ilícito de bienes. No siendo relevante si lo lavado han sido dos vehículos o una gran cantidad de bienes muebles e inmuebles. Seguir un criterio distinto produciría serias consecuencias, ya que el efecto comunicativo hacia la población en general sería que en determinadas investigaciones las personas pueden aprovechar lo producido con su actividad delictiva; cuestión que no nos parece adecuada.
- 25 Para un análisis pormenorizado referido a las sentencias condenatorias, véase SEGOVIA, Antonio. “La figura de ocultamiento en el delito de lavado de dinero”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°46, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, págs. 167- 184.

nombre de los propios imputados o de su grupo familiar, siendo muy sencillo para el ente persecutor identificarlos". Asimismo, es una alegación bastante generalizada indicar que no pueden establecerse estos verbos, ya que la operación fue justamente realizada por escritura pública o en un mercado regulado, pudiendo ser conocida por cualquier persona. Por otro lado, también se hace referencia a la magnitud o intensidad de las figuras de ocultamiento, concluyendo en varios casos que se requieren una serie de operaciones complejas. Los fallos que ejemplifican lo anteriormente expuesto son los siguientes:

*"No es óbice para el razonamiento anterior, el hecho de que algunos de dichos bienes aparezcan a nombre de miembros de sus familias o de terceros cercanos a la misma, puesto que siendo así, eran fácilmente detectables, a través de fuentes abiertas, situación que también resultaba aplicable a la central de radiotaxis, que no contaba siquiera con patente municipal. De esa forma, no se divisa el afán de ocultamiento o disimulo que exige la norma en comento, ello porque dicho tipo penal tiene por fin, principalmente, impedir que se practiquen las medidas cautelares sobre los bienes o su descubrimiento y comiso o eliminar los medios de prueba del delito previo, lo cual fundamenta la conducta de ocultamiento o disimulación"*²⁶.

*"A mayor abundamiento, al igual que en el caso anterior, se trata de un bien que se inscribió en el registro que corresponde a nombre de quien no se discutió, se encuentra casada con el acusado, por lo que basta con solicitar los correspondientes certificados para poder determinar los bienes que cada uno tiene, lo que además fue señalado por la propia Capitán a cargo de la investigación... se ratifica la facilidad con que se determinó la existencia de dichos bienes, los que se encontraban inscritos a nombre de uno de los acusados antes señalados y el otro a nombre de su señora, lo que no constituye en ninguno de los casos la figura de lavado de dinero contemplada en la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913, consistente como se señaló en ocultar o disimular el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la Ley N°20.000, figura que supone el ocultamiento de bienes como una maniobra destinada a eludir la acción de la justicia"*²⁷.

*"De la prueba rendida, como ya se indicó, no aparece, en modo alguno evidenciado que se hayan realizado las actividades tendientes a construir la misse en scene"*²⁸ *requerida en los verbos rectores del tipo penal por el cual se acusó, el que a todas*

26 Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2010, RUC N°0700818345-1, RIT N°139-2010, considerando décimo tercero.

27 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 21 de diciembre de 2013, RUC N°0900493160-k, RIT N°28-2013, considerando vigésimo sexto y vigésimo séptimo.

28 Para revisar un análisis particular del fallo, véase CONTRERAS, Marcelo. "Comentario a la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua que condena por el delito de Lavado de dinero". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°42, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010, págs. 207-252.

luces, parece ser de una mayor entidad que la sola adquisición de bienes en el mercado, con el producido del tráfico, pues lo que se vio fue simplemente la incorporación directa de los bienes adquiridos, al patrimonio de uno de los acusados²⁹.

“De este modo, con los antecedentes ya referidos se pudo establecer que los acusados adquirieron diversos bienes, sin haber justificado la existencia de ingresos lícitos, demostrándose, por el contrario, que sus únicos recursos provinieron de la lucrativa actividad ilícita de venta de drogas que ejercieron por poco más de dos años. Sin embargo, el simple hecho de que los acusados utilizaran los dineros ilícitos provenientes de la venta de droga para la adquisición de bienes muebles e inmuebles no basta para la configuración del tipo penal del lavado de activos, por cuanto no sólo se exige que los imputados estuvieran al tanto que los dineros provenían de la referida actividad ilícita. En efecto, la letra a) del artículo 27 de la ley N°19.913, además del conocimiento del origen ilícito de los bienes, exige un requisito copulativo, cuya presencia también es perentoria y que no se evidenció en la especie, cual es la existencia de maniobras destinadas a “ocultar” o “disimular” el origen ilícito de determinados bienes, conductas que no se concretaron en este caso, ya que los imputados se limitaron a adquirir bienes para mejorar su nivel de vida con el producto ilícito [dinero obtenido con la venta de droga] y ello per se no se corresponde a este tipo especial, que exige un plus en la actividad de los sujetos activos y no una simple fase de agotamiento del delito de tráfico, como impresionó ser el actuar que los imputados realizaron”.

“Así, al parecer de estas sentenciadoras, al interpretar la norma del art. 27 de la ley 19.913 a la luz de lo anterior, la prueba rendida en juicio no cumplió con las conductas descritas por los verbos rectores del tipo penal acusado, esto es ocultar o disimular, pues si bien el delito de lavado de dinero es autónomo e independiente del delito base, su análisis debe hacerse en función del bien jurídico protegido y de la finalidad de la norma, que conlleva en este caso, a un plus mayor que el simple aprovechamiento de los efectos del delito base, pues precisamente la norma pretende sancionar todas aquellas conductas que no importen un simple agotamiento del delito originario, a fin de procurar el equilibrio del valor que se pretende restablecer con el lavado de dinero, llámese sistema económico jurídico, seguridad interior del estado, paz social u otros que señala la doctrina”³⁰.

“De lo anteriormente expuesto se concluye que aún cuando la adquisición del segundo de los vehículos, esto es el Hyundai Santa Fe, haya sido adquirido por acusado, situación no probada, no constituiría igualmente, el delito de lavado de activos ya que el legislador ha impuesto exigencias mayores para configurarlo, no bastando la

29 Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 12 de marzo de 2007, RUC N°0500374418-5, RIT N°22-2007, considerando vigésimo quinto.

30 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de diciembre de 2012, RUC N°0800607889-4, RIT N°153-2012, considerando undécimo.

*mera compra de un bien que no es sino una forma de obtener las ganancias propias del delito de tráfico de drogas que le dio origen. En definitiva, el encartado no ocultó ni disimuló la adquisición de tales bienes*³³¹.

Del análisis de los fallos reseñados precedentemente, parece relevante responder algunas preguntas que quedan planteadas en la argumentación utilizada, a saber, la primera de ellas dice relación a si puede existir ocultamiento o disimulación en un bien que ha sido adquirido directamente por el traficante, por lo que ha sido identificado rápidamente por el ente persecutor. En nuestro concepto, no debería ser relevante el hecho que el bien se encuentre inscrito a nombre del propio sujeto activo del delito base, ya que justamente lo que persigue el lavador, en los casos de ocultamiento del origen ilícito, es poder incorporar los bienes al sistema económico formal de una manera justificada, es decir, contar con una respuesta ante la eventual consulta de la autoridad (el lavador no quiere esconder el bien, lo quiere mostrar de forma justificada). Lo relevante es establecer cómo el sujeto logró incorporar al sistema económico formal los dineros provenientes de su actividad ilícita. En efecto, la mayor parte de los controles del sistema preventivo están enfocados en impedir la colocación de bienes de origen ilícito. En este orden de ideas, si el traficante logra adquirir un vehículo, el cual pagó mediante un cheque, lo importante será determinar cómo fue posible que el sujeto vulnerara las barreras de protección del sistema preventivo, dicho de otro modo, cómo logró justificar la apertura y utilización de una cuenta corriente. Resulta evidente que a los agentes del banco no les señaló que su giro principal era el tráfico de drogas, lo más probable es que les haya entregado antecedentes que acrediten una actividad lícita. Entonces, como ya hemos indicado, no resultará relevante que el bien actualmente esté a nombre del propio imputado, lo importante será determinar si existió ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes que permiten al sujeto mantener ese bien a su nombre.

Por otro lado, el hecho que la operación conste en una escritura pública, no implica en lo absoluto que no pueda existir un acto de ocultamiento o disimulación de los requeridos por el tipo penal de lavado de dinero. En caso contrario, nunca podría existir lavado en la compra de un inmueble o de otro tipo de bienes en donde generalmente los contratos se realizan por escritura pública. De hecho, en una escritura pública podría constar fehacientemente el acto de ocultamiento al intentar dar a conocer una actividad lícita que no sea real. En otros casos, la actividad lícita será real y el lavador intentará justamente utilizar esta actividad para ocultar los bienes de origen ilícito.

31 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 9 de mayo de 2012, RUC N°1100191568-3, RIT N°50-2012, considerando décimo sexto.

Finalmente, cabe destacar que es posible observar una confusión entre el ocultamiento de los bienes en sí mismos, del ocultamiento del origen ilícito. Ciertamente, cuando los bienes están inscritos a nombre del propio traficante, si los actos se han realizados por escritura pública o en un mercado regulado, no se estará ocultando los bienes. En estos casos lo relevante será determinar si existió un ocultamiento del origen ilícito, es decir, de todos los actos que haya realizado el sujeto que le permitieron realizar la operación dentro del sistema económico formal.

A continuación, nos haremos cargo de algunas sentencias absolutorias que presentan considerandos específicos sobre un punto en particular, que merecen ser analizados ya que son temas poco tratados o abordados.

a. Respecto del deber de cuidado que incorpora la Ley 19.913

Al revisar la historia de la ley, uno observa que existían diversas posiciones respecto del tipo culposo en materia de lavado de dinero. Algunos consideraban que sólo puede ser sujeto activo aquel que tiene el deber de velar o garantizar por la transparencia del mercado o del orden público económico, principalmente aquellos que deben informar operaciones sospechosas³², por otro lado, algunos consideraban que el sujeto activo era amplio, podía ser cualquier persona puesto que el tipo penal así estaba establecido, sin perjuicio del análisis que debía realizar el juez caso a caso respecto de aquellas personas (profesionales) a quienes se les podía exigir un específico deber de cuidado³³. Este punto fue resuelto por los tribunales, indicándose expresamente que la Ley 19.913 impuso un deber general de cuidado y que este tipo penal puede ser cometido por cualquier persona y no sólo por aquellos que la ley califica como sujetos obligados. Sobre este punto el fallo señala lo siguiente:

“En efecto, el legislador creó un tipo especial de lavado dinero culposo, imponiendo un deber de cuidado general con el objeto de impedir que los ciudadanos o las estructuras económicas formales sean utilizados para, disimular dineros ilícitos, señalando como conducta culposa punible, la negligencia inexcusable. En ese sentido, el

32 MANRÍQUEZ, Juan Carlos. “Delitos de Blanqueo y Lavado de Activos, en el Marco de Operaciones Sospechosas” [en línea]. Disponible en: <http://www.carlosparma.com.ar/Blanqueooylavado.doc> [fecha de consulta: 10 de julio de 2014].

33 Opinión expresada por Andrés Muñoz (representante del CONACE). Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, recaído sobre el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera y modifica el Código Penal en materia de Lavado o Blanqueo de Activos, Boletín N°2975-07, págs. 69 y sgtes. Para un análisis más detallado, véase TORRES, Angélica. “Algunas consideraciones sobre el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°57, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs.193 y siguientes.

legislador como es común en los tipos culposos, no fija parámetros para dar contenido al grado de diligencia y cuidado exigido por la norma, cuestión que necesariamente debe ser llenado entonces por los jueces del fondo^{34, 35}.

Esta sentencia ha sido relevante para aclarar los alcances del tipo penal: hasta antes de este fallo se discutía en diversos foros respecto de la posibilidad de imputar este tipo penal a determinados profesionales como los contadores, auditores y abogados³⁶.

b. En relación con la interpretación del concepto “bienes”

La Ley de Lavado de Dinero se refiere expresamente qué debemos entender por bienes en el artículo 27 inciso 3 de la Ley 19.913: *“para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorpóras, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos”*.

El caso es que algunos tribunales han entendido que dentro de este concepto no se encuentra considerado el dinero en efectivo, así: *“En cuanto a la existencia de grandes sumas de dinero en los domicilios allanados y en poder de algunos de los detenidos, aquellas cantidades aún no ingresaban al mercado formal, y su ocultamiento no constituye lavado de activos, pues para los efectos del artículo 27 de la ley 19.913 se entiende por bien todo objeto apreciable en dinero y no éste en sí mismo”*³⁷.

Desde nuestra perspectiva, lo anterior es una interpretación que parece buscar subterfugios para no aplicar la norma penal. Indiscutiblemente, si uno revisa la historia de la Ley 19.913, resulta claro que el legislador siguiendo las dife-

34 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de abril de 2009, RUC N°0600867745-8, RIT N°27-2009, considerando vigésimo.

35 Para un análisis particular del fallo, véase SEGOVIA, Antonio. “Absolución por el delito de lavado de dinero culposo: contenido y límites del concepto de “negligencia inexcusable”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°39, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2009, págs.213 y sgtes.

36 Al respecto resulta interesante revisar las “Recomendaciones de buenas prácticas del Colegio de Abogados de Chile a sus asociados en la detección y combate al lavado de dinero y tráfico de estupefacientes”, de fecha 7 de mayo de 2014, que aun cuando señalan que “estas recomendaciones, no son, no pretenden ser ni pueden ser interpretadas como una regla que fije el estándar de cuidado que regule la relación de los abogados con sus clientes”, lo cierto es que son recomendaciones del ente gremial basadas en las guías de buenas prácticas del Grupo de Acción Financiera Internacional, que no avizoramos cómo podría impedirle a un juez tomarlas en consideración a efectos de construir el deber de cuidado exigido por la norma.

37 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 1 de febrero de 2012, RUC N°0900779280-5, RIT N°331-2011, considerando décimo cuarto.

rentes Convenciones Internacionales buscó la fórmula que fuese más amplia para incorporar dentro de este concepto cualquier clase de bienes, por lo que resulta a lo menos paradójico que el delito de lavado de dinero no incorpore dentro de su objeto material, el dinero en efectivo. En las primeras audiencias, cuando se sostuvo esta interpretación, los jueces la rechazaron de plano, entendiendo que resultaba impropio tener que hablar de papel moneda apreciable en determinada cantidad de pesos.

c. Necesidad fundamental de acreditación del delito base

Un fallo que permite establecer los límites entre el delito de lavado de dinero y la figura base de tráfico de drogas es el que analizaremos a continuación.

“Que, sin embargo, no se estima configurado el delito de lavado de activo, previsto y sancionado en el artículo 27 de la ley 19.913, atribuido por el ente persecutor al acusado XX toda vez que en los hechos imputados y acreditados, esto es, portar en la vía pública la suma de \$11.922.330, tal conducta no configura una actividad de ocultación o simulación de licitud de activos originados en un ilícito como exige la ley en comento y, como se concluyó en el veredicto, tal conducta unido a otros antecedentes constituye un indicio de una actividad de tráfico de sustancias estupefacientes desarrollada por el imputado junto a otros acusados, siendo dicha suma producto de ello. No cumple la referida conducta con las exigencias de la definición de un delito de lavado de activo, esto es, que se trate de un proceso en virtud del cual los fondos o productos de actividades ilegales, en este caso, tráfico de estupefacientes, se oculten o simulen en alguna forma que los haga aparecer legítimos, tampoco estamos en el caso de un agente que posee, tiene o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito, porque simplemente constituye indicio que se trata del producto de una actividad de tráfico, que ni siquiera alcanzó a ser objeto de un delito de lavado. Que el hecho que el imputado XX utilizara nombre supuesto el día del control de identidad no hace autor de un delito de lavado de activo”.

En este caso el Tribunal Oral consideró que aun cuando un sujeto porte altas cantidades de dinero en efectivo, sin una justificación aparente y utilizando nombre supuesto el día de su detención, no puede entenderse que tal conducta sea un acto propio de lavado de dinero, ya que necesariamente se debe acreditar el delito base desde el cual se produjeron los bienes de origen ilícito siendo éste uno de los elementos que deben ser acreditados por el ente persecutor. Cabe señalar, que en otros países este tipo de casos podrían ser considerados lavado de dinero (caso de Colombia / México / Perú) o presentarse una acción de extinción de dominio respecto de los bienes en sí mismos³⁸.

38 Para un análisis de lo que proponen las leyes de extinción de dominio, véase: “Ley modelo de extinción de dominio”. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el delito

III. Conclusiones

- a. La argumentación esgrimida por los operadores jurídicos referida a la imposibilidad de sancionar a los imputados como autores del delito de lavado de dinero ya que sus acciones se enmarcarían dentro del agotamiento del delito base, resulta bastante equívoca, teniendo en consideración que en todos los casos en los cuales se ha utilizado el delito base ha sido el tráfico de drogas; tipo penal que en su estructura no contempla elementos subjetivos de intención trascendente que permitirían entender que estamos en una fase posterior a la consumación. Por lo demás, el delito de lavado de dinero fue justamente establecido para sancionar los actos posteriores a la conducta descrita en el delito base, con el objeto de imposibilitar cualquier tipo de aprovechamiento de los bienes de origen ilícito.
- b. Algunas sentencias razonan sobre la base que pudiese existir una vulneración del principio *ne bis in idem*, en el caso que se pretendiese sancionar al autor del delito base como también autor del delito de lavado de dinero. Al respecto cabe recordar que el legislador nacional reguló expresamente esta posibilidad en el artículo 27 inciso final de la Ley 19.913. Asimismo, por regla general, esta argumentación no resultaría procedente ya que si uno analiza los hechos imputados, la conducta de tráfico que se imputa es distinta a la que se alude para justificar el delito base, ya que generalmente es posterior al delito de lavado de dinero.
- c. No parece razonable que se argumente que no puede existir ocultamiento o disimulación en el caso que los bienes identificados se encuentren inscritos a nombre del autor del delito base o de sus familiares directos, ya que lo relevante será cómo ese sujeto pudo justificar la inscripción de dichos bienes, introduciendo dichos bienes en el sistema económico formal. Resulta necesario distinguir con claridad cuándo se está imputando un ocultamiento de los bienes en sí mismos o cuándo se está imputando el ocultamiento o disimulación del origen ilícito.
- d. Según lo establece un fallo, el legislador al momento de incorporar un tipo culposo en el artículo 27 inc. 4 de la Ley 19.913, estableció un deber de cuidado general con el objeto de impedir que los ciudadanos o las estructuras económicas formales sean utilizadas para disimular dineros ilícitos, señalando como conducta culposa punible, la negligencia inexcusable.
- e. El hecho de estar portando grandes sumas de dinero y hacer uso de una identidad falsa no resulta ser una conducta que en sí misma pueda entenderse como un delito de lavado de dinero, ya que necesariamente se debe

(UNOC) [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. [Fecha de consulta: 14 de julio 2014]

acreditar el hecho típico y antijurídico desde el cual provienen los bienes. Indudablemente, este hecho base será acreditado mediante prueba indiciaria.

- f. Se han presentado problemas respecto de la interpretación del concepto de bienes que establece la Ley 19.913, ya que algunos han considerado que no incorporaría el dinero en efectivo; cuestión que en nuestra opinión constituiría un grave error, ya que al revisar la historia de la ley o efectuar una interpretación sistemática de las diversas normas que conforman el sistema antilavado nacional, resulta poco razonable no entender que el dinero en efectivo se encuentra dentro de este concepto.

COMENTARIO A SENTENCIAS DICTADAS EN CASO ALFA POR DELITOS CONCURSALES, INFRACCIÓN AL MERCADO DE VALORES Y OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE CRÉDITO

Alejandro Moreira Dueñas¹

I. Introducción

Uno de los casos más emblemáticos conocidos por el actual sistema de enjuiciamiento criminal en materia de infracciones a Ley de Mercado de Valores (en adelante LMV), Ley de Quiebras y Ley General de Bancos (en adelante LGB), corresponde a la situación generada por los hechos ocurridos con antelación a la quiebra de la Corredora de Valores ALFA S.A.; hechos que llevaron a la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS) a formular cargos contra los principales gestores de dicha sociedad por una serie de infracciones a la Ley N°18.045.

Ese fue el inicio de una serie de procedimientos administrativos, civiles y penales que serán objeto de este comentario, siguiendo la siguiente estructura: comenzaremos con una breve relación de los hechos que fueron objeto del juicio penal, para después referirnos a la primera sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, continuar con la resolución dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que anuló parcialmente la primera sentencia, y finalizar con la sentencia dictada a propósito del segundo juicio.

Antes de comenzar, quisiéramos destacar que el presente caso no constituye el primero que llega a conocerse por el sistema criminal en estas materias, ya se han dictado numerosas sentencias por los delitos de quiebra fraudulenta y obtención fraudulenta de créditos, y también se han resuelto casos penales por infracción a la Ley de Mercado de Valores, ya sea en juicio oral o en procedimiento abreviado. Lo particular del “caso ALFA” radicó en que se encontraba una corredora de bolsa involucrada; situación que constituyó un desafío a la capacidad persecutora de la Fiscalía.

II. Hechos

De acuerdo a la estructura seguida en la acusación presentada por la Fiscalía, se imputaron a los acusados cinco hechos que en opinión del ente acusa-

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

dor constituían delitos diversos. Dicha relación se encontraban precedida de un capítulo introductorio denominado “antecedentes generales”, en el que se describía la composición societaria de ALFA, señalándose también el rol dentro de la administración que a cada acusado le correspondía. En este mismo capítulo, se mencionaba que el día 23 de abril de 2008 la propia corredora solicitó a la Bolsa de Comercio de Santiago la suspensión de sus operaciones; decisión a la que antecedió la revisión por parte de la Bolsa de la constitución de garantías de operaciones simultáneas, ocurrida en enero de 2008. Dicho escrutinio finalizó con un informe de abril del mismo año en el que el mencionado ente concluía que existían antecedentes que permitían afirmar la existencia de un uso indebido de custodias de terceros, acción desplegada por ALFA para cubrir las operaciones realizadas por parte de su relacionada Inversiones FOX.

Siempre en el ya mencionado capítulo inicial, se relató que el día 22 de abril de 2008 se realizó una operación entre ALFA y FOX, específicamente, una compraventa de acciones de cartera propia cuyo precio no fue pagado por FOX.

A continuación, la Fiscalía precisó los hechos que configuraban los delitos por los cuales fundó su acusación. En primer lugar, relató la serie de actuaciones que acreditarían la perpetración del delito de entrega de información falsa al mercado, ilícito previsto en el artículo 59 a) de la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV). En general, se afirmó por parte del Ministerio Público que los estados financieros remitidos por ALFA a la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS) contenían una serie de falsedades, por ejemplo, no registraban correctamente las operaciones entre ALFA y FOX en la contabilidad de la primera, lo que supuestamente tenía como objetivo evitar que el pasivo de la corredora aumentara ostensiblemente y así sortear la probable superación de los índices de patrimonio, solvencia y liquidez exigidos por la SVS y que permitían a la corredora funcionar.

En segundo lugar, se narraron los hechos que configurarían el delito sancionado en el artículo 59 e) de la LMV, que castiga la “ejecución” de operaciones ficticias en el mercado de valores. En términos generales, se indicó que las operaciones recíprocas de compraventa de acciones entre ALFA y FOX no tenían por finalidad transferir el dominio de los papeles, sino que únicamente permitir la regularización de saldos negativos reflejados en las cuentas accionarias de FOX. En el auto de apertura puede leerse que, empleando valores de ciertos emisores citados a título ejemplar por el Ministerio Público, ALFA y FOX realizaron durante algunos meses una compleja operativa que involucró ejecución de órdenes de venta, anticipo de operaciones simultáneas, retiros de garantías, compras financiadas con el uso de líneas de crédito bancarias; todo ello con la supuesta finalidad de regularizar la custodia por un día y, al mismo tiempo, ocultar los saldos negativos de FOX.

El tercero de los hechos signados en la acusación se vinculó al supuesto uso indebido de custodias en que ALFA habría incurrido, situación que conforme la acusación fiscal, configuraba el ilícito descrito en el artículo 60 letra i) de la LMV. En esta parte, se señaló que ALFA incurrió en un uso indebido, reiterado y no autorizado de los valores entregados en custodia por los clientes de la corredora; situación que se infería de la constatación que ninguna de las sociedades relacionadas a la corredora, ni ella misma, mantenía en su cartera propia valores en cantidad suficiente, por lo que necesariamente en las operaciones realizadas por instrucción de FOX se utilizaron valores dejados en custodia por otros clientes de la corredora.

El cuarto capítulo de la acusación narra las acciones que a juicio del acusador fiscal configuraban el delito de obtención fraudulenta de créditos, ilícito previsto y sancionado en el artículo 160 de la Ley General de Bancos, en concreto, se afirmaba que ALFA entregó al mercado, y ratificó ante la entidad financiera respectiva, información financiera falsa en relación con su propia liquidez patrimonial y situación de endeudamiento, obteniendo así aumentos en la línea de crédito, causando un perjuicio cercano a los cuatro mil doscientos millones de pesos.

Por último, se acusó a los imputados de incurrir en delitos de quiebra culpable y fraudulenta, ilícitos previstos en los artículos 219 y 220 de la Ley de Quiebras incorporada al Código de Comercio. Específicamente, y partiendo de la circunstancia que ALFA fue declarada en bancarrota por la justicia civil, se indicó en la acusación que los imputados habrían realizado operaciones que disminuyeron el activo de la corredora, que tampoco solicitaron su propia quiebra dentro del plazo exigido por la ley, que pagaron a acreedores en perjuicio de otros después de la fecha de cesación de pagos y que no llevaron su contabilidad de acuerdo a los requerimientos legales.

Por la supuesta perpetración de estos delitos, la Fiscalía solicitó al Tribunal la imposición de penas privativas de libertad superiores a los diez años de presidio.

III. Primera sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago²

a. Los delitos materia del juicio

Antes de analizar y comentar la primera sentencia recaída en estos autos, creemos de utilidad intentar explicar brevemente las características principa-

2 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, integrado por los magistrados Katrina Chahín Ananía, María Inés González Moraga y José Pablo Rodríguez Moreno, 13 de

les de los delitos que fueron enunciados en la acusación fiscal. Nos parece que esta explicación podría facilitar la comprensión de los fundamentos afirmados por los Magistrados al momento de comunicar su decisión sobre el fondo.

Comenzando con los delitos contemplados en la LMV, como característica común a ellos puede indicarse que corresponden a delitos formales o de mera actividad, es decir, en ninguna de las estructuras típicas puede apreciarse la necesaria concurrencia de un resultado que deba atribuirse a una conducta. Pareciera que ésta es la única característica relevante que unifica a estas figuras, siendo más útil intentar explicarlas de manera particular.

El delito previsto en el artículo 59 letra a) de la LMV se consagra en los siguientes términos:

“Los que maliciosamente proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos a la Superintendencia, a una bolsa de valores, o al público en general, para los efectos de lo dispuesto en esta ley”.

En relación con los elementos subjetivos, es claro que la ley exige dolo; su naturaleza podría discutirse, pero es evidente que acciones ejecutadas sin conocimiento de alguno de los elementos que integran el tipo objetivo, no podrían sancionarse en virtud de esta norma. En cuanto a los elementos objetivos, el verbo rector pareciera girar sobre la idea de referirse a conductas activas, sin perjuicio que se vislumbra como poco probable que el legislador haya buscado sancionar actos materiales de entrega de antecedentes, el empleo del verbo “proporcionar” no es equivalente a una simple entrega. Por lo demás, una interpretación estricta de la forma verbal nos llevaría a situaciones desproporcionadas ya que, por ejemplo, se tendría que sancionar a la persona natural que concurrió a las oficinas de la SVS a dejar la documentación falsa, lo que sería un sinsentido.

Entonces, lo que la ley dejaría entrever es que este delito se construye sobre la base de una infracción al deber de veracidad que vincula a los actores del mercado de valores, que son los únicos que por obligación legal deben entregarle información a la SVS *“para los efectos de lo dispuesto en esta ley”*, luego, la conexión entre el verbo rector, sujeto activo y elemento subjetivo, nos hace afirmar que únicamente a quienes la ley obliga a entregar información veraz pueden incurrir en el delito, si defraudan el mandato legal.

El ilícito regulado en el artículo 59 letra e) de la LMV se encuentra redactado de la siguiente forma:

“Las personas que infrinjan las prohibiciones consignadas en los artículos 52, 53, inciso primero del artículo 85 y letras a), d), e) y h) del artículo 162 de esta ley”.

Más allá de la evidente deficiencia comunicativa del tipo penal en cuestión, es claro que pertenece a la categoría de ley penal en blanco impropia, encontrándose el complemento de la norma en cuestión, y para el caso que nos interesa, en el artículo 53 de la LMV que declara contrario a la LMV efectuar cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor.

Pareciera que el núcleo del tipo penal gira en torno al concepto de “transacciones ficticias”, idea no definida en la ley, ni suficientemente construida doctrinaria ni jurisprudencialmente. Sin embargo, es evidente que no se trata de una operación imaginaria, al contrario, la legislación parte de la base que la transacción se efectuó, en bolsa o fuera de ella, pero lo relevante para dar contenido al ilícito radica en entender que uno o más de los términos asociados a la operación fueron simulados, y que encubren el real propósito que disfraza la transacción. Dicho en otros términos, la naturaleza real de la operación no es la que la transacción supuestamente evidencia, sino que es otra, por ejemplo, no es compraventa sino que donación, no es arriendo sino que préstamo gratuito, etc.

El último delito por el cual fueron acusados los imputados, corresponde al establecido en el artículo 60 letra i) de la LMV, disposición que indica:

“Los que indebidamente utilizaren en beneficio propio o de terceros valores entregados en custodia por el titular o el producto de los mismos”.

El verbo rector empleado por la legislación reafirma lo sostenido más arriba en el sentido que el delito pertenece a la categoría de tipos de mera actividad, pero el uso va acompañado de un adjetivo que lo tiñe de ilicitud. Si esta expresión pertenece al ámbito de la antijuridicidad o al tipo penal como elemento normativo, no es claro, pero le da contenido al delito. La custodia de acciones, actividad permitida por la ley, puede desarrollarse por una corredora, que puede utilizarla, por ejemplo, si ha sido autorizada por el cliente respectivo; situación que se enmarcaría en un “uso debido” o autorizado. El uso no es equivalente a la apropiación, sin perjuicio que probablemente en algunos casos tienda a coincidir una acción con la otra, pero la norma no exige que los valores sean ilícitamente incorporados al patrimonio de una persona, la prohibición legal se fundamenta en que el riesgo de la utilización no autorizada puede hacer perder el dominio del valor a quien lo confió. Con todo, el perjuicio sufrido por el titular no integra el tipo penal, al contrario del elemento “beneficio”, expresión que no necesariamente debe entenderse como ganancia monetaria efectiva, sin perjuicio que en la mayoría de los casos así habrá sucedido, pero situaciones que permitan al sujeto activo mejorar su posición o la de un tercero, o mantenerse dentro de los rangos exigidos por la autoridad para seguir funcionando como intermediario, o realizar operaciones entre-

gando en garantía los valores bajo custodia, entre otras conductas, pueden perfectamente caer dentro del concepto *“beneficio”*.

Otro de los delitos que fue objeto de juicio correspondió al ilícito regulado en el artículo 160 de la Ley General de Bancos, conocido como *“obtención fraudulenta de créditos”*. El artículo citado señala:

“El que obtuviere créditos de instituciones de crédito, públicas o privadas, suministrando o proporcionando datos falsos o maliciosamente incompletos acerca de su identidad, actividades o estados de situación o patrimonio, ocasionando perjuicios a la institución, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

Se ha sostenido que este ilícito no es otra cosa que una estafa que tiene una víctima particular, es decir, la naturaleza específica del tipo radica en que se perjudica a una persona en específico. Si ello es efectivo, tendríamos que aceptar que sus características son las mismas que las que tradicionalmente se asocian al delito de estafa contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, luego, se trataría entonces de un delito de resultado, la obtención del crédito, vinculado causalmente a una conducta - suministrar o proporcionar-, que es desplegada por el autor. El rol que juega el perjuicio en esta infracción penal, no es tan evidente, y probablemente se encuentre a medio camino entre una condición objetiva de punibilidad y un elemento del tipo, pero independientemente de ello, es un elemento que debe ser materia de prueba durante el juicio en cuestión. La otra característica que puede relevarse, radica en que la norma ha precisado la forma en que el engaño se verifica, siendo una enumeración taxativa al contrario de lo que ocurre en el artículo 468 del Código Penal.

Por último, en este juicio se presentó acusación por delitos concursales, específicamente por delitos de quiebra culpable y fraudulenta, ilícitos que como se sabe, fueron modificados por la Ley 20.720 que deroga la Ley de Quiebras y establece los nuevos procedimientos de reorganización y liquidación.

El artículo 220 N°16 castiga con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo al deudor que: *“en general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo”*.

El artículo 219 N°4 castiga al deudor que: *“no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciera no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42”*.

Por su parte, el artículo 219 N°9 sanciona al deudor que: *“no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo”*.

Por último, el artículo 219 N°1 castiga al deudor que: *“ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás acreedores después de la cesación de pagos”*.

Los antiguos delitos de quiebra requerían un presupuesto básico que era la declaración judicial de bancarrota de una clase especial de fallido, pero no presentaban otros elementos que los unificaran, lo anterior ya que las hipótesis delictivas de quiebra culpable y fraudulenta sancionaban una serie de comportamientos de la más diversa índole, que difícilmente respondían a un criterio unificador. No obstante, los antiguos artículos 220 N°16 y 219 N°1 tenían en común que consideraban como delito que la conducta del fallido tuviera un impacto en la masa de la quiebra, integrada por los activos de la fallida, y que arrojaba como resultado que el patrimonio del deudor no tuviera la valoración que tenía antes de la ejecución del acto delictivo.

Los otros delitos corresponden a infracciones a ciertos deberes impuestos por la normativa, conducta que se expresa en omisiones, como no pedir su quiebra o no llevar los libros con la regularidad exigida; comportamientos que no necesariamente impactan en el patrimonio del fallido, pero sí dificultan la correcta administración de justicia y la actuación del síndico ya que se hace más difícil dilucidar la concreta composición de la masa y consecuentemente el pago de las acreencias.

b. La decisión del Tribunal

Por sentencia de fecha 13 de febrero de 2013, y luego de dos meses de juicio oral, los Magistrados del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago decidieron absolver a los acusados por las imputaciones de comisión de delitos contemplados en la LMV, obtención fraudulenta de créditos y quiebra culpable, y condenar sólo a uno de ellos por el delito de quiebra fraudulenta. Los fundamentos de su decisión serán brevemente expuestos a continuación.

Comenzando con el uso indebido de custodias, los sentenciadores afirmaron que el carácter ilícito de la conducta se corrobora una vez que se constata que en las operaciones descritas en la acusación no se contó con la autorización por parte de los clientes de ALFA. A juicio de los jueces, la prueba rendida por los acusadores en este punto no fue suficiente y tampoco se acreditó quiénes eran los titulares de las acciones utilizadas, afirmando que los hechos investigados y resueltos en sede administrativa no podían sin más “darse por ciertos” en sede penal.

La última afirmación debe relacionarse con la tramitación de procedimientos administrativo - civiles sancionatorios, generados por la actividad fiscalizadora de la Superintendencia de Valores y Seguros. Lo anterior se debe a que, de acuerdo a nuestra LMV, los ilícitos descritos en su articulado, como por ejemplo los delitos penales contemplados en los artículos 59 y 60, constituyen

al mismo tiempo injustos de naturaleza infraccional no criminal, cuyo juzgamiento se rige por las normas del procedimiento administrativo, el que a grandes rasgos, contempla una fase de investigación a cargo de la SVS, etapa que puede culminar con la imposición de sanciones, abriéndose la posibilidad que se reclame de dicha sanción ante la justicia civil, la que podrá confirmar o revocar la sanción impuesta por el ente administrativo.

En el caso sub-lite, la SVS sancionó a ALFA por los ilícitos de uso indebido de custodia y ejecución de operaciones ficticias; decisión que fue confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, todo ello con anterioridad al inicio del juicio oral.

Luego, se presenta una paradoja judicial particular, originada probablemente por el diseño legislativo ya que los mismos hechos fueron objeto de discusión en dos procedimientos de naturaleza distinta y en uno logró acreditarse la infracción y en otro no; sin perjuicio que ambos procedimientos se rigen por principios procesales generalmente válidos, orientados principalmente a establecer una misma verdad procesal histórica, por lo que el resultado es desde cierto punto de vista contradictorio ya que, en definitiva, el mensaje comunicativo de la decisión es “usted hizo algo y por eso lo sanciono” (en sede civil) y al mismo tiempo “usted no hizo algo y por eso no lo sanciono” (en sede penal); pronunciamientos que sólo alimentan una sensación de inseguridad jurídica.

Siempre a propósito de lo resuelto en este capítulo de la acusación, en la sentencia puede leerse una crítica dirigida a la labor investigativa del Ministerio Público, la que radica en la falta de indagación acerca de la existencia o no de autorizaciones por parte de los clientes hacia ALFA para que hicieran uso de sus custodias, señalando que a la Fiscalía simplemente le bastó con lo ya resuelto en sede administrativa; instancia en la que no se obtuvo evidencia acerca de la no autorización, sin perjuicio que durante aquella sí se obtuvo el reconocimiento por parte de los acusados del hecho objeto de reproche. Esta supuesta deficiencia en la etapa investigativa, inevitablemente causó que los medios probatorios introducidos al juicio fueran insuficientes para demostrar el uso indebido. Cabe destacar eso sí que en la sentencia quedó establecido que los acusados reconocieron en el juicio penal un “*uso operacional*” de las custodias, pero ello fue insuficiente ya que no se logró determinar si en precisas transacciones “*hubo o no autorización o si las acciones estaban en otras corredoras o en las compañías emisoras*”³; reconocimiento al cual se le restó fuerza probatoria aplicando la regla contemplada en el artículo 340 del Código Procesal Penal.

3 Nota 2, p. 165.

En resumen, pareciera que el Tribunal fundamentó su decisión en la insuficiencia de medios de prueba que demostraran el uso de específicas custodias en particulares operaciones y también en la carencia de antecedentes probatorios en cuanto a la existencia de autorizaciones por parte de los propietarios de las acciones.

Siguiendo ahora con la imputación del delito de ejecutar transacciones ficticias, en primer lugar, podemos señalar que el Tribunal calificó como “*no conveniente*” que la Fiscalía encargara peritajes a personeros de entidades fiscalizadoras, aduciendo falta de objetividad en su análisis pues la SVS “*ya había emitido una opinión determinada en relación con esta materia, de manera que no se podría pretender que cambiara su posición en sede penal, y concluir de diferente manera*”⁴.

Además, indicó que durante el juicio no se demostró fehacientemente que las operaciones que se tildaron como “*ficticias*” efectivamente se hubieran realizado, ello porque el análisis de las transacciones entre ALFA y FOX fue parcial, no coincidiendo con las operaciones enumeradas en la acusación. También recalcó que, al rechazar el cargo por uso indebido de custodia, no era posible “*por una cuestión de lógica*” acreditar la perpetración del delito establecido en el artículo 59 letra e) y por último, sostuvo que durante el proceso no fue debidamente explicado ni probado el concepto de falta de “*sentido económico*” circunstancia que le daría el carácter de ficticia a una transacción.

En relación con el primer argumento esgrimido por los Magistrados para restar fuerza probatoria a los informes evacuados por la SVS a petición de la Fiscalía, creemos que dicho razonamiento se estrella con el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Superintendencia que enumera sus atribuciones y que específicamente señala en su letra c) que corresponderá a dicha institución: “*Evacuar los informes que le requieran los fiscales del Ministerio Público que estén dirigiendo investigaciones criminales, siempre que correspondan a materias de la competencia de la Superintendencia y se refieran a información que esté disponible en sus archivos*”. Norma a la que habría que agregar las disposiciones del Código Procesal Penal aplicables, como por ejemplo el artículo 321.

Sin duda que sorprende que los Magistrados no consideraran estas disposiciones al momento de calificar como “*poco conveniente*” que el Ministerio Público pidiera a la SVS la confección de informes periciales, esto ya que puede presumirse que la intención del legislador fue justamente desestimar la eventual problemática que podría presentarse cuando un funcionario de la SVS confeccionare un informe pericial a petición de la Fiscalía, si en la propia ley queda en evidencia que la ocurrencia de un hecho contravencional puede,

4 Nota 2, p. 173.

al mismo tiempo, gatillar la actividad fiscalizadora de la SVS y la investigativa del ente persecutor penal. Pareciera que el fundamento es apresurado y no suficientemente analizado.

Cosa distinta es el análisis del mérito de la pericia evacuada por los profesionales de la SVS. Es claro que los errores, inexactitudes o imprecisiones que el Tribunal denuncia como concurrentes en este caso, le resta valor probatorio a los informes, sin embargo, cabe destacar que su rechazo como medio probatorio es completo, es decir, no se recoge ninguna conclusión como válida o suficientemente fundada; solución que no parece justa teniendo presente que, en su conjunto y más allá de puntuales errores que hábilmente la defensa evidenció, el análisis pericial tenía una clara contundencia y coherencia general.

A propósito del último de los fundamentos para rechazar esta imputación, la ausencia de suficiente explicación de la falta de sentido económico de las transacciones que se apuntaban como ficticias, surge inmediatamente la natural pregunta que un tercer observador podría hacerse: ¿el padrón de operaciones entre ALFA y FOX, respondía a una estrategia de inversiones? ¿Cuál fue la ganancia reportada para dos relacionadas después de realizar estas transacciones entre ellas? A todo lo anterior es necesario agregar que la última operación entre las relacionadas no fue pagada y también que en todas las transacciones siempre operaron las mismas personas naturales. Creemos que la aplicación de las máximas de experiencia pudo llevar al Tribunal a concluir que efectivamente las operaciones cuestionadas carecían de “razonabilidad económica”; circunstancia que constituye un juicio normativo, que difícilmente puede construirse sin recurrir a todos los recursos que la ley entrega a los jueces para apreciar la prueba. Huelga decir que la justicia civil, sí sancionó a ALFA por la realización de operaciones ficticias.

En cuanto a los fundamentos que llevaron a la absolución por el cargo de entrega de información falsa al mercado, nuevamente se recurrió a la decisión absolutoria en cuanto a los cargos del delito de uso indebido de custodia, señalándose que esta decisión impedía “lógicamente” acreditar de alguna manera la consumación del delito previsto en el artículo 59 letra a) de la LMV. También indican los Magistrados que la acusación adolecía de defectos en cuanto a la falta de precisión de los hechos imputados, y cómo éstos no podían entenderse separados o independientes a las actuaciones que fueron calificadas por los acusadores como uso indebido de custodia, lo resuelto a propósito de la acusación por el delito descrito en el artículo 60 letra i) necesariamente impactaría en la manera que se tomara una decisión a propósito de la eventual comisión del ilícito establecido en el artículo 59 letra a), en otras palabras, si la información falsa que se entregó a la SVS y al mercado se construía justamente por entender que las transacciones entre parte relacionadas y las otras materializadas por la corredora que impactaban en sus estados financieros no lograron constituir ni usos de custodia como tampoco

operaciones ficticias, no existían razones suficientes para calificar como “falsa” la información entregada al ente regulador.

Anteriormente señalamos nuestra opinión acerca de la decisión absolutoria por el uso indebido de custodia, por lo que no resulta provechoso repetir lo ya señalado, simplemente quisiéramos destacar que resulta novedoso la manera en que los Magistrados entendieron la acusación, que efectivamente contaba con varios capítulos titulados como “hechos”, pero fueron comprendidos como una suma interrelacionada de situaciones; calificación que no parece injustificada, pero que cambia la forma en que los hechos son relatados y los lleva a una conexión y dependencia que no necesariamente respondía a la teoría del caso planteada por la Fiscalía.

También el Tribunal emitió pronunciamiento absolutorio respecto de la acusación por el delito descrito y sancionado en el artículo 160 de la LGB. Dicha decisión se fundó básicamente en que de acuerdo a los hechos acreditados durante el juicio, no se demostró una acción dirigida directamente a la obtención de un crédito, sino que por el contrario, fue la propia institución bancaria la que decidió aumentar la línea de crédito que ALFA ya tenía con aquella, situación que se verificó luego que el banco revisara la información que ALFA entregaba a la SVS, que era la misma que en los capítulos anteriores de la acusación se tildó como falsa.

Muy ligado a esta consideración del Tribunal, se encuentra el argumento vinculado a la falta de dolo en torno a que la presentación de supuestos antecedentes falsos a la SVS se hubiere practicado con la finalidad precisa de obtener un crédito, es decir, la actividad final de los acusados no se habría dirigido directamente a alcanzar un propósito determinado.

En este punto creemos que la decisión de los Magistrados no reflexiona acerca de un elemento central que se desprende claramente de la prueba rendida durante el juicio, a saber, que si bien es cierto que la institución financiera actuó con independencia y autonomía para ofrecer a la corredora un aumento en la línea de crédito que ésta ya poseía con el banco, también es real que lo que hizo el banco fue ofrecer a ALFA dicha alternativa invocando para ello una serie de antecedentes, como por ejemplo la información entregada a la SVS, que justamente es la que se apuntaba como irreal, luego, la oferta fue aceptada por los representantes de la corredora, sabiendo, o no pudiendo menos que saber, que el origen de dicho ofrecimiento se encontraba en los números que la corredora entregaba al mercado.

Sin perjuicio de ello, debemos conceder que la norma en cuestión plantea una problemática de no fácil resolución, y que gira en torno a la posibilidad de aceptar la comisión por omisión en esta clase de delitos. Sin duda que éste no es un tema pacífico en nuestra doctrina, y no podría reprocharse al Tribunal la opción que se hubiera tomado en orden a rechazar aquella alternativa, pero el

problema radica en que al parecer ni siquiera fue objeto de estudio o meditación esta alternativa por parte de los Magistrados, es decir, no existió interés en analizar la posibilidad que este delito se pudiera cometer por intermedio de una omisión, en especial si se tiene presente que todos los elementos que mayoritariamente se aceptan que integran la omisión, concurrían claramente en el caso sub-lite.

Otro asunto es la falta de elemento subjetivo que el Tribunal declara como ausente en los hechos acreditados, es decir, que la presentación de antecedentes se hubiere realizado con el propósito de obtener un aumento del crédito originalmente concedido. Esto parece un argumento plausible, pero para su precisa comprensión por parte de un tercero, habría sido necesario un definición previa del elemento subjetivo, ya que si no conocemos qué entiende el Tribunal por dolo, difícilmente es factible entender cuáles son los contornos exigidos, esto ya que no creemos que la decisión pase por una artificiosa clasificación entre los tipos de dolo; distinción que la moderna doctrina penal ha dejado hace bastante tiempo atrás.

Como se recordará, fue objeto del juicio también la acusación por delitos de quiebra culpable y fraudulenta. La acusación por el delito descrito en el artículo 219 N°4, –no pedir su propia quiebra en el plazo que exige la ley–, fue rechazada porque se demostró que la corredora se acogió al procedimiento regulado en el artículo 177 ter que la ley concursal contempla, el que tiene como efecto entender como cumplida la exigencia establecida en el artículo 41.

La hipótesis de quiebra culpable consagrada en el artículo 219 N°1, que sanciona el pago hecho a un acreedor en perjuicio de los demás después de la cesación de pagos, fue también rechazada por los Magistrados en primer lugar ya que no existió prueba acerca de algunos pagos, sin perjuicio que sí la hubo para otros, y porque además, los que se demostraron, no se habrían materializado “*en perjuicio*” de los demás acreedores, esto en razón a que la cuantía de dichos pagos representa un porcentaje insignificante del pasivo de la quiebra “*de tal suerte que no es un perjuicio cuya magnitud pueda configurar esta causal*”⁵. Nos parece cuestionable la decisión adoptada en este punto, en especial debido a que introduce un elemento que la ley no exige y que dice relación con la supuesta “magnitud” del perjuicio.

De la misma manera, el Tribunal rechazó la acusación por el delito de quiebra culpable regulado en el artículo 219 N°9, que reprime la omisión por parte del deudor de su obligación de llevar libros contables o llevarlos de forma irregular, fundado en que fue la propia Bolsa de Comercio la que autorizó a ALFA a llevar la contabilidad de una manera específica (sistema computacional) y

5 Nota 2, p. 194.

también a que el Servicio de Impuestos Internos no actuó como querellante, no constándole entonces a los Magistrados que dicho organismo hubiere presentado algún tipo de reparo por la forma en que la corredora mantenía su contabilidad.

Por último, el Tribunal se refirió a la hipótesis de quiebra fraudulenta que fue objeto de acusación fiscal, esto es, aquélla descrita en el artículo 220 N°16, decidiendo condenar a uno de los acusados ya que se acreditó que el día 22 de abril el presidente del directorio de ALFA vendió acciones a Inversiones FOX, de la cual era también su gerente general, por un valor de \$21.547.797.000, las que fueron compradas por FOX bajo la condición contado normal, debiendo liquidarse esa operación a las 48 horas de realizada, pero que en definitiva no fueron pagadas por FOX, sabiendo que FOX arrastraba un patrimonio negativo de varios miles de millones de pesos, lo que significó que ALFA disminuyera su activo; situación que la llevó a su quiebra.

De acuerdo con la sentencia, en estos hechos le correspondió intervención en calidad de autor a uno de los acusados, mas no al otro, gerente general de ALFA e hijo del presidente del directorio, ya que no logró acreditarse su intervención como autor en la operación del 22 de abril ni tampoco que ella se hubiera llevado al efecto con el concierto de su padre, aun cuando en la misma sentencia se reconoce que la decisión le fue comunicada previamente por parte del presidente al gerente general. Se destaca que la ejecución de la operación cuestionada fue realizada exclusivamente por el padre y que su hijo prácticamente “*acató*” su decisión. En vista de lo anterior, el Tribunal le impuso al único condenado la pena de 61 días de presidio menor.

IV. Resolución de la I. Corte de Apelaciones de Santiago conociendo de los recursos de nulidad presentados por los acusadores ⁶

La decisión del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago fue objeto de recursos de nulidad por las partes acusadoras, presentaciones que se fundaron en las causales previstas en los artículos 373 letra b) y 374 letra e) del Código Procesal Penal. Estos recursos fueron acogidos por el Tribunal de Alzada, el que decidió anular parcialmente la sentencia y el juicio, ordenando la tramitación de uno nuevo.

Para comprender lo resuelto, debemos recordar que la acusación de la Fiscalía enumeraba cinco hechos que configuraban delitos diversos, luego, que la I. Corte haya fallado anulando parcialmente la sentencia y el juicio, produjo que la decisión absolutoria se mantuviera afirme respecto de los capítulos que no fueron anulados, y que el juicio debiera repetirse para conocer y fallar las deci-

6 Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de junio de 2013, Rol N°484-2013.

siones respecto de las cuales recayó la nulidad, a saber: la decisión de absolver al gerente general de ALFA por el delito de quiebra fraudulenta y la decisión de absolver a ambos acusados por el cargo de uso indebido de custodia.

En relación con el pronunciamiento acerca de la quiebra fraudulenta, en la resolución los Ministros afirman que el fallo no contiene la exposición clara y lógica de los hechos que da por probados, esto ya que la sentencia carece de lógica al descartar la autoría del gerente general del mismo delito por el cual se condena a su padre, si está acreditado que el día 21 de abril de 2008 se pusieron de acuerdo para concretar la operación que la misma sentencia del tribunal oral en lo penal califica como constitutiva del delito de quiebra fraudulenta. Tampoco tiene lógica, continúa la resolución de nulidad, que un gerente general que es hijo del otro acusado, sea *“una suerte de sujeto que está obligado a obedecer y a no deliberar respecto de las proposiciones de su padre”*. Con este razonamiento, la I. Corte estima que los jueces del fondo infringieron también el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que el gerente general de la corredora siempre estuvo en la posición de detener el desarrollo causal del delito, y éste no se pudo materializar sin su actuar, manteniendo siempre el dominio del hecho.

Acerca del pronunciamiento respecto del delito contemplado en el artículo 60 letra i), el Tribunal ad quem indica que fue contradictorio lo resuelto por los Magistrados ya que por un lado se afirmó que la Fiscalía no rindió prueba acerca de este punto y al mismo tiempo se indicó que el Ministerio Público sólo rindió prueba pericial para acreditar esta capítulo de la acusación, concluyendo que *“claramente ambas proposiciones no se sostienen al mismo tiempo, se hacen fuego entre sí, y dejan al fallo desprovisto de la necesaria fundamentación pues se ignora si, en definitiva lo reprochado a este respecto es la falta de prueba o que la rendida no cumple los estándares que el Tribunal ha fijado”*.

La práctica judicial de acoger un recurso de nulidad parcialmente es una realidad impuesta, incluso existen pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema que acogen recursos de nulidad en ese sentido, y que a nuestro juicio carece de sustento legal, sin perjuicio que probablemente se justifique por razones prácticas, pero sin perjuicio de lo anterior, nos parece que esta forma de resolver los recursos de nulidad, que ordena la realización de un nuevo juicio para conocer sólo de algunos hechos, altera significativamente la lógica del proceso penal y provoca situaciones de indefinición que repercuten en el desarrollo del nuevo juicio. En el caso sub-lite, esta decisión tuvo un impacto decisivo en la forma en que los Magistrados que conocieron el nuevo juicio formaron su decisión, como más adelante expondremos.

Lo último que quisiéramos destacar de la resolución de nulidad, es que ella declara que la sentencia contiene un error de derecho en cuanto a la calificación jurídica de los hechos supuestamente subsumibles bajo el artículo 160 de

la LGB, ello porque es indiferente si el crédito se obtiene porque se solicitó o porque la institución de crédito lo ofreció, sin embargo, dicho error no tendría la trascendencia suficiente para acoger el reclamo de nulidad.

V. Segunda sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal ⁷

Esta sentencia absolvió a los acusados de todos los cargos que fueron objeto del nuevo juicio, los que como arriba se indicó, fueron reducidos por efecto de la resolución de nulidad, debiendo entonces este nuevo juicio celebrarse para conocer de las acusaciones por los delitos de uso de custodia y quiebra fraudulenta pero reducida a determinar la culpabilidad del gerente general de ALFA, hijo del presidente del directorio.

Luego de un juicio que se extendió por casi cinco meses, quedaron de manifiesto los motivos que llevaron a los Magistrados a dictar la decisión exculpatoria, resolución de fecha 3 de febrero de 2014.

El primero de ellos tiene una naturaleza formal y dice relación con la supuesta infracción al deber de registro en que habría incurrido la Fiscalía al no tomar declaración durante la etapa de investigación a personas que luego comparecieron al juicio en calidad de testigos; situación que impactaría en la posibilidad que tiene la defensa para ejercer las facultades que le otorga la ley. Sobre este tópico quisiéramos destacar que todas las personas respecto de las cuales se levantó este punto, declararon en el primer juicio que fue anulado y su testimonio fue valorado para fundamentar las decisiones del anterior pleito, el que como se recordará, *“pervive”* para este segundo juicio debido a la nulidad parcial decretada. Creemos que el Tribunal manifiesta una línea correcta de argumentación al momento en que se pregunta si más allá de la supuesta infracción, la defensa no se vio sorprendida por el testimonio de los testigos, incluso destaca la situación que se produjo cuando el abogado defensor, tratándose de un testigo que no había declarado durante la investigación pero que sí prestó su testimonio durante el primer juicio, cuyas iniciales se encontraban consignadas en algunos documentos de la SVS respecto de los cuales fue interrogado, efectuó el ejercicio previsto en el artículo 332 del Código Procesal Penal, que como se recordará permite la lectura de declaraciones o informes anteriores para efectos de recordar memoria.

Lamentablemente el buen camino que inició el Tribunal fue abandonado a mitad de camino, y aun cuando fue más que evidente que la defensa jamás se

7 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, integrado por los magistrados Verónica Sabaj Escudero, Alejandro Aguilar Brevis y Marcela Erazo Rivera, 3 de febrero de 2014, RUC N°0800423642-5, RIT N°174-2012.

vio expuesta a algún tipo de sorpresa, la intensidad de los contrainterrogatorios y la contrastación de un testigo con algunos documentos así lo demostró, el Tribunal se dejó llevar por un argumento vacío, carente de fundamento ontológico procesal y procedió entonces a “*valorar negativamente*” los testimonios de los testigos respecto a los cuales la Fiscalía habría incurrido en la infracción al deber de registro.

A continuación “*valora negativamente*” los testimonios de testigos y peritos que prestaron declaración refiriéndose a las declaraciones efectuadas por los acusados en sede administrativa y ante el fiscal del Ministerio Público. El argumento para ello radica en que no se demostró durante el juicio que dichas declaraciones se hubieran realizado previa advertencia de sus derechos o debidamente asesorados. Cabe hacer presente que en este segundo juicio, a diferencia del primero en el cual los jueces debieron recurrir al artículo 340 inciso final para valorar la prueba, los acusados optaron por guardar silencio, sin perjuicio que sus testimonios en el primer juicio, sirvieron también para fundamentar la decisión absolutoria que, como se dijo antes, también tuvo efectos en este segundo juicio en virtud de la resolución de nulidad dictada por el tribunal de alzada.

Más adelante la sentencia razona acerca del testimonio de los peritos de la SVS que prestaron declaración en el segundo juicio. En esta parte, nuevamente nos llama la atención que no se incluya en el análisis la disposición citada anteriormente y que considera como una de las funciones de la SVS la de evacuar informes a petición de la Fiscalía. Sin perjuicio de lo anterior, a nuestro parecer el Tribunal no direcciona correctamente su apreciación al calificar el testimonio de los peritos como “*parcial*”, afirmando que los profesionales de la SVS tienen “*interés*” en la manera en que se resuelva el conflicto penal, sin precisar cuál es ese eventual interés, y además recurren para fundar su decisión al artículo 12 de la Ley 19.980 de Bases de los Procedimientos Administrativos, regla que, sin lugar a dudas, no tiene aplicación y vinculación alguna con el proceso penal, por lo que nuevamente la sentencia pierde lógica y fuerza argumentativa.

A propósito del cargo de uso indebido de custodia, la decisión exculpatoria se construyó bajo la premisa que en las transacciones realizadas entre FOX y ALFA no se logró acreditar que se hubiera utilizado la custodia de un tercero, ya que, a juicio del Tribunal, no existió precisión acerca de cuáles fueron efectivamente las acciones transadas ni de su titularidad por algún cliente, pues “*lógicamente*” no había ninguna razón que motivara dicha supuesta utilización.

Creemos que el Tribunal comienza a razonar correctamente intentando precisar los hechos que pueden demostrar el efectivo uso de las acciones, intentado encontrar prueba que identifique “*la*” acción que fue utilizada y a quién ella pertenecía, tal grado de exigencia imponen los Magistrados en este punto,

que incluso insinúan que las acciones parecieron no existir, es decir, que FOX y ALFA, entre sí, operaron y transaron sobre cosas inexistentes. Con todo, esta forma de razonar es perfectamente válida para el delito de hurto, robo, o cualquier otro que exija una precisión acerca del objeto material de la acción, con sus características propias que permiten identificarlas una de otra, lo que probablemente evidencia un claro desconocimiento acerca del funcionamiento y características del Mercado de Valores; obstáculo frente al cual difícilmente se podría entender la lógica y ámbito de aplicación del ilícito materia de juicio.

Siguiendo con los fundamentos de la segunda sentencia, llama la atención el argumento denominado “*concurso medial y cosa juzgada*”. En esta parte, los Magistrados sostienen, en resumen, que la decisión absolutoria del primer juicio acerca del cargo de llevar a cabo operaciones ficticias, tuvo un impacto decisivo pues dicho capítulo estaba estrechamente vinculado con los hechos que configuraban el supuesto uso de custodia, por lo tanto, al mantenerse a firme la sentencia en orden a absolver a los acusados del primer cargo, inevitablemente traería como efecto la exculpación por el segundo, ya que las eventuales operaciones ficticias se llevaron a cabo para encubrir el hipotético uso de custodias.

Desde nuestro punto de vista, éste es claramente un efecto de la decisión tomada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, ya que anular parcialmente la sentencia y el primer juicio, dieron cabida a este argumento que puede leerse en esta segunda sentencia. Probablemente esto no fue perseguido por los Ministros, pero nada impidió a los jueces que conocieron el segundo juicio interpretar su resolución en este sentido, sin embargo, si miramos más profundamente el razonamiento del Tribunal de Juicio Oral, probablemente podamos concluir que este segundo proceso estuvo perfectamente de más, ya que inevitablemente, en esta particular relación entre un concurso medial y la cosa juzgada, la conclusión siempre sería la misma, es decir, la absolución de los acusados a consecuencia de dicho efecto. Por lo demás, no logramos dilucidar cómo un hecho que no fue objeto del juicio, –el cargo por realizar operaciones ficticias–, puede tener algún impacto en el segundo juicio; en otras palabras, desconocemos el argumento que lleva al Tribunal del segundo juicio a quedarse con una parte de lo resuelto en el primer juicio (nulo) y validarlo en el segundo a tal extremo que fundamenta la absolución por uno de los capítulos subsistentes.

Por último, los Magistrados rechazaron el cargo de quiebra fraudulenta, respecto de la cual no hubo ninguna referencia al hecho que ya había una decisión condenatoria ejecutoriada que justamente declaraba como fraudulenta la quiebra de ALFA, fundando su decisión en que no se demostró que ALFA sufriera una disminución de su activo producto de las operaciones celebradas con FOX. También se descartó la autoría y coautoría del gerente general de ALFA, señalando al efecto que no tenía dominio del hecho, contrariamente a

lo resuelto por la I. Corte, ni que tampoco ambos acusados actuaron concertados previamente, contradiciendo también al Tribunal de Alzada.

En relación con el primer argumento, nos parece que los Magistrados siempre asumieron que FOX y ALFA eran agentes económicos que tomaban sus decisiones de una manera independiente y que en definitiva, la supuesta disminución del activo era más aparente que real ya que la insolvencia de FOX no debió constarle a ALFA, y que por lo tanto, esta deuda entre partes relacionadas, no disminuía el activo de ALFA. Tal vez todo lo anterior sería atendible y tendría cierta lógica si no se tratara de dos personas jurídicas que compartían a las personas naturales en sus gobiernos corporativos y que tuvieran independencia absoluta en la forma en que tomaban sus decisiones económicas. Claramente ello no era así, pero en la sentencia no puede leerse ninguna línea sobre tan importante antecedente, y si probablemente ello se hubiera considerado, como sí se hizo en el primer juicio, la decisión adoptada en el nuevo proceso habría sido diferente.

En cuanto al razonamiento para absolver al gerente general, es claro que existió un déficit probatorio ya que no se produjo prueba directa sobre el “concierto previo”, pero, desde nuestro punto de vista, el resto de los antecedentes probatorios arrojaban potentes indicios que razonablemente podrían atarse para concluir la concurrencia del acuerdo previo de voluntades.

En esta parte, también, el Tribunal señala que no se demostró en juicio que el gerente general de ALFA hubiere realizado ningún acto ejecutivo que demostrara tanto su intervención en el hecho como la finalidad (dolosa) de su actuar.

Sobre el punto, quisiéramos destacar que nuevamente el Tribunal no atiende a lo resuelto por la I. Corte, que afirmó en su resolución de nulidad que al absolver al gerente general, se incurrió en una vulneración al artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, pero lo que más flagrantemente queda expuesto, al igual que en el primer juicio, es que no fue objeto de análisis el artículo 232 de la ley concursal que declara que los gerentes, administradores o directores de una persona jurídica declarada en quiebra, serán autores de los delitos de quiebra fraudulenta o culpable si en la dirección de sus negocios y con conocimiento del estado de éstos, hubieren ejecutado o autorizado expresamente las conductas que configuran alguna de las hipótesis de los mencionados delitos. Luego, se acreditó que el gerente general de ALFA tuvo conocimiento un día antes de la ya antes citada operación de fecha 22 de abril, calificada como quiebra fraudulenta, y contando con dicha información queda en evidencia que nada hizo para evitar que el presidente del directorio la llevara adelante, es decir, justamente incurrió en una omisión jurídicamente relevante, y que interpretada correctamente, habría llevado a concluir que el gerente general probablemente sí tenía responsabilidad penal.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

LA PRESCRIPCIÓN PENAL RESPECTO DE ADOLESCENTES

María José Taladriz Eguiluz¹

1. Introducción

El artículo 5 de la Ley N°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en adelante indistintamente Ley N°20.084 o LRPA, que regula la prescripción en materia de responsabilidad penal adolescente, se limita a reducir los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena respecto de aquellos establecidos en el Código Penal, tratándose de crímenes y simples delitos cometidos por adolescentes. Por ello, la aplicación práctica de esta disposición ha dado lugar a discusiones centradas principalmente en las siguientes: ¿Procede la aplicación supletoria del Código Penal en esta materia? Para el cómputo de la prescripción ¿la clasificación de delitos establecida en el artículo 3 del Código Penal debe considerar o no la rebaja prevista en el artículo 21 de la LRPA? ¿Los plazos previstos en el artículo 5° constituyen plazos de prescripción general u ordinaria o prescripciones especiales de corto tiempo?, lo que importa admitir o no la media prescripción o la prescripción gradual regulada en el artículo 103 del Código Penal. En cuanto a la prescripción de la reincidencia ¿se aplican los plazos del artículo 5 de la LRPA o los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal? Finalmente, otro aspecto de la discusión se ha centrado en la aplicación o no, respecto de adolescentes, del artículo 369 quáter del Código Penal, que prescribe que en los delitos sexuales cometidos en contra de víctimas menores de edad “(...) el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 5 de la LRPA.

Este artículo se refiere a la jurisprudencia nacional en la prescripción respecto de adolescentes, específicamente a las sentencias emanadas de las diversas Cortes de Apelaciones del país, que se pronuncian sobre las discusiones planteadas. Sin embargo, no se abordará la naturaleza de los plazos de prescripción previstos en el artículo 5 de la LRPA, por no existir pronunciamientos de los tribunales superiores.

1 Abogada de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2. Antecedentes

El artículo 5 de la Ley N°20.084 dispone, bajo el título “Prescripción” que: “*La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses*”, regulando de este modo los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena en materia de responsabilidad penal adolescente.

En cuanto a la prescripción de la acción penal, esto es, la que se produce por el transcurso del tiempo después de cometido el delito y antes de pronunciarse sentencia condenatoria, se ha señalado que, más que una forma de extinguir la responsabilidad penal, se trata de un impedimento para que la misma se establezca o se desestime, por cuanto no se puede extinguir la responsabilidad penal si aún no ha sido declarada judicialmente². Por ello, se ha sostenido que se trataría, más bien, de una prescripción del delito, cuyo desvalor decae por la acción del tiempo³, aunque parte de la doctrina estime que no corresponda tal asimilación⁴.

Sobre la prescripción de la pena, esto es, la que tiene lugar después de que la sentencia condenatoria se encuentre ejecutoriada y antes del cumplimiento total de la condena, se ha señalado que se trata de un plazo máximo en el que, jurídicamente, es posible ejecutar las penas impuestas por resoluciones judiciales de término, por lo que constituiría un genuino caso de extinción responsabilidad penal⁵.

Ahora bien, como se desprende del tenor literal del artículo 5 de la LRPA, éste no resulta autosuficiente, por cuanto se limita a reducir los plazos de la prescripción general, tanto de la acción penal como de la pena, lo que ha suscitado discusiones en tribunales orales y en Cortes de Apelaciones, al invocarse, por una parte, la supletoriedad del Código Penal y, por otra, el principio de especialidad en materia de responsabilidad penal adolescente.

En cuanto al carácter supletorio de las normas previstas en el Código Penal se ha sostenido que, como consecuencia de la remisión expresa del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°20.084 a dicho código, debe entenderse que las normas de éste tienen plena aplicación en materia de acción y de omisión; de dolo y culpa; de los actos preparatorios, tentativa y frustración; de los

2 CURY, Enrique. *Derecho Penal, parte general*. 7ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 799.

3 *Ibid.*, p. 800.

4 ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 2002, Tomo II, p. 254.

5 CURY, ob. cit., p. 803.

conceptos de autor, instigador, cómplice y encubridor, en materia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y en las causas que la extinguen, dentro de las que se incluye la prescripción de la acción penal y la pena, de manera que “[en] cuanto a las demás reglas sobre la prescripción, momento en que empieza a correr, interrupción, suspensión, etc., hay que estarse a lo que contempla el [Código Penal] de adultos⁶”. Lo anterior se constata, entre otras, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1743-2009, de 23 de marzo de 2010, que en su considerando segundo se remite expresamente al artículo 96 del Código Penal, al señalar que “habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal, que si bien señala que la prescripción se interrumpe perdiéndose el tiempo transcurrido cuando el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, más adelante agrega: “pero si se paraliza su prosecución por tres años..., continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido”.

Sin embargo, existen posturas que sostienen que en virtud del principio de la especialidad del sistema de responsabilidad penal adolescente, resultan aplicables los “principios jurídicos especiales, establecidos por los instrumentos internacionales que protegen los derechos de los adolescentes imputados o condenados”, incluso “más allá de [las] reglas explícitas⁷”. Un ejemplo de ello, son las argumentaciones de las defensas en cuanto a que los plazos de la prescripción de la reincidencia no debieran exceder los plazos de prescripción de la acción penal previstos en el referido artículo 5 de la LRPA.

A continuación se analizarán los aspectos más discutidos de la prescripción aplicables a los adolescentes, en razón de los pronunciamientos de las diversas Cortes de Apelaciones del país.

3. Aspectos generales de la prescripción en responsabilidad penal adolescente

El artículo 5 de la Ley N°20.084, tal como se establece en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1743-2009, de 23 de marzo de 2010⁸, se limita a reducir los plazos de prescripción de la acción penal y de la pena contenidos en el Código Penal⁹, por lo que de conformidad a lo dis-

6 BUSTOS, Juan. *Derecho Penal del niño –adolescente*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, págs. 33 y 34.

7 COUSO, Jaime y DUCE, Mauricio. *Juzgamiento penal de adolescentes*. 1ª ed., Santiago, Chile, LOM Ediciones, 2013, p. 23.

8 Considerando quinto de la sentencia.

9 El artículo 94 del Código Penal dispone que la acción penal prescribe en determinados plazos según sea el tipo de delito de que se trate, en caso de crímenes con pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos en quince años, en los demás crímenes en diez

puesto en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°20.084, debemos remitirnos a las normas de éste en cuanto a la forma de computar los plazos, así como también para determinar la procedencia de la interrupción y la suspensión, entre otros.

Sobre el cómputo de los plazos de prescripción respecto de adolescentes, por aplicación supletoria del Código Penal, la prescripción de la acción penal se cuenta desde el día en que se hubiere cometido el delito, según lo dispuesto en el artículo 95 del mismo código. Tratándose de delitos instantáneos, la fijación de ese día no ofrece problemas, presentándose algunas particularidades en otro tipo de delitos, como los delitos permanentes, en los que no puede decirse que se han cometido en un día preciso, por cuanto el delito se está cometiendo mientras se prolonga la actividad delictiva, de modo que el día que marca el inicio de la misma, será aquel en que termine dicha actividad delictiva.

Respecto de la prescripción de la pena, según lo dispone el artículo 98 del Código Penal, ésta comienza a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si la sanción hubiese empezado a cumplirse. Sin embargo, la redacción de la norma ha dado lugar a alguna discusión, específicamente en torno al concepto de “sentencia de término”, consensuándose que se entiende por aquella, la que no admite recurso de ningún tipo tendiente a modificarla¹⁰.

En relación con el quebrantamiento de la condena, el artículo 52 de la Ley N°20.084 dispone que: “Si el adolescente no diere cumplimiento a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes”. HERNÁNDEZ, en opinión que se comparte, plantea que esta norma podría hacer pensar erróneamente que el quebrantamiento tendrá lugar sólo cuando el juez lo declare formalmente en la audiencia respectiva, y en consecuencia, la prescripción de la pena empezaría a correr desde esa declaración y no desde la fecha del incumplimiento, confundiendo así dos instituciones vinculadas pero distintas: por una parte, el hecho jurídicamente relevante, en este caso el quebrantamiento, y por la otra, el establecimiento judicial del mismo con determinación

años, en los simples delitos en cinco años y en el caso de faltas en seis meses y que en su artículo 97 señala que las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben según su clasificación, en quince años, tratándose de las penas de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en diez años, tratándose de las demás penas de crímenes, en cinco años, las de simples delitos y en seis meses, en el caso de faltas.

10 DÁLBORA, José Luis, “De la extinción de la responsabilidad penal”. En: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (Dirs.). *Texto y comentario del Código penal chileno*, 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 479.

concreta de sus consecuencias, lo que se realiza en audiencia que tiene por objeto constatar la gravedad del incumplimiento para imponer una sanción más gravosa¹¹. El quebrantamiento, entonces, se verifica cuando se incumple de modo relevante la pena impuesta, de lo que se concluye que la prescripción de la pena empieza a correr desde ese momento, con total independencia de cuándo se declare judicialmente¹².

Por otra parte, cabe señalar que en materia de interrupción y suspensión de la prescripción, se han planteado las mismas discusiones que en la prescripción respecto de adultos, existiendo algunos pronunciamientos que se refieren a dichas instituciones, tratándose de la prescripción de adolescentes. Es el caso de la sentencia Rol N°1934-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de agosto de 2013, que revoca la resolución dictada por el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago y, en su lugar, decide que no se hace lugar a declarar la prescripción del imputado, señalando que “la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescente, no contempla un estatuto especial respecto a la interrupción de la prescripción y, por lo tanto, debe aplicarse la regla general contemplada en el Código Penal, ...”. En el mismo sentido pero refiriéndose a la suspensión, sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N°146-2009, de 31 de agosto de 2009.

Ahora bien, no obstante la aplicación supletoria de las normas previstas en el Código Penal en materia de prescripción penal respecto de adolescentes, y tal como se adelantó, se han detectado cuatro problemas de interpretación a nivel de tribunales y Cortes, que dicen relación directa con la Ley N°20.084, estos son: 1) el punto de referencia para computar el plazo de prescripción de la acción penal en el derecho penal adolescente, que admite dos posiciones: una, según la cual, el cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir de la sanción aplicada con la rebaja prevista en el artículo 21 de la LRPA; y otra, que considera que el cómputo debe iniciarse a partir de la pena abstracta, por cuanto el artículo 5 de la LRPA nada dice al respecto; 2) la prescripción de la reincidencia, respecto de la cual se ha discutido si se aplican los plazos del artículo 5 de la LRPA o los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal; y 3) la aplicación o no, respecto de adolescentes, del artículo 369 quáter del Código Penal, que prescribe que en los delitos sexuales cometidos en contra de víctimas menores de edad “(...) el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”.

11 HERNÁNDEZ, Héctor, “La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal en la ley 20.084”. *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil II*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N°2, diciembre 2011, p. 163.

12 *Ibid.*

A continuación se revisarán las materias controvertidas, a través de lo resuelto por las diversas Cortes de Apelaciones en cada uno de ellas, con excepción de lo referido a si los plazos previstos en el artículo 5° constituyen plazos de prescripción general u ordinaria o prescripciones especiales de corto tiempo, discusión de la que dependerá, entre otras, la aplicación o no de la institución de la prescripción gradual o media prescripción, por cuanto el asunto no ha sido debatido ante las Cortes de Apelaciones, existiendo algunas sentencias de Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, entre otras, la sentencia del Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 25 de febrero de 2014, RUC N°0900.169.061-K, RIT N°401 - 2013 y la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, de 26 de noviembre de 2011, RUC N°0900855410-K, RIT N°280 -2011, que se pronuncian sobre el particular, en uno y otro sentido, respectivamente.

4. Punto de referencia para computar plazo de prescripción de la acción penal en responsabilidad penal adolescente

En la práctica judicial se advierten dos posiciones: una en la que el plazo de prescripción tiene su punto de referencia en la pena concreta, con la rebaja prevista en el artículo 21 de la LRPA y otra en el que el punto de partida para el cómputo es la pena abstracta.

La **lógica del sistema general** es que para el cómputo de la prescripción se toma en consideración la pena en abstracto¹³, sin aplicar en forma previa las normas sobre determinación de penas previstas en los artículos 50 y siguientes del Código Penal. Al respecto, cabe mencionar una sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N°28.744-1991, de 4 de diciembre de 1991, que al conocer de un recurso de casación en el fondo, concluye en su considerando cuarto que para los efectos de la clasificación de los delitos del artículo 3 del Código Penal en crímenes, simples delitos y faltas, cuando se trata de un marco penal que incluye distintas categorías del artículo 21 del mismo código, debe atenderse al grado superior de la pena en abstracto. Además, el inciso final del artículo 94 del Código Penal establece esta misma regla cuando se trata de penas compuestas, por cuanto debe considerarse la pena privativa de libertad y si *ésta* no se impusiera, debe estarse a la sanción mayor.

La doctrina se ha pronunciado sobre el particular, siguiendo el mismo criterio, esto es, que “(...) para los efectos de la clasificación no se atiende a la pena en concreto, sino a la pena con que la ley amenaza en abstracto al autor del delito

13 CURY, ob. cit., p. 800. ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 2002, Tomo II, p. 254.

consumado¹⁴”, considerando la pena en abstracto y en su grado superior, ya que la sanción en abstracto es el único marco que permite cumplir el fin preventivo general de la pena, de lo contrario, la pena en concreto con todas sus circunstancias modificatorias, generaría importantes confusiones.

En este sentido y en materia de responsabilidad penal adolescente, la Excm. Corte Suprema, en sentencia Rol N°3191-07, de 27 de junio de 2007, resolvió la procedencia de la internación provisora, sobre la base de la pena que en abstracto la ley asignaba al delito, estableciendo en su considerando segundo que “para hacer procedente esta cautelar [se] atiende esencialmente a la gravedad del delito y [se] recurre a una abstracción: si fuera cometido por un mayor de edad, no un menor, es decir, toma como base el grado de penalidad que en forma natural y general ha dispuesto el legislador; en el caso concreto de autos, el delito de porte ilegal de arma de fuego descrito en el artículo 11 de la Ley 17.798 es sancionado en su artículo 2° con presidio menor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado mínimo, el cual, al considerarse para estos efectos como cometido por una persona mayor de edad, tiene asignada pena de crimen conforme los artículos relacionados 21 y 56 del Código Penal...”.

Este fallo es relevante, porque tratándose de adolescentes, asienta el criterio de considerar la pena abstracta del delito en cuestión y no la pena en concreto, razonamiento que podría ser aplicable en la prescripción de adolescentes, por cuanto la Excm. Corte toma en consideración la pena en abstracto para determinar la procedencia de la cautelar más gravosa, lo que podría extenderse a la prescripción. Como se verá, la mayoría de las decisiones de los tribunales, al pronunciarse sobre la prescripción de la acción penal respecto de adolescentes, lo hacen según la pena en abstracto, lo que resulta razonable si se considera que se trata de categorías en abstracto, que proporcionan mayor seguridad jurídica, pues de lo contrario no se sabría en el caso concreto si se está frente a un crimen o un simple delito y, en consecuencia, qué plazo de prescripción aplicar. Para ello, las decisiones se fundan en la naturaleza del artículo 21 de la Ley N°20.084, que apunta a delimitar la extensión de la pena aplicable al caso determinado, al tomar como referencia la pena establecida por la ley al ilícito, y proceder a rebajar la pena a la inferior en un grado al mínimo de la señalada por la ley a éste, para luego aplicar las reglas previstas desde el artículo 50 al 78 del Código Penal, ambos inclusive, con la sola excepción del artículo 69 del texto punitivo.

14 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General*, 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 583.

En esta lógica, la Corte de San Miguel, en sentencia Rol N°1605-2012, de 27 noviembre 2012, en su considerando cuarto ha establecido que del tenor literal del artículo 5° de la Ley N°20.084, “(...) se desprende que a efectos de calcular el plazo de prescripción pertinente ha de considerarse la pena en abstracto esto es la asignada por la ley al ilícito a juzgarse que, en el caso de autos corresponden a robo con intimidación, con penalidad legal de crimen, motivo por el que debe aplicarse a su respecto el término de cinco años previsto en la norma precitada”, agregando que “No es óbice para ello el artículo 21 de la Ley 20.084, que apunta a delimitar la extensión de la pena aplicable al caso determinado”. Decisión en el mismo sentido que la sentencia de la misma Corte, Rol N°176-2012, del 1° marzo 2012.

En la misma línea se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en sentencia Rol N°198-2012, de 7 agosto 2012, y sentencia Rol N°185-2012, de 2 agosto 2012. Este último fallo, en los considerandos séptimo y octavo señala que el artículo 21 de la Ley N°20.084 “(...) establece reglas de determinación de la extensión de las penas” y que “(...) constituye una regla de aplicación de pena”, a diferencia del artículo 5 que “(...) [establece] los plazos de prescripción de la acción penal [que] no [varían] en cuanto a la clasificación de los delitos”, lo que evidencia que la finalidades de ambas normas difieren.

En cuanto a la posición que sostiene que el plazo de prescripción tiene su punto de referencia en la pena concreta, con la rebaja prevista en el artículo 21 de la LRPA, ésta ha sido recogida en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N°1827-2011, de 12 septiembre 2011, en su considerando 5° que señala “Que, el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, tiene asignada la pena de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de 5 años y un día a 10 años. Aplicando la regla especial del artículo 21 de la Ley N°20.084, la pena asignada al delito, debe imponerse en un grado inferior al mínimo de la que señala el artículo 440 N°1 del Código Penal. En consecuencia, el grado inferior, es presidio menor en su grado máximo, cuya duración es de 3 años y 1 día a 5 años, clasificada en el artículo 21 del Código Penal como simple delito. De este modo y aplicando la ley especial N°20.084, el delito previsto y sancionado en el artículo 440 N°1 del Código Penal, tiene asignada una pena de simple delito y no de crimen, atendida su duración. En consecuencia, para determinar el plazo de prescripción de la acción y de la pena, y aplicando el artículo 5° de la Ley N°20.084 al ilícito, este plazo es de dos años”.

5. Prescripción de la reincidencia en responsabilidad penal adolescente

La Ley N°20.084 no regula expresamente la prescripción de la reincidencia. Por ello, y en razón de la supletoriedad del Código Penal, a la que ya se ha hecho referencia, y del principio de legalidad, las Cortes de Apelaciones han

considerado que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal que establece que “Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar de la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos”, rechazando las argumentaciones de las defensas en las que se ha solicitado que se apliquen, a la prescripción de la reincidencia, los plazos señalados en el artículo 5 de la LRPA y no los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal, de lo que puede advertirse que existe independencia entre las instituciones de prescripción de la acción penal y de la pena, por una parte, y de la reincidencia, por otra, ya que existiendo regla especial en la Ley N°20.084 sólo respecto de las dos primeras, se ha resuelto aplicar la regulación prevista en el artículo 104 del Código Penal a la prescripción de la reincidencia.

Es el criterio aplicado por la Corte de Apelaciones de Chillán, que en sentencia Rol N°195-2013, de 16 agosto de 2013, considerando sexto, establece “(...) que para los efectos de la prescripción de las condenas anteriores por delitos de la misma especie a que fuera condenado el nombrado procesado, debe considerarse la pena que en abstracto asigna la ley al delito y no la aplicada en concreto, por lo que de acuerdo con el artículo 104 del Código Penal, no estarían prescritas y no viene al caso el citado artículo 5° de la LRPA, que sólo es aplicable a las causales de prescripción de la acción penal y de la pena”.

En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia Rol N°290-2011, de 17 de octubre de 2011, considerando quinto, señala que “(...) no resulta ser menos cierto que lo acá alegado no es la prescripción, sino la no concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad, ya descrita, la que por mandato legal del artículo 104 ya mencionado, no se puede aplicar respecto de crímenes después de diez años, contados desde ocurrido el hecho, por lo que es necesario colegir que lo establecido en este último artículo no dice relación con la prescripción, puesto que ésta última, tanto respecto de la acción penal como de la pena, puede y en algunos casos debe contabilizarse desde una fecha distinta a la de la ocurrencia del hecho y, aún más, bien se puede entender, que de no existir la disposición antes indicada dicha agravante no tendría límite temporal, toda vez que ésta no dice relación con el instituto de la prescripción, motivo por el cual debe necesariamente colegirse que el artículo 104 del Código Penal regula una materia distinta...”.

El razonamiento de ambas Cortes ya había sido plasmado por la Corte de Apelaciones de Temuco, en diversas sentencias, esto es: sentencia Rol N°1145-2011, de 17 de enero de 2012; sentencia Rol N°569-2010, de 25 agosto de 2010 y sentencia Rol N°869-2011-RPP, de 20 de octubre de 2011, rechazando esta última el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, por los argumentos consignados en los puntos 2 y 3 de su parte considerativa, que se reproducen:

“2.- Que se desestimaré la alegación de que la condena de causa RIT 5612-2008 por delito de robo en bienes nacionales de uso público dictada por Tribunal de Garantía de Temuco, por aplicación del artículo 5 de la ley 20.084 se encontraría prescrita y no podría ser considerada para agravar la responsabilidad de su representado, conforme al artículo 104 del código Penal.

3.- Que para lo anterior se ha considerado que el artículo 104 del Código Penal para no tomar en cuenta la circunstancia agravante del artículo 12 N°16 Código Penal, exige el transcurso de un lapso de 10 años tratándose de crímenes, y de 5 años en los casos de simples delitos a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, norma que no dice relación con el plazo de prescripción de la acción penal o de la pena, previstos en el artículo 94 o 97 del Código Penal o 5 de la ley 20.084, que regulan una situación diversa. Ante el vacío de la ley 2084 respecto de una norma que regule el lapso a partir del cual no se tomará en cuenta la circunstancia agravante del (artículo 12 N°16 Código Penal), debe aplicarse el artículo 104 del Código Penal, sin poder hacer al efecto una interpretación que adecue sus plazos a la situación de un adolescente”.

Sobre esta materia, es necesario hacer presente, que durante la tramitación legislativa de la Ley N°20.084 no se discutió la prescripción de la reincidencia, y no se registran antecedentes que revelen la intención del legislador en orden a establecer plazos similares a los previstos en el artículo 5 de la Ley N°20.084¹⁵. Sin embargo, ello debió ser así por un descuido, por cuanto en el Derecho penal general, los plazos de prescripción de la reincidencia de crímenes y simples delitos coinciden con los plazos de prescripción de dichos crímenes y simples delitos, de lo que HERNÁNDEZ concluye que la regulación prevista en el artículo 104 del Código Penal aplicable a los adolescentes, no implica un régimen igualmente duro que el que rige para adultos, al “(...) [representar] un régimen relativamente más duro, medido en términos de la relación entre prescripción del delito y de la pena y prescripción de la reincidencia”¹⁶, de lo que se desprende la necesidad de modificar la Ley N°20.084, en este aspecto.

6. Prescripción de los delitos sexuales con víctimas menores de edad cometidos por adolescentes

El artículo 369 quáter del Código Penal¹⁷, refiriéndose a los delitos sexuales establece que “..., el plazo de prescripción de la acción penal empezará a

15 Historia de la Ley N°20.084 (file:///D:/Datos/Downloads/HL20084%20(3).pdf).

16 HERNÁNDEZ, Héctor, ob. cit., p. 161.

17 La norma del Art. 369 quáter se aplica respecto de aquellos delitos cometidos a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°20.207, publicada el 31 de agosto de 2007.

correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”, afectando los plazos de prescripción de la acción penal contenidos en los artículos 95 y siguientes del Código Penal y en el artículo 5° la Ley N°20.084, discutiéndose en tribunales si esta última norma prima sobre aquélla.

La Fiscalía ha sostenido que deben aplicarse los plazos previstos en el artículo 5 de la LRPA, pero a partir del momento en que la persona menor de edad que haya sido víctima cumpla los 18 años de edad, por cuanto se trata de una regulación específica, en materia de delitos sexuales, que tiene por objeto proteger a los niños víctimas de estos delitos evitando la impunidad, argumentación que ha sido recogida por la Corte de Apelaciones de San Miguel y por diversos Tribunales del Juicio Oral en lo Penal.

En efecto, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia Rol N°997-2014, de 14 de julio de 2014, rechaza el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la resolución del Juez del Décimo Segundo Juzgado de Garantía de Santiago que no dio lugar al sobreseimiento definitivo fundado en que la acción penal para perseguir la responsabilidad penal del adolescente formalizado por abuso sexual en contra de persona menor de catorce años, no se encontraría prescrita por haber transcurrido más de dos años desde la perpetración del delito. La Corte confirma la resolución estableciendo en su considerando cuarto, que resultan aplicables tanto el artículo 5 de la Ley N°20.084 como el artículo 369 quáter del Código Penal, por cuanto los plazos de prescripción de la acción penal para los adolescentes imputados de delito se establecen en el artículo 5 de la LRPA mientras que el artículo 369 quáter del Código Penal “establece la oportunidad en que comienza a contabilizarse dicho plazo”.

En sentencia anterior, Rol N°749-2011, de 20 de junio de 2011, la misma Corte revocó una resolución del Décimo Juzgado de Garantía de Santiago que declaró la prescripción de la acción penal, señalando en su considerando noveno: “(...) Que en cuanto al fondo del recurso, se tiene presente que según dispone el mencionado artículo 369 quáter “En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años de edad”. Artículo que fue incorporado por el artículo único de la Ley N°20.207, de 31 de agosto de 2007, esto es con anterioridad a los hechos motivo de la formalización, sin que se hubiere discutido que la calificación jurídica del ilícito, se enmarca dentro de la tipificación a que se refieren los artículos 366 bis y 366 quáter del Código Penal, que se encuentran en el párrafo que precede a aquél en que se encuentra el artículo 369 quáter del Código Punitivo”. La sentencia concluye en el considerando décimo “[que], en consecuencia, se verifican todos los requisitos que hacen procedente la

aplicación de esta regla especial de cómputo de la prescripción de la acción penal, y en autos no se encuentra prescrita la acción que se investiga”.

En el mismo sentido, la sentencia ejecutoriada, de 25 de febrero de 2014 pronunciada por el Sexto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N°0900169061-K, RIT N°401-2013, en el considerando decimonoveno resuelve las alegaciones de la defensa sobre la prescripción de la acción penal, señalando que: “la víctima al momento de denunciar en febrero de 2009 tenía tan solo 15 años de edad, y sólo cumplió su mayoría de edad el 20 de mayo de 2012, pues nació el 20 de mayo de 1994, (según consta de su certificado de nacimiento, acompañado por la Fiscalía). Si se parte de la base que dicha norma es un estatuto especial que debe ser entendido preponderantemente a favor de la ofendida, según lo sostiene la Fiscalía, teniendo presente al respecto el bien jurídico vulnerado, resultaría por este motivo plenamente aplicable in actum, de manera que en nada se opondría a la normativa constitucional y penal vigente, teniendo presente que “Tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas” (Art. 101 del Código Penal). Por tanto, según esta especial interpretación, en febrero de 2009, fecha de la denuncia, el plazo de prescripción de la acción penal aún no se iniciaba, y tampoco al 2 de mayo de 2012, fecha de la formalización de la investigación del imputado..., pues aún la víctima J. D. L. I. no tenía 18 años”.

Por su parte, la Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en fallo ejecutoriado de 9 de marzo de 2012, RUC N°0900713593-6, RIT N°5-2012, condenó a un adolescente en calidad de autor del delito de violación impropia, en grado de desarrollo consumado y en carácter reiterado a la sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, por el término de un año, resolviendo en su considerando vigésimo, que no se hará lugar a la prescripción de la acción penal, “por oponerse a ello el artículo 369 quáter del Código Penal, que expresamente prescribe que en “los delitos previstos en los dos párrafos anteriores –entre ellos el de violación impropia en donde se afecta a menores de catorce años de edad, como es el caso– el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla dieciocho años”, situación que aún no sucede en la especie, por cuanto el ofendido sólo cuenta con doce años de edad”.

No obstante las decisiones judiciales citadas, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia Rol N°398-2014, de 31 de marzo de 2014, confirmó sin ninguna declaración lo resuelto por el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago de 3 de febrero del mismo año, que declaró la prescripción de la acción penal respecto de adolescente sin considerar la norma especial de prescripción del artículo 369 quáter del Código Penal.

Conclusiones

El artículo 5 de la Ley N°20.084 no se basta a sí mismo para regular todos los aspectos de la prescripción respecto de los adolescentes, por cuanto se limita a rebajar los plazos de la prescripción de la acción penal y de la pena, en relación a aquéllos contemplados en el Código Penal.

Así las cosas, por aplicación de las reglas generales de prescripción, plenamente aplicables en razón de la supletoriedad del Código Penal consignada en el inciso segundo del artículo primero de la LRPA, rigen las normas del Código penal que regulan la prescripción, en cuanto al momento en que empieza a correr, así como también en cuanto a la interrupción y suspensión de la misma.

Según la práctica judicial generalizada, la pena abstracta constituye el punto de referencia para computar el plazo de prescripción de la acción penal en responsabilidad penal adolescente.

Lo resuelto por las Cortes de Apelaciones en materia de prescripción de la reincidencia, da cuenta de la independencia entre la prescripción de la acción penal y de la pena, por una parte, y de la prescripción de la reincidencia, por otra, rigiendo respecto de esta última lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal. No obstante, se advierte cierta inconsistencia que advierte la necesidad de adecuar los plazos entre ambas instituciones mediante una modificación a la Ley N°20.084.

Finalmente y en relación a la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal, la mayoría de la jurisprudencia ha sostenido que deben aplicarse los plazos previstos en el artículo 5 de la LRPA, a partir del momento en que la víctima cumpla los 18 años de edad.

ANÁLISIS ESTADÍSTICO DEL DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DICTADAS DURANTE LOS AÑOS 2012 Y 2013 EN CHILE

Alejandra Vera Azócar¹

Francisco Maffioletti Celedón²

“La restricción de su agresividad es el sacrificio primero y quizá más duro que la sociedad exige al individuo”³

FREUD (1933)

Introducción

La conducta social normal se la tiende a considerar como la forma natural en que las personas actuarían, y por el contrario, se cataloga a las conductas que se apartan de las normas y las costumbres como manifestaciones de lo *desviado*, lo *patológico*, lo que por una causa extraña y ajena vino a exteriorizarse de dicho modo.

Si nos remontamos al origen de lo que sería la naturaleza humana, encontraremos que para algunos autores la conducta social consiste en un precario equilibrio en el cual lo individual convive con lo social en una armonía más feble de lo que imaginamos y deseamos. Así, para Cesare Beccaria “Las leyes son las condiciones mediante las cuales los hombres independientes y aislados, se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, así como de gozar una libertad inútil por la incertidumbre de conservarla. Por eso, debieron sacrificar una parte de su libertad para disfrutar del resto, seguros y tranquilos”⁴.

En este sentido, la ruptura del orden social sería considerada una manifestación de la individualidad frente al bien social, implicando siempre una forma

1 Abogada de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Psicólogo, Subdirector Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

3 FREUD, Sigmund. *32ª Conferencia. Angustia y vida pulsional* (1933), Buenos Aires, Argentina, Amorrortu Editores, 1993, Tomo XXII, p. 102.

4 BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, edición de 1774, Madrid, Ed. D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M.

de agresión a la comunidad en su conjunto, más allá de la conducta específica y concreta dirigida contra otro sujeto. Dentro de ese contrato social, la conducta agresiva es connotada de formas prosociales cuando ésta se encuentra al servicio de valores que la comunidad quiere reforzar (ej.: emprendimiento, garra deportiva), y de manera antisocial cuando contraría el bien común. En este último supuesto, resulta concebible la violencia como una de “las formas más extremas de la conducta agresiva”⁵.

Ahora bien, cuando analizamos la construcción intelectual en torno a los bienes jurídicos como fundamento de la prohibición social de ejecutar determinadas conductas por constituir un atentado a los valores que la sociedad toda ha definido como esenciales, no podemos sustraernos a que en determinadas ocasiones nos encontraremos con una colisión de intereses, una predominancia de uno sobre otros, y en definitiva, ante una jerarquía de valores en orden a su importancia, y desde el punto de vista práctico, a su aseguramiento y aplicabilidad.

Así, no podemos dejar de considerar al bien jurídico de la vida como primordial, básico, y quizás, desde una perspectiva particular, la piedra sobre la cual los más relevantes bienes jurídicos descansan y son protegidos.

Es en este contexto que nos pareció relevante estudiar la figura del homicidio calificado, pues a pesar de que éste representa una de las formas más violentas de atentado contra una persona, no conocemos a cabalidad su comportamiento y el panorama general en el que se desarrolla en nuestro país, a diferencia de lo que sucede en otras realidades latinoamericanas en las cuales, por sus procesos sociales y características delictuales específicas, resulta más común que el homicidio se lleve a cabo, ya sea por razones políticas, incluso a veces implicando la muerte de candidatos, alcaldes o parlamentarios en ejercicio; o como medio de extorsión; o forma de ajustar cuentas y enviar mensajes a determinados grupos, principalmente ligados al narcotráfico o a facciones religiosas; o incluso mediante promesa remuneratoria, que en algunos países incluso ha llegado a constituirse en una profesión y una forma de vida.

Demás está señalar que en dichas realidades, la forma asumida por los homicidios calificados conlleva una importante repercusión en la posibilidad de contar con testigos que colaboren en la investigación penal, con medios probatorios, y con formas idóneas de garantizar la seguridad e integridad de los actores del sistema. En nuestro país, por la idiosincrasia y el aislamiento geográfico natural, son inusuales los delitos de homicidio calificado en que se pongan en juego algunas de las circunstancias enumeradas precedentemente.

5 GARCÍA MEDINA, Pablo. *Agresividad y Violencia: marco psicosocial para la intervención*. En: *Psiquiatría Legal y Forense*, Madrid, España, Editorial Colex, 1994, Volumen I, p. 534.

Ante ello, y como parte de una política preventiva general que sea capaz de anticiparse a los hechos y a las realidades criminales incipientes, resulta del todo pertinente contar con una visión panorámica acerca de la realidad fenomenológica del delito de homicidio calificado.

En este sentido, resulta necesario conocer cuántos de estos ilícitos se cometen anualmente, en qué regiones, bajo qué circunstancias calificantes, quiénes son los que frecuentemente los ejecutan, quiénes son comúnmente las víctimas, y cuál es la edad promedio de víctimas e imputados.

Esta visión del escenario que se nos presenta nos permitirá conocer nuestra realidad y a partir de allí compararla con el resto de los panoramas latinoamericanos e incluso de los países más desarrollados, pavimentando así el camino hacia la consolidación de una sociedad de primer mundo.

Definiciones y cifras en torno al delito de homicidio

Sin duda el homicidio no sólo es el delito característico y primordial de las figuras contra la vida, sino también es el ilícito más antiguo que registra nuestra historia, es así como ya en los albores de la humanidad, se concretaba el primer homicidio, en que Caín, celoso de las preferencias observadas, causaba la muerte de su hermano Abel, dando lugar a lo señalado más tarde por Carrara, a “la destrucción del hombre injustamente cometida por otro”⁶.

Nuestro legislador recoge diversas conductas constitutivas de homicidio, a las cuales les da otra denominación por revestir ciertas particularidades que las hacen erigirse, por regla general, como delitos agravados. En este contexto, encontramos al homicidio calificado, al homicidio en riña⁷, al parricidio, al auxilio al suicidio, al infanticidio, y recientemente, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°20.480, al femicidio.

Si bien no existían remotamente mayores discusiones respecto a que el bien jurídico protegido en el delito de homicidio es la vida independiente y que el momento en que comienza esta protección es el nacimiento, extendiéndose hasta la muerte, hoy en día, a la luz del continuo progreso científico y del intenso respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos conceptos ya no aparecen tan claros. En este sentido, y sin

6 CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Derecho Criminal*, Parte Especial, trad. de Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez, Buenos Aires, Ed. Depalma, T. III, 1945, Volumen 1, p. 42.

7 A pesar de que existen autores como Etcheberry que señalan que el homicidio en riña no constituye una figura distinta y separada del homicidio, sino que sólo se trata de una regla subsidiaria para los efectos de determinar la penalidad en caso que no conste el autor del delito.

ánimo de profundizar al respecto, toda vez que excede el contenido de este trabajo, pero intentado aportar a la discusión, no podemos dejar de mencionar que la vida del que está por nacer, merece el mismo nivel de intensidad en cuanto a su protección que la vida independiente, no pudiendo concebirse que exista algún espacio en que ésta quede despojada del amparo del ordenamiento jurídico.

Piénsese por ejemplo, en aquel facultativo que de manera imprudente ocasiona la muerte del nasciturus en un embarazo de término, en que, de haberse respetado el cuidado debido, no se habría producido el resultado desfavorable. Concretando el ejemplo para darle mayor realidad a la problemática, cabe preguntarse, qué ocurre en aquellos casos en que el médico tratante, a sabiendas del delicado estado de salud de la paciente, habiendo auscultado al feto y verificado una baja en los latidos cardiorrespiratorios, prescinde de sus obligaciones y no realiza la interrupción inmediata del embarazo que aconsejaría la *lex artis*, sino que se retira del lugar, o se distrae en alguna otra actividad trivial, regresando horas más tarde para proceder a realizar una cesárea, cuando ya el nasciturus se encuentra sin vida.

Situaciones como éstas no son tan infrecuentes y nos obligan a fomentar una discusión en torno a cómo se protege la vida del que está por nacer que no queda amparada bajo el delito de aborto. Relevante resulta en esta disyuntiva enfatizar lo señalado por el profesor Etcheberry, en orden a que no puede aceptarse “que exista una zona lacunaria en la cual la muerte inferida a un ser vivo de la especie humana sea un acto penalmente impune. El solo planteamiento de tal posibilidad haría imperativa la interpretación extensiva del texto legal penal”⁸.

Por otro lado, en cuanto al concepto muerte, también se han dado numerosas discusiones, intensificadas por el constante avance científico y por el progreso en materia de trasplantes de órganos. Es así como la Ley N°19.451, que Establece Normas Sobre Trasplante y Donación de Órganos, señala en su artículo 11 que “la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.

Los médicos que otorguen la certificación no podrán formar parte del equipo que vaya a efectuar el trasplante.

La certificación se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados.

8 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte Especial, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, Tomo III, p. 36.

dos por las pruebas o exámenes calificados. El reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones:

1. Ningún movimiento voluntario observado durante una hora.
2. Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador.
3. Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

En estos casos, al certificado de defunción expedido por un médico, se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte”.

A pesar de que este concepto fue establecido, tal como dice la norma “para los efectos previstos en esta ley”, es decir, para aquellos casos en que se realizaren extracciones y trasplante de órganos, posteriormente el mismo, fue recogido por la Ley N°20.584 que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones vinculadas a su Atención en Salud, estatuto que le da una aplicación más amplia al no condicionarla a la verificación de algún trasplante, consagrándose en el artículo 19 que “tratándose de personas en estado de muerte cerebral, la defunción se certificará una vez que ésta se haya acreditado con las prescripciones que al respecto contiene el artículo 11 de la ley N°19.451, con prescindencia de la calidad de donante de órganos que pueda tener la persona”.

Expuestas algunas consideraciones preliminares, cabe señalar a continuación que, dentro de las diversas figuras delictivas que consideran el mismo verbo rector consistente en “matar a otro”, la que reviste una importancia fundamental, toda vez que conlleva un mayor desvalor y una especial maldad en la conducta, es el tradicionalmente denominado “homicidio calificado”, terminología que si bien no es utilizada por el legislador, resulta comúnmente aceptada para referirse a los casos señalados en el Art. 391 N°1 del Código Penal⁹, en contraposición a la llamada figura base o residual de “homicidio simple” del Art. 391 N°2.

⁹ Igualmente, algunos autores como Politoff/Bustos/Grisolía, señalan que aunque se ha generalizado la fórmula de homicidio calificado, no existe obstáculo para emplear indistintivamente la nomenclatura de asesinato, es más, la voz de asesinato proporciona una mayor especificidad a esta clase de homicidios y facilita su individualización, pues la palabra “calificado” es usada para todos los tipos agravados que se contemplan en nuestra legislación. Politoff/Matus/Ramírez, señalan que la preferencia de la nomenclatura de asesinato, no deja de tener razón, “por su mayor carga de significado: esta expresión –cuyo origen etimológico parece encontrarse en la voz árabe *haxxaxin*, que identificaba a ciertos asesinos a traición de Libia en época de los cruzados– es la tradicional en la legislación española, donde permanece aún en los arts. 139 y 140 del nuevo CP español de 1995...”.

Como sabemos, el homicidio calificado es aquel que consiste en matar a otro con alguna de las cinco circunstancias contempladas en el artículo 391 N°1 del Código Penal, y sin que concurran los requisitos del parricidio, femicidio, o infanticidio. Recurrentemente, los autores han discutido en orden a determinar si el homicidio calificado es una figura agravada del homicidio simple o se trata de un ilícito independiente. Para Vivian Bullemore, “el homicidio calificado constituye una figura agravada del homicidio simple, en la que, si bien el tipo objetivo es el mismo –matar a otro–, el legislador circunscribe sus medios de comisión a los señalados en el N°1 del artículo 391”¹⁰. En la postura contraria, el profesor Garrido Montt sostiene que “el homicidio calificado constituye un delito con identidad propia... se trata de un delito con vida independiente históricamente, pues ya en la legislación española –fuente de la disposición nacional– se denomina asesinato y no homicidio”¹¹. A esto debemos agregar, que el homicidio calificado reviste un mayor reproche, pues no sólo se lesiona el bien jurídico supremo, la vida, sino que además, se ataca, prevaliéndose de la imposibilidad de defensa de la víctima o aumentando innecesariamente su dolor, lo que da cuenta de una mayor perversidad del sujeto activo.

Por no ser el objetivo de este estudio, no nos detendremos a analizar las complejidades derivadas de constituir, el delito de homicidio calificado, un tipo con pluralidad de hipótesis (entre ellas, el concurso de calificantes y agravantes, y concurso de calificantes), ni tampoco en las consideraciones de cada una de las circunstancias calificantes, sino que nos remitiremos a determinar cuál ha sido su comportamiento durante los años 2012 a 2013.

Así las cosas, ya adentrándonos en nuestro estudio, es importante considerar que en la realidad nacional, las estadísticas reflejan un bajo número de ingresos de delitos de homicidio en relación al total de delitos ingresados al Ministerio Público, representando éste, en sus distintas modalidades, tan sólo un 0,12% de los delitos. De esta manera, podemos señalar que desde el inicio de la Reforma Procesal Penal, en diciembre de 2000, hasta diciembre de 2013, han ingresado al Ministerio Público un total de 14.271 delitos de homicidio, en relación a un total de 11.821.133 delitos generales, presentando un promedio de 1.500 delitos de homicidio los últimos 8 años, mostrando una estabilidad en cuanto a la cifra anual de este tipo de delitos.

10 BULLEMORE, Vivian. *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*, Santiago, Chile, Editorial Puntotex S.A., 2011, Tomo I, p. 485.

11 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*, Parte Especial, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo III, p. 52.

DELITO DE HOMICIDIO Y DELITOS GENERALES INGRESADOS, AÑOS 2000 A 2013

CATEGORÍA DE DELITO	HOMICIDIOS	DELITOS GENERALES
2000 - 2005	2.794	1.715.200
2006	1.326	974.062
2007	1.333	1.115.480
2008	1.497	1.261.373
2009	1.601	1.321.388
2010	1.367	1.291.266
2011	1.527	1.425.961
2012	1.355	1.372.182
2013	1.471	1.344.221
TOTAL	14.271	11.821.133

Fuente: Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público año 2013. Información obtenida del SAF.

Desglosando el delito de homicidio en las diferentes figuras contempladas por el legislador, en la tabla siguiente podemos verificar que el más cometido es el homicidio simple, con un 83%; seguido distantemente por el parricidio, con un 7%; y por el homicidio calificado, con un 5%. Lo anterior, da cuenta de que en la mayoría de los delitos de homicidio nos encontramos frente a figuras simples de atentados contra la vida, sin una planificación previa y sin una especial perversidad, los cuales posiblemente se hallen determinados por circunstancias sociales o interpersonales que gatillen la reacción violenta, primando más el ánimo irascible, la impulsividad, y en términos psicológicos la percepción teñida de la realidad por afectos disruptivos e inestables, los cuales el sujeto no pudo canalizar adecuadamente por la primacía emocional.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal y probatorio, dado el análisis cualitativo que hemos efectuado con las sentencias estudiadas, podemos afirmar que esa cifra de homicidios simples lo que hace es esconder un porcentaje de homicidios calificados que, por su dificultad probatoria, y la no acreditación de la calificante, han devenido en homicidios simples.

DELITOS DE HOMICIDIO INGRESADOS POR AÑO¹²

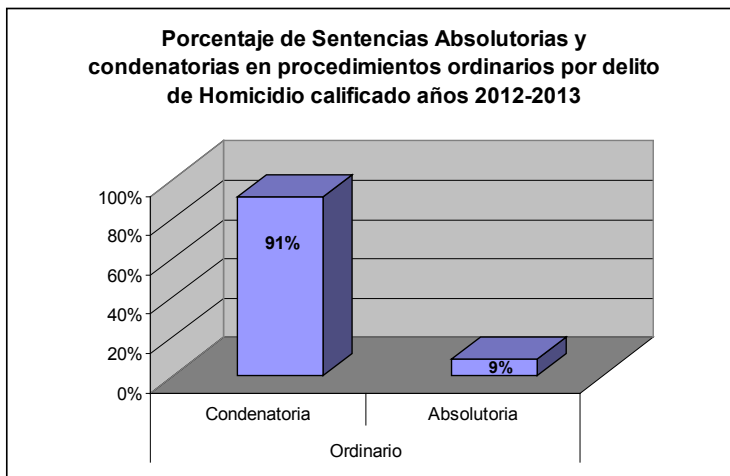
Delito	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Homicidio simple	1.123	1.079	1.164	1.345	1.124	1.282	1.137	1.241	9.495
Parricidio	89	146	179	121	110	51	57	58	811
Homicidio calificado	51	64	82	77	75	90	61	69	569
Homicidio en riña o pelea	32	10	34	38	37	34	25	29	239
Femicidio	0	0	0	0	2	52	60	76	190
Infanticidio	18	11	13	11	7	14	11	9	94
Total	1.313	1.310	1.472	1.592	1.355	1.523	1.351	1.482	11.398

¹² Cabe señalar que las cifras totales consignadas en la presente tabla difieren levemente de las señaladas en la tabla que la antecede, toda vez que el SAF es dinámico, lo que implica

En un porcentaje bastante inferior encontramos al homicidio en riña o pelea, con un 2,1%, al femicidio con un 1,7%, y al infanticidio con un 0,8% de los casos. Es importante hacer presente, en cuanto al delito de femicidio, que éste no registra ingresos anteriores al año 2009, toda vez que la Ley N°20.480, que establece el femicidio, fue publicada el 18 de diciembre de 2010, situación que explica además, que durante los años anteriores al 2010 las cifras del delito de parricidio sean casi el doble de lo se verifica anualmente a partir de dicha fecha. Asimismo, resulta interesante constatar que desde el año 2011 en adelante, los ingresos por el delito de femicidio son superiores a los del parricidio, con lo que aquél pasa a ocupar el tercer lugar entre los homicidios más frecuentemente cometidos.

Estudio de 88 casos de homicidio calificado

Durante los años 2012 y 2013 se registraron un total de 88 ingresos por el delito de homicidio calificado en procedimiento ordinario, en los cuales se obtuvo sentencia definitiva condenatoria en el 91% de los casos, mientras que en el 9% restante, la sentencia definitiva fue absolutoria.

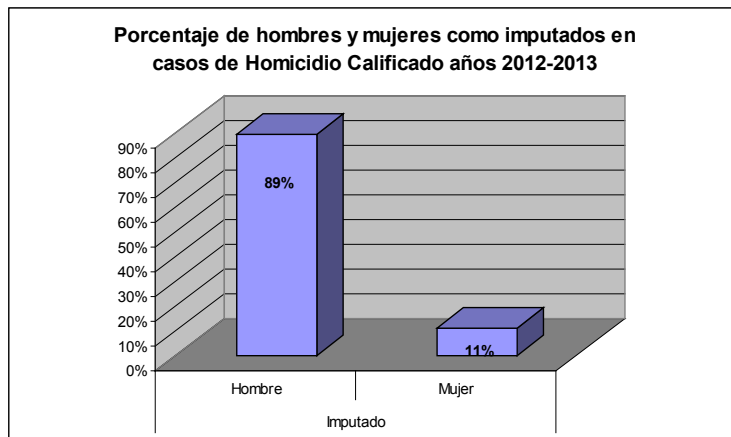


Al respecto, cabe hacer presente que este porcentaje de 91% de sentencias definitivas condenatorias obtenidas en juicio oral, es claramente superior al del promedio general de los demás delitos en este tipo de procedimiento, el cual se ha mantenido estable los últimos años en torno al 82% de sentencias definitivas condenatorias, y 18% de sentencias definitivas absolutorias. Este fenómeno se puede explicar en parte por la circunstancia de que en este tipo

que la información que contiene puede presentar pequeñas variaciones de acuerdo al momento en que es requerida.

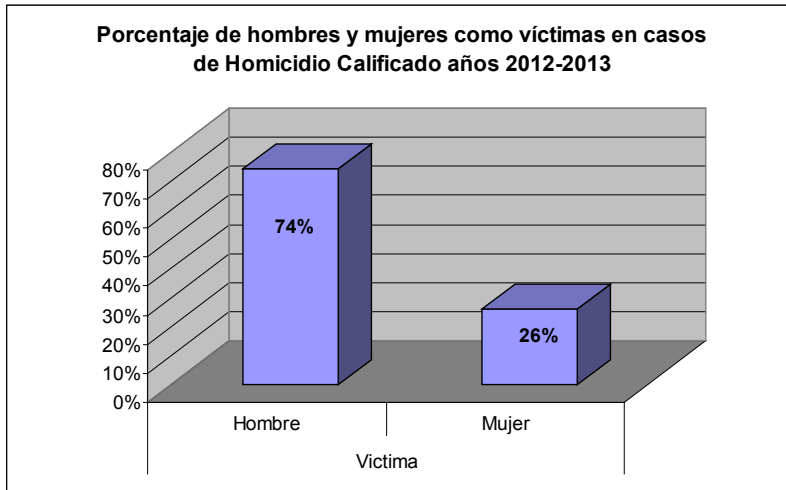
de ilícitos, en la generalidad de los casos estamos frente a imputados conocidos, o que en el transcurso de la investigación se logra su identificación. Así, en los años 2012 y 2013 se observó que en los delitos de homicidio el porcentaje de imputados conocidos fue de un 83%, constituyendo el tercer tipo de delito con más alto ingreso de imputados conocidos, antecedido por los delitos vinculados a la Ley de Tránsito, y por las faltas. Estas cifras no dejan de ser relevantes en tanto que en las restantes categorías de delitos el porcentaje de ingresos de imputados conocidos es notoriamente inferior, al punto que el porcentaje de ingreso de imputados desconocidos es mayor al de imputados conocidos, con un 53% y 47% respectivamente.

Del total de 88 ingresos por el delito de homicidio calificado, se imputó responsabilidad a un total de 141 personas, de los cuales 125 casos correspondieron a hombres, lo que equivale a un 89%, mientras que tan sólo en 16 casos se imputó a mujeres, representando el 11%.



Como es posible apreciar, la participación de los hombres en el delito de homicidio es muy superior al de las mujeres, lo que podría llevar a concluir que ello se produce porque éstos generalmente tienen mayores móviles para cometerlos, por ejemplo, ajuste de cuentas, rencillas, conservación de su situación de primacía, drogas, alcohol, etc., mientras que en el caso de las mujeres, los móviles están subyugados principalmente a relaciones de pareja, situaciones sentimentales, defensa personal, violencia intrafamiliar, entre otros, teniendo presente que además, en diversos casos se tratará específicamente de mujeres parricidas, que por lo tanto, no serán incluidas en las cifras del homicidio calificado. Asimismo, existen casos en que el homicidio cometido por las mujeres se asemeja al que cometen los hombres, en que la víctima es un desconocido y se ejecuta la conducta bajo la influencia de alguna sustancia o alcohol.

Tratándose de las víctimas y conforme al gráfico que se adjunta a continuación, se evidencia que 89 hombres fueron sujetos pasivos del delito de homicidio calificado, lo que representa un 74% del total, en cambio, 31 mujeres fueron víctimas, constituyendo un 26%.



De esta forma, se evidencia que en los 88 casos estudiados se registró un total de 120 víctimas, 89 de ellos varones y 31 mujeres, lo que implica que por cada RUC puede existir más de una víctima, arrojando un promedio la presente investigación de 1,36 víctimas por caso.

Respecto de este tipo de ilícitos, la conciencia colectiva de la comunidad tiende a considerar, generalmente, que son los hombres quienes se ven mayormente involucrados en delitos violentos, o como se conoce comúnmente en “delitos de sangre”, lo que aparecería corroborado con las cifras obtenidas, que constatan que sólo una de cada cuatro víctimas de homicidios calificados es de sexo femenino. En este contexto, a pesar de que podríamos elucidar que por su propia condición de mujer éstas caerían dentro del grupo de los denominados población “vulnerable” y que por tanto, estarían más expuestas a convertirse en sujetos pasivos de este tipo de delitos, analizando estos datos con los del gráfico anterior, se llega a la conclusión de que si bien es cierto que el género femenino podría ostentar dicha condición, en estos ilícitos no es tan frecuente que se trate de una acción violenta dirigida por un hombre en contra de una mujer.

En cuanto a la edad promedio de los imputados y víctimas en este tipo de delito, nos encontramos con que la edad promedio de los imputados en este tipo de ilícitos es menor al de las víctimas, presentando éstos una edad promedio de 28 años, y las víctimas una edad promedio de 33 años.

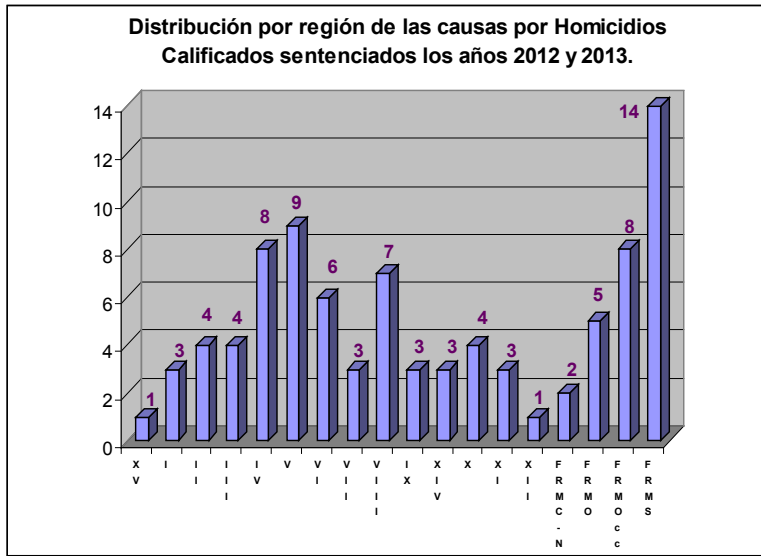


Al respecto, como el promedio es un valor que se limita a marcar el punto que agrupa la totalidad de la dispersión de los valores, resulta interesante constatar en mayor nivel de detalle cada uno de estos parámetros.

Así, nos encontramos con que en el caso de los imputados, la edad máxima de los condenados por homicidio calificado fue de 64 años, y que la edad mínima fue de 15 años, siendo el valor más frecuente (moda) la edad de 20 años, y ubicándose la mediana en torno a los 25 años.

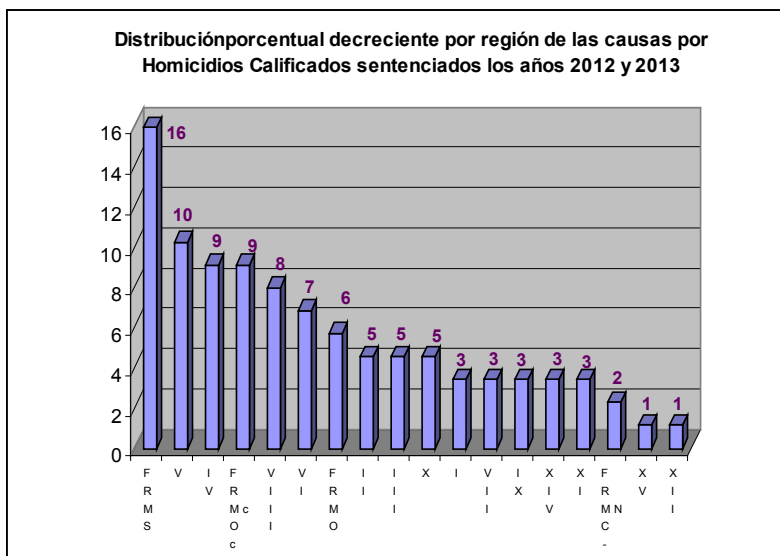
En el caso de las víctimas, la edad de éstas representó una mayor dispersión, fluctuando entre un año de vida y los 89 años, situándose la moda en los 21 años, y la mediana en los 30 años.

Referente a las regiones en que se llevaron adelante estas 88 investigaciones por homicidio calificado que terminaron siendo sentenciadas en procedimiento ordinario, resulta interesante constatar que, tal como ejemplifica la siguiente tabla, este tipo de delitos adquieren más relevancia y presencia en algunas regiones que en otras.

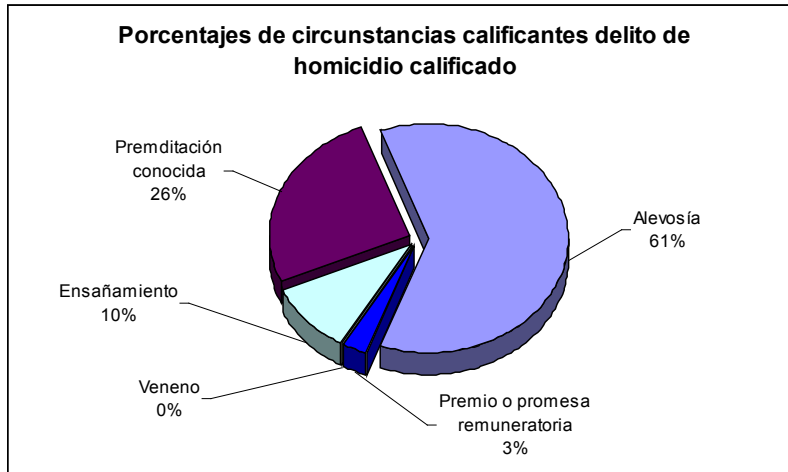


Si bien es cierto siempre se pondera la cantidad de habitantes de las regiones a fin de establecer el peso diferencial de determinados delitos, y establecer si su aumento se debe a las diferencias poblacionales en cuanto al número de habitantes, no deja de llamar la atención que un alto porcentaje de los casos se encuentra radicado en la Fiscalía Regional Metropolitana Sur.

Esta Fiscalía Regional concentra, tal como se observa en la siguiente tabla, un 16% de los casos a nivel nacional, seguida por la Fiscalía Regional de la V región, con un 9%, y luego por las Fiscalías Regionales de la IV región y Metropolitana Occidente, ambas con un 9%.



En cuanto a las circunstancias calificantes, es posible apreciar que aquella que con mayor frecuencia se solicita y es acogida por los tribunales es la alevosía, con un 61%, seguida por la premeditación conocida con un 26% y el ensañamiento con un 10%, dejando bastante más atrás a la circunstancia segunda del artículo 391 N°1 del Código Penal, esto es, por premio o promesa remuneratoria, con un 3% y finalmente por medio de veneno, en que no se registró ningún caso en el período que comprendió el presente estudio.



Estas diferencias porcentuales entre las diversas calificantes son explicable justamente por las características propias de cada una de ellas. En este contexto, por ejemplo, no es infrecuente que el sujeto activo busque obrar a traición o sobre seguro, desplegando medios destinados a ocultar su verdadera intención y a crear una situación de indefensión de la víctima, aprovechando la confianza e indefensión obtenida, con el fin de asegurar el resultado buscado.

En este sentido, resulta pertinente aprovechar esta instancia para analizar dos casos relevantes en que la jurisprudencia estimó concurrente la alevosía, indistintamente, en sus dos modalidades, y que constituyen la forma en que los tribunales han interpretado, generalmente, esta calificante.

El primero de ellos es el relativo al caso del triple homicidio de Peñablanca, en que el agente ingresó mediante escalamiento al domicilio de las víctimas y esperó oculto la llegada de su hermano, de la madre de éste, y de la asesora del hogar, para proceder a darles muerte a cada uno de ellos mediante comprensión cervical por vínculo.

Para el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, esta modalidad de comisión configuró la alevosía en su expresión de obrar sobre seguro, señalando al respecto que *“con relación a la alevosía, debe tenerse primeramente presente que el Código Penal no explica en la norma citada el significado de tal*

expresión, pero la doctrina ha entendido unánimemente que corresponde al que le da el artículo 12 N°1 del mismo cuerpo legal, esto es, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro, siendo decisivo, en ambos casos, el aprovechamiento o la creación de un estado de indefensión en la víctima (Politoff, Matus y Ramírez; Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, 2004, p. 56). De estas hipótesis, el Tribunal circunscribió la calificante a la segunda de las expresiones, esto es, obrar sobre seguro.

Se ha entendido que el “obrar sobre seguro” consiste en el aprovechamiento de circunstancias materiales favorables, buscadas de propósito por el hechor con el fin de asegurar el éxito de la acción delictiva y neutralizar los posibles riesgos que pudiera emanar de una probable defensa de la víctima. Significa ocultamiento del cuerpo del hechor, o de los medios ejecutivos con el fin de provocar la indefensión de la víctima y la ventaja o seguridad del hechor; agregando que la jurisprudencia señala que “se actúa sobre seguro, esto es, libre de daño o riesgo, sin proporcionar a la víctima la oportunidad de que se defendiera o rechazara la agresión” (Texto y Comentarios del Código Penal Chileno, tomo I, libro primero, parte general; varios autores, Ed. Jurídica de Chile, 2002, p. 190). Se dice que el aseguramiento puede corresponder a la creación por el delincuente de una situación de seguridad para la consumación del hecho (una emboscada) o del simple aprovechamiento de circunstancias materiales que dejan en la indefensión a la víctima, condiciones que influyen en el autor para llevar a cabo el delito (Garrido M., Mario, Derecho Penal, parte especial, T. III, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, 2002, p. 56)...

...Llevadas estas consideraciones dogmáticas al caso en concreto, no cabe duda que existió por parte del agente un actuar sobre seguro. Ya la decisión de cometer este delito en el interior de la vivienda donde residían las víctimas denota un actuar especialmente péfido —y así se configura, según se dirá la agravante respectiva— pero esa circunstancia, de ocultarse dentro del lugar donde mayor seguridad se siente por la generalidad de los seres humanos, favorece la comisión del delito, toda vez que no era posible para los afectados prever que el homicida se ocultaba dentro de su propia morada. Estas circunstancias fueron especialmente creadas por el hechor, lo cual se revela por la planificación previa que debió efectuar para establecer las conductas de los residentes de la casa, mediante la vigilancia del inmueble, e incluso del lugar de trabajo de la víctima —conforme señalaron testigos en el juicio— lo que le permitió determinar un cierto patrón conductual de los ofendidos...

...El actuar del acusado que da cuenta el análisis médico legal es claramente constitutivo de la alevosía que señala la ley, puesto que se buscó y propició el momento preciso de mayor desprevenición o indefensión de las víctimas, para someterlas físicamente y, luego, darles muerte. Su conducta, entonces, colma los requisitos de la calificante, tanto objetiva, como subjetivamente...¹³.

13 Sentencia en causa RUC 0801100201-4, de 25 de marzo de 2013, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar. Véase también sentencia de la Corte Suprema, de 10

Por su parte, en el emblemático caso “Rocha”, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, estimó concurrente la alevosía en sus dos modalidades, sosteniendo al respecto que *“estos sentenciadores han estimado la concurrencia de la calificante tratada, en sus dos hipótesis, según se explica a continuación:*

*Respecto de la concurrencia de la **traición**, esta, a juicio del profesor Alfredo Etcheberry, “es esencialmente una actitud moral: un ocultamiento de las verdaderas intenciones, de tal modo que la víctima no desconfíe del hechor, el cual responde a esa confianza dando muerte al ofendido, con la seguridad que le brinda la desprevenición de éste. No se trata simplemente de que la víctima esté desprevenida, sino de que esta desprevenición, haya sido procurada por el homicida, aprovechándose de la confianza en él depositada por aquella”. Pues bien... el acusado se presentó con don J.O. y le manifestó su intención de arrendar su casa de veraneo por un período de dos semanas, pernoctando incluso en el inmueble el día en que llegó al lugar en compañía de su familia, lo que naturalmente fue generando una confianza de parte de la víctima hacia su persona, ya que no sólo concertaron el arriendo de su casa, sino que además, lo vio involucrado en las actividades... no pudiendo avizorar de modo alguno, las verdaderas intenciones de M.M.V... Por esta razón, al llegar ambos sujetos a su casa el día de los hechos, J.O. no podía desconfiar en caso alguno, de los propósitos por los que M.M.V estaba en el lugar, ya que supuestamente iba a recibir la casa... circunstancia que da cuenta del ocultamiento de sus verdaderas intenciones, pues simuló ser un simple arrendatario, lo que le permitió ingresar la bencina al interior del inmueble, sin despertar ninguna sospecha con su actuar, traicionando de este modo, la confianza en él depositada, dando muerte a la víctima, con la seguridad que obtuvo de su desprevenición.*

Así, se puede concluir que concurre respecto a M.M.V. la alevosía, en su modalidad de “obrar a traición”, pues el acusado mostró externamente su intención de arrendar la casa del afectado, sin evidenciar su designio delictivo, aprovechando de este modo, las condiciones de seguridad que había creado previamente con el fin de asegurar sus malignos propósitos.

de agosto de 2004, Rol N°2109-04 que define la alevosía, señalando que *“la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales superiores de justicia entiende: “que existe alevosía cuando se emplean medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tienda directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido”(fallo de 30 de enero de 1991, Gaceta Jurídica N°127, p. 70, Rol N°27861), sin que aparezca como imperioso un señalamiento expreso acerca del ánimo alevoso del delincuente, cuestión sobre la cual la doctrina por lo demás no se ha mostrado pacífica en señalar si esta es de carácter eminentemente objetivo o si, por el contrario, ostenta una índole principalmente subjetiva, siendo dicha discusión bastante sutil y en el presente caso, se encuentra en la resolución recurrida, dado que la situación de aseguramiento o posición de privilegio, en la cual se encuentra el agente es suficiente para estimar la concurrencia de un ánimo expreso de aprovecharse de esa indefensión para llevar a cabo su actuar”.*

Por otro lado, se estima por estos sentenciadores que ambos agentes ejecutaron el delito “sobre seguro”, lo cual, según los dichos del profesor Mario Garrido Montt, significa “hacerlo creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que ese riesgo provenga de la posible reacción del sujeto pasivo, (atacarlo por la espalda) o de terceros que lo protegen (distráer a la institutriz a cargo del niño a quien se pretende matar). El aseguramiento, puede corresponder a la creación por el delincuente de una situación de seguridad para la consumación del hecho, (una emboscada) o del simple aprovechamiento de circunstancias materiales que dejan en indefensión a la víctima, condiciones que influyen en el autor para llevar a cabo el delito”. (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte especial, tomo III página 56). Es así, como... los imputados, ingresaron al domicilio de J.O., con la clara intención de darle muerte, para lo cual, procedieron a amarrarlo con cinta adhesiva, lo que en definitiva significó eliminar todo riesgo para sí mismos, proveniente de la defensa que pudiera oponer la víctima. En otras palabras, al acometer a J.O. —a la postre de 79 años de edad—, y proceder ambos a inmovilizarlo, crearon un estado tal de indefensión en la víctima, que objetivamente aseguró tanto la ejecución del delito, como la integridad de los acusados ante su eventual reacción...”¹⁴.

- 14 Sentencia en causa RUC 0810003835-9, de 26 de marzo de 2009, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. Véase también sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 4 de septiembre de 2012, Rol N°590-2012, en la cual, dicho tribunal, verificando las circunstancias comisivas, estima concurrente y analiza la alevosía en sus dos expresiones, sosteniendo que “la alevosía ha sido concebida en dos hipótesis diversas, a saber, “obrar a traición o sobre seguro”, lo que en el primer caso se traduce en que el victimario aprovecha o crea un estado de indefensión de la víctima, implica, deslealtad, perfidia en el homicidio ocultamiento moral o disimulación de sentimientos hostiles y simulación de sentimientos de amistad, para evitar la reacción de la víctima o el auxilio de terceros, por ejemplo conversándole amablemente y sonriéndole, ocultando a su vez entre sus ropas un cuchillo con el que ultima a ésta, aprovechándose de su actuar encubierto y provocándose una ventaja frente la víctima. En cambio, en su aspecto de actuar sobre seguro, significa que el sujeto activo procede sin aventurarse a ningún riesgo, ya sea creando o aprovechándose de las circunstancias de hecho que le permitan evitarlo con el propósito de asegurar su acción, e impedir la defensa o potencial defensa que pudiera ejercer la víctima se e incluyen aquí los casos de asecho, la emboscada, el aprovecharse de situaciones de desventajas objetivas como las facultades mentales disminuidas, la edad, contextura física, y todas las otras formas de cometer el delito sin riesgo o con un mínimo de riesgo para el agresor, para sí para evitar la reacción de la víctima o el auxilio de terceros.

Que, en este contexto, este Tribunal estima que la calificación jurídica de los hechos, determina que se trata de un delito de homicidio calificado, descrito en el artículo 391 N°1°, circunstancia primera del Código Penal, concurriendo la circunstancia de la alevosía en sus dos hipótesis. El obrar “sobre seguro” se aprecia cuando, tal como se indicó en el considerando séptimo, antes citado, el imputado se aprovechó no sólo de la noche para actuar, sino que además de que no existía luz artificial, que el ofendido caminaba a dos metros adelante y que estaba en estado de ebriedad (la alcoholemia arrojó 2,33 grados por mil de alcohol en su sangre). Asimismo, se configura también el supuesto de “obrar a traición”, ya que, tal y como señala el sentenciador, la agresión provino precisamente de un pariente de la conviviente de la víctima, que llevaba casi dos semanas alojando en su casa y de quien no tenía razón alguna para esperar este

La segunda calificante más frecuente, pero que representa un porcentaje considerablemente menor, es la premeditación conocida, que se vincula justamente a la alevosía, en el sentido de que requiere de una reflexión previa y un ánimo dirigido a la comisión del delito y al aseguramiento del agente o indefensión de la víctima. Respecto a ella, la jurisprudencia se ha pronunciado señalando *“en relación a la calificante de **premeditación conocida**... y en cuanto al elemento psicológico, esto es, la idea de un pensar previo, el ánimo frío y tranquilo, para la realización de la resolución, firme, mantenida y meditada de delinquir. Con la prueba referida precedentemente, quedó acreditado, que con mucha antelación a la realización de éste crimen, los hechos determinaron su actuar, ubicándose el día 29 de marzo de 2010, al menos dos tiradores en posición tal que les permitió apuntar directamente hacia partes vitales del cuerpo de R.A., hasta darle muerte, todo lo cual les permitió cumplir su propósito preconcebido, esto es, matarlo. Esta resolución delictiva fue preparada y la manifestó el acusado... lo que da cuenta que se exteriorizó el propósito delictivo... y así concluir, que efectivamente, dos días antes de la muerte de R.A., los acusados, habían manifestado su propósito de terminar con la vida de R.A. Testimonios que además dan cuenta de la persistencia en el tiempo de la resolución delictiva y la frialdad de ánimo del los hechos, dada la forma como fueron acreditadas las circunstancias en las cuales se produce la muerte de R.A.”*¹⁵.

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, refiriéndose a los medios comisivos que dan lugar a la premeditación conocida, afirma que *“dicha circunstancia calificante, exige, según la doctrina una decisión previa de cometer el delito, un intervalo de tiempo entre tal decisión y la ejecución del hecho, la persistencia de tal voluntad durante el intervalo y la frialdad y tranquilidad en el ánimo, elementos que pudieron ser demostrados suficientemente en el juicio.*

En efecto, la premeditación conocida se demostró a partir de una serie de actos ejecutados por los acusados para asegurar su propósito homicida y cerciorar su impunidad, a saber: en primer lugar, el concierto entre ellos para concurrir a la casa del occiso y darle muerte, lo que se demostró con el antecedente objetivo del juicio, consistente en el hallazgo de un alambre galvanizado, que según se apreció en la fotografía exhibida por el ente persecutor, había sido manipulado de tal manera que pudiera utilizarse para una maniobra homicida, como es el ahorcamiento, antecedente objetivo que se encuentra acorde con la confesión que prestaron los acusados el día de los hechos, en la que señalaron haberse puesto de acuerdo días antes, para dar muerte al occiso, simulando una maniobra suicida de ahorcamiento, para no ser descubiertos.

acometimiento, lo que demuestra su deslealtad, perfidia, ocultamiento moral y disimulación de sentimientos hostiles y al mismo tiempo simulación de sentimientos de amistad”.

15 Sentencia en causa RUC 1000285689-7, de 12 de marzo de 2012, 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

En segundo lugar se estableció la comunicación telefónica previa efectuada con la víctima, hecho no discutido, con el claro objeto de ser recibidos por ella, asegurándose de que el ofendido se encontraría en su domicilio.

En tercer término, evidenció la premeditación requerida por la norma, el hecho que la víctima presentaba lesiones provocadas previo a su muerte, y como contrapartida, ninguno de los acusados tenía heridas al momento de su detención, con lo cual es posible determinar que el ofendido siempre estuvo reducido, por lo que no resultaba necesario, bajo la hipótesis de un homicidio simple o espontáneo, matarlo por una posible resistencia que éste opusiera, sino que tal actitud, impresionó como el aseguramiento de concreción del plan primitivo, que era precisamente, darle muerte.

Tales antecedentes, resultaron determinantes a la hora de establecer el tipo penal de homicidio calificado, pues fueron demostrativos de la planificación previa a la comisión del mismo, y ello se corroboró además, con el ocultamiento del arma homicida¹⁶.

Por su parte, el homicidio cometido con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido, constituye la tercera modalidad de mayor aplicación, pero con un porcentaje bastante inferior, lo que podríamos explicar en atención a que para su configuración se requiere estar en presencia de una especial crueldad ejercida por el hechor, dirigida a hacer sufrir a la víctima innecesariamente, lo que no es de común ocurrencia en nuestro país.

No podemos dejar de mencionar respecto a esta calificante, la sentencia relativa al emblemático caso “Zamudio”, en que se desplegaron graves y manifiestas conductas dirigidas a aumentar deliberadamente el dolor al ofendido, y en que además, el tribunal no tomó en consideración el hecho de que la víctima se encontrara en estado de ebriedad para los efectos de aminorar el ensañamiento causado. En este sentido, los sentenciadores estimaron que “*en efecto, dichos imputados realizaron dolosamente conductas tendientes a hacer sufrir innecesaria y excesivamente a la víctima, el hecho de realizar cortes en su cara, tórax y espalda con restos de vidrio, dibujar esvásticas con ellos en su cuerpo, quemar su piel con cigarrillos, saltar sobre su cuerpo y cara, arrojar más de una vez, una piedra de considerable tamaño y peso sobre las extremidades inferiores de D.Z.V., con el fin de quebrar una de estas y al no poder conseguirlo, realizar movimientos de palanca hasta quebrar la tibia y peroné de la pierna derecha y en especial esta última conducta, que no está dirigida a causar la muerte, pero si lesionar gravemente a la víctima, son a juicio de este Tribunal ejemplos claros de una conducta que buscaba causar un sufrimiento inhumano e innecesario.*”

16 Sentencia en causa RUC 1100743469-5, de 18 de agosto de 2012, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua.

El hecho que D.Z.V. se encontrara en estado de ebriedad al momento en que comenzaron los golpes en su contra, en nada aminora el ensañamiento con que actuaron los agresores, porque tal como lo declaró el médico que recibió en el box de urgencia al ofendido, perfectamente a una persona ebria se le puede medir el Glasgow porque ésta responde a los estímulos dolorosos, salvo que se encuentre en estado de coma, lo que en este caso no fue acreditado... En apoyo a lo anterior, los guardias Merino y Zambrano relataron que al momento de encontrar a D.Z., este respiraba con dificultad, agregando el segundo que a la luz de la linterna tenía reacción ocular en el ojo derecho.

En el mismo orden de ideas, en caso de haber caído en coma producto de los golpes recibidos, no se sabe en qué momento el agredido perdió la capacidad de sentir dolor, porque tal como lo dijeron los doctores en una lesión cerebral de esta naturaleza y su consecuente hemorragia, las neuronas van muriendo minuto a minuto a medida que no ingresa oxígeno al cerebro, efecto que se agudiza si se considera el tiempo que la víctima estuvo abandonado en el parque sin recibir atención médica.

Todo lo anterior, como ya se dijo en el veredicto, contribuyó a tornar más violento el ataque efectuado por los acusados, con un evidente dolo directo de causar su muerte, ya que de otro modo, estos jueces no pueden entender la violencia y crueldad inusitada con la que actuaron los atacantes de la víctima”¹⁷.

Finalmente, los medios de premio o promesa remuneratoria y el de veneno, no son utilizados comúnmente por los victimarios al momento de cometer un homicidio, principalmente por la gravedad y dificultad del medio de comisión que conlleva. Así, en el homicidio por premio o promesa remuneratoria –tratado antiguamente como latrocinio, esto es, matar por el móvil del lucro–, conocido tradicionalmente como asesinato, se requiere contactar a un sicario o asesino a sueldo que ejecute la conducta, lo cual representa un mayor reproche al conllevar una oferta y un pago para que el mandatario lleve a cabo el delito.

Representativo resulta aludir en este punto, al conocido caso de “la Quintrala”, en que respecto del homicidio del cónyuge de la misma y de la pareja de éste, el tribunal estimó concurrente la circunstancia segunda consagrada en el Art. 391 N°1 del Código Penal, señalando que “por otra parte además, resultó establecido que en lo restante de las acciones reprochables desplegadas, no existió ninguna de las relaciones anotadas anteriormente, pero se produjo el resultado de muerte, ello con la concurrencia de una de las cinco circunstancias establecidas en el artículo 391 N°1 del Estatuto ya mentado, se actuó, inmediata y mediatamente, en razón de un premio o promesa remuneratoria, a saber, por una parte con un fin de lucro y por otra suministrando o configurando tal objetivo de beneficio económico,

17 Sentencia en causa RUC 1200245128-8, de 28 de octubre de 2013, 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

*produciéndose por tanto un desvalor mayor en las conductas, que configura el tipo referido, es decir, el de homicidio calificado*¹⁸.

Igualmente, es interesante mencionar que lo relevante de la calificante de premio o promesa remuneratoria es el móvil del lucro o beneficio económico que subyace a la conducta prohibida, sin que se requiera que efectivamente se haya efectuado el pago, tal como lo afirma la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, que al respecto indica que *“claramente no es necesario probar que el pago efectivamente se verificó, si no que se mate motivado por el lucro. En este entendido, es de parecer de estos sentenciadores que la calificante abarca tanto a quien recibió la promesa remuneratoria, como a quien la efectuó, el que se valió de éste bajo ofrecimiento, precisamente a una persona que vivía en la calle y era adicta a las drogas, para lograr sus oscuros fines*¹⁹.

El homicidio cometido mediante el uso de veneno, requiere que el sujeto activo logre que, introducida o aplicada una sustancia en el cuerpo del ofendido, le ocasione su muerte, lo que es de escasa utilización en nuestra sociedad.

Conclusiones

A partir de los antecedentes anteriormente expuestos, y de la consideración del delito de homicidio calificado como una de las formas más violentas de atentado contra una persona, quisimos adentrarnos y poder conocer en mayor detalle la forma de presentación de este fenómeno, sus variables más importantes.

Debemos reconocer que este estudio constituye un impulso inicial para continuar con una investigación que pretenda adentrarse en mayor profundidad en este tipo de casos, pero que, por razones de tiempo y espacio, en esta oportunidad limitaremos a una simple aproximación al fenómeno.

Nos llama la atención el profundo impacto social que representa este tipo de delitos, el aumento en la sensación de inseguridad subjetiva que suscitan como reacción a los mismos, y la dificultad de poder acreditar y probar estas especiales circunstancias calificantes en estos casos de delitos contra la vida.

Por último, señalar que si bien nuestro país está muy bien posicionado en relación a la tasa general de delitos de homicidio en la realidad de América Latina, ello no es suficiente para mostrar conformidad con este tipo de delitos; es más, a estas alturas de nuestro desarrollo, y de cara a un futuro próximo

18 Sentencia en causa RUC 0801000636-9, de 26 de febrero de 2011, 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

19 Sentencia en causa RUC 1100538090-3, de 9 de junio de 2012, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena.

de país de primer mundo, debiéramos aspirar a lograr en todos estos casos una resolución judicial acorde a la gravedad del delito y a los antecedentes probatorios con que contamos, siendo necesario para ello actuar cada día de forma más coordinada con los distintos actores del sistema, como policías, Servicio Médico Legal, y demás organismos, con el propósito de que estas conductas que revelan un absoluto desprecio por la vida, sean penalizadas adecuadamente conforme a la gravedad y el mayor reproche de conlleva, y no queden en la impunidad.

Referencias Bibliográficas

- BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, edición de 1774, Madrid, Ed. D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M.
- BULLEMORE, Vivian (2011). *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Puntotext S.A.
- CARRARA, Francesco, Programa del curso de Derecho Criminal, T. III, Parte Especial, Volumen 1. Trad. de Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1945.
- Chile, Ley N°19.451, que Establece Normas Sobre Trasplante y Donación de Órganos. Diario Oficial del 10 de abril de 1996.
- Chile, Ley N°20.584, Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones vinculadas a su Atención en Salud. Diario Oficial del 24 de abril de 2012.
- Chile, Ley N°20.480, Modifica el Código Penal y la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “Femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito, y reforma las normas sobre Parricidio. Diario Oficial del 18 de diciembre de 2010.
- ETCHEBERRY, Alfredo (2009). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile.
- FREUD, Sigmund. (1933). 32ª Conferencia. Angustia y vida pulsional. En: Sigmund Freud. Obras Completas. Tomo XXII. Nuevas Conferencias de Introducción al Psicoanálisis. Argentina: Amorrortu Editores.
- GARCÍA MEDINA, P. (1994). *Agresividad y Violencia: marco psicosocial para la intervención*. En: Psiquiatría Legal y Forense, Volumen I, p. 534. Madrid: Editorial Colex.
- GARRIDO MONTT, Mario. (1998). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile.

- LABATUT, Gustavo. (2000). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
- Ministerio Público. Boletines Estadísticos Anuales, 2010, 2011, 2012, 2013. www.fiscaliadechile.cl
- POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan, GRISOLÍA, Francisco. *Derecho Penal Chileno*. Parte Especial. 2006, Santiago, Chile, Editorial Jurídica Congreso S.A.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte Especial. 2007, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.

