

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°60 - SEPTIEMBRE 2014

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°60 - Septiembre 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. Segunda comparecencia de un perito. Forma de determinar la pena y sancionar un robo con muerte de carabinero. Encubrimiento 9
Corte Suprema

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Artículo

Juicio oral y testigos: una aproximación a las actividades de preparación 53
Richard Toledo Hidalgo y Liliana Gálvez Nilo

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Responsabilidad de los notarios frente a la Ley N°18.700 (Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios) 89
Yelica Lusic Nadal

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículo

Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes 101
Alejandro Ivelic Mancilla

El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes 119
Lorena Rebolledo Latorre

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

El delito de robo con violación: pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales 137
Enzo Osorio Salvo

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia
contra la Mujer: comentarios y algunos ejemplos de su incipiente reconocimiento
jurisprudencial 153

Ivonne Sepúlveda Sánchez

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

Artículo

Algunas consideraciones respecto del nuevo delito de fraude concursal 175

Andrés Salazar Cádiz

Marco jurídico internacional en materia de terrorismo 211

Antonio Segovia Arancibia

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Interpretación acerca del inciso segundo del artículo 26 de la ley N°20.084 249

Eva Curia Castro

Análisis jurisprudencial en relación al artículo 450 inc. 2° del Código Penal 261

Rodrigo Fernández Moraga

Los trastornos mentales y sus posibles implicancias forenses 277

Francisco Maffioletti Celedón

PRÓLOGO

El primer número del Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público, se publicó en el mes de mayo del año 2001 gracias a una iniciativa de la División de Estudios de la Fiscalía Nacional.

La tarea, impulsada por el Fiscal Nacional de la época, nació con la decidida intención de divulgar la primera jurisprudencia dictada en el marco del nuevo proceso penal y para ayudar de manera concreta en la formación de los actores participantes en los procesos criminales del país. Para ello, en sus inicios, se trabajó en una publicación mensual con especial énfasis en los fallos y resoluciones dictados por los tribunales, pero también con espacio para artículos sobre diversos temas penales, fueran sustantivos o de procedimiento.

Con el importante incremento en el número de fallos, dado el consecuente aumento del esfuerzo y trabajo necesarios para procesarlos y con el objetivo de no decaer en la calidad del trabajo ofrecido a la comunidad, a partir del mes de marzo del año 2002, el Boletín comenzó a publicarse bimensualmente, y desde la publicación del N°14, en marzo del año 2003, lo fue trimestralmente.

Con la llegada del año 2008, el Boletín del Ministerio Público pasó a ser la Revista Jurídica del Ministerio Público, y junto con el cambio de denominación, también se decidió dejar la publicación a cargo del Comité Editorial y de la Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia y a la vez comenzar con una nueva estructura en que las diferentes Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional publicaran artículos y aportes relacionados con sus áreas de trabajo, ofreciendo con ello un trabajo renovado, más especializado y con una edición más extendida, continuando asimismo con la publicación en el portal Web de nuestro servicio, pudiendo llegar así a más actores del sistema.

Hoy tengo el agrado de presentar el sexagésimo número de esta Revista Jurídica del Ministerio Público, en una muestra más de un trabajo continuo, que lleva ya trece años en el intento de aportar al quehacer del derecho penal y procesal penal de nuestro país, procurando mantener al día y adecuadamente informados a todos los interesados respecto de los avances y nuevas tendencias de la doctrina y legislación de ambas áreas.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSOS DE NULIDAD RECHAZADOS. SEGUNDA COMPARECENCIA DE UN PERITO. FORMA DE DETERMINAR LA PENA Y SANCIONAR UN ROBO CON MUERTE DE CARABINERO. ENCUBRIMIENTO

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

1. Respecto del artículo 329 inciso 5° del Código Procesal Penal

Las tres defensas cuestionaron que compareciera nuevamente un perito en el juicio oral, de conformidad al artículo 329 inciso 5° del Código Procesal Penal.

Al respecto, en el considerando 18°, la Excma. Corte Suprema señala que esos reclamos pasan por alto la naturaleza y características del diseño del sistema de enjuiciamiento, que se erige desde un elemento básico, como es la proposición y refutación de tesis, el control de la construcción de los hechos mediante la adversarialidad y contradicción de los planteamientos, por lo que es perfectamente posible y plausible que una prueba, que se consideraba terminada y afinada, pueda ser aclarada, mediante los ejercicios correspondientes, en un nuevo interrogatorio a la luz de los elementos introducidos por el medio de acreditación hecho valer por otro de los intervinientes.

Se agrega que si bien el carácter de las pruebas y su contenido están determinados con antelación al juicio, en este caso particular la impugnación del contenido de la prueba pericial de la defensa por el acusador sólo era posible una vez que ella se rindió en la audiencia, de tal modo que el único ejercicio posible de contrastación era susceptible de efectuarse mediante la medida cuestionada.

Se añade en el considerando 19° que, dicha norma usa, para consagrar la hipótesis que se revisa, la voz “interrogatorio”, esto es, un sustantivo de la familia del empleado por la ley al consagrar en el artículo 330 del Código Procesal Penal las formas en que debe incorporarse al juicio la prueba testimonial y de peritos, bajo el título “Métodos de interrogación”. Así, entonces, el sentido del término empleado en el artículo 329 es comprensivo tanto del cuestionario directo como del cruzado o contrainterrogatorio, lo que permite colegir que la facultad ha sido ejercida conforme a la ley, ya que su lógica permite entender que la nueva interpelación sólo es útil bajo el prisma de la confrontación con pruebas o elementos hechos valer con posterioridad a la declaración primitiva.

Finalmente precisa la Sala Penal en el considerando 20° que la posibilidad de una segunda comparecencia no significa consagrar la facultad de emitir opiniones expertas sobre aspectos ajenos a los que han sido materia de la exposición del declarante, sino que sólo admite referirse estrictamente a la necesaria aclaración de aspectos oscuros o no suficientemente despejados de su propia manifestación, dentro de los límites de su pericia y competencia, que deben ser controlados por el tribunal a requerimiento

de los intervinientes y sobre cuya eventual transgresión esta Corte no se encuentra en situación de decidir;

2. Reclamos sobre sanción por separado del robo con intimidación y muerte del funcionario policial

La defensa de Juan Aliste Vega mediante la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pretendía que se sancionara ambos delitos como un solo robo calificado y que no se penara por separado el robo con intimidación y luego la infracción al artículo 416 del Código de Justicia Militar.

Al respecto la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema, en el considerando 32° y siguientes de este fallo, se hace cargo en decisión de mayoría, de rechazar esos reclamos. Para eso señala entre otros puntos en el considerando 43°, que “la institución del concurso aparente de leyes penales debe tener una aplicación lo más restrictiva posible, porque desde luego nuestro Código Penal sólo advierte las posibilidades de concurso de manera general en los artículos 74 y 75, ya sea para la situación real o ideal, respectivamente, para imponer las penas y en lo que se refiere a la apariencia de concurso, la doctrina en realidad trata el tema desde el punto de la interpretación de la norma penal, como lo refiere Eduardo Novoa en su Curso de Derecho Penal. Parte General Tomo II (Editorial Jurídica de Chile) páginas 247 a 258, definiendo dicho concurso cuando una conducta puede ser encuadrada aparentemente en dos o más tipos penales, de los cuales uno sólo resulta apto para captarla, agregando que a diferencia del concurso ideal de delitos, que existe en los casos en que un solo hecho cae simultáneamente bajo distintos tipos penales, todos los cuales le resultan aplicables en forma conjunta, en cambio en el concurso aparente de leyes al hecho único le conviene tan solo un tipo, pero varios aparecen apropiados para tipificarlos a la vez.”

Se agrega que entre el delito de robo con homicidio y la muerte de un carabiniere en acto de servicio que en orden a su actuación como agente en funciones propias del cargo toma conocimiento e interviene en ese delito en esa calidad y resulta víctima de los hechos, el robo no cubre totalmente la conducta que sanciona el artículo 416 del Código de Justicia Militar.

3. Respecto de la calidad de encubridor

En el considerando 55° la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema descarta los reclamos de la defensa de Freddy Fuentesvilla Saa, que intentaba que se le absolviera del cargo de encubridor del homicidio del funcionario policial, para lo cual concluye que “determinado el hecho punible relacionado con la muerte y lesiones de un carabiniere en servicio y establecido, además, que en el suceso participaron dos personas, una de ellas que fue la que disparó contra los agentes policiales, mientras la otra con un claro conocimiento de la punibilidad ejecuta obras de maniobras en una motocicleta para dejarla en posición de partir, para huir del lugar del hecho punible, sin haber participado en el mismo como autor ni cómplice, como se establece como un hecho inamovible para este tribunal, e interviniendo con posterioridad del momento de la comisión del

delito de muerte y lesiones de las víctimas antes indicadas, resulta claro que se dan los supuestos legales para suponer la existencia básica del encubrimiento.”

Se agrega que los hechos fijados dan cuenta que el acusado Fuentevilla era el conductor de una motocicleta y que mientras su acompañante se enfrentaba con las fuerzas policiales y concluida la acción dolosa del imputado Aliste, Fuentevilla logra poner en movimiento dicho móvil, espera que su acompañante suba a él y luego emprende la huida precisamente para favorecer la fuga del autor del delito investigado, de modo que la conducta que describe la sentencia impugnada configura la situación de encubrimiento que sanciona el artículo 17 N°3 del Código Penal.

Hay voto de minoría de los Ministros señores Brito y Künsemüller, sólo respecto de la causal del artículo 373 letra b) invocada por la defensa de Juan Aliste Vega, estimando que sólo debió haber sancionado como autor del delito de robo contemplado en el artículo 433 N°1 del Código Penal, ya que la conducta consistente en dar muerte a un policía y lesionar a otro- violencia posterior al apoderamiento del dinero del Banco, ejercida inmediatamente después de cometido ese atentado a la propiedad ajena- aparece en el contexto de los hechos establecidos y en la dinámica de los mismos- como dirigida a favorecer su impunidad y encuadra, por tanto, en el artículo 433 N°1 del Código Penal.

Texto Completo:

Santiago, ocho de septiembre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos antecedentes RUC 10000455791-9, RIT 34-2014, del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de dos de julio del año en curso, que está agregada de fojas 171 a 369 del Tomo II de estos antecedentes, rectificadas por la de tres de julio de dos mil catorce, que rola a fojas 369 vuelta de este legajo, se absolvió a **JUAN MANUEL ALISTE VEGA** y a **FREDDY ISMAEL FUENTEVI-LLA SAA** de ser autores del delito de robo con intimidación, cometido en perjuicio del Banco Santander, ocurrido el día 26 de julio de 2006, en la comuna de Santiago; se con-

denó a **JUAN MANUEL ALISTE VEGA** a la pena de dieciocho (18) años de presidio mayor en su grado máximo, más las accesorias legales como autor del delito de homicidio de Carabinero en el ejercicio de sus funciones, en la persona del Cabo 2° Luis Moyano Farías, en grado de consumado, ocurrido en esta ciudad el 18 de octubre de 2007; a la pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales como autor del delito de homicidio de Carabinero en el ejercicio de sus funciones, en la persona del Cabo 2° Fernán Abarca Díaz, en grado de frustrado, ocurrido en esta ciudad el 18 de octubre de 2007; y a la pena de catorce (14) años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales como autor de dos delitos de robo con intimidación, en grado de consumados, en perjuicio del Banco

Santander de la ciudad de Valparaíso y Banco Security de la comuna de Santiago, ocurridos el 5 de septiembre de 2007 y el 18 de octubre de 2007, respectivamente. La misma sentencia además condena al acusado **FREDDY ISMAEL FUENTEVILLA SAA** a la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales como encubridor del delito de homicidio de Carabinierno en el ejercicio de sus funciones, en la persona del Cabo 2° Luis Moyano Farías, en grado de consumado, ocurrido en esta ciudad el 18 de octubre de 2007; a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado *máximo*, más las accesorias legales como encubridor del delito de homicidio de Carabinierno en el ejercicio de sus funciones, en la persona del Cabo 2° Fernán Abarca Díaz, en grado de frustrado, ocurrido en esta ciudad el 18 de octubre de 2007; a la pena de siete (7) años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales como autor del delito de robo con intimidación, en grado de consumado, en perjuicio del Banco Security de la comuna de Santiago, ocurrido el 18 de octubre de 2007; y a **MARCELO ANDRÉS VILLARROEL SEPÚLVEDA** a la pena de catorce (14) años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales como autor de dos delitos de robo con intimidación, en grado de consumados, en perjuicio del Banco Santander de la ciudad de Valparaíso y Banco Security de la comuna de Santiago, ocurridos el

5 de septiembre de 2007 y el 18 de octubre de 2007 respectivamente.

El referido fallo abona a la penas impuestas los períodos de privación de libertad experimentados por los sentenciados: en el caso de Juan Aliste Vega, desde el 22 de julio de 2010; en el de Freddy Fuentevilla Saa desde el 16 de diciembre de 2009 y para Marcelo Villarroel Sepúlveda, entre el 16 de diciembre de 2009 al 29 de julio de 2013, según da cuenta el Auto de Apertura, exime a los sentenciados y al Ministerio Público del pago de las costas de la causa, decreta el comiso y posterior destrucción de los instrumentos incautados a raíz de estos hechos y ordena cumplir con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N°19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN.

Contra este dictamen, la defensa de los acusados dedujo recursos de nulidad invocando todos ellos, en forma principal, la causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal. Asimismo, los condenados Aliste y Fuentevilla alegaron, en carácter de subsidiaria, la hipótesis contemplada en la letra b) del mismo artículo 373 del Código Procesal Penal, argumentando la defensa de Villarroel, en carácter de subordinada, la contemplada en el artículo 374, letra e), en relación con el artículo 342, letra c), todos del cuerpo legal mencionado, los que fueron declarados admisibles y se ordenó pasar estos antecedentes al señor Presidente para que fijase audiencia con el objeto de conocer los recursos interpuestos.

A fojas 201 y 202 corren actas levantadas con ocasión de la celebración de las audiencias de la vista, fijándose fecha de lectura de sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en su primer segmento, tanto la defensa de Juan Aliste Vega como la de Freddy Fuentesvilla Saa alegan, en carácter de principal, la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, que durante el desarrollo del juicio oral se vulneraron garantías constitucionales de los imputados, en particular las previstas en los artículos 19 N°3 de nuestra Constitución Política de la República, en relación con los artículos 328 y 329 del Código Procesal Penal; artículo 8.2 letras f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo dispuesto en el artículo 14°, número 3, letras e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como fundamento, señalan que declaró en las audiencias del juicio oral el perito de la parte acusadora, don Rafael Cares, respecto de los informes 7.028-2007 y 4769-2011, siendo sometido a un nuevo interrogatorio conforme el artículo 329 del Código Procesal Penal. Sin embargo, terminado éste, fue retenido con el objeto que prestara una nueva declaración o tercer interrogatorio, que tuvo lugar al margen de la legalidad, porque el artículo 329, inciso 5°, autoriza sólo un nuevo interrogatorio y no dos. Por ello, se violentaron las normas del procedimiento con esta segunda

declaración (tercer interrogatorio), permitiendo la práctica de una nueva pericia y que se protagonizara una nueva participación en el juicio más allá de lo señalado en la acusación y en el auto de apertura. Esta nueva declaración se usó en la práctica para confrontar al perito con el de la defensa (Víctor Forquera), ejercicio vedado puesto que el artículo 330 del Código Procesal Penal, en el inciso 2°, lo permite sólo en el contrainterrogatorio. Así, entonces, se permitió la exposición del señor Cares sobre algo desconocido para la defensa, una temática que por alguna razón requería que la defensa terminara su prueba para hacerlo declarar una vez más. Esa es la única explicación para que se solicitara su retención, dando aplicación encubiertamente al artículo 326 sobre prueba sobre prueba, relevando al Ministerio Público de la carga de ofrecer en la etapa correspondiente una prueba sobre un aspecto previsible.

Lo expuesto alteró el orden de la prueba, posibilitando un nuevo interrogatorio cuando ya había terminado la rendición de prueba, y se infringió la norma que ordena la confrontación de los peritos en el interrogatorio directo.

La situación que se denuncia les ha perjudicado, por cuanto la defensa, rindiendo prueba en su oportunidad legal, instaló la duda razonable en el tribunal, y el Ministerio Público al presentar nueva prueba de cargo impide su labor y la generación de la duda, por lo que solicitan la nulidad del juicio y de la sentencia, declarando que un tribunal no inhabili-

tado debe convocar, dirigir y decidir un nuevo juicio oral en la causa, todo ello sin perjuicio de la facultad de la Corte de determinar el estado en que ha de quedar el procedimiento;

SEGUNDO: Que asimismo, las defensas de los sentenciados Aliste y Fuentesvilla deducen, en subsidio de la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la hipótesis de nulidad consagrada en la letra b) de la misma norma.

Como fundamento de tal motivo de nulidad, la defensa de Juan Aliste Vega indica que ésta se produce al subsumir los hechos signados con el N°4 de la sentencia bajo el tipo contenido en el artículo 416 N°1 del Código de Justicia Militar tanto respecto del homicidio consumado del cabo don Luis Moyano como del homicidio frustrado de don Fernán Abarca, porque además el sentenciador ha calificado el hecho N°3 como robo con intimidación, en circunstancias que tanto los hechos signados 3 y 4 corresponden al tipo específico del artículo 433 N°1 del Código Penal. Se ha incurrido, entonces, en error tanto por la fenomenología del hecho, como en cuanto a la subsumición, al dividir jurídicamente en dos uno que corresponde a un único suceder causal que debió sancionarse de la forma indicada, conforme lo dispuesto en el artículo 433 N°1 del Código Penal.

A su turno, la defensa de Freddy Fuentesvilla Saa denuncia la concurrencia de esta causal de nulidad fundada en la errónea aplicación del

derecho en la decisión de condena de su parte como encubridor del delito signado como N°4, homicidio consumado y homicidio frustrado de Carabinero en servicio de acuerdo al artículo 416 del Código de Justicia Militar, puesto que con los mismos antecedentes analizados por el tribunal se le debió necesariamente absolver. Así, entonces, se ha aplicado equivocadamente a su respecto el artículo 17 del Código Penal, porque como no se ha tenido por acreditado el concierto previo entre los acusados respecto del homicidio, se ha demostrado que la acción del coacusado (Aliste) fue súbita, no se probó que Fuentesvilla cooperara con actos posteriores o simultáneos a la comisión de los delitos de homicidio consumado y frustrado, sino que su actuar sólo se limitó a tratar de poner en marcha la motocicleta y una vez que logra hacerla partir, facilita la fuga al imputado Aliste, lo que su defendido hizo fue terminar la ejecución del hecho 3 (robo con intimidación del Banco Security, por el cual también ha sido condenado) con la fuga, esto es, encubre su propio delito y esta conducta no es punible;

TERCERO: Que por su parte, la defensa de Villarroel Sepúlveda invoca la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en forma principal y en forma subsidiaria. En primer término, dicho motivo se configura por la vulneración del artículo 19 N°3 inciso 5° y N°7 letra f), de la Constitución Política de la República, del artículo 11.1 de la Declaración Uni-

versal del Derechos Humanos, del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los artículos 266, 282, 283, 290, 295, 296 y 297 del Código Procesal Penal, toda vez que, en primer lugar, se menoscabó el derecho a defensa al no dar lugar a la separación de la investigación solicitada en el Tribunal de Garantía, porque la prueba del hecho denominado 4 es de carácter contextual en su contra, utilizándose prueba originada en la investigación de dicho delito (en sede de justicia militar) para fundar la condena (perito Saravia). Asimismo, indica que durante la realización de la audiencia de preparación del juicio, terminada la etapa de discusión de la prueba de los acusadores e iniciado el ofrecimiento de prueba de la defensa, el Tribunal Constitucional ordenó su suspensión. Cuando el procedimiento se reanudó, se había ordenado por la referida magistratura reincorporar un medio de prueba, circunstancia que fue aprovechada por los acusadores para solicitar la inhabilitación del juez que llevaba la audiencia, lo que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, designándose uno nuevo que anuló la audiencia preparatoria, lesionando el derecho de la defensa que se vio impedida de gozar de los efectos del desasimiento y de la cosa juzgada. Se realizó, entonces, una segunda audiencia preparatoria, en la que prueba excluida por causales inapelables, se excluyó por causales apelables y la Corte de Apelaciones, conociendo de los recursos del Ministerio Público, ordenó la incor-

poración de prueba que fue valorada para condenar al recurrente.

Además, en la segunda audiencia de preparación de juicio oral se obtuvo que se excluyera de la acusación la referencia a que Villarroel utilizara armas en su contribución al delito, pese a lo cual se le condenó dando por probado tal uso.

Estos vicios habilitan a que su parte solicite la nulidad parcial del juicio y la sentencia respecto de los delitos por los cuales fue condenado su defendido, determinando que el procedimiento se retrotraiga hasta la audiencia de preparación de juicio oral, para que tribunal no inhabilitado disponga la realización de una nueva y consecuentemente, se realice también un nuevo juicio oral.

En forma subsidiaria de este motivo, la misma defensa arguye que también se configura idéntica causal de nulidad en relación con el artículo 19 N°3 inciso 5° y N°7 letra f) de la Constitución Política de la República, artículo 11.1 de la Declaración Universal del Derechos Humanos, el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 187, 188, 259, 295, 296, 328, 332 y 334 del Código Procesal Penal, ya que la investigación efectuada en este proceso no cumple con los estándares de racionalidad y justicia, al haber sido desarrollada por la misma institución a la que pertenece el funcionario que perdió la vida; porque se valoró prueba no ofrecida válidamente en el auto de apertura, como ocurre con parte de la declaración de Víctor Hugo Jerez en el

7° Juzgado de Garantía y 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, ante funcionarios de Carabineros y Fiscalía Militar; lo que también ocurre con parte de la declaración prestada por Vicente Tureo ante la Fiscalía Militar. Asimismo, denuncia que se alteró el orden de recepción de la prueba establecido en el artículo 328, dando al Ministerio Público la posibilidad de rendir prueba una vez terminada la de las defensas; se valoró otra pasando por sobre la prohibición de incorporar informes policiales, escudándose en que se trataba de un elemento que fue incorporado al auto de apertura por la Corte de Apelaciones, confundiendo los jueces del fondo la incorporación con la valoración, así como el contenido de una boleta de peaje, no obstante que en su tratamiento se vulneraron los artículos 187 y 188 del Código Procesal Penal. Todo lo anterior lo faculta, en su concepto, para requerir la nulidad del juicio y de la sentencia respecto de los delitos por los cuales fue condenado su parte, determinando que el estado del procedimiento se retrotraiga hasta la audiencia preparatoria del Juicio oral, para que un tribunal no inhabilitado disponga la realización de una nueva audiencia de preparación de juicio oral o derechamente se ordene realizar un nuevo juicio oral, también por tribunal no inhabilitado;

CUARTO: Que la misma defensa de Villarroel Sepúlveda esgrime, en subsidio de los dos motivos anotados en el fundamento que precede, la causal contemplada en el artículo 374 e) del Código Procesal

Penal, en relación con el artículo 342 del mismo cuerpo de leyes, señalando que la sentencia ha omitido la reproducción del contenido de la información proporcionada por los medios de prueba aportados de tres maneras: al parafrasear la incorporada, al omitir referirse al contraexamen de la defensa y al silenciar derechamente el contenido íntegro del medio de prueba de cargo, por lo que no se reproduce su contenido sino que se limita a narrar, mediante palabras del juez redactor, interpretando, mediando entre la información introducida y lo que se reproduce en la sentencia. Así, denuncia que la sentencia parte con unas consideraciones previas, que adscriben a la tesis del Ministerio Público, citando textualmente el alegato de clausura de dicha parte. Por ello, manifiesta su posición para, desde ella y no desde una perspectiva neutral, analizar la prueba.

Continúa señalando que, al establecer la participación de su defendido en el delito signado 2 (robo Banco Santander Valparaíso), se consideró especialmente la declaración de un perito (María Benavente) que analizó varios videos, entre ellos uno que fue descartado para incriminar a otro acusado (Fuentevilla) y de los cuales se concluyó la participación del recurrente, pese a que la perito reconoce diferencias cuantitativas en el cálculo de la estatura del acusado y en el tono de la tez, lo que es descartado por falta de relevancia por el tribunal, emitiendo opiniones no sustentadas en la prueba rendida, infringiendo así lo exigido en el artí-

culo 297 del Código Procesal Penal. El tribunal, además, omite referirse al punto levantado por la defensa en el examen de los videos del asalto en Valparaíso, referido a si el autor usaba una peluca o si se había teñido el pelo para simular canas, así como tampoco nada dice, al establecer el paso de vehículos por los pórticos de la Autopista Vespucio Sur hacia y desde Valparaíso, sobre la diferencia clara entre la camioneta encontrada y la observada en las imágenes, ya que la primera tiene una franja verde, que en las imágenes observadas no existe.

El tribunal además cita en apoyo de su sindicación contra Villarroel un informe de Gendarmería, sin aludir a medios de prueba precisos en los cuales se basa esa conclusión, refiriéndose genéricamente a los “funcionarios”, pero sin realizar un análisis susceptible de ser reproducido, ni dando cuenta de indicios o pruebas que refrenden estos dichos, por lo que no se sabe los medios de prueba en los que se basa la decisión.

En relación al hallazgo de una boleta de peaje en la camioneta encontrada, omite referirse a la impugnación de la cadena de custodia y a que los datos vertidos a través de la declaración de un funcionario (Cabrera) copiados por el declarante de un informe policial, sin hacerse cargo de la vulneración del artículo 334 del Código Procesal Penal que ello supone. Asimismo, el fallo considera como antecedente inculpatario los dichos del condenado por este mismo delito, Víctor Hugo Jerez Reyes, persona que en este juicio nunca señala a

Villarroel como partícipe. En este punto, la sentencia dice que no le cree, pero sí da fe de lo señalado por el testigo en otras sedes, realizando una valoración contra reo al no creer lo que le beneficia, omitiendo hacerse cargo de su reclamo respecto de que tales declaraciones no fueron ofrecidas en el auto de apertura, sino que fueron introducidas por la vía de contrastación, omitiendo considerar que no pudieron ser controladas por la defensa, ya que los abogados de los imputados no estuvieron presentes cuando ellas se rindieron.

La sentencia, además, cita como elemento de convicción los dichos del perito Saravia (por diligencia ordenada por la Justicia Militar), que nada dice respecto de quién es el domicilio donde se incautaron gorros pasamontañas y elementos de disfraz, como cejas y bigotes de fabricación artesanal.

En relación al hecho 3, robo con intimidación del Banco Security, denuncia que se ha establecido la participación de su defendido, no obstante que un testigo (guardia del banco) dice que uno de los autores tenía la voz delgada y suave. Pero el tribunal escuchó a Villarroel. Sabe que su voz no tiene tales características, por lo que debió señalar por qué desestimó entonces las alegaciones de la defensa en este punto. Asimismo, repara en una serie de afirmaciones que, en su concepto, no tienen sustento, acusando que el tribunal concluye sin más que uno de los antisociales usaba peluca, que la persona aludida por el informe de Gendarmería es su representado.

Vuelve a aludir a las imprecisiones de la perito Benavente, denunciando que además se ha omitido referir a otros puntos levantados en relación a la prueba sobre el paso de vehículos por pórticos, como que hay fotografías sin referencia a la fecha, día, hora ni pórtico, y otra referida al año 2010; a la forma de concluir el uso de peluca, a la ausencia de pericia sobre una fotografía de mala calidad. Impugna conclusiones del tribunal respecto de otras fotografías tomadas con autorización del acusado, ataca, que se descarte con afirmaciones genéricas (no acreditación de ganancia secundaria) las impugnaciones de la defensa a las sindicaciones hechas por un co imputado, Carlos Sepúlveda Begries, al que no se habría perseguido penalmente, omitiendo abordar la falta de coherencia interna y externa de sus dichos. Por último, señala que la sentencia también cita los dichos de Vicente Tureo y consigna algo que no dice en el juicio. Si bien la sentencia no dice nada en contra de su parte, no se hace cargo de un punto alegado en favor del acusado, como que a una persona de apellido Villarroel le decían “negro” y no “pelado”.

En razón de estos vicios, termina solicitando la nulidad del juicio y la sentencia, debiendo determinar el tribunal el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para la realización de un nuevo juicio oral;

QUINTO: Que, en la audiencia realizada, los recurrentes rindieron

la prueba ofrecida sobre las causales señaladas. A solicitud de la defensa de Freddy Fuentes Saa, se escucharon dos pistas individualizadas como B.1, por la que se escuchó a la señora juez presidente del tribunal otorgar la palabra al Ministerio Público conforme lo dispuesto en el artículo 329 del Código Procesal Penal, solicitándole precisión en la intervención y al Ministerio Público indicando al declarante que le consultará sobre algunos puntos aclaratorios; pista B.2 por la que se escucha al tribunal indicar que se está en la declaración del perito Cares; pista B.3 por la que se advierte que se toma juramento y consulta sobre su identidad a Rafael Cares Sepúlveda y se le indica que está en calidad de testigo retenido, que será interrogado por el Ministerio Público sobre puntos precisos y determinados de alguna de las pericias que realizó, debiendo el señor Fiscal precisar cual de las dos pericias. Ante esto el Ministerio Público señala que se trata de puntos precisos y determinados de las dos pericias evacuadas. Formula la pregunta: Desde la perspectiva de la trayectoria balística, qué importancia tiene el orificio de entrada de un proyectil. La defensa formula objeción por reiterativa.

La defensa hace presente que los audios escuchados también fueron ofrecidos por la defensa de Juan Manuel Aliste Vega.

Continúa con la prueba de Fuentes: audio B.4: nuevamente declaración de perito Rafael Cares Sepúlveda. Se escucha pregunta del Ministerio Público por qué el ori-

ficio le permitió llegar a una conclusión sobre una orientación del proyectil y no otra. El declarante contesta que aparte de las características del orificio, ellos consideran el trayecto intracorporal. Eso es completamente concordante con las características del orificio de entrada donde el halo contuso erosivo está situado hacia la derecha y en el interior es más visible en esa región y es compatible con el trayecto interno del proyectil, de derecha izquierda, de abajo hacia arriba, y de atrás hacia adelante. Si el halo hubiese estado en el costado izquierdo del orificio, el sentido habría sido otro. El primer contacto habría sido de izquierda a derecha, conforme física aplicada al sentido del proyectil. Detalla las operaciones efectuadas en el sitio del suceso que le permitieron establecer la trayectoria, más operaciones de laboratorio. Por eso, la establecida es la planteada y no otra. Se le consulta por las motocicletas empleadas en sus operaciones. El declarante expone que usaron una similar a la del cabo Moyano, con diferencia de cilindrada y volumen, pero en altura sólo de uno o dos centímetros. Al final de cuentas, ella sólo sirvió para explicar por qué el cabo Moyano otorgó horizontalidad al disparo. Se escucha a continuación al fiscal solicitar autorización para efectuar un ejercicio con el declarante sobre la trayectoria, para lo cual usará un mismo carro ya usado. El tribunal responde que haciendo precisión de puntos, el ejercicio propuesto con el carro se entiende como contrastación con la interpretación del perito de la defensa, por lo que piden que

verbalice. El Ministerio Público pregunta si de haber provenido el disparo desde el lado izquierdo del cuerpo del cabo Moyano el halo contuso erosivo habría quedado más marcado en ese lado izquierdo. El declarante contesta que sí, y eso no se ve. Se le consulta, entonces, por la dirección desde la cual tendría que haber cruzado el proyectil desde el punto de contacto, sea alojándose en el cuerpo o traspasándolo, en qué dirección tendría que haber seguido el proyectil: responde que de izquierda a derecha. Y para seguir la trayectoria en el cuerpo del cabo Moyano, ¿debió haber realizado alguna curva o rebote? El declarante contesta que sí, pero eso no se advierte, no hay rebote en ninguna superficie externa al cuerpo. Se le consulta si por la forma del proyectil recuperado del cabo Moyano es posible determinar algún rebote en alguna superficie dura, externa al cuerpo? El declarante contesta que no hay evidencia de eso. El proyectil estaba íntegro al punto que se pudo establecer la identidad balística.

El Ministerio del Interior y querrelantes no formulan preguntas.

A continuación, se escucha a la defensa de Aliste Vega consultar si existen otras formas de explicar la trayectoria del proyectil, diversa a la planteada por él. Contesta que determinar que la bala proviene de otro sentido, es complejo. Es posible alterar los datos de altura, en cuanto a la distancia, pero el origen es complejo. Si se postula que la bala proviene desde el nororiente al sur poniente implicaría determinar otra trayecto-

ria del proyectil que impactó al cabo Moyano. Hay que ceñirse a parámetros como el hallazgo del arma que se determinó como la que percutió el proyectil, a la ubicación del cabo Moyano y a la trayectoria intracorporal. Hay parámetros de tolerancia, pero circunscritos a la dinámica que se produjo.

Se le consulta si al ser el cuerpo del señor Moyano móvil, una variación en estos datos – inclinación o giro diverso a la establecida por los peritos- podría hacer cambiar la posición del tirador. Señala que por la evidencia del lugar y la trayectoria intracorporal, el tirador debió estar a posterior y desde la derecha, estableciendo que estaba en la acera poniente. Se le consulta por la consideración de la inclinación de la motocicleta. Señala que la importancia del vehículo residió en determinar su verticalidad para explicar la horizontalidad del cuerpo al recibir el disparo.

Se reproduce pista indicada en 2.B.5 del recurso de Aliste, escuchando al tribunal que despide al perito señor Belleti, después de escuchar la petición del Ministerio Público en orden a dejarlo retenido.

En relación a la documental, la defensa llama la atención respecto del instrumento ofrecido consistente en el auto de apertura que da cuenta de la acusación dictado en autos, sobre el hecho que refiere el punto 3°, conforme al cual aparece que el Ministerio Público ofreció prueba pericial, singularizada en el numeral 19, consistente en la declaración

de don Rafael Cares al tenor de los informes 7.028-2007 y 4.769-2011.

También la defensa de Villarroel Sepúlveda rinde su prueba. Incorpora mediante lectura resumida copia del auto de apertura del presente juicio para la causal principal y subsidiaria propuesta, llamando la atención sobre la prueba de la Fiscalía, testimonial, particularmente respecto del ofrecimiento de la declaración de Carlos Sepúlveda, que declararía conforme lo dispuesto en los artículos 98 inciso 3° y 305 del Código Procesal Penal. En el punto siguiente, se individualiza a otro testigo, Víctor Jerez Reyes, sin oficio conocido, actualmente cumpliendo condena.

Aportó, asimismo mediante lectura resumida, para la primera y segunda causales propuestas: copia de resoluciones de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre inhabilidad del juez don Patricio Álvarez Maldini, del 7° Juzgado de Garantía que dispone el cumplimiento de la sentencia anterior y que deja sin efecto lo obrado en la audiencia de preparación del juicio oral, citando a los intervinientes a una nueva; copia de sentencia del Tribunal Constitucional que acoge el requerimiento presentado, declarando la inaplicabilidad del artículo 334 del Código Procesal Penal respecto de las pruebas provenientes de la Justicia Militar.

Se escucharon también los audios requeridos por la defensa de Villarroel Sepúlveda para la tercera causal planteada y que fueron singularizados en el primer otrosí del escrito

de fojas 46, particularmente los números 2, 3 y 20, correspondientes a la declaración de la perito señora Benavente, por la que se le consulta si se encontró la peluca de la que habla y contesta que no lo sabe. Se le consulta si se apreciaba la región geniana izquierda y contesta que no.

Se reproducen, a continuación audios del testigo señor Jerez, signados 3 y 4 del otrosí respectivo, escuchando que el declarante expone que reconoció a Villarroel como “pera”. Se escuchan luego los audios numerados 5 y 6, que corresponden a la declaración de Carlos Sepúlveda por la que se le consulta por una foto, contestando que en ella aparecían manejando Jerez con Fuentevilla, se corrige, perdón, con Villarroel. Se le consulta por la persona que se quedó cuidando la moto (audio incompleto). Contesta correcto. Al Panqui. Correcto. Se le consulta si es efectivo que aparecían consignados los dos nombres y los dos apellidos de su defendido. Contesta correcto. Pero esos nombres él no lo sabía. Contesta correcto. Se le pregunta si dijo haber visto a una persona cuidando la moto en Santa Lucía. Contesta correcto.

Se reproduce audio numerado 8, declaración de testigo Cortés Gallardo: se le escucha decir que tenía la voz delgada y suave.

Se reproduce audio numerado 12, declaración del testigo Tureo Arratia: se le escucha decir “el negro Villarroel, le decía que era como hermano” y renuncia a la prueba restante ofrecida.

SEXTO: Que sin perjuicio de la forma y oportunidad en que han sido deducidos los recursos de autos, por razones de orden se abordarán las causales de nulidad esgrimidas en forma temática, esto es, analizando en primer término aquélla que da competencia a este tribunal y que ha sido invocada por las tres defensas, para proseguir con las que miran a la legalidad del procedimiento y la forma de la sentencia, finalizando con las de carácter sustantivo, invocadas por las defensas de Aliste Vega y Fuentevilla Saa, por distintos fundamentos;

SEPTIMO: Que, como se advierte, los recursos deducidos denuncian la configuración de hipótesis de nulidad fundadas en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, en sus aristas de respeto de la legalidad del procedimiento y derecho a defensa (Aliste Vega y Fuentevilla Saa); derecho a defensa, respeto de resoluciones ejecutoriadas y congruencia (causal principal de Villarroel Sepúlveda); derecho a una investigación racional y justa, a una decisión fundada en prueba efectivamente ofrecida y rendida de acuerdo a la ley, en un procedimiento legalmente tramitado (causal subsidiaria de Villarroel Sepúlveda).

Al respecto, esta Corte ya ha señalado que es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, N°3°, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la

misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, este tribunal ha sostenido que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que se dicten veredictos motivados o fundados, etcétera. Así, entonces, no hay discrepancias en aceptar que sin duda el derecho al debido proceso está integrado por la obligación de respetar los procedimientos fijados en la ley, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente de acuerdo a una serie de actos de carácter formal y preestablecidos, que den garantías del respeto de la presunción de inocencia, la independencia del tribunal, la igualdad entre las partes y la protección de los intereses del afectado. Este interés debe ser tutelado por el Ministerio Público como órgano predispuerto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutrali-

dad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa;

OCTAVO: Que, por otra parte, los elementos del debido proceso también han sido desarrollados mediante la incorporación al procedimiento de una serie de resguardos tendientes a garantizar que el imputado goce, desde el momento en que se le atribuya participación en un hecho punible, de una serie de derechos que garanticen el respeto de la presunción de inocencia que lo ampara y la igualdad de armas, entre los cuales se encuentra el ser oído, que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan para ejercer adecuadamente su derecho a defenderse de todos los hechos y circunstancias que se le imputan y formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa, el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo, a probar los hechos que él invoca, y la prohibición de ser sancionado por presupuestos diversos de los contenidos en la formalización y en la acusación, aspectos - entre otros- que han sido consagrados en los artículos 8, 93, 229, 259, 270 y 341 del Código Procesal Penal;

NOVENO: Que, sin embargo, esta Corte también ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entorpezca, limite o elimine su derecho constitucional al debido

proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS 2866-2013, 4909-2013 entre otras);

DÉCIMO: Que analizando, entonces, en primer término el recurso de la defensa de Villarroel Sepúlveda, se advierte en su primera exposición de motivos que reprocha el que no se haya dispuesto la separación de las investigaciones, lo que estima lesivo para el derecho a la defensa del acusado, por cuanto la prueba del hecho 4 es contextual a su respecto, y se ha utilizado la originada en la investigación de tal delito para fundar la decisión de condena de su parte.

Al respecto, es preciso comenzar señalando que tal explicitación de agravios no logra demostrar lo que pretende, esto es, que la existencia de una investigación única lesionó el derecho a defensa de su parte, por cuanto semejante acusación requiere de una fundamentación que supere el estándar de mera afirmación propuesto. Así, resultaba necesario que se señalara cómo se ha producido la infracción que denuncia, lo que ha

sido omitido, privando de sustento al capítulo en examen.

Por lo demás, no sólo se advierte un problema de fundamentación del motivo alegado, sino que además conceptual, toda vez que la agrupación o separación de investigaciones es una facultad entregada por la ley procesal al ente persecutor en el artículo 185 del código del ramo, como evidencia de la desformalización que impera en la etapa de instrucción que conduce el Ministerio Público y que, de acuerdo a la doctrina nacional, tiene su adecuado complemento en la proscripción – salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley - de valor probatorio de las actuaciones de investigación (Horvitz, María Inés y López, Julián; Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, página 453 y siguientes). Dicha facultad atiende, entonces, a la evaluación de conveniencia que efectúe el ente encargado de la indagación penal, sin que se advierta cómo su ejercicio ha podido incidir en la capacidad de la defensa de controvertir la prueba de cargo obtenida, ya que es el juicio la sede pertinente y central para controvertir su mérito, cuestionar su eficacia y fuerza persuasiva, ámbito en el cual aquella decisión carece de total relevancia y donde la defensa ha podido desplegar sus atribuciones;

UNDÉCIMO: Que en cuanto al segundo capítulo integrante del recurso, que se hace residir en las consecuencias que tuvo la decisión de invalidar lo obrado en la audiencia de preparación del juicio oral una vez que la Corte de Apelaciones de

Santiago inhabilitara al juez que la conducía, es necesario puntualizar que la descripción efectuada de tales derivaciones es tan genérica que no es susceptible de ser abordada para examinar su efectiva incidencia en la conculcación del derecho al debido proceso. En efecto, el relato del recurrente no indica, de manera alguna, la prueba presuntamente admitida indebidamente, ni su incidencia en lo decidido, situación que – por la imprecisión y vaguedad anotadas – priva de sustancialidad a la denuncia que se efectúa.

Por último, tampoco podrá prosperar la denuncia que se lee en el mismo apartado por la que se pretende la nulidad de la sentencia y del juicio en atención a la condena impuesta a su parte sustentada en un presunto uso de armas, lo que habría sido excluido en la segunda audiencia de preparación del juicio oral, por cuanto ella también aparece planteada genéricamente, sin siquiera indicar a qué delito corresponde la conducta que se habría asentado erróneamente, circunstancia común a los otros apartados que sustentan esta causal principal y que determina también su rechazo.

Por lo demás, aún en el evento de haber satisfecho mínimamente los requerimientos de precisión que se han echado en falta en esta última parte, resulta necesario tener en consideración para su desestimación que esta Corte ya ha señalado que “no todo quebranto ...” a las reglas del debido proceso “...puede tener el carácter de violación de norma superior y ello se percibe claramente

cuando se ha legislado mediante normas procesales expresas que tratan precisamente la materia en que se inserta el reproche” (SCS 5898-08, 5922-2012, entre otras), situación que ocurre en la especie, en que una hipótesis como la denunciada es susceptible de ser revisada mediante el recurso a otras causales de nulidad, como las de carácter absoluto que consagra el artículo 374 del Código Procesal Penal;

DUODÉCIMO: Que asimismo la defensa de Marcelo Villarroel Sepúlveda enuncia, en forma subordinada a los fundamentos analizados precedentemente, la misma causal de nulidad consagrada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, asentada esta vez en la presunta falta de racionalidad en la investigación, en la ponderación efectuada por el tribunal de prueba no ofrecida en la audiencia de preparación del juicio oral, en la alteración del orden de la prueba que fuera autorizada en el juicio mismo, y en la valoración que se efectuó de la que indica, motivos que no podrán ser aceptados al carecer ellos de la necesaria fundamentación que demanda la nulidad que se pretende. En efecto, el recurso nada dice sobre el contenido del reproche referido a la ausencia de racionalidad y justicia en la investigación efectuada a propósito de los hechos que fueron llevados a juicio, aludiendo superficial y someramente a la conveniencia que ella hubiere sido desplegada por una institución distinta de Carabineros, en consideración a la pertenencia de la víctima a ella. Así, entonces, no

es posible desentrañar la forma en que se habría conculcado concretamente la garantía constitucional presuntamente afectada por la decisión soberana del Ministerio Público de encomendar a una policía – y no a la otra- la realización de las diligencias propias de la investigación;

DÉCIMO TERCERO: Que en segundo lugar, se denuncia la valoración de prueba no ofrecida en el auto de apertura, lo que habría ocurrido con declaraciones de Víctor Hugo Jerez y Vicente Tureo, en sedes diversas a la del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal.

Sin embargo, siendo un hecho demostrado para los fines del recurso que se revisa que las personas indicadas fueron ofrecidas como testigos en el juicio oral y que en tal calidad declararon, de acuerdo al tenor de la sentencia atacada, la prueba en cuestión ha consistido en la declaración de tales testigos en sede de juicio oral, contrastada – cuando tal ejercicio resultaba pertinente- con sus dichos previos prestados en sedes diversas, procediendo el tribunal a valorar tanto lo afirmado en primer lugar por el declarante, como las explicaciones dadas para las discrepancias que se hicieron notar por los acusadores o los defensores, mediante el recurso a las herramientas que consagra el artículo 332 del Código Procesal Penal, cuestión de suyo diversa de la que se acusa en este motivo, por lo que no puede ser atendido;

DECIMO CUARTO: Que tampoco podrá ser admitida la acusación

que se ha signado con el número 2.6 del apartado II del recurso referida a la alteración del orden de recepción de la prueba, ya que la breve descripción que allí se contiene impide a esta Corte una aproximación a su estudio, toda vez que ni siquiera se indica cuál es la prueba que el Ministerio Público habría podido rendir una vez que el recurrente terminó la suya, ni la influencia de tal situación en lo decidido.

El mismo reproche formulado precedentemente deberá hacerse respecto de las presuntas irregularidades denunciadas bajo los números 2.7 y 2.8 del acápite citado, al carecer tal exposición de motivos de un mínimo de detalle que permita aquilatar el carácter, entidad y trascendencia de lo denunciado;

DÉCIMO QUINTO: Que por su parte, la defensa de los condenados Aliste Vega y Fuentevilla Saa indican que se ha configurado la misma causal que se revisa, letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por los fundamentos reseñados en el motivo Segundo.

Al efecto, resulta necesario tener en consideración que, conforme aparece del tenor del recurso y de la sentencia atacada, se impugna el ingreso a juicio de un antecedente que, sumado a otros elementos de juicio, permitieron el asentamiento del hecho que la parte reprocha (origen del disparo mortal desde la acera poniente de la calle Santa Lucía), situación que desde ya y en un primer examen priva de sustento a la impugnación, por cuanto el referido elemento de

juicio no fue el único que contribuyó a la formación de convicción en un sentido determinado por parte del tribunal. Por ello, aun cuando la aceptación de dicha prueba lo haya sido fuera de los casos establecidos en la ley, su ingreso a los elementos que el tribunal debió valorar para la decisión de lo debatido careció de la capacidad específica que le atribuyen los defensores – generador de la duda razonable– conforme concluyeron los sentenciadores en uso de sus facultades privativas, según se lee de los motivos 32°, 33°, 34° y 39° de la sentencia atacada, lo que impide que tal eventual yerro tenga la trascendencia y entidad que es indispensable para admitir la configuración de la causal de nulidad alegada;

DÉCIMO SEXTO: Que no obstante que lo razonado en el motivo que precede es suficiente para desestimar la hipótesis de nulidad sustentada en la infracción de garantías constitucionales, atendido que se denuncia como fundamento de ella la admisión de prueba fuera de los casos y momentos rituales que establece la ley, en circunstancias que la oportunidad del Ministerio Público había concluido, esta Corte se hará cargo de ella;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, al respecto, es preciso señalar que efectivamente el artículo 328 del Código Procesal Penal establece, al consagrar la libertad de las partes para definir el orden en que rendirán su prueba, que corresponde “recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofre-

cida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra.” Tal prescripción es consecuencia de la decisión del legislador de otorgar un diseño al sistema de enjuiciamiento que permita, en primer término, el conocimiento de los hechos atribuidos, su forma de desarrollo y la intervención que se imputa en ellos al acusado, asignando tal carga al acusador, que tiene la obligación de demostrar la efectividad de la imputación sobre la base de antecedentes ofrecidos en una instancia previa, cautelando así el derecho de la defensa a controvertirlos.

La regulación detallada precedentemente tiene su correlato, en lo que a prueba testimonial y pericial se refiere, en lo dispuesto en el artículo 329 del Código Procesal Penal, que enuncia la forma en que prestan declaración los testigos y peritos – estos últimos por expresa referencia del artículo 319 del mismo compendio– detallando en el inciso 3° del primer artículo mencionado que se sujetan al interrogatorio de las partes, debiendo principiar por el de la que hubiere ofrecido la respectiva prueba, y luego sometido al de los restantes, en forma sucesiva, concediéndose la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda, en el caso de intervenir un número plural de unos u otros.

El inciso 4° regula la forma y condiciones en que el tribunal puede efectuar preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos, estableciéndose en el inciso 5° la posibilidad del tribunal de autorizar, a

requerimiento de alguna de las partes, un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia;

DÉCIMO OCTAVO: Que es este último enunciado sobre el cual se construye la denuncia, al sostener los recurrentes que consagraría la preclusión de la facultad procesal que se revisa, limitándola a un solo nuevo interrogatorio, por lo que estiman que la verificación de un tercer requerimiento, que habría posibilitado la introducción de información ajena al contenido de la pericial ofrecida al margen de las facultades que confiere el artículo 330, configura la hipótesis de nulidad propuesta.

Sin embargo, tal planteamiento que parte de una interpretación de suyo estricta de las normas en comento, pasa por alto la naturaleza y características del diseño del sistema de enjuiciamiento, que se erige desde un elemento básico, como es la proposición y refutación de tesis, el control de la construcción de los hechos mediante la adversarialidad y contradicción de los planteamientos, por lo que es perfectamente posible y plausible que una prueba, que se consideraba terminada y afinada, pueda ser aclarada, mediante los ejercicios correspondientes, en un nuevo interrogatorio a la luz de los elementos introducidos por el medio de acreditación hecho valer por otro de los intervinientes.

Por lo demás, si bien el carácter de las pruebas y su contenido están determinados con antelación al juicio, en este caso particular la impugnación

del contenido de la prueba pericial de la defensa por el acusador sólo era posible una vez que ella se rindió en la audiencia, de tal modo que el único ejercicio posible de contrasustanciación era susceptible de efectuarse mediante la medida cuestionada. Así, entonces, no se ajusta a la realidad el reproche que se formula en orden a que, mediante el recurso a la autorización de un nuevo interrogatorio del perito retenido en un momento procesal que la ley no establece, se ha relevado al Ministerio Público de la carga de ofrecer lo pertinente en la etapa correspondiente;

DÉCIMO NOVENO: Que, por otra parte, el inciso 5° del artículo 329 del Código Procesal Penal usa, para consagrar la hipótesis que se revisa, la voz “interrogatorio”, esto es, un sustantivo de la familia del empleado por la ley al consagrar en el artículo 330 las formas en que debe incorporarse al juicio la prueba testimonial y de peritos, bajo el título “Métodos de interrogación”. Así, entonces, el sentido del término empleado en el artículo 329 es comprensivo tanto del cuestionario directo como del cruzado o contra-interrogatorio, lo que permite colegir que la facultad ha sido ejercida conforme a la ley, ya que su lógica permite entender que la nueva interpelación sólo es útil bajo el prisma de la confrontación con pruebas o elementos hechos valer con posterioridad a la declaración primitiva.

Asimismo, y en relación a la denuncia que se formula sobre la introducción de tales antecedentes al margen de lo que prescribe el artículo 330, es

preciso tener en cuenta que si bien la norma en comento establece el ejercicio practicado en sede de contrainterrogatorio como expresión del celo regulativo favorable al acusado, es evidente que un interrogatorio cruzado ha de permitir esa técnica, toda vez que el principio de igualdad de armas, consustancial al sistema de enjuiciamiento penal del cual el juicio oral es su máxima expresión, excluye la posibilidad que un contrincante quede en desventaja y le sea vedada la aclaración o contradicción de sus propios dichos bajo el prisma de la prueba rendida, por lo que tal comprensión en grado sumo estricta de las normas citadas no será admitida;

VIGÉSIMO: Que, por último, en relación a la acusación que contiene el capítulo del recurso que se revisa, referida a que en la especie se ha permitido la práctica de una nueva pericia, es necesario dejar en claro que lo expresado precedentemente no significa consagrar la facultad de emitir opiniones expertas sobre aspectos ajenos a los que han sido materia de la exposición del declarante, sino que sólo admite referirse estrictamente a la necesaria aclaración de aspectos oscuros o no suficientemente despejados de su propia manifestación, dentro de los límites de su pericia y competencia, que deben ser controlados por el tribunal a requerimiento de los intervinientes y sobre cuya eventual transgresión esta Corte no se encuentra en situación de decidir;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que entonces cabe concluir que la infracción a las garantías constituciona-

les invocadas no se subsume en los hechos que expone el recurrente, pues de los fundamentos de los recursos no se divisa ni en el procedimiento ni en la actuación del tribunal maniobra o resolución que haya privado a la defensa de los acusados de la tutela de los derechos que la ley y la Constitución Política de la República les reconocen;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en relación a la causal consagrada en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, hecha valer por la defensa de Villarroel Sepúlveda referida a la omisión, en la sentencia, de alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 del mismo cuerpo de leyes, indicando que ello ocurre en relación a los elementos que la letra c) de esta última disposición ordena observar, esto es: “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y la valoración de los medios de prueba que fundamentare dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;”. A su vez, esta última norma dispone “*Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*”

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las

razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

VIGÉSIMO TERCERO: Que, al efecto, es preciso tener en consideración que este tribunal ya ha señalado en sucesivos fallos que toda sentencia condenatoria debe ser, por imposición del artículo 340 del Código Procesal Penal, el fruto de la convicción del tribunal sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral que conduzca a los jueces a la certeza, más allá de toda duda razonable, que en los hechos ilícitos ha correspondido a los acusados una participación culpable y penada por la ley. “En este orden de ideas, es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el litigio acompañó a los enjuiciados.” (SCS, 13.07.2004, Revista Procesal Penal Nro. 25, págs. 17 y s.s.)

Así, la salvaguardia esencial del derecho a una sentencia fundada y motivada encuentra consagración en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, que impone a los sentenciadores la obligación de exponer de manera clara, lógica y completa,

cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo ordenamiento. Tal disposición establece un sistema de libertad en la valoración de la prueba, el que sólo reconoce como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. De esta manera, el proceso de clausura de un procedimiento legalmente tramitado lo constituye una sentencia que se ciñe a los parámetros citados;

VIGÉSIMO CUARTO: Que se desprende de la simple enunciación de estos preceptos que nuestra legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces un trabajo de elaboración meticulado y cuidadoso en la concepción de sus fallos. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del cuerpo de leyes ya citado.

Al efecto, esta Corte Suprema ha declarado que el fin de la fundamentación que exige la norma que sustenta el recurso por la causal que se analiza no es otro que permitir la reproducción y fijación del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia, carga que se ve reforzada por lo dis-

puesto en el inciso 2° del artículo 36, aplicable en la especie por ser común a todo tipo de resoluciones dictadas en el juicio oral, que declara que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno aquella debida fundamentación, debiendo entonces dar cuenta de lo escuchado en audiencia y, en base a ello, razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir un medio respecto del otro o para darle preeminencia, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciar la prueba y llegaron a dar por acreditados los acontecimientos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente (SCS N°3873-2011, entre otras). Lo anterior evidencia, en concepto de Daniela Accatino, la opción de nuestro sistema procesal penal por un modelo analítico de fundamentación del juicio de hecho (“El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en “Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”, Abeledo Perrot, 2010, p.122).

Estas exigencias no están desprovistas del correspondiente respaldo constitucional, ya que el inciso 6° del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República declara que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo

legalmente tramitado”, por lo que las señaladas normas reglamentan la forma cómo los jueces deben dar por acreditados los hechos y, si no son respetadas, permite la anulación correspondiente;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en cuanto al punto abordado en primer término en el segundo motivo subsidiario de nulidad, esto es, la toma de posición del tribunal en favor de la tesis acusadora previo al análisis de la prueba, éste parte de una confusión tanto en lo procedimental como en cuanto al fondo de la impugnación, ya que ignora que la sentencia constituye el proceso de clausura de la decisión que es anunciada en la oportunidad a que se refiere el artículo 343 del Código Procesal Penal, siendo su escrituración un mecanismo de control entregado por la ley a las partes sobre el razonamiento efectuado por los jueces para decidir, proceso en el cual estos deben sujetarse a las reglas que al efecto impone el artículo 297, con el grado de convicción que señala el artículo 340 y en la forma que prescriben los artículos 341 y 342, todos del Código Procesal Penal.

Por ello, no deja de ser una descalificación de carácter meramente retórica que se impute al tribunal haber asumido la tesis acusadora previo al análisis de la prueba, por las consideraciones vertidas en el motivo Décimo Tercero del fallo, argumento que, en todo caso, en cuanto cuestiona la posición institucional de los juzgadores al momento de decidir, es propio de una causal de nulidad diversa de la alegada, por lo que su

proposición por esta vía no puede ser atendida;

VIGESIMO SEXTO: Que por otra parte, en cuanto el recurso ataca la presunta ausencia de razón suficiente en el asentamiento de la participación de su defendido en los delitos 2 y 3 establecidos, lo que se sostiene por la omisión de consideración de la información aportada al juicio mediante las técnicas de litigación, especialmente las de la defensa, en el caso de la perito Benavente o en la determinación de la identidad de uno de los vehículos empleados, o de las impugnaciones a la cadena de custodia de ciertos documentos, lo cierto es que la sentencia establece los hechos materia de la decisión de condena, abordando exhaustivamente la información recibida sobre la forma de determinar su secuencia, la identidad, tipo y grado de participación de los acusados y otros involucrados en los motivos 19° y 22°, respecto del delito 2; y en los considerandos 24°, 25°, 26° y 29°, respecto del delito signado como 3; abordando tanto la prueba de cargo como la de las defensas, sus contradicciones e inconsistencias, dando cuenta de un proceso dotado de reflexión suficiente, acucioso e imparcial, orientado por los datos científicos aportados por los peritos y personal a cargo de la investigación;

VIGÉSIMO SEPTIMO: Que, entonces, resulta forzoso concluir que este motivo de nulidad tampoco podrá ser admitido, porque la impugnación que se efectúa dice relación con la falta de ponderación de los aspectos que destaca en el

recurso, acusando una falta de valoración íntegra y efectiva de ellos, desatendiendo que la exigencia legal de análisis de toda la prueba y explicitación de las motivaciones que sostienen la decisión judicial no es un requerimiento meramente formal, sino que encuentra su fundamento en razones de carácter sustantivo como es la cautela de la coherencia del razonamiento que se explicita en el fallo, como garantía consagrada en favor de las partes que se someten a la decisión judicial asistidas por el derecho a realizar su reproducción para alcanzar las conclusiones a que llegó la sentencia, conjurando así la arbitrariedad en la decisión de absolución o condena que se emita.

Por ello, la carga que grava a los jueces en orden a analizar toda la prueba tiene ese sentido: velar porque la decisión jurisdiccional obedezca a una operación racional, motivada en elementos de prueba legítimos que justifiquen racionalmente sus afirmaciones. Tal sistema, en todo caso, no puede llevar al extremo de pretender el análisis de todas y cada una de las afirmaciones vertidas por los declarantes en el juicio y el pronunciamiento detallado sobre todos y cada uno de los puntos levantados por las defensas, por cuanto ello significaría imponer a los jueces una carga imposible de satisfacer, ya que las exigencias contenidas en la ley sólo buscan garantizar la exposición de razones en la construcción de las premisas que sustentan el establecimiento de los hechos de la causa, que en el caso en estudio descartan cada uno de los aspectos destacados.

Así, entonces, los aspectos omitidos por los jueces del fondo, como si el sujeto identificado como Villarroel Sepúlveda usaba peluca o se había teñido el pelo; o si la camioneta exhibida en imágenes tenía o no las líneas verdes que si posee la incautada, o la identidad del propietario del domicilio donde se encontraron precisos y determinados elementos de disfraz, o si Tureo atribuyó a Villarroel el apodo de “negro” o de “pelado”, carecen de la relevancia pretendida al amparo de la pluralidad de elementos de convicción tenidos en consideración para concluir la participación del recurrente, tanto en el delito signado 2 como en el 3, como se lee en los motivos 22° y 29° de la sentencia que se revisa, que dan cuenta del proceso de formación de la convicción condenatoria de tales jueces, trabajo de análisis realizado en forma razonada y reflexiva, que sustenta la decisión adoptada y que las falencias anotadas no mina;

VIGÉSIMO OCTAVO: Que por otra parte, tanto las objeciones planteadas a los asertos de la perito Benavente, a los problemas que se habría generado a partir de la cadena de custodia de la boleta de peaje encontrada en la camioneta incautada, sí fueron resueltas en los razonamientos 22°, 24°, 25°, 26°, 29°, 30° y 31° citados, que dan cuenta de las razones del tribunal para desechar las objeciones levantadas por las defensas sobre los puntos anotados en virtud de sus facultades privativas, a las que sin duda contribuyeron los restantes antecedentes revisados y escrutados en las sucesivas audien-

cias del juicio oral. Por ello, no es posible atender este capítulo de la impugnación, así como tampoco al referido a la opción tomada por el tribunal para atribuir participación a Villarroel, pese a que éste no tiene “voz delgada y suave”, o al mérito del informe de Gendarmería que sirvió de base en fase de investigación para ir avanzando en la determinación de su identidad, o a la apreciación que se realiza de los dichos de Sepúlveda Begries, al resultar evidente, entonces, que se pretende una nueva valoración de la prueba aportada, proceso que está entregado exclusivamente a los jueces de la instancia y sujeto a cautelas procesales que han sido sobradamente respetadas en este caso;

VIGÉSIMO NOVENO: Que sobre las objeciones que se plantean a la forma en que se han considerado por los sentenciadores del fondo las declaraciones de Víctor Hugo Jerez, esta Corte se remite a lo señalado en el motivo Décimo Tercero que precede, en orden a que el proceso efectuado ha consistido en la valoración de la declaración de tal testigo en sede de juicio oral, la que ha sido contrastada – cuando tal ejercicio resultaba pertinente– con sus dichos previos prestados en sedes diversas, procediendo el tribunal a ponderar tanto lo afirmado en primer lugar por el declarante, como las explicaciones dadas para las discrepancias que se hicieron notar por los acusadores o los defensores, mediante el recurso a las herramientas que consagra el artículo 332 del Código Procesal Penal, proceso de análisis que apa-

rece como minucioso y exhaustivo, y a cuyas conclusiones se ha arribado después de escuchar los ejercicios de litigación de los intervinientes que permitieron la introducción de la información correspondiente.

Producto de la referida mecánica es que los jueces del fondo han decidido razonadamente dotar o restar credibilidad a los dichos del testigo en comento, proceso íntimo y personal de tales sentenciadores no susceptible de ser controlado por esta vía ni de ser calificado como “contra reo”, como se lee en el recurso, al ser de la esencia del proceso de decisión la opción por una u otra tesis sobre cuya base se determina la absolución o condena del acusado. Por lo demás, el tribunal en su proceso deliberativo plasmado en el fallo dejó expresa constancia, para restar crédito a la retractación de Jerez, de haber considerado el respeto irrestricto de las garantías procesales establecidas en favor del referido testigo, que declaró en las instancias que sirvieron para su contrastación, asistido por abogado, libre y espontáneamente, lo que da cuenta de las contemplaciones tenidas en cuenta para examinar la credibilidad y libertad de Jerez cuando refiere su versión sobre los hechos traídos a juicio;

TRIGÉSIMO: Que entonces, en oposición a lo explicitado en el recurso que se revisa, la sentencia atacada sí permite reconstruir el razonamiento desplegado por los jueces en el establecimiento de los hechos y justifica las opciones asumidas entre las teorías del caso propuestas por los intervinientes,

aspectos todos que satisfacen sobradamente las prescripciones del legislador procesal en la materia, por lo que la omisión circunstancial en la reproducción y transcripción de los elementos de convicción recibidos en las sucesivas audiencias del juicio, ni el valor asignado a los otros elementos denunciados, no constituyen en el presente caso el motivo de nulidad alegado;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que el imputado Aliste, enseguida, formaliza como causal subsidiaria de nulidad la prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, reclamando que en el pronunciamiento de la sentencia que impugna se ha hecho una errónea aplicación del derecho, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Se sostiene en dicha impugnación, que la sentencia ha subsumido los hechos signados en el N° 4 bajo el tipo contenido en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, tanto respecto del homicidio consumado de Luis Moyano como el homicidio frustrado de Fernán Abarca, calificando a su vez, el hecho signado N°3, como robo con intimidación previsto en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, sosteniendo la defensa que ambos sucesos configuran el solo delito de robo calificado a que se refiere el N° 1 del artículo 433 del indicado código punitivo.

El recurso, para configurar la nulidad sustancial, examina la manera como la sentencia impugnada tiene por acreditado los hechos ilícitos relativos a los sucesos descritos como N°3 y

N°4 y cómo a su vez, los califica jurídicamente, en el primero, como robo con intimidación y en el segundo, como delito de homicidio de Carabineros en Servicio en la persona del Cabo 2° Luis Moyano Farías, en grado de consumado y el delito de homicidio frustrado de Carabineros en servicio en la persona del Cabo 2° Fernán Abarca Díaz. En este contexto, se sostiene que el tribunal al decidir de la manera antes indicada infringió el artículo 416 del Código de Justicia Militar, al calificar erradamente el hecho N°4 como delito de maltrato de obra a Carabineros con resultado de muerte en grado de consumado respecto de un funcionario policial y frustrado con relación a otro. Se sostiene que se yerra en la aplicación del artículo 436 inciso primero del Código Penal, desde que lo aplica a los hechos sindicados con el N°3, separándolo incorrectamente del hecho N°4, en circunstancias que ambos corresponden a una misma secuencia que debe subsumirse correctamente en la hipótesis típica contenida en el artículo 433 N°1 del último cuerpo normativo;

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que para sostener lo anterior, el recurso señala que la última norma citada supone que el homicidio ocurra con motivo o con ocasión del robo, explicando que con lo primero se debe entender que el homicidio debe aparecer para el delincuente como un medio para lograr o facilitar la ejecución del delito, en cambio cometerlo “con ocasión del robo” significa que el homicidio es para el delincuente una manera de lograr su seguridad

o impunidad, citando al efecto doctrina y jurisprudencia, de modo que existiría un evidente error de derecho al aplicar separadamente, tal como si se tratara de hechos conexos, el artículo 436 citado solo hasta que se da comienzo a la fuga por parte de los hechores del robo del Banco Security, para luego, en el contexto de la huida, que no es otra cosa que una instancia jurídicamente relevante que ocurre con ocasión de ser robo, aplicar erradamente el artículo 416 del Código de Justicia Militar, producto de la muerte de Moyano y las lesiones sufridas por Abarca. Se agrega que los funcionarios policiales se enteraron de la ocurrencia del robo por la noticia que recibieron de transeúntes y decidieron concurrir al sitio del suceso para intentar frustrarlo, y que al avistar a los delincuentes inician un procedimiento de fiscalización, momento en que los imputados reaccionan en contra de los agentes con armas de fuego, de manera, se sostiene, que los disparos que ocasionaron la muerte y las lesiones son el resultado de las actividades tendientes a posibilitar la fuga que se desplegaba, de modo que dichos resultados lesivos se encuentran íntimamente ligadas al delito de robo, existiendo entre ellas un nexo insoluble, no obstante que las víctimas sean de Carabineros de Chile;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en torno a la causal indicada, se reprocha en el recurso que el sentenciador haya rechazado la solicitud de entender que los hechos N°3 y 4, aludidos constituyen un solo suceso, delito de robo con homicidio, porque

a criterio del fallo se trata de bienes jurídicos que son distintos: por un lado la seguridad individual y la vida, en que son afectados Moyano y Abarca y, por otro lado, la propiedad. Agregando que en el presente caso se anticipa en el fallo que el concurso aparente de leyes penales alegado por las defensas será resuelto de acuerdo al principio de especialidad, ya que existiendo varios preceptos aparentemente concurrentes, pero uno de ellos contempla más específicamente el hecho ilícito que los demás, por lo que tal concurso se resuelve aplicando sólo la ley más especial, de modo que la figura de dar muerte a un Carabinero que se encuentra en ejercicio de sus funciones constituye una norma específica que cautela tanto el bien jurídico vida como el orden y la seguridad pública, por lo que no cabría aplicar la norma alegada por las defensas. De este modo, se sostiene de la manera antes indicada, al optar la sentencia por calificar jurídicamente los hechos N°3 y 4 de modo separado, producto del argumento de la especialidad, pero indicando que el elemento especialidad solo afecta al delito previsto en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, con lo cual el tribunal comete un error de derecho porque el conflicto hermenéutico no subyace exclusivamente en la protección del bien jurídico vida-cuya premisa particular en el caso está dada por el hecho N°4- como si se tratara de decidir entre un delito de homicidio simple o uno calificado o directamente por una hipótesis de maltrato de Carabineros con resultado de muerte, cuando el conflicto interpre-

tativo trata de dilucidar si el tipo del artículo 433 N°1 del Código Penal es o no más específico en la descripción de la conducta punible en su conjunto, abarcando ambos hechos, otras disposiciones como la figura del artículo 436 inciso primero del Código Penal y el artículo 416 del código castrense. Se sostiene que la especialidad, en tanto criterio decisor, debe permitir concluir la aplicación de la figura de robo calificado, porque dicho tipo penal es comprensivo tanto de una afectación al bien jurídico propiedad como a otros bienes jurídicos relevantes como la vida, pero no solo por la ocurrencia pura de dichas afectaciones, sino porque entre ellas existe un nexo que construye la hipótesis compleja del artículo 433 del Código Penal, ya que la muerte y lesiones subsiguiente es una situación de facilitación de la apropiación o el aseguramiento de la impunidad del actuar delictivo.

Se sostiene a continuación, para convencer de lo afirmado, que el elemento edificante del robo calificado se presenta en los hechos establecidos, no solo por continuidad narrativa, sino por la información que las fuentes de prueba proporcionan en orden a unirlos de modo indiscutible; los agentes, luego de cometido el robo y mientras ejercían la fuga, enfrentan a los funcionarios que intentaban frustrar el delito y producto del enfrentamiento uno ellos resulta muerto y el otro lesionado, pero dicho atentado se produce, para evitar la frustración del delito en ejecución, solo por erigirse en obstáculo a la consumación del delito,

por lo que las características personales de las víctimas resultan irrelevantes. De modo, se sostiene, que no hubo afectación de la seguridad pública adicional con la muerte de un funcionario policial, porque ésta se produjo sin consideración alguna a la función que desempeñaban los policías en ese momento. De esta manera, se arguye, la hipótesis de concurso aparente de leyes penales que se presenta a propósito de estos hechos debe resolverse a favor de la aplicación del tipo específico descrito en el artículo 433 N°1 del Código Penal. La especificidad de la norma descansa en la mayor precisión con que de modo abstracto detalla la premisa particular brindada por los hechos, sosteniendo que el proceso de subsunción fluye con completa facilidad al intérprete.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que de la manera explicada la cuestión planteada en el recurso, con motivo de la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, descansa en el error de derecho que ha incurrido la sentencia impugnada al condenar separadamente al acusado Aliste, como autor de los delitos de robo con intimidación cometido en perjuicio del Banco Security a una determinada pena y luego, sancionarlo como autor del delito de homicidio del funcionario de Carabineros Moyano y de homicidio frustrado al Carabinero Abarca, cuando el acusado Aliste, junto a otro imputado, huían luego de cometido el primer hecho y en momentos en que los funcionarios policiales se aprestaban para contro-

larlos y evitar su huida. Se postula que se declare que existe en la cuestión discutida un concurso aparente de leyes penales que debe resolverse según el sistema de subsunción, lo que permitiría sancionar ambos sucesos conforme lo prescrito en el artículo 433 N° 1 del Código Penal;

TRIGÉSIMO QUINTO: Que el artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, para la cuestión debatida, cuando en el pronunciamiento del fallo, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. De consecuencia, este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y en particular, respecto de las consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea también al fijar la naturaleza y el grado de la pena. En resumen el reproche debe estar referido a la ley sustantiva penal que mire a calificaciones jurídicas que constituyen un reproche penal, una participación culpable o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. En este entendido, es básico, frente a la causal invocada y los fundamentos que la justifiquen establecer los hechos que

para esta causal resultan inamovibles para esta Corte de Nulidad;

TRIGÉSIMO SEXTO: Que en este entendido, la sentencia recurrida, con respecto al hecho N°3, robo con violencia en perjuicio del Banco Security, deja sentado en el motivo vigésimo séptimo, lo siguiente: “El día 18 de octubre de 2007, aproximadamente a las 13, 45 horas, el condenado Víctor Hugo Jerez Reyes, en compañía de otros cuatro sujetos previamente concertados, todos caracterizados con gorros o pelucas, ingresaron a la sucursal del Banco Security ubicado en Agustinas 621 comuna de Santiago; apuntando dos de ellos con armas de fuego al guardia del Banco, obligándolo a quedarse en el suelo y sustrayéndole su revólver marca Llama, calibre 38, número de serie 890967. Coetáneamente Víctor Hugo Jerez con otro sujeto se dirigieron al sector de las cajas, apuntaron con armas de fuego a los empleados y clientes, saltaron el mesón de las cajas pagadoras y se apoderaron del dinero que había en el lugar, que ascendía a la suma de \$22.694.175 y USD 3.400, mientras que un quinto individuo prestaba cobertura desde el sector de atención de público, dándose todos posteriormente a la fuga en distintas direcciones y con el dinero y el revólver en su poder.” Enseguida en el considerando siguiente, se expresa por el fallo aludido:” Que, los hechos que se han dejado establecidos en la consideración precedente son constitutivos del delito de robo con intimidación, previsto y sancionado en los artículos 432 y 436 inciso 1°

en relación al 439, todos del Código Penal, en grado consumado, toda vez que se acreditó la apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño”. Para explicar dicha calificación la sentencia, en el mismo motivo, determina como concurrentes todos los elementos del tipo penal, concluyendo que con ocasión de la intimidación que se efectuó a las personas que se encontraban en el banco, lograron la sustracción del dinero y pudieron los autores del ilícito salir del lugar con las especies en su poder, sacándolas de la esfera de resguardo de la víctima;

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que solicitado por el imputado una interpretación de ley en orden a determinar la existencia de un concurso aparente de leyes penales, para los fines de la penalidad aplicada respecto del robo con intimidación en perjuicio del Banco Security, la muerte y lesiones de funcionarios de Carabineros en acto de servicio, de modo que estos dos últimos hechos queden subsumidos en la figura final del artículo 433 N°1 del Código Penal, la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal sostiene, para desestimar tal pretensión defensiva, en el considerando trigésimo octavo, que se hará uso del principio de especialidad, afirmando que se está en presencia de dicho concurso, cuando existen varios preceptos aparentemente concurrentes, pero uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, por lo que debe resolverse la cuestión aplicando sólo la ley más especial,

sosteniendo que un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los preceptos exigidos por el segundo, algún otro presupuesto adicional, de manera que el segundo es más especial que el primero. Se asevera en el razonamiento aludido, que el delito de dar muerte a un Carabiniero que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, consagrado en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, constituye una norma especial, que cautela tanto el bien jurídico vida como el orden y la seguridad pública, considerando que se trata de una figura especial que prevalece en su aplicación sobre un delito base (homicidio) y por ende no cabe aplicar la norma alegada por las defensas. Luego se preocupa dicho fundamento de definir que en el caso del robo calificado por homicidio hay un concurso entre el robo y homicidio simple, el que protege con mayor sanción penal cuando mediante el acto apropiatorio, se provoca una conducta que además afecta al bien jurídico vida. Se trata entonces, de un delito pluriofensivo que atenta en contra de dos bienes jurídicos independientes entre sí: la vida y la propiedad. Se agrega, que los acusados Aliste y Fuentesvilla realizaron la conducta de apropiación en el Banco Security, mediante la intimidación que exige el tipo penal en estudio, pero además han afectado el bien jurídico de la vida de una persona- Carabineros en Servicio- que tiene una penalidad diferente por cuanto tutela otro bien jurídico adicional a la vida, como es el orden y seguridad pública, de modo que en el tipo del artículo 416 del Código

de Justicia Militar se protege ambos bienes jurídicos y por ello es aplicable el principio de especialidad analizado;

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que de la manera señalada la sentencia aludida en cuanto a la existencia de un conflicto aparente de leyes penales, llega a la conclusión que entre los hechos robo con intimidación y homicidio de Carabineros en servicio, se presentan dos delitos de carácter complejo, que en el supuesto que se prefiriera para los dos hechos el delito de robo con intimidación, ocasionando la muerte de un persona, ello no parece concurrir si la muerte se produce en una situación de afectación del orden y seguridad pública, de manera que siendo especial la figura del artículo 416 del Código de Justicia Militar, porque, aparte de la vida de un funcionario público, se afectan otros bienes jurídicos que no concurren en el robo no cabe confundir ambas situaciones en una sola figura delictiva. En el fondo, implícitamente el fallo determina la existencia de un concurso real de delitos que se deben castigar separadamente de la manera que indica el artículo 74 del Código Penal;

TRIGÉSIMO NOVENO: Que esta Corte coincide en esta última decisión, aún cuando los argumentos resultan confusos en cuanto el fallo impugnado se ha estructurado, en lo que respecta al concurso aparente de leyes penales, en el examen de las figuras en discusión, el artículo 433 N°1 del Código Penal y el artículo 416 del Código de Justicia Militar, en relación a la variante muerte, que

en ambos casos se presenta, determinando que se prefiere la separación de las figuras por estimar más especial la situación de la última norma punitiva castrense. Esta Corte puede o no coincidir con ese aserto, pero frente al caso de la causal invocada, la infracción de ley, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, es lo cierto que buscando la coincidencia para la procedencia de la aplicación del concurso reclamado, de modo tal que resulte ser preferente la norma del artículo 433 N°1 del Código Penal, subsumiendo así el hecho típico también concurrente previsto en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, se llega a la misma conclusión de rechazo.

En efecto, el precepto que se prefiere por el recurso, artículo 433 N°1 citado, dispone: “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación... ,etc”.- La doctrina ha sido pródiga en analizar la extensión del tipo en análisis, señalando que podría constituir un delito de carácter complejo, o mixto, o en su redacción más antigua como un delito calificado por el resultado, en la que indudablemente la muerte producida con motivo u ocasión del robo se integra al robo,

sobre la base de una penalidad más rigurosa. Situación que se complica más, cuando la figura se mantiene en actos desplegados luego de cometido para favorecer la impunidad, tema que lo aclara el autor don Mario Garrido Montt en su obra Derecho Penal (Tomo IV. Parte Especial, pág. 196. Editorial Jurídica de Chile): “De modo que las voces “con motivo” y “con ocasión” hacen una referencia a una muerte dolosa, constitutiva de un homicidio realizado por el sujeto activo y conectado ideológicamente con el robo; “con motivo” corresponde a una preordinación delictiva, donde la muerte aparece programada por lo menos a título de dolo eventual, que no requiere coetaneidad con el robo, en tanto que sí es necesaria esa coetaneidad en la alternativa “con ocasión”, porque el homicidio se presenta como circunstancial a la actividad de apoderamiento, o también como medio de aseguramiento de la impunidad del hecho. Así sucede cuando en circunstancias de que ya se tienen los bienes muebles objeto de la acción, se priva de la vida a la víctima porque en esos instantes logró reconocer a uno de los asaltantes.” Ahora desde el punto de vista del autor citado, no puede entenderse esta conexión sino dentro del contexto del delito base, que en este caso es el de robo con intimidación y antes de que éste logre su consumación, o sea, antes que los sujetos activos logran poner la cosa fuera de la esfera de protección de la víctima y en este sentido debe suponerse la congruencia con un concurso aparente de leyes penales. Como se recordará, el fallo luego

de establecer los hechos relativos a la configuración del delito de robo con intimidación en perjuicio del Banco Security, en el considerando vigésimo octavo citado, declara claramente que el grado de desarrollo del ilícito se encuentra en grado de consumado, toda vez que las especies sustraídas salieron de la esfera de custodia de su dueño, sin que hubiese sido posible recuperarlas, de modos que en dicho tiempo se deben darse los supuestos básicos del artículo 433 N°1 del Código Penal, en cuanto a los extremos del párrafo primero del artículo aludido y las situaciones especiales del N°1 “con motivo” u “ocasión del robo”;

CUADRAGÉSIMO: Que en cuanto a la existencia del delito previsto en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, por la cual fue también acusado el imputado Aliste, el considerando trigésimo quinto del fallo recurrido se establece el siguiente hecho: “El día 18 de octubre del año 2007 alrededor de las 13,45 horas, un grupo de al menos cinco individuos armados y caracterizados, perpetraron un robo con intimidación en la sucursal del Banco Security ubicado en calle Agustinas 621, de la comuna de Santiago, para luego darse a la fuga por calle Agustinas en distintas direcciones, dirigiéndose al menos dos de ellos hacia el oriente, girando en calle Santa Lucía hasta llegar a la altura del número 168 de dicha arteria, lugar en el que tenían una motocicleta de color amarillo preparada para su fuga. Que en esos momentos se desplazaban los

motoristas de Carabineros, Luis Moyano Farías y Fernán Abarca Díaz por calle Santa Lucía hacia el sur, virando por calle Agustinas al poniente, siendo alertados por transeúntes del asalto, por lo que dichos funcionarios, se dirigieron hacia la motocicleta de color amarillo, para la fiscalización de los sujetos que en ese instante se disponían a emprender la marcha. El cabo 2° Luis Moyano Farías, se ubicó a dos metros de los dos individuos y mientras descendía de su motocicleta, el pasajero de la motocicleta amarilla, disparó en su contra con el revólver Taurus calibre 38 especial que portaba, dándole muerte. Ante esto, el Cabo Abarca Díaz, desciende de su moto y repele la agresión con su arma de servicio, iniciándose un fuego cruzado entre éste y el pasajero de la motocicleta amarilla, para luego este último huir en la referida motocicleta conducida por el otro individuo. En este contexto, ambos sujetos y luego de la agresión a personal de Carabineros de servicio, huyen por calle Santa Lucía en dirección al Sur, dejando abandonadas en el lugar, entre otros elementos, tres armas de fuego. Como consecuencia de los disparos efectuados por uno de los sujetos, el Cabo 2° Luis Moyano Farías resultó con una lesión balística abdomino torácica con compromiso vascular de tipo homicida y anemia aguda que le causó la muerte. En tanto que, como resultado de los mismos, el Cabo 2° Fernán Abarca Díaz resultó con una herida a bala en su pie derecho de carácter grave”;

CUADRAGÉSIMO PRIMERO:

Que en correspondencia a los hechos antes indicados, la sentencia en análisis, en el considerando trigésimo sexto los califica como el delito de homicidio de Carabineros en Servicio en la persona del Cabo 2° Luis Moyano Farías, en grado de consumado y el delito de homicidio de Carabinero en Servicio en la persona del Cabo 2°, Fernán Abarca Díaz en grado de frustrado, ambos contemplados en el artículo 416 del Código de Justicia Militar. Justificando dicha calificación con los antecedentes de la tipicidad que le son concurrentes, agrega la sentencia que todo aconteció en forma súbita, sin que haya surgido otro factor exógeno y de relevancia que permita sostener una causa de muerte diversa a la percusión de un disparo con arma de fuego, lo que aconteció de igual manera respecto de la otra víctima. Se especifica finalmente que el dolo en este delito especial de homicidio de Carabineros en servicio y en relación al conocimiento de esta calidad de las víctimas, deviene como consecuencia lógica de la circunstancia que ambos funcionarios vestían su uniforme institucional y se trasladaban en una motocicleta de Carabineros de Chile, apreciable a simple vista;

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:

Que el artículo 416 del Código de Justicia Militar, luego de la reforma introducida por la ley N° 20.064 de 2005, dispone que el que matare a un Carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones será castigado con la pena de presidio

mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Esta norma punitiva de carácter excepcional presupone la acción de matar, como verbo rector y una condición para su punibilidad, en cuanto el sujeto pasivo de dicha conducta tiene que ser un Carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones. El rigor aludido tiene su explicación por la función que la Constitución y las leyes encomiendan a Carabineros de Chile como una institución fundamental en la República y como se dejó constancia en las Actas respectivas de la historia de la modificación antes aludida, considerando en primer lugar lo previsto en el artículo 90 de la Carta Fundamental, hoy 101, en cuanto dispone que las fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública, normativa que se complementa claramente con lo previsto en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile en la que establece que se trata de una institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho. Su finalidad es garantizar y mantener el orden público en todo el territorio nacional y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la Ley. Se hace presente además, que en el ejercicio de la función policial comprende aspectos tales como la protección y resguardo de los integrantes de la comunidad nacional,

la vigilancia, prevención y control de las nuevas modalidades de criminalidad y amenazas emergentes que puedan afectar a nuestro país, la satisfacción de las crecientes demandas en materia de seguridad hacen que exista una contrapartida, sobre la base de un marco jurídico adecuado que se constituye en un factor disuasivo para quienes pretendan o intenten interferir en el legítimo accionar policial. Aún más el Código Procesal Penal en el artículo 79 le entrega a la policía la función auxiliar del Ministerio Público dentro de la persecución penal y sin perjuicio que además de manera autónoma frente al delito, el artículo 83, lo autoriza sin requerimiento previo para prestar auxilio a la víctima; practicar la detención en los casos de flagrancia y resguardar el sitio del suceso. En este entendido, cuando Carabineros actúa como autoridad precisamente para dar eficacia al derecho y en la prevención y represión del delito lo hace en la seguridad de que sus actuaciones reguladas por la ley suponen un respeto de todos quienes puedan ser agentes perturbadores del orden y seguridad públicos, de modo que un atentado a un agente policial en el cometido de sus funciones no puede ser conectado con los hechos que precisamente dicha policía pretende repeler;

CUADRAGÉSIMO TERCERO:

Que de este modo, la institución del concurso aparente de leyes penales debe tener una aplicación lo más restrictiva posible, porque desde luego nuestro Código Penal sólo advierte las posibilidades de con-

curso de manera general en los artículos 74 y 75, ya sea para la situación real o ideal, respectivamente, para imponer las penas y en lo que se refiere a la apariencia de concurso, la doctrina en realidad trata el tema desde el punto de la interpretación de la norma penal, como lo refiere Eduardo Novoa en su Curso de Derecho Penal. Parte General Tomo II (Editorial Jurídica de Chile) páginas 247 a 258, definiendo dicho concurso cuando una conducta puede ser encuadrada aparentemente en dos o más tipos penales, de los cuales uno sólo resulta apto para captarla, agregando que a diferencia del concurso ideal de delitos, que existe en los casos en que un solo hecho cae simultáneamente bajo distintos tipos penales, todos los cuales le resultan aplicables en forma conjunta, en cambio en el concurso aparente de leyes al hecho único le conviene tan solo un tipo, pero varios aparecen apropiados para tipificarlos a la vez. Sostiene asimismo algunos criterios útiles para su aplicación, dentro de ellos el que si hay un tipo que por su amplitud, finalidad de protección, entidad de su pena puede estimarse que comprende y abarca la conducta que otro describe, en términos que para el criterio legislativo será suficiente la imputación por la vía de aquél para considerar también debidamente sancionada la última, debe entenderse que el primero prevalece y excluye por innecesario, al otro. Esta situación es evidente que no concurre entre el delito de robo con homicidio y la muerte de un carabinero en acto de servicio que en orden a su actuación como agente en funciones

propias del cargo toma conocimiento e interviene en ese delito en esa calidad y resulta víctima de los hechos, porque el robo no cubre totalmente la conducta que sanciona el artículo 416 del Código de Justicia Militar. Y no lo es porque según el autor no lo cubre la regla de la especialidad, porque ninguno de los hechos en su descripción legal pueden suponerse de carácter general, ambos son figuras claramente específicas, ni menos de la consunción, con respecto a los delitos que se suponen en colisión, porque siendo ambos de estructura especial y compleja, no se advierte la existencia de un elemento que en ambas situaciones ordinariamente acompañan al hecho y por lo tanto no se puede apreciar la existencia de conductas subordinadas que hacen posible tal absorción;

CUADRAGÉSIMO CUARTO:

Que del modo propuesto la sentencia recurrida al condenar separadamente los delitos de robo con violencia y de homicidio de un carabiniero en actos de servicio no ha infringido las normas que sancionan dichas conductas ni tampoco se ha hecho una interpretación equivocada para desestimar la existencia del concurso aparente de leyes penales que se ha alegado y sirve de sustento a la vulneración de los preceptos penales que se han denunciado. En todo caso, es evidente también que pretender una sola condena por un delito de robo de mayor gravedad-robo con homicidio-en reemplazo del robo con intimidación, subsumiendo el homicidio del Carabiniero en el primero, no significa en todo

caso que pudiera tener una sanción menor que la aplicada de manera separada, puesto que el robo con homicidio puede llegar a la pena de presidio perpetuo calificado, en una persona que no ha demostrado ninguna circunstancia atenuante de responsabilidad criminal, de manera que el vicio alegado en este sentido no tendría influencia sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido, que es una condición ineludible para dar lugar a la nulidad impetrada;

CUADRAGÉSIMO QUINTO:

Que el acusado Fuentesvilla como causal subsidiaria de su recurso de nulidad, lo interpone basado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, invocando como norma infringida el artículo 17 del Código Penal, de modo que de conformidad con lo establecido en el artículo 385 del citado código de enjuiciamiento, solicita que se dicte una sentencia de reemplazo que lo absuelva del ilícito por el cual fue condenado, hecho N°4.

Al indicado recurrente se le atribuyó participación de encubridor de homicidio consumado y homicidio frustrado de carabiniero en servicio, de acuerdo al artículo 416 del Código de Justicia Militar y en el recurso, luego de transcribir los hechos establecidos en la sentencia recurrida, como asimismo la calificación de ser encubridor en el suceso que se le atribuye, se señala que atendida la prueba de cargo y las conclusiones del Tribunal existe una errónea aplicación del derecho, puesto que

con esos elementos debió llegarse a la conclusión de absolución;

CUADRAGÉSIMO SEXTO:

Que explicando el yerro jurídico que se atribuye a la sentencia que se impugna, señala dicho recurrente que los hechos acreditados por el tribunal no satisfacen los requisitos necesarios de participación punible, dado que la sentencia declaró que no hubo concierto previo entre los acusados (Aliste y el recurrente) para dar muerte o herir a los funcionarios policiales, porque la conducta de Aliste se desplegó en forma sorpresiva, ni que tampoco existiera de parte de Fuentesvilla cooperación en el hecho con actos anteriores o simultáneos a la comisión de los hechos investigados, solo se limitó, se indica, a tratar de poner en marcha una motocicleta y una vez que Aliste ejecuta su conducta homicida, logra hacer partir la motocicleta y le facilita la fuga a dicho autor. Se sostiene que ambos imputados fueron también condenados en el hecho N°3, robo al Banco Security que antecedió a la muerte y lesiones de carabineros y su actuación fue solo poner en marcha una motocicleta para huir del lugar, mientras que Aliste de manera súbita se enfrenta a los funcionarios policiales, por lo que se trata de un hecho sorpresivo, que escapa del dominio funcional del hecho, ya que la fuga estaba referida más bien al asalto del banco, de modo que no existe encubrimiento respecto del hecho N°4 sino que se trataba de encubrir el delito N°3 del cual era autor, lo que dicha conducta de cooperación deja de ser punible;

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO:

Que conforme a lo señalado en el motivo trigésimo quinto de la sentencia en análisis, respecto del delito N°4, los jueces del fondo establecieron que el 18 de octubre de 2007, luego que un grupo de personas asaltaran un banco, dos de ellos llegaron a la calle Santa Lucía lugar en la que tenían una motocicleta preparada para la fuga y en esos momentos se desplazaban dos motoristas de Carabineros que fueron alertados por transeúnte del delito, ocurrido momentos antes y se dirigieron hacia la motocicleta para su fiscalización antes de que los sujetos emprendieran la marcha y el pasajero del vehículo menor disparó en contra del cabo Moyano y el otro carabinero trató de repeler la agresión con su arma de servicio y luego de varios disparos el hechor huye en la motocicleta conducida por el otro individuo. A consecuencia de los disparos falleció el cabo Moyano y resultó herido grave el cabo Abarca. El hecho se calificó de homicidio y homicidio frustrado en contra del primero y del segundo, respectivamente, previsto y sancionado en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, todo lo cual se ha relatado de manera más completa al tratar de la situación de Aliste, en considerando precedentes;

CUADRAGÉSIMO OCTAVO:

Que en el fundamento trigésimo octavo de la indicada sentencia se examina la participación de Fuentesvilla en este ilícito (hecho N°4), indicándose la abundante prueba que se deja constancia en dicho

fundamento, especialmente la testimonial que relata la manera como percibieron estos suceso y cómo también identifican a los autores del mismo, indicando claramente el rol que le correspondió a cada uno de ellos, concluyendo que la actividad delictiva de Fuentevilla, se encuadra en la figura del encubridor, puesto que tomó conocimiento mientras se encontraba en el lugar, como conductor de la motocicleta amarilla a escasos metros de donde ocurrieron los hechos, de lo que se colige el dolo directo que debe tener el encubridor y que se circunscribe al conocimiento de la perpetración del crimen o simple delito, sin haber participado como autor o cómplice en el hecho punible antes relatado, ni emanan antecedentes que atribuya un concierto previo en relación a la muerte y lesiones que provocó su acompañante Aliste, ya que su actividad de manera independiente consistió solo en tratar de hacer partir la motocicleta y cuando lo logra le facilita la fuga en este vehículo al imputado Aliste, por lo que hubo una colaboración y auxilio posterior, dirigida a asegurar la impunidad del ejecutor. En necesario consignar que la acusación, por este hecho, se le reputó a Fuentevilla la calidad de autor.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que aunque la sentencia no explicita expresamente cuál de los supuestos de encubrimiento, de los cuatro que indica el artículo 17 del Código Penal, que tampoco salva el recurso, toda vez que indica infringida toda la norma, es evidente que por el relato

dado en el fundamento que se explicitó en el considerando anterior, es la hipótesis del N° 3° de dicha disposición la que se configura, en cuanto aclara que su intervención posterior a las heridas de balas que sufrieron los funcionarios policiales, hace que su participación sea la de haber proporcionado la fuga del autor de los disparos, haciendo partir la motocicleta luego del suceso y permitiendo con ello la fuga del autor directo del ilícito, que se corresponde al relato del fallo impugnado, basado en el examen de la abundante prueba que claramente describieron los hechos y la distinta participación que en ellos les cupo a Aliste y Fuentevilla, situación fáctica que resulta inamovible para este tribunal de derecho, que solo le cabe examinar si jurídicamente dicha actividad ilícita corresponde o no a la conducta de participación desplegada por el acusado Fuentevilla, el que por lo demás, en la causal aducida no los modifica y por lo tanto los acepta;

QUINCUAGÉSIMO: Que determinado el hecho punible relacionado con la muerte y lesiones de un carabinero en servicio y establecido, además, que en el suceso participaron dos personas, una de ellas que fue la que disparó contra los agentes policiales, mientras la otra con un claro conocimiento de la punibilidad ejecuta obras de maniobras en una motocicleta para dejarla en posición de partir, para huir del lugar del hecho punible, sin haber participado en el mismo como autor ni cómplice, como se establece como un hecho inamovible para este tri-

bunal, e interviniendo con posterioridad del momento de la comisión del delito de muerte y lesiones de las víctimas antes indicadas, resulta claro que se dan los supuestos legales para suponer la existencia básica del encubrimiento, restando ahora decidir, si además la actividad desplegada por el acusado Fuentesvilla se ajustó a unas de las situaciones, en la que la intervención imputada coincide con las casos que describen los N°1 a 4° del indicado precepto. En este entendido, la sentencia califica la participación punible en la situación del favorecimiento personal ocasional que contempla el N°3 del precepto en la modalidad de proporcionar la fuga, que se explica en la sentencia impugnada precisamente en la actividad de ser el acusado aludido conductor de un vehículo y que mientras se enfrentaba su acompañante con las fuerzas policiales y concluida la acción dolosa del imputado Aliste, logra poner en movimiento dicho móvil, espera que su acompañante sube a él y luego emprende la huida precisamente para favorecer la fuga del autor del delito investigado, que es la situación fáctica que pena la aludida norma, puesto que como lo señala Etcheberry, proporcionar la fuga, expresión que usa la ley, es precisamente obtener el alejamiento material del culpable con relación al sitio en que se cometió el delito para asegurar su libertad e impunidad (Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica, página 106). De modo que la conducta que describe tan acertadamente la sentencia impugnada configura la situación de encubrimiento que sanciona

la norma aludida, artículo 17 N°3, por lo que la sentencia recurrida, lejos de quebrantar dicho precepto le dio una debida aplicación, de manera que no ha podido transgredirse la norma en comento, de lo que se deriva que el recurso en esta parte, deberá ser desestimado.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que, en atención a lo expuesto precedentemente, los recursos serán rechazados.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342 letra c), 372, 373 letra a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZAN LOS RECURSOS DE NULIDAD** deducidos por doña Alicia Corvalán Curutchet, don Pablo Sanzana Fernández y don Pablo Ortega Manosalva, por los sentenciados Juan Manuel Aliste Vega, Freddy Ismael Fuentesvilla Saa y Marcelo Villarroel Sepúlveda, respectivamente, en contra de la sentencia de dos de julio del año en curso, que está agregada de fojas 171 a 369 del Tomo II, rectificadas por la de tres de julio de dos mil catorce, que rola a fojas 369 vuelta de este legajo, dictada en estos antecedentes RUC 10000455791-9, RIT 34-2014, del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, los que en consecuencia, **no son nulos.**

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Brito, quienes fueron del parecer de acoger el recurso de la defensa de Juan Manuel Aliste Vega por la causal consagrada en la letra b) del

artículo 373 del Código Procesal Penal, con el mérito de las siguientes razones:

1° Que el homicidio del funcionario de Carabineros Luis Moyano Farías y las lesiones causadas al también empleado público de dicha institución, don Fernán Abarca Díaz, aparecen, del mérito de los antecedentes, como agresiones a la vida e integridad física de esas personas cometidas con ocasión del robo perpetrado en perjuicio del Banco Security, ilícito llevado a cabo por los acusados de autos Juan Manuel Aliste Vega, Freddy Ismael Fuentevilla Saa y Marcelo Andrés Villarroel Sepúlveda, junto a otros sujetos que no han sido traídos a este juicio.

2° Que el delito de robo con violencia en las personas, sea en su forma simple o calificada, es un delito complejo o pluriofensivo, que requiere, para su existencia, de un doble nexo entre la fuerza física ejercida contra la víctima (o un tercero ligado a ella) y el apoderamiento de la cosa mueble ajena. Debe concurrir un vínculo fáctico-temporal que permita apreciar ambos ataques (contra la persona y la propiedad) como una “unidad de acción” y un vínculo ideológico o subjetivo, que ponga de manifiesto el despliegue de violencia “al servicio” de la apropiación; en otros términos, no basta con que la agresión física y apoderamiento se produzcan en un mismo ámbito espacio-temporal, sino que es indispensable- a efectos del tipo complejo- que se hiere o mate “para robar”, para lograr el agente hacerse dueño de la cosa.

A la especial conexión entre acción violenta (o intimidatoria) y acto apropiatorio se refieren, por ejemplo, las SCS de 4 de noviembre de 1996 y 29 de marzo de 2006, citadas en “Código Penal, Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas explicativas e Índice Temático” de Tatiana Vargas Pinto – Juan Ignacio Piña Rochefort, Directores, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012, p.p. 439 y s.s..

3° Que de conformidad con el artículo 433, inciso primero, del Código Penal, la violencia (o intimidación) puede tener lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad.

En tal virtud, la relación fáctico-temporal entre violencia y apoderamiento está concebida en términos amplios, ya que comprende la energía física anterior a la sustracción de la cosa de la esfera de custodia ajena y la posterior a este hecho, siempre que tenga por objeto facilitar la impunidad del hechor. Refiriéndose a la posterior, Etcheberry señala que debe ejercerse siempre en forma inmediata, sea sobre las mismas víctimas de la apropiación, sea sobre terceros intervinientes. “Pero no transformaría el hurto en robo el hecho de que al día siguiente de la apropiación clandestina el ladrón usara de violencia contra el policía que pretende allanar su casa.” (Derecho Penal, Parte Especial, T.III, 3ª edición, 2004, p. 336) A contrario sensu, si el ladrón que acaba de cometer un robo emplea de inme-

diato su arma en contra del policía que, alertado por transeúntes, se acerca al lugar donde está tratando de huir en un vehículo, deberá afirmarse el robo violento, en el cual la violencia posterior ha perseguido la impunidad del hechor.

En SCS de 13 de marzo de 2001, este Tribunal ha declarado que la violencia en el delito de robo puede ser posterior a la acción apropiatoria, con la condición de que persiga la impunidad del delito y sea ejercida en forma inmediata al acto apropiatorio.

4° Cuando concurre un delito complejo -como el que motiva estas reflexiones- no son aplicables las reglas generales sobre concurso de delitos, desde que una misma y única descripción típica contiene (arts. 433 y 436 inciso 1° en este caso) dos agresiones a dos bienes jurídicos distintos (violencia-apropiación / vida, integridad física y propiedad) que se castigan con sola una pena.

5°.- Entre el robo y el homicidio ha de existir un vínculo que la ley expresa en los siguientes términos: el homicidio debe cometerse “con motivo u ocasión del robo”, expresiones que no generan mayores dificultades a nivel doctrinal. Así, se entiende que “con motivo” implica una relación de medio a fin, es decir, que la muerte asuma la condición de medio para el logro del objetivo final que es hacer posible la apropiación; en otras palabras, y como suele señalarse, implica “matar para robar”. La fórmula “con ocasión”, en cambio, significa que el homicidio es la con-

ducta (y el resultado) de que se vale el hechor para conseguir su seguridad o su impunidad; es decir, “matar al robar”. (Guillermo Oliver Calderón, *Delitos contra la Propiedad*, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, p. 312)

6° Que la conducta de Aliste, consistente en dar muerte a un policía y lesionar a otro- violencia posterior al apoderamiento del dinero del Banco Security, ejercida inmediatamente después de cometido ese atentado a la propiedad ajena- aparece en el contexto de los hechos establecidos y en la dinámica de los mismos- como dirigida a favorecer su impunidad y encuadra, por tanto, en el artículo 433 Nro.1 del Código Penal.

Estos disidentes son de la opinión que tal conducta no resulta subsumible en el artículo 416 del Código de Justicia Militar, cuando el homicidio o las lesiones inferidas a un carabinero en acto de servicio integran -como en este caso- en carácter de elemento esencial el tipo complejo aludido; tan esencial, que estas agresiones operan “por y para la apropiación”, en relación de medio a fin, esto es, para facilitar el apoderamiento (violencia preparatoria), para lograrlo (violencia coetánea) o para favorecer la impunidad (violencia posterior, “después de cometido el robo”).

7° Que de esta manera, la apreciación y juzgamiento separado de las conductas descritas como 3 y 4 en la sentencia que se revisa, da cuenta de una decisión en orden a escindir artificialmente los comportamientos

pesquisados que integran un delito complejo, pluriofensivo – uno sólo- para cuya sanción el legislador penal ha prescrito el tipo que contempla el artículo 433 N°1 del Código del ramo, figura que soluciona el tratamiento conjunto de las acciones que lesionan diversos bienes jurídicos y que, por la amplitud del marco penal que consagra, puede absorber sin problemas, en fase de determinación de la pena, el injusto que el artículo 416 del Código de Justicia Militar pretende reprimir. Una decisión diversa implica no sólo vulnerar la prohibición de exceso, consustancial al principio de proporcionalidad, sino que altera el sistema que expresamente el legislador penal ha establecido mediante la tipificación de delitos complejos y que impone que el artículo 416 del Código de Justicia Militar ceda ante el robo con homicidio, por expresa decisión de la ley, cuando éste último atentado – el homicidio- ha estado “al servicio” del robo, como ha ocurrido en este caso.

8° Que en la especie, fueron dos los carabineros heridos, uno murió a consecuencia de las lesiones recibidas, el otro quedó con una lesión grave, pluralidad de sujetos pasivos que no altera lo expresado, ya que es posición dominante en nuestra doctrina que si el ladrón causa la muerte de más de una persona con motivo u ocasión del mismo robo, se configura un solo delito de robo con homicidio, sin que el número de muertes tenga incidencia en la determinación del título del castigo (Guillermo Oliver Calderón, “Delitos contra la Propiedad”, pag. 315). Por lo tanto,

si el homicidio perpetrado con ocasión del robo está acompañado por lesiones del artículo 397 N°2 del Código Penal, esto no debe alterar la penalización única conforme al artículo 433 N°1 de este cuerpo legal.

9° Que de la forma expuesta, estos disidentes son del parecer que la condena de Aliste Vega como autor del delito contemplado en el artículo 433 N°1 del Código Penal determina la supresión del encubrimiento de Fuentevilla Saa en relación al delito del artículo 416 del Código de Justicia Militar, a quien sólo habría debido atribuírsele la calidad de coautor del delito que prevé el artículo 436 inciso 1° del Código Penal en perjuicio del Banco Security y por el cual ya ha sido condenado.

10° Que, por otra parte, de admitirse la solución dada por los jueces del fondo a los hechos signados como 3° y 4°, la propia descripción de hechos efectuada permite estimar que a igual supresión del encubrimiento de Fuentevilla Saa debió arribarse, toda vez que al haberse dispuesto su condena como autor del hecho signado 3 los actos reprochados y materia de su condena como encubridor por el delito 4° son de aquellos destinados únicamente a asegurar su propia impunidad respecto del delito de robo con intimidación, por lo que no es posible asignarle intervención, ni siquiera de la forma accesoria que se ha dispuesto en los delitos de homicidio consumado y frustrado por los que se ha emitido decisión y que no pueden juzgarse separadamente del robo, en concepto de estos disidentes.

11° Que en base a los argumentos expuestos precedentemente, estos disidentes estuvieron por acoger el recurso de nulidad intentado por la defensa de Aliste Vega por la causal consagrada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo que imponga la pena que en derecho corresponde al sentenciado Juan Manuel Aliste Vega, como autor del delito de robo con homicidio.

12° Que, en concepto de estos jueces, una decisión como la referida en el motivo que precede habría significado la dictación de una sentencia de reemplazo en la que, además, se habría tenido que disponer la absolución de Freddy Ismael Fuentevilla Saa por el cargo relativo al artículo 416 del Código de Justicia Militar, toda vez que en tal hipotética situación sólo sería posi-

ble esa declaración y no una que le asignara participación en el delito de robo con homicidio atribuido a Juan Manuel Aliste Vega.

Regístrese y devuélvanse, con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro señor Juica, y del voto en contra, sus autores.

Rol N°21.408-14.

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.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

JUICIO ORAL Y TESTIGOS: UNA APROXIMACIÓN A LAS ACTIVIDADES DE PREPARACIÓN

Richard Toledo Hidalgo¹

Liliana Gálvez Nilo²

Introducción

El actual sistema de justicia penal significó un cambio de paradigma en la base de nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta modificación sustancial, tanto orgánica como normativa-procesal, comienza a gestarse ya en el año 1995, fecha en la cual es presentado al Congreso Nacional el proyecto del nuevo Código Procesal Penal. Además del cambio de procedimiento, este moderno modelo propuesto implicaba la instalación de una nueva institucionalidad, a saber: Tribunales de Justicia, como los encargados de regular el proceso y garantizar el respeto de las prerrogativas constitucionales y legales de los intervinientes, y como detentadores de la jurisdicción penal; el Ministerio Público, como organismo encargado de la investigación de hechos punibles, como sostenedor de la acción penal pública y como garante de la integridad de víctimas y testigos en el marco del proceso criminal; y la Defensoría Pública, como representante jurídico de los intereses de los imputados.

Como puede apreciarse, desde sus inicios una de las labores entregadas al ente persecutor ha sido la atención y protección de víctimas y testigos que se ven obligados a intervenir tanto en la etapa de investigación del proceso penal como durante la etapa de juicio oral, donde cobra especial trascendencia su participación para la decisión del tribunal.

El presente artículo, pretende analizar de manera sucinta el estado actual de aquellos usuarios en el referido contexto, las implicancias que tiene su vinculación con las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, URAVIT, y con la institución en general, e identificar aquellos aspectos que son relevantes a la hora de abordar la temática, todo ello en virtud de un análisis práctico así como documental (tanto jurisprudencial, legal, académico e institucional).

1 Coordinador de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional de Arica y Parinacota, Ministerio Público.

2 Psicóloga de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional de Arica y Parinacota, Ministerio Público.

Juicio Oral y Víctimas/Testigos

Procesalmente, una de las innovaciones del sistema de justicia penal se centra en el juicio oral, que se constituye, en palabras del profesor Claus Roxín, en el centro de gravedad del procedimiento penal (aun cuando represente solo una pequeña parte de un cúmulo concadenado de actividades)³. Es en esta instancia en la que el Ministerio Público se encuentra obligado a sostener la acción penal, lo que implica articular diversas actividades imprescindibles para asegurar un resultado que responda a los intereses punitivos del Estado. Es posible identificar las siguientes:

1. De orden jurídico, como lo es la construcción de la Teoría del Caso y su satisfacción íntegra con todos los medios de prueba ofrecidos;
2. De orden práctico, como la disponibilidad de todos los medios de prueba para ser ofrecidos adecuadamente durante el juicio oral, entre ellos, víctimas y testigos; y
3. Desde la perspectiva de la satisfacción del usuario, la prestación de un servicio con altos estándares de calidad para víctimas y testigos que cubra todas sus necesidades más básicas y que se generen con ocasión de su participación en el juicio oral. En este punto, digamos desde ya que el Ministerio Público requiere imperiosamente de la participación de ambos en un juicio oral para la acreditación de los hechos formulados a título de imputación.

Es tal la importancia del juicio oral en el actual sistema chileno, que algunos autores lo han posicionado como el eje central sobre el cual se articulan todas las garantías de las personas al momento de la aplicación de sanciones (penales), lo que contemporáneamente se conoce bajo la idea de “debido proceso”, representación básica de un Estado democrático de Derecho⁴.

La relevancia del juicio oral es de fácil entendimiento, ya que resultado de aquel lo es la sentencia, que en el caso de ser condenatoria impondrá al imputado medidas restrictivas o privativas de su libertad personal e incluso pecuniarias, entre otras. Esta sentencia (condenatoria) será el resultado de los medios de prueba de cargo aportados por la Fiscalía o, en su caso, por el querrelante. Por ello, el Código Procesal Penal regula el proceso mediante el cual el Tribunal alcanza la convicción de condena, estableciendo altos estándares (como la duda razonable) y límites al proceso de fundamentación (máximas

3 ROXIN, CLAUS. “Derecho Procesal Penal”. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 21 y 358.

4 DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristian. “Proceso Penal”. Editorial Jurídica de Chile. 2007. págs. 375 y sgtes.

de la experiencia, conocimientos científicamente afianzados y reglas de la lógica).

Una instancia de tal envergadura entonces, requiere como contrapartida, un modelo eficiente, oportuno y ordenado en cuanto a la producción de prueba, especialmente la testimonial.

Otra de las innovaciones del sistema procesal penal chileno, en armonía con su nueva concepción, está relacionada con el reconocimiento de la figura de la víctima como un interviniente conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Código Procesal Penal, sujeto de múltiples derechos. A su vez el testigo deja de ser mirado como un mero objeto de prueba y su figura es alzada como sujeto capaz no sólo de transmitir información relevante para aclarar la comisión o no de un delito, sino también como sujeto en torno al cual se articula todo un estatuto jurídico (aunque no orgánico) que le reconoce derechos y obligaciones en su calidad de testigo, y que lo hace incluso merecedor de un trato especial de parte de todo el sistema en cuanto le confiere el derecho de que el Tribunal implemente medidas especiales para proteger su seguridad (artículo 308 del Código Procesal Penal). Pero por otro lado, se deja de lado *“la idea presente en el Código de Procedimiento Penal de 1906 de concebir a todos los testigos como terceros ajenos, imparciales o sin ningún compromiso respecto de los relatos que presentan en juicio”*⁵.

La relación entre los conceptos de juicio oral y testigos (dentro del cual se entiende incorporado el de víctima, atendido el tratamiento que el Código Procesal Penal Chileno le asigna), se produce esencialmente porque *“la principal oportunidad con que un abogado cuenta para narrar y probar su historia, permitiéndole al tribunal revivir la versión de los hechos de su cliente, es el examen directo (de testigos)”*⁶. Con una adecuada prueba testimonial rendida y complementada quizás con los otros elementos probatorios, de manera verosímil, se asegura el convencimiento del Tribunal.

Luego de esta breve introducción, estamos en condiciones de justificar el por qué hemos identificado como cuestiones imprescindibles para asegurar un resultado que responda a los intereses punitivos del Estado aquellos relativos a la disponibilidad de víctimas y testigos y su satisfacción en cuanto interacción con el sistema.

5 BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J, Mauricio. “Litigación Penal, Juicio Oral y prueba”. Ediciones Universidad Diego Portales. 2004. p. 103.

6 BAYTELMAN y DUCE, ob. cit., p.101.

Víctimas/Testigos y Fiscalía de Chile

Para abordar la relación que se produce entre los testigos (como ya se señaló, este concepto incluye a la víctima) y la Fiscalía en las distintas etapas del proceso penal nos circunscribiremos a aquella relación que se produce en la etapa del juicio oral y sus instancias inmediatamente previas, la que se ha conocido, jurisprudencial e institucionalmente, como preparación de juicio oral, más no en los términos tratados en el Código Procesal Penal (como audiencia, en los artículos 259 y siguientes), sino más bien entendido como un conjunto de actividades destinadas a la contactabilidad de los testigos, a la evaluación de su disponibilidad para participar en el juicio oral, su nivel de intimidación o temor a participar en el mismo, la identificación de sus necesidades y a su involucramiento y posicionamiento dentro de la dinámica de los hechos que han sido jurídicamente imputados.

Desde esta perspectiva, a nuestro juicio es posible diferenciar dos ámbitos de intervención en el proceso de preparación de los testigos para el juicio oral: el primero, OPERATIVO, que concentra las actividades más prácticas para asegurar su comparecencia y el segundo, JURÍDICO, que agrupa aquellas diligencias tendientes a evaluar su posicionamiento en la dinámica de los hechos materia de la acusación.

1. Ámbito operativo: Preparación metodológica

La atención de víctimas y testigos ha sido preocupación del Ministerio Público y de sus máximas autoridades, quienes en el afán del mejoramiento continuo de la institución han establecido dentro del Plan Estratégico para el periodo comprendido entre el año 2009 y 2015, contenido en el sitio web institucional, en uno de sus lineamientos principales, el *Potenciar la Atención y Protección de Víctimas y Testigos*, una de cuyas piezas fundamentales en este contexto es el *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos*, el que refuerza la idea de una atención dirigida a todas las víctimas que concurren a declarar a la Fiscalía, centrada en la entrega de tres servicios básicos: Orientación, Protección y Apoyo. En este Modelo confluyen, por una parte, una perspectiva de intervención que va más allá de la mera satisfacción de sus necesidades susceptibles de ser abordadas por la Fiscalía y, por otro, la adecuada focalización de la acción institucional y la utilización racional de los recursos existentes. Dicho documento concibe una propuesta conceptual y operativa que reestructura los procesos de trabajo de las unidades operativas de la Fiscalía y redefine los roles de los funcionarios en cuanto a la entrega de servicios a los usuarios, en este caso víctimas y testigos. Al mismo tiempo identifica sus principios orientadores: Participación, Discriminación Positiva, Transversalidad, Eficiencia y Eficacia.

El modelo se articula en función de las diferentes etapas del proceso penal, identificándose también la de juicio oral, la que es tratada del siguiente modo: *“Además de la inversión de tiempo y recursos para el testigo, la declaración en un Juicio Oral puede generar una serie de consecuencias emocionales e implicar no solo intimidación, sino que también situaciones reales de riesgo. En este sentido, se considera el establecimiento de procesos de trabajo para el contacto, evaluación de necesidades y satisfacción de éstas, de todos los testigos que deben declarar en juicio oral.*

La detección de necesidades se realizará a través de la aplicación de una pauta de evaluación, aplicada por un funcionario capacitado para ello, esta actividad se puede realizar telefónicamente o de forma personal. En este momento, se le entregará información respecto de la realización del juicio Oral, y orientará respecto de su participación. Se evaluará la necesidad de implementar medidas de protección, antes o durante el juicio, y se establecerán las necesidades de apoyo que se requieran (preparación, acompañamiento, traslado, alimentación, indemnización, etc.).

La intervención se hará efectiva desde el momento en que el Fiscal presenta la Acusación respectiva ante el Tribunal de Garantía, momento en el cual todos los usuarios deben ser contactados para la evaluación de sus necesidades. Se mantendrá un flujo de información permanente con los testigos hasta la realización del juicio, y se coordinarán las acciones pertinentes. Terminado el proceso penal, se deberá informar a las víctimas y si es posible también a los testigos que hayan participado de la audiencia, la sentencia respectiva”⁷.

Pero el esfuerzo productivo institucional no se detiene allí, ya que a este gran modelo, que crea un marco necesario en la atención de víctimas y testigos, se suman los siguientes modelos que profundizan en el tratamiento en función de 3 criterios: perfil de la víctima, tipo de delitos y etapa por el que atraviesan. Estos modelos complementarios son:

1. Modelo de Intervención Inmediata en Violencia Intrafamiliar;
2. Modelo de Intervención Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales o Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar
3. Modelo de Protección a Víctimas y Testigos en Casos Complejos; y
4. Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral.

Como puede apreciarse, la institución ha generado un documento específico relativo a los procesos de trabajo que deben desplegarse con ocasión del juicio oral, como etapa del proceso penal. Esto releva el juicio oral que se identi-

7 Modelo de Atención a Víctimas y Testigos. División de Atención a las Víctimas y Testigos, Fiscalía de Chile, 2011.

fica como una etapa compleja, que requiere de una regulación especial, cuya importancia es tal que ha debido materializarse en un modelo, tal como ocurre con casos de relevancia en la persecución penal como lo son los delitos de violencia intrafamiliar o en los que son víctimas los menores de edad producto de delitos sexuales. Sin embargo, es oportuno destacar que la preocupación por la declaración de los testigos en juicio oral se comenzó a gestar en los albores de la institución, en efecto, ya en marzo de 2001 la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos de la IV región comenzaría a trabajar en un “Programa de Preparación de Testigos”⁸.

Si bien es cierto el *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral* establece un marco operativo general de aplicación como para la casi totalidad de delitos, es menester destacar que el *Modelo de Intervención Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales o Delitos en contexto de Violencia Intrafamiliar*, atendida la singularidad del fenómeno tratado en él y el especial perfil de sus víctimas (materia que excede el objetivo del presente artículo) regula aspectos especiales, los que serán brevemente abordados más adelante.

Por ahora, podemos señalar que el *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral* considera la “participación de los testigos en el proceso penal como de vital importancia para la obtención de los resultados esperados por la Fiscalía. Esta participación se hace aun más necesaria en la Audiencia de Juicio Oral, ya que los jueces evaluarán la prueba entregada por el fiscal para decidir la sentencia, prueba que está conformada en la mayoría de los casos principalmente por la declaración de víctimas y testigos”.

En cuanto a la oportunidad en que deben comenzar a desplegarse las actividades de preparación metodológica de los testigos, el modelo hace coincidir naturalmente este momento con una actividad procesal definida y obvia, cual es la de fijación por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la fecha y hora para la realización de la audiencia de juicio oral. No obstante ello, también permite que estas actividades se desplieguen con anterioridad. La práctica regional indica que la preparación metodológica de los testigos se comienza a desarrollar una vez que se dicta el llamado Auto de Apertura de Juicio Oral por el Tribunal de Garantía, oportunidad en la cual los testigos son derivados para estos fines a la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos.

El referido Modelo centra su atención esencialmente en los objetivos de orientar a los testigos respecto de su participación en el juicio oral y en la

8 DE LA FUENTE PIZARRO, Claudio y ROJAS VÉLIZ, Marcela. “Intervención en las narrativas previas a un juicio oral observadas en testigos”. En: Anales V Congreso Iberoamericano Psicología Jurídica. Escuela de investigaciones policiales. 2003. p. 163.

evaluación de sus necesidades que surjan con ocasión de su participación en el mismo, las que como veremos van desde prestaciones de apoyo para facilitar esta participación hasta prestaciones de protección frente a eventuales actos de intimidación y de riesgo concreto por esa participación.

La entrega de estos servicios se efectuará, dependiendo de la organización regional de cada Fiscalía, por Unidades especializadas instaladas específicamente para esta tarea (en la práctica nacional, estas Unidades se han constituido bajo el alero de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos) o por el propio equipo del Fiscal Adjunto titular de la investigación o a quien se la ha asignado el juicio oral (este equipo está constituido por el propio Fiscal Adjunto, el o la abogado asistente y el o la gestora, que constituye el apoyo administrativo al equipo, como estructura más básica).

De esta forma, el modelo define 4 ámbitos de intervención y de actividades que se desarrollarán:

- a) Orientación: Se refiere a la información general que debe ser puesta al servicio del testigo. Esta podrá ser entregada de manera presencial al mismo, o mediante el CALL CENTER, cuyos operadores indicarán fecha del juicio, hora, lugar, derechos y deberes del testigo y resultado del juicio.
- b) Evaluación: Una vez realizada la orientación, el funcionario a cargo del contacto recogerá información relevante mediante la aplicación de una Pauta de Detección de Necesidades (PDN). La evaluación a su vez agrupa los siguientes ámbitos:
 - b.1) Necesidades de Protección: En cuyo caso la aplicación de la PDN tiene como objetivo el de *“recabar información respecto de situaciones de amedrentamiento, amenazas o agresiones que pueda haber sufrido la víctima o el testigo por parte del imputado, familiares o conocidos de éste, con motivo de la participación en el juicio Oral, y que puedan afectar su disposición a participar en esta Audiencia”*. Del resultado de la aplicación de la PDN dependerá la necesidad de diseñar e implementar una estrategia destinada a disminuir el riesgo⁹.

⁹ Según el Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral, una vez que el funcionario encargado finalice la aplicación de la PDN, debe evaluar la información recabada asignándole un nivel de reticencia al testigo (alto, medio o bajo, dependiendo de la mayor o menor disposición del testigo a declarar en juicio). Si el resultado es ALTO, automáticamente el sistema lo comunicará al Jefe de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía, a objeto que se designe un profesional encargado de diseñar y ejecutar una estrategia tendiente a disminuir la reticencia, lo que implicará también medidas de protección, si la reticencia se debe al temor del testigo a declarar.

Es importante relevar en este punto que la información que pueda obtenerse producto de la aplicación de la PDN relativa a amenazas, amedrentamiento o agresiones de que hubiere sido objeto el testigo con ocasión de su participación en el juicio oral debe ser profundizada y, dependiendo de su gravedad, contenida en un informe dirigido al Fiscal (el que será de cargo de profesionales de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, especialmente), el cual debe ser sustento para instar por la complementación de las medidas de protección autónomas dispuestas por la Fiscalía, con aquellas que son de cargo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. En efecto, las medidas de protección que adoptará la Fiscalía son la respuesta al imperativo jurídico dispuesto en el artículo 308 del Código Procesal Penal en su inciso segundo: *“De igual forma, el ministerio público, de oficio o a petición del interesado, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección”*.

Del mismo modo, existe en la Ley que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas N°20.000, artículo 30 inciso segundo, una mención especial a la facultad del Fiscal Adjunto para proteger la identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo de todos aquellos sujetos que intervengan en el procedimiento, mediante, especialmente, la reserva de todos aquellos antecedentes, registros o actividades que expliciten su individualización. Por su parte, el artículo 33 dispone que de oficio o a petición del interesado, durante el desarrollo del juicio oral, o incluso una vez éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el fiscal o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesite.

Estas medidas lo son para ser ejecutadas fuera de las dependencias del Tribunal, antes y/o después del juicio oral. Mientras que pesa sobre el Tribunal también un imperativo jurídico, tendiente a complementar estas medidas con aquellas que pudieren disponerse por el órgano jurisdiccional en los términos del inciso primero del referido artículo 308: *“Protección a los testigos. El, tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario”*. La norma señalada indica que para que el Tribunal decreta medidas de protección debe tratarse de casos graves y calificados, lo que hace suponer que no bastaría, en principio, con la mera petición del testigo, sino que requeriría de mayor información para la adopción de la decisión de protección. Es aquí donde el informe emitido por la Fiscalía (especialmente las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos) cobra relevancia, ya que es esta institución la que evalúa preliminarmente el riesgo del testigo, y la única que lo evalúa, salvo que el testigo reciba atención de alguno

de los organismos de la red pública que pueda también levantar esta información.

A su turno, el artículo 289 del mismo cuerpo legal, con ocasión de la regulación del principio de publicidad de la audiencia de juicio oral, establece otras medidas que pudiere ejecutar el Tribunal, más específicas, para garantizar la seguridad del testigo¹⁰. En este caso se trata de una importante restricción que la ley hace a uno de los principios fundantes del sistema, cual es el de la publicidad, el que cede ante la existencia de un peligro concreto para la seguridad personal del testigo. Tratándose una resolución que debe ser fundada, el informe emitido por una Unidad especializada constituiría un sustento importante.

Comenta el Profesor Rodrigo Cerda San Martín¹¹ que existen otros mecanismos jurisdiccionales de protección contenidos en leyes especiales, tales como:

- Artículo 372 TER, Código Penal: *“En los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores (delitos contra la libertad y la indemnidad sexual), el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al Tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel”.*
- Artículo 30, Ley N°20.000: *“Sin perjuicio sobre las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, en cualquier etapa del procedimiento, cuando el Ministerio Público estime, por las circunstancias del caso, que existe riesgo o peligro grave para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de un informante o de un agente encubierto o revelador y, en general de quienes hayan colaborado eficazmente en el procedimiento, en los términos del artículo 22, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de*

10 Artículo 289 del Código Procesal Penal: “Publicidad de la audiencia del juicio oral. La audiencia del juicio oral será pública, pero el Tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley...”

11 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. Manual del Sistema de Justicia Penal. 2ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2010, Tomo II, pags. 567 y sgtes.

afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas". Complementa esta norma la del artículo 31 que señala *"Dispuesta que sea la medida de protección de la identidad a que se refiere el artículo anterior, el tribunal, sin audiencia de los intervinientes, deberá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, deberá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio"*. Disposiciones que se complementan con las de los artículos 32, 33, 34, 35 y 37.

- La Ley N°18.314 sobre conductas terroristas contempla medidas de protección similares a las anteriores en sus artículos 15 a 20.
- Finalmente, la Ley de Violencia Intrafamiliar N°20.066, establece en su artículo 7 con ocasión del tratamiento de la situación de riesgo para las personas en el contexto de la violencia intrafamiliar dispone que *"...el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que corresponda"*.

b.2) Necesidades de prestaciones: Éstas se encuentran caracterizadas por ciertas circunstancias que constituyen en principio un obstáculo práctico para que el testigo participe en el juicio oral y comprenden impedimentos físicos, de salud o de distancia para asistir a declarar, tenencia de cédula de identidad, requerimiento de lucro cesante (indemnización por su comparecencia), necesidad de asistir con acompañante y forma de traslado a la Audiencia.

Especial mención merece en este punto las referidas prestaciones, especialmente de alimentación, traslado, habitación y lucro cesante que reconoce no solo el Modelo en cuestión sino que también el Reglamento de Aportes Económicos para Víctimas y Testigos, marco normativo en esta materia, tratándose de prestaciones que implican desembolsos económicos para el Ministerio Público. A este respecto, cabe hacer presente que la entrega de estas prestaciones responde a una exigencia de carácter legal contenida en el inciso primero del artículo 312 del Código Procesal Penal: *"Derechos del testigo. El testigo que careciere de medios suficientes o viviere solamente de su remuneración, tendrá derecho a que la persona que lo presentare le indemnice la pérdida que le ocasionare su comparecencia para prestar declaración y le pague anticipadamente, los gastos de traslado y habitación, si procediere..."*

b.3) Disposición a declarar en el Juicio Oral: Comprende el nivel de reticencia del testigo a participar en el Juicio Oral y podrá ser dicho nivel Alto, Medio o Bajo, debiendo implementarse estrategias adecuadas dependiendo del nivel para asegurar la comparecencia del testigo.

- c) Información: Con el resultado de las dos gestiones previas, se informa al testigo Medidas de Protección a implementar (debe evaluarse su efectividad con el objetivo de instar por la disminución del nivel de reticencia del testigo), Prestaciones de apoyo para el testigo (traslados locales, nacionales o internacionales, pago de lucro cesante, ingreso a hotel, etc.) y Resultado de Juicio Oral (gestión que solo se efectuará una vez finalizado el juicio oral).
- d) Implementación de las medidas y/o prestaciones: Detectadas las necesidades de medidas de protección o de prestaciones por apoyo, corresponde a la Fiscalía su implementación, lo que se efectuara conforme al Reglamento de Aportes Económicos para Víctimas y Testigos (RAE), cuando conlleven gastos. Estas prestaciones o medidas de protección podrán ser:
- d.1) Medidas de protección: Autónomas de la Fiscalía (biombo, caracterización, circuito cerrado de TV, Distorsionador de voz, Reserva de identidad) y aquellas que requieren el otorgamiento de una prestación económica (traslados, reubicación, etc.). Tratándose de las medidas de biombo, circuito cerrado de televisión y distorsionador de voz, éstas requerirían autorización judicial previa.
- d.2) Prestaciones de Apoyo: Indemnización por lucro cesante, gastos por traslado, gastos por alojamiento, gastos por alimentación, Pago de trámites legales y Atención psicológica y psiquiátrica).
- d.3) Otras medidas a gestionar: Videoconferencia, traductor o intérprete y justificativo laboral para asistir a Tribunales.

2. Ámbito jurídico

Con esta idea queremos referirnos a aquella preparación que realiza esencialmente el equipo del Fiscal (Fiscal Adjunto y/o abogado asistente) y que excede a la labor que debe desplegarse con ocasión de la preparación metodológica tratada recientemente. En efecto, esta actividad está entregada por la práctica al equipo del Fiscal Adjunto que sostendrá la acción penal, ya que es dicho equipo, eminentemente jurídico, el que conoce a cabalidad no sólo la imputación penal, sino que además el contenido íntegro de las piezas de la carpeta de investigación, incluidas por cierto las declaraciones de los testigos prestadas durante la etapa de investigación.

Lo que se pretende mediante esta instancia, es que el Fiscal Adjunto conozca al testigo y escuche directamente de él (si es que no ha presenciado su declaración con anterioridad) lo que sabe de los hechos imputados, lo que recuerda de sus declaraciones prestadas con anterioridad, que detecte algunas circunstancias especiales del testigo que pudieren afectar su credibilidad, etc. Es en este punto donde, en un escenario de mayor perfección, debiesen confluir

ambos tipos de preparaciones (la OPERATIVA y la JURÍDICA), ya que la primera debiese proveer previamente al Fiscal Adjunto de antecedentes relevantes que se hubieren rescatado durante la preparación metodológica. Si bien es cierto, aquella no considera (según el *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral*) la posibilidad de abordar los hechos por los cuales declarará el testigo, en nuestra opinión resulta muchas veces inevitable tocar, aunque sea tangencialmente, el contenido más bruto de la declaración, ello producto de las referencias espontáneas realizadas por el propio testigo durante la preparación.

“La psicología científica ha demostrado a lo largo de varias décadas que la memoria está lejos de ser perfecta y se encuentra limitada no solo en capacidad sino también por el efecto de innumerables factores que la distorsionan provocando errores no intencionados, y generando falsos recuerdos.

Las fuentes más comunes de error se deben a problemas perceptivos, la interpretación de los hechos, la inferencia de información no procesada, el paso del tiempo y/o la incorporación de información falsa post-suceso. Cada vez que un testigo relata un suceso, piensa en lo que ocurrió y contesta a preguntas sobre las que no tiene una respuesta clara basada en sus propios recuerdos, su memoria sufre transformaciones que aceleran su deterioro más allá de lo que el propio paso del tiempo provocaría. Así pues, por efecto de diferentes factores, la reconstrucción de los recuerdos puede provocar dos tipos de errores de memoria: errores de omisión y errores de comisión”¹².

Los autores Manzanero y González han identificado 3 tipos de factores que influyen sobre la exactitud de las declaraciones de los testigos, a saber:

- a) Factores del suceso: Corresponden a características propias del suceso y que influyen en la capacidad del testigo para codificar la información: condiciones perceptivas, información de características especiales, familiaridad y frecuencia y tipo de suceso.
- b) Factores del testigo: *“Cada persona codifica la información y la interpreta de acuerdo con unas diferencias individuales relativas a experiencias anteriores y a variables personales”¹³.* Algunos de los factores que dependen exclusivamente del testigo los encontramos en el sexo, la edad, el género, la discapacidad intelectual y/o física, expectativas y estereotipos, ansiedad y emoción, implicación, consumo de drogas, entre otros.
- c) Factores del sistema: Se trata de circunstancias extra-sujeto que afectarán la retención y la recuperación de la información. Entre ellos, los autores identifican el tiempo transcurrido desde que se produce el hecho

12 MANZANERO L., Antonio y GONZALEZ, José Luis. “Avances en Psicología del Testimonio”. Ediciones jurídicas de Santiago. 2013. p. 25.

13 MANZANERO, ob. cit. P. 32.

hasta que el testigo debe declarar ante el Tribunal, la recuperación múltiple, el formato de la recuperación y la información post-suceso.

En nuestra opinión, los factores provenientes del suceso y del testigo excederían la etapa de preparación, atendido que ellos debiesen haber sido visualizados y analizados durante la etapa de investigación, principalmente mediante la existencia de peritajes y ejercicios de contrastación de prueba, ya que estos factores se determinan en el momento en que el sujeto vivencia los hechos que son materia de investigación y posteriormente inciden en la forma como los evoca, reflejándose, por tanto, en las declaraciones o en las diversas diligencias de investigación. Sin embargo, no podemos negar que durante la etapa de preparación de testigos, sea ésta operativa o jurídica, es posible también que estos dos factores sean identificados, caso en el cual, resulta oportuno que el Fiscal evidencie aquellos que pudiesen alcanzar a constituirse como debilidades, de manera que se adopten medidas para su acertada comprensión.

Sin embargo, no cabe duda alguna que aquellos factores provenientes del sistema serán identificados en la preparación operativa y en la jurídica, esencialmente por una cuestión de diseño institucional y el modo como esta actividad se ha desarrollado en la práctica. Una de las actividades esenciales de la preparación jurídica está constituida por la revisión del testigo, ante el Fiscal o su equipo, de sus declaraciones prestadas durante la etapa de indagación, la que resulta imprescindible para reducir las variables asociadas al sistema, en especial lo que dice relación con la recuperación de la información, proceso mediante el cual se consolidan los antecedentes realmente conocidos por la Fiscalía y entregados en su oportunidad por el testigo, respecto del cual es posible en esta instancia limitar la posibilidad de falsos recuerdos o instar por la incorporación de nueva información que involuntariamente se hubiere omitido.

Esta actividad en ningún caso implica influenciar en el testigo lo que deba declarar, sino que muy por el contrario, significa conocer lo que realmente sabe de los hechos materia de la acusación.

El contacto que el Fiscal Adjunto y su equipo tienen con el testigo, está orientado también a lograr superar aquellos factores, como el paso del tiempo, que pueden afectar su declaración.

Ahora bien, desde una perspectiva más jurídica y especialmente de la litigación penal, algunos autores también consideran la preparación previa del juicio oral como una actividad necesaria ya que *“Durante esta investigación y preparación del caso, el fiscal a cargo deberá indagar en los diferentes aspectos legales que el tipo penal requiere y hacer una lista con las evidencias que necesita para probar cada uno de ellos.*

A continuación debe evaluar cada testigo, perito y evidencia con que se pretende probar cada componente legal del proceso. ¿El testigo realmente contribuye en este caso? ¿Entrega elementos positivos a la teoría sustentada? ¿Qué otra evidencia entrega esos elementos?. También se deben considerar las debilidades del testigo o de la evidencia e intentar superarlas para que los jueces le den credibilidad a las pruebas.

Finalmente, cada declarante debe ser evaluado a la luz del posible contraexamen: ¿luego del contrainterrogatorio el testigo seguirá siendo creíble y podrá probar los hechos para los cuales está siendo presentado?¹⁴.

Si bien el autor no hace una referencia expresa a la preparación del testigo como la concebimos en este artículo, no es posible comprender dar respuesta a las preguntas por él formuladas sino en una instancia de preparación del testigo, previa y cercana al juicio oral. No es posible entender que el Fiscal Adjunto, o incluso el Defensor Penal con su prueba de descargo, dé respuesta a dichas preguntas únicamente sobre la base del contenido de los registros que obran en la carpeta investigativa (entiéndase declaraciones).

Podría pensarse que hasta ahora hemos razonado únicamente en función del examen o interrogatorio de testigos¹⁵, sin embargo, como hemos referido con anterioridad, la preparación de testigos constituye un ejercicio complejo, compuesto de varias etapas, interdisciplinario a veces y estratégico también. Ello, porque es en esta misma instancia en que el testigo debe ser confrontado con la posibilidad cierta de enfrentar un ambiente muchas veces hostil, sobre todo si es sometido al contraexamen o contrainterrogatorio. Por esta razón, la preparación (principalmente jurídica, aunque no de manera privativa) debe ser capaz de anticipar la posibilidad de que surjan temas en dicho contexto que afecten la credibilidad del testigo, ya que *“El contraexamen exige al litigante tener control del testigo, porque necesita superponer su propia teoría del caso a ese testimonio, una versión (de los hechos) a la que el testigo es naturalmente reticente...”*¹⁶, en este orden de ideas, es en el contraexamen donde pueden surgir debilidades que mermarán el crédito del testigo. Y el litigante debe preveer aquello durante la etapa de preparación.

14 VIAL CAMPOS, Pelayo. “Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno”. Librotecnia. 2007. p. 49 y sgte.

15 Artículo 330 del Código Procesal Penal: “Métodos de interrogación. En sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta. Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”.

16 BAYTELMAN, ob. cit. P.155.

Mas allá de los análisis doctrinarios expuestos, tanto en el área psicológica como jurídica, resulta oportuno hacer mención a la jurisprudencia que se ha pronunciado respecto del mayor o menor apego de la actividad de preparación de testigos para un juicio oral, la que resulta necesaria e incluso exigible a un litigante responsable.

En este ejercicio, encontramos un pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema de nuestro país, la que aborda la preparación de los testigos del Ministerio Público desde la siguiente perspectiva: **“SÉPTIMO:** *Que en lo atinente a la presunta ilegalidad de la actividad desplegada por el ministerio público al prestar a los testigos que luego presentó durante el juicio oral, lo que asocia el recurrente con ciertas prácticas que presentan serios problemas de licitud, haciéndolas aparecer como actos tendientes a construir testigos perjuros, esta Corte estima que el testimonio ampliamente concebido como declaración de testigos, perito o de la propia víctima, constituye uno de los más importantes medios de convicción en la lógica del actual sistema de persecución criminal, por lo que se precisa una serie de actividades previas a su presentación en el juicio oral, debiendo el órgano público ilustrar al deponente acerca de su rol en la litis y del marco general en que éste se desarrollará, dándole toda la información que sea necesaria para que tenga claridad acerca de lo que hará en la sala de audiencia, cómo se inserta aquello en el contexto general del juicio y cuáles son sus derechos y obligaciones, así como las expectativas del sistema frente a su atestado, siendo necesario que pueda experimentar el escenario que enfrentará en el juicio oral revisando sus dichos, actos todos que se comprenden en la noción denominada “preparación de testigos”¹⁷.* Es en este razonamiento, en que el máximo Tribunal de nuestro país reconoce la licitud y necesidad de lo que en este artículo hemos designado como una preparación en los ámbitos OPERATIVO (información acerca de lo que hará en la sala del Tribunal, contexto general del juicio, derechos y obligaciones, expectativas del sistema) y JURÍDICO (rol en la litis, revisar sus dichos).

Es más, el mismo fallo analizado le asigna un carácter de eficacia del proceso penal a la preparación previa del testigo y a su vez, define en qué circunstancias esta actividad podría devenir en ilícita: **“OCTAVO:** *Que la indicada actividad es fundamental para asegurar que la información de que dispone el declarante posea el carácter de relevante y sea presentada a los magistrados de forma entendible y clara, a fin de evitar narraciones plagadas de circunstancias accidentales carentes de mayor importancia para la resolución de la controversia y cuya demostración tiende muchas veces al entorpecimiento de los objetivos perseguidos por el proceso penal. Es por ello que están en la razón los sentenciadores cuando en el basamento décimo sexto del dictamen cuestionado expresamente dejan sentado que*

17 Excma. Corte Suprema, Segunda Sala. 30 de noviembre de 2005. RUC N°0400450407-6, ROL N°4715-05. Fallo dictado con ocasión de un Recurso de Nulidad en que se alegaba la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

parece “oportuno y necesario orientar a los testigos para que tengan noticia o información mínima del escenario en el cual deberán prestar sus declaraciones, siendo en consecuencia, una diligencia tolerada para la eficacia de la presentación del caso de cualquier interviniente y de la recepción de la prueba por parte del Tribunal”. Esta preparación profesional, legal y necesaria, deviene en ilícita, cuando se entregan argumentos, datos o detalles de los hechos que no hayan sido previamente manifestados por el propio testigo, incorporando de esta manera información no percibida por él a su declaración.”¹⁸.

A su turno, el mismo Excelentísimo Tribunal confirma nuevamente su criterio varios años después: **“TRIGÉSIMO PRIMERO:** *Que, por otro lado, la referida actividad en lo queda fuera de la causal esgrimida, y en tanto se enmarca en la actividad de preparación, selección, motivación y entrevista de los testigos por los intervinientes del juicio, la que es lícita, debiendo tenerse presente que en el nuevo sistema procesal penal la prueba se rinde y valora en el juicio oral, que es precisamente lo que ha acontecido en la especie. En tanto que la diligencia fue efectuada con varios días de antelación a la celebración del juicio oral respectivo, y no necesariamente asegura un resultado expedito y seguro de su estimación, la que dependerá de los jueces del fondo y producto de la actividad de los intervinientes en la obtención de esa información”¹⁹.*

3. Menciones especiales y comunes a los ámbitos OPERATIVO y JURÍDICO de la preparación

Conforme el análisis que se ha formulado en las páginas anteriores es posible entonces aseverar que la preparación de los testigos que desarrolla el Ministerio Público para un juicio oral no constituye un acto único, ni mucho menos varios actos independientes entre sí. Se trata de un proceso complejo, compuesto de varias actividades relacionadas unas con otras y desarrolladas por diferentes actores del Ministerio Público. Por cierto que todas estas gestiones están orientadas a un fin común, cual es el de posicionar al testigo en el contexto de un futuro e inminente juicio oral.

Del análisis de los Modelos de Atención expuestos (*Modelo de Atención a Víctimas y Testigos* y *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral*), de la jurisprudencia traída a colación y de los pronunciamientos doctrinarios, es posible identificar las siguientes actividades mínimas que deben desarrollarse entonces por la Institución:

18 Excma. Corte Suprema, fallo citado.

19 Excma. Corte Suprema, Segunda Sala. 22 de diciembre de 2009. RUC N°0800917759-1, ROL N°6751-09. Fallo dictado con ocasión de un Recurso de Nulidad en que se alegaba la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, entre otros.

- 3.1. Contactabilidad del testigo: Que implica identificar al testigo en la carpeta de investigación (registros policiales o del Ministerio Público, como las declaraciones o partes policiales), Sistema de Apoyo a la Operación (ficha SAO), Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF), base de datos del Registro Civil.
- 3.2. Orientación respecto de su posición en el juicio oral, derechos y deberes, etc.
- 3.3. Evaluación en cuanto a la necesidad de protección, de apoyo y disponibilidad para participar en el juicio oral.
- 3.4. Levantamiento de información respecto de factores del suceso, del sujeto y del sistema que pudiesen afectar la memoria del testigo.
- 3.5. Información de medidas de protección a implementar, finalización de medidas cautelares, prestaciones de apoyo.
- 3.6. Implementación de medidas de protección y de prestaciones orientadas al apoyo del testigo.
- 3.7. Revisión de sus declaraciones prestadas durante el periodo de investigación.
- 3.8. Visita a las dependencias del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, especialmente en casos con testigos menores de edad.
- 3.9. Coordinación para el traslado de testigos el día del juicio desde su domicilio o lugar hacia el Tribunal y el retorno respectivo, si fuere necesario.
- 3.10. Acompañamiento del testigo durante el juicio oral, de ser necesario.

Las actividades señaladas recientemente por cierto que no serán taxativas, por cuanto cada una de ellas podría incorporar una serie de gestiones, no declaradas, posibles de detectar en un proceso adecuado de preparación metodológica, que permita la corrección, enmienda y prevención por las que deba instar el Fiscal antes del juicio oral. Así por ejemplo, es posible que durante el despliegue de actividades de preparación se detecten circunstancias necesarias de enmendar, como es el caso de testigos mal individualizados. Si bien es cierto, una vez iniciado el proceso de preparación, la acusación fiscal ya se encuentra presentada ante el Tribunal de Garantía (conteniendo a su vez las menciones referidas en el artículo 259 del Código Procesal Penal, específicamente la individualización de los testigos), no puede desatenderse el hecho que en muchas ocasiones el Fiscal Adjunto prepara la acusación únicamente con los antecedentes que obran en la carpeta de investigación, sin haber accedido previamente a entrevista con los testigos o a lo menos haber corroborado su identidad. Durante los actos de la preparación metodológica es posible verificar errores involuntarios cometidos respecto de esta individualización, sobre

todo teniendo en consideración que el *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral* impone también la obligación de verificar la tenencia de cédula de identidad del testigo. Lo anterior cobra relevancia, para el caso que un testigo que llega a juicio oral se encuentra mal individualizado. Al respecto, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Viña del Mar resolvió en una oportunidad: *“NOVENO: Que, la defensa solicitó la exclusión de la testigo individualizada en el auto de apertura como Emiliana Elizabeth Salazar González, cédula de identidad N°13.363.631-0, indicándose en la audiencia por la propia testigo que su nombre es Emelina Elizabeth Salazar González, y que su cédula de identidad es la N°13.545.579-2. Sostuvo la defensa que tanto en la acusación como en el auto de apertura aparece la testigo con un nombre distinto, de manera que la persona que se encuentra presente en el juicio no es aquella presentada en la fiscalía en su oportunidad.*

Habiéndose conferido traslado al Ministerio Público, éste se opuso a la exclusión de la testigo, toda vez que no existe error en la identidad esencial de la testigo, ya que indudablemente se trata de la misma persona que intervino en el procedimiento en que fueron detenidos los acusados.

El Tribunal, dio lugar a la petición de la defensa en cuanto a que la testigo señalada no prestara declaración en el juicio, por no existir certeza que la persona presente en la audiencia sea la misma que la ofrecida como testigo en el auto de apertura. En la audiencia de preparación del juicio oral la fiscalía tuvo la oportunidad de hacer las correcciones formales pertinentes, sin que lo hiciera en el sentido que nos ocupa. Además, si bien la norma procesal que indica los datos que deben señalarse de los testigos no incluye el número de la cédula de identidad de los mismos, la fiscalía incorporó este dato adicional que permite individualizar con mayor precisión a una persona. No es inocua para el Tribunal esa información, ya que de los cuatro datos que señala para individualizar a la testigo dos son errados (el nombre de la testigo y el número de su cédula de identidad)”²⁰.

Por otro lado, resulta imprescindible destacar que uno de los objetivos primordiales de la preparación de testigos es asegurar su comparecencia al Tribunal de Juicio Oral con el objeto de prestar declaración en la audiencia respectiva. En este sentido debe tenerse presente que una vez que los intervinientes han informado al Tribunal de Garantía cuales serán los medios de prueba de que se valdrán (testigos, para estos efectos)²¹ y ellos han quedado irremediablemente consignados en el auto de apertura²², las normas que regulan la conti-

20 Tribunal de Juicio Oral de Viña del Mar, 06 de septiembre de 2005, RUC N°0510003766-3. En: Revista Procesal Penal (39), pag. 130.

21 Código Procesal Penal, artículo 259 letra f) respecto del Fiscal, artículo 261 letra c) respecto del querellante y artículo 263 letra c) respecto de la defensa.

22 Código Procesal Penal, artículo 277 letra e).

nuación del procedimiento hasta incluso el juicio oral establecen el impulso procesal principalmente como una carga del Tribunal. Muestra de ello, lo encontramos por ejemplo en la primera parte del inciso final del artículo 281 del mismo texto legal “... Ordenará (el juez presidente de la sala), *por último, que se cite a la audiencia de todos quienes debieren concurrir a ella* (incluidos los testigos)...”, de otro lado, el artículo 325 señala “*Asimismo (el tribunal), verificará la disponibilidad de los testigos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio*”. Que el Tribunal deba corroborar la disponibilidad de testigos en la sala del tribunal implica, a contrario sensu, que habrá casos en los que dichos medios de prueba no se encuentren disponibles, lo que resulta lógico conforme el modo en que esta diseñado el sistema de justicia penal imperante en nuestro país, ya que por diferentes circunstancias (estrategias de cada litigante, primordialmente) los intervinientes podrían desear prescindir de ciertos testigos. Ello, nos lleva a compartir la idea de parte de la doctrina, que subyace por cierto en los principios inspiradores del sistema, y que opina que “cada litigante si bien puede ofrecer uno o más peritos o intérpretes (debe entenderse incluido aquí también la figura del testigo), a la hora del juicio puede prescindir de todos o algunos de ellos”²³. De lo anterior se colige con absoluta naturalidad que la obligación de asegurar la comparecencia de los testigos al Tribunal el día de la audiencia de juicio oral y todas las veces que sea necesario, es una actividad que pesará sobre el litigante que los ofreció, sin perjuicio del impulso procesal que, como se dijera, en este caso recae principalmente en el Tribunal.

Situaciones especiales detectadas en los procesos de preparación de testigos

Analizada la actividad de preparación metodológica desde sus perspectivas más generales, corresponde ahora abordar ciertas circunstancias especiales que se han identificado en nuestra experiencia y que nos han enfrentado a escenarios particulares.

Estas circunstancias responden no solo a la praxis sino que en algunos casos han sido también identificadas por la Institución mediante los modelos de atención e incluso por la doctrina. Corresponden a casos en los que más allá de ajustarnos a los procesos formales de preparación metodológica de testigos, nos vemos obligados a desarrollar otras actividades tendientes a alcanzar objetivos que superan la simple preparación metodológica.

Existen múltiples factores que pueden posicionar un proceso de preparación metodológica en un lugar excepcional y que van desde las características espe-

23 HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. ¿Quién verifica la disponibilidad de las pruebas? En: *Práctica de la prueba en el juicio oral*, Santiago, Chile, Librotecnia, 2012, p. 280.

ciales del testigo hasta la disponibilidad del recurso humano suficiente para abarcar todas y cada una de las actividades necesarias para instar por una preparación adecuada.

1. Testigos niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y delitos en contexto de violencia intrafamiliar

Sin duda que la concurrencia de un niño, niña o adolescente (NNA) a un Tribunal para declarar en contra de un acusado, va a implicar la necesaria vivencia de atravesar por un sistema ritualizado y eventualmente poco sensible a la hora de atender sus necesidades y limitaciones. Si bien es cierto que la mayoría de las interacciones que un NNA sostenga con otro adulto (educadores, profesionales de la salud, etc.) podrían resultarle positivas, no es de sorprender que en Tribunal podrá encontrarse con al menos un adulto (abogado defensor) que intentará cuestionar y poner en tela de juicio todas sus afirmaciones relativas a los hechos que fundaron la acusación, presentándolo ya sea como un testigo poco competente o por el contrario, aleccionado e instruido para declarar. Según Saywitz y Goodman, en vista de esta situación y que el resultado de una compleja investigación podría descansar en el testimonio del NNA, es que cobra relevancia la exactitud del testimonio de un niño y la forma en como éste se recoge²⁴.

Los especialistas Flin, Bull, Boon y Knox²⁵ exponen que si bien es de conocimiento general que la intervención en el tribunal puede resultar estresante para el NNA, esta afectación no necesariamente debe constituirse en un daño emocional para él. No obstante se han detectado variables asociadas a los tribunales que tendrían un mayor impacto negativo en los NNA al momento de declarar, los que se espera minimizar o neutralizar en tanto exista una adecuada preparación metodológica, que considere la preparación del NNA para su comparecencia al Tribunal, la atención en sus necesidades evolutivas y la colaboración interdisciplinaria, cuestiones que de considerarlas, resulta probable reduzcan el estrés inducido por el sistema y en consecuencia incrementen la capacidad del NNA como testigo con objeto de que pueda realizar un testimonio creíble²⁶.

La literatura especializada plantea, a partir de diversos estudios, la conveniencia de que los NNA reciban una preparación que les permita testificar con cierta eficacia, en el entendido que esta preparación no se constituya de modo alguno en una práctica para instruirlos o para que den “respuestas correctas”,

24 Citado por CANTON DUARTE, José y CORTÉS ARBOLEDA, María, En: Guía para la evaluación del abuso sexual infantil, editorial Pirámide, España, 2000, pag. 242.

25 *Ibid.*, pag. 242.

26 *Ibid.*

sino que les ayude a afrontar la experiencia de su comparecencia como testigo. Esta preparación considera la familiarización con el entorno en el cual se desarrollará la audiencia y lo que va a ocurrir durante el proceso judicial, asimismo ayudarlo a prepararse a nivel emocional, físico y mental, y por tanto, resultarán en objetivos fundamentales de tal preparación los de mejorar la capacidad del NNA para responder en el Juzgado de la manera más exacta, completa y fiable, maximizando su capacidad para que se le perciba como un testigo creíble, minimizando así la posibilidad de que esta experiencia incida negativamente en su persona (Lipovsky y Stern)²⁷.

En base a estudios empíricos realizados, se ha propuesto de acciones específicas que ayuden a los NNA a afrontar su comparecencia como testigos, es así que Goodman, Batterman-Faunce y Kenney²⁸, concluyeron que para que un niño rinda al máximo y experimente el menor estrés posible durante el interrogatorio, hay que prepararlo en técnicas que mejoren su testimonio (componente educativo) y que disminuyan sus niveles de intimidación y de estrés emocional asociados al contexto judicial (componente de reducción del estrés), a saber:

- Componente Educativo: Relacionado con la entrega de información básica sobre el proceso judicial y los procedimientos específicos a seguir, familiarizarlo con términos y conceptos legales, instruirlo en técnicas específicas de expresión oral.

En este ámbito se debe indagar sobre las expectativas que tiene el niño sobre su propia implicación en el juicio y clarificar el rol que le compete. Igualmente se deben abordar normas específicas de la sala de audiencia y sobre el comportamiento que se espera mantenga dentro de la sala y en estrado.

Es necesario considerar la variable evolutiva y la perspectiva temporal, privilegiando que el NNA no permanezca demasiado tiempo en el tribunal.

- Componente de Reducción del Estrés: La sola representación mental de la comparecencia a declarar en juicio, puede llegar a provocar miedo y ansiedad en la mayoría de los NNA, en especial víctimas de delitos de agresión sexual. Indagar sobre formas de afrontamiento previas a situaciones estresantes experimentadas por el niño y que hayan resultado eficaces, es una experiencia que se puede transferir al ámbito legal.

Se consideran en este componente también la combinación de ejercicios respiratorios de relajación muscular, reestructuración cognitiva

27 Ibid., pag. 246.

28 Ibid., pag.247.

y fortalecimiento, desensibilización sistemática y apoyo terapéutico (Sas, Wolfe y Gowdey)²⁹. Se suma a esto el control de aspectos básicos como asegurarse de una adecuada alimentación y descanso, previos a su declaración.

En la práctica se ha podido apreciar, tal como lo señala Tatiana Cereceda González³⁰, que la entrega de un testimonio en juicio oral por parte de un menor de edad, en ningún caso obedece a una acción espontánea, siendo parte del trabajo de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público la de preparar al testigo para concurrir a dicha instancia, a fin de que éste se encuentre preparado psicológicamente para entregar su versión de los hechos, intentando disminuir con ello la victimización secundaria, toda vez que se realiza con NNA un acercamiento progresivo a lo que será su declaración en la audiencia de juicio oral.

Concordante con lo antes expuesto, están las actividades propuesta por Ministerio Público a través de su *Modelo de Intervención Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales y Delitos en Contexto de Violencia Intrafamiliar* (versión Nov. 2013), orientadas a desarrollar en esta materia, un trabajo coordinado con la Fiscalía Local, a modo de asegurar una mejor participación del NNA.

Dicho modelo explicita objetivos orientados a contactar al NNA y su adulto responsable de manera oportuna, con el fin de evaluar su actual situación en cuanto a disposición de participar en el juicio oral, acotando plazos para desarrollar determinadas actividades desde que se fija la audiencia de preparación de juicio oral.

Desde este primer contacto con el NNA, el profesional a cargo de la Unidad deberá emitir a la brevedad al Fiscal del caso, la información obtenida del primer acercamiento con el NNA y su adulto responsable, proponiendo un plan de actividades para realizar la preparación metodológica.

Salvo determinadas excepciones, se espera que la preparación metodológica con el NNA tanto de parte de la Unidad como por parte del Fiscal del caso, se realice con la debida antelación, de manera que de detectar falta de disposición adecuada para participar en el juicio oral u otras variables que puedan incidir negativamente en la declaración del niño, éstas puedan ser abordadas con tiempo suficiente.

29 Ob. cit. pag. 250.

30 CERECEDA GONZÁLEZ, Tatiana. En: *Psicología Jurídica: Aproximaciones desde la experiencia*, ediciones Universidad Diego Portales, Chile, 2004.

Igualmente se espera del profesional de la Unidad, que el proceso de preparación metodológica permita al NNA familiarizarse con el espacio en el que se desarrollará la audiencia, lo que se realiza a través de una metodología que puede comprender técnicas gráficas, lúdicas, apoyo con material audio-visual, hasta la visita al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal por parte del NNA.

La coordinación interinstitucional es un elemento necesario de considerar al momento de la preparación del NNA, pudiendo destacarse las que se realizan con la Unidad de Testigos y Peritos del Tribunal Oral y/o las realizadas con organismos de la red a cargo de la intervención terapéutica y/o reparatoria del niño, en especial con el terapeuta o dupla psicosocial a cargo de dicha intervención, sea para que incorporen dentro de sus planes de trabajo la contingencia del Juicio Oral, o para que se vinculen de modo más directo y activo en el desarrollo de éste, realizando el acompañamiento del NNA en la antesala a su declaración. En cualquiera de los casos, se entiende que la participación de tales profesionales es de apoyo y orientado a disminuir victimización secundaria, pero en ningún caso reemplazará las funciones encomendadas a las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos.

2. Preparación masiva de testigos para juicio oral

Entenderemos por preparación masiva de testigos de juicio oral, aquella que se relaciona con una elevada cantidad de testigos de un mismo juicio oral derivados desde la fiscalía local a las Unidades de Atención a Víctimas u otra unidad según la institución, dependiendo de la organización regional para preparación de juicio oral conforme el Modelo respectivo³¹, a objeto de ser preparados metodológicamente.

Tal como se ha señalado latamente en párrafos anteriores, la preparación requiere de la realización de diversas actividades debidamente coordinadas entre los ámbitos operativo y jurídico, lo que se espera redunde en una adecuada participación del testigo conforme las expectativas del Ministerio Público. Se suman a estas actividades, otras que principalmente recaen en las URAVIT, y que dicen relación con el trabajo de red a nivel intrainstitucional e interinstitucional, y que se organizan en distintas etapas según brevemente describiremos a continuación, conforme la experiencia regional:

- Derivación de testigos desde la Fiscalía Local: Se realiza a través del envío de una planilla que contiene datos de individualización y contactabilidad (dirección, teléfono), además contiene la fecha de citación y lugar de preparación con el Fiscal.

31 Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben declarar en Juicio Oral, Fiscalía de Chile.

- Contacto de testigos y citación a preparación: Una vez que el funcionario al que se le asignó el caso para preparación metodológica, considerando los antecedentes remitidos por la fiscalía, toma contacto directo o indirecto con el testigo, de manera presencial o telefónica. Este contacto permite levantar información actualizada del testigo (teléfonos y domicilios personales, laborales, de recados, etc.) para futuras gestiones, al mismo tiempo de indagar sobre su notificación y entrega de citación para preparación. Si el testigo no fue contactado presencial ni telefónicamente, se envía citación por escrito (eventualmente vía e-mail) para que concurra a preparación.
- Preparación metodológica y con fiscal (jurídica): Contactado el testigo, se agenda día y hora de preparación metodológica, la que habitualmente se realiza en dependencias de URAVIT (o unidad que corresponda). Dependiendo de la complejidad y necesidades del caso, y si el testigo tuviese residencia fuera de la región en que se le requiere, el funcionario a cargo podría trasladarse al lugar de residencia del testigo.

Resulta necesario que durante esta entrevista queden resueltos todos aquellos aspectos logísticos que dicen relación con la comparecencia del testigo a la audiencia de juicio oral (consideradas en la PDN).

Considerando lo antes expuesto, es de señalar que no pocos son los testigos que desde que se inició la investigación hasta la fase de juicio oral, atendido el tiempo transcurrido, han modificado su domicilio y hasta región de residencia, siendo estos cambios en algunas ocasiones desconocidos por el ente persecutor. En tales casos, es labor de la URAVIT (u organismo encargado de la preparación) agotar los recursos disponibles para asegurar la contactabilidad y su comparecencia a juicio oral, valiéndose para ello de la revisión de los antecedentes del caso y las herramientas que dispone el Ministerio Público.

Para el caso de los testigos con domicilio fuera de la región, es de vital importancia la cooperación entre las diferentes Unidades de Atención a Víctimas y Testigos de las distintas regiones, a quienes a través de una Ficha de Derivación Interregional, se encarga la contactabilidad del caso y solicita otras gestiones conforme los requerimientos del Fiscal. Es necesario destacar que este procedimiento de derivación no se encuentra regulado y ha sido el resultado de una práctica constante, exitosa en la experiencia regional, gracias únicamente al compromiso de los miembros de cada Unidad.

Si revisados los antecedentes del caso surge la hipótesis de que el testigo se encuentra fuera del país, internado en algún programa de atención especializado (drogas, psiquiatría, entre otros), o recluido en centro penitenciario, el contacto con la red interinstitucional podría circular entre GENCHI, Intendencia, Servicio de Salud y redes de apoyo, entre otros.

- Citación a audiencia de inicio de Juicio Oral: Dependiendo de los criterios administrativos del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en que se desarrollará la audiencia de juicio oral, puede suceder que la totalidad de los testigos citados deban comparecer a primera hora y fecha del día de iniciado el juicio, lo que dada la cantidad de testigos, requiere de una adecuada y permanente coordinación con la Unidad de Testigos y Peritos del Tribunal y quien lo administre, a fin de asegurar una óptima y fluida recepción de los testigos y asegure su permanencia en dependencias del Tribunal en condiciones satisfactoria, toda vez que el número de asistentes al Tribunal superará significativamente el número de usuarios simultáneos para el que el tribunal estaba diseñado³². Para ello se ha llegado a gestionar la habilitación y acondicionamiento de dependencias del Tribunal que no estaban previamente destinadas para aquello (toldos, sillas, baños, entre otros.). Esta coordinación interinstitucional también podría tener carácter interregional, debiendo en ocasiones disponer del traslado de algún funcionario a cargo de la preparación de juicio oral, para que concurra a otras regiones en que se recibirá la comparecencia del testigo a la audiencia de juicio oral, mediante sistema de video conferencia.
- Seguimiento del testigo posterior al inicio del juicio: La particularidad del juicio oral en casos masivos, permite anticipar que el testigo no declarará en la audiencia de inicio de juicio oral, pero no nos permite asegurar la fecha en que esto podría ocurrir, considerando las variables que sólo se tendrán a la vista una vez iniciada la audiencia. Esto hace necesario mantener un contacto permanente tanto con el fiscal del caso como con el testigo, de modo de poder atender los requerimientos de cada uno y asegurar la comparecencia del testigo al momento que el fiscal así lo instruya.
- Otras: El testigo puede requerir en forma posterior a su declaración en juicio oral, de gestiones a realizar por parte de Ministerio Público, las cuales no fue posible advertir previamente. Entre estas se cuentan medidas de protección, certificados especiales, gestión de traslado, entre otras.

32 En la experiencia regional, durante el año 2014 se han desarrollado 2 juicios masivos, a saber, en la causa RUC N°1100770074-3 en que fueron derivados a la Unidad un total de 79 testigos y en la causa RUC N°1301055915-9 en que fueron derivados un total de 93 testigos. En ambos casos, el Tribunal dispuso que la totalidad de testigos (y peritos) fueran citados para el primer día de audiencia (tanto los que se encontraban en el territorio jurisdiccional del Tribunal como los que se encontraban en otros territorios, los que comparecieron a través de videoconferencia), con el único objeto de corroborar su disponibilidad e instruirlos en cuanto debían estar nuevamente disponibles para fechas aproximadas con el objetivo de prestar declaración.

3. Testigos con identidad protegida

La experiencia regional ha demostrado que uno de los temas de interés que recurrentemente deben definirse en el proceso de preparación de testigos, con ocasión de la detección de necesidades de medidas de protección, lo es la implementación de medidas tendientes a asegurar la reserva de la identidad de aquellos que deban declarar durante el juicio oral. Si bien aún en la actualidad la resolución de ello no es pacífica en sede judicial, institucionalmente se han asentado algunos criterios orientadores en la materia.

Digamos desde ya que el Código Procesal Penal se refiere a los testigos con identidad protegida en el estadio de juicio oral, de manera indirecta en nuestra opinión, con la mención de su artículo 307 en el que, con ocasión de la individualización del testigo, se prohíbe la divulgación de su identidad o antecedentes que condujeran a ella y, por otro lado, de las normas que regulan la obligación tanto del Fiscal como del Tribunal de adoptar medidas de protección para los testigos, contenidas en los ya mencionados artículos 289 y 308 del texto en comento. No obstante lo anterior, es posible encontrar en normas especiales alusiones específicamente a la identidad del testigo, como las de la Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas y Ley N°18.314 que sanciona conductas terroristas. Sea cual sea el ámbito en el que nos encontremos, de normas generales o especiales, lo cierto es que llegado el momento del juicio oral, la decisión en cuanto a la implementación de medidas de protección, especialmente la de la reserva de identidad, será del Tribunal, debiendo en todo caso principalmente las partes aportar los antecedentes suficientes para lograr el convencimiento de aquel. Hace excepción a la regla general anteriormente señalada, lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N°20.000 que señala *“Dispuesta por el fiscal la protección de la identidad de los testigos en la etapa de investigación, el Tribunal deberá mantenerla, sin perjuicio de los otros derechos que se confieren a los demás intervinientes”*. De este modo *“La garantía de jurisdiccionalidad en la adopción y mantenimiento de la medida sufre una limitación que carece de toda justificación”*³³. Conviene en este punto traer a colación una sentencia de la Corte Suprema que grafica con absoluta claridad la discusión parlamentaria que existió con ocasión de la figura de los testigos con identidad protegida y que al mismo tiempo marca el criterio del máximo Tribunal desde una perspectiva teleológica: **“TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, antes de examinar la contrariedad que el derecho interno pueda presentar con el derecho internacional, es preciso esclarecer si lo obrado por los jueces que intervienen en el proceso, así como lo realizado por el Ministerio Público en esta materia, se**

33 MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. ¿Son admisibles los denominados testigos ocultos y testigos anónimos? ¿Qué valor probatorio debe concederse a sus respectivas manifestaciones? En: *Práctica de la prueba en el juicio oral*, Santiago, Chile, Librotecnia, 2012, p. 83 y sgtes..

cumplió dentro de las facultades y las órbitas propias de sus respectivas competencias, y si se hizo con apego irrestricto al derecho y respeto a las garantías constitucionales de los imputados.

Desde ya los preceptos de la Ley N°18.314 no son tan disímiles a las comunes del Código Procesal Penal, dado que todos facultan la protección de un testigo.

Es cierto que en la discusión parlamentaria del Código Procesal Penal sobre la procedencia o aceptación de los testigos con identidad protegida se discurió sobre el temor que ello pudiera prestarse para venganzas o confabulaciones y se consideró que pudiera ello llevar a la indefensión absoluta del afectado. También se hicieron elucubraciones sobre la posibilidad que ahora tenían los jueces de hacer desalojar la sala o impedir el ingreso del público, lo que en un momento se estimó suficiente para proteger al testigo e incluso se hizo un paralelo con el procedimiento penal antiguo, haciéndose presente que entonces, el secreto duraba sólo hasta el término del sumario.

*Sin embargo, esas fueron las disquisiciones formuladas en la discusión, lo que condujo a la supresión de parte del artículo originalmente propuesto por el Ejecutivo y que constaba de 6 incisos. En el primero, al igual que ahora, se establecía la obligación del testigo de señalar su completa individualización. En el segundo, se contempla la posibilidad que la indicación pública de su domicilio pudiera ser peligrosa y se consiente omitirla. En el tercero —que fue suprimido— se contenía la eventualidad que la manifestación pública de la identidad misma representara peligro para el testigo o terceros y se autorizaba entonces al tribunal para permitirle la omisión de ese dato. El cuarto ordenaba al tribunal que, en los casos anteriores —de omisión del domicilio e/o identidad—, hiciera al testigo las preguntas necesarias para establecer la credibilidad de los motivos invocados. El inciso quinto —que fue suprimido y después se restableció quedando como inciso tercero— sanciona a quien divulgue **la identidad** del testigo que ha hecho uso del derecho señalado en el inciso precedente, el que permite reservarse el domicilio, pero identidad y domicilio son dos cosas diferentes, de modo que si los legisladores quisieron sancionar a quien divulga **la identidad** ordenada proteger, naturalmente, han querido amparar la identidad de un testigo. Tal conclusión está avalada y se mantiene dentro de los parámetros señalados en el artículo 308 del Código Procesal Penal, que los legisladores quisieron segregar expresamente en precepto aparte, cuando se autoriza al tribunal en casos graves y calificados para adoptar medidas especiales tendientes a preservar la **identidad** del testigo que lo pida, las mismas que puede prohibir el Ministerio Público.*

Por lo demás, nada indica que esa protección se restrinja sólo a la época de la investigación, porque las normas recién analizadas están ubicadas en el Título III del Libro II, que gobierna el Juicio Oral del Procedimiento Ordinario; y, en seguida, porque el artículo 307 prescribe que “el Presidente de la Sala o el juez, en su caso,…” o sea, se extiende tanto a los tribunales que funcionan colegiados, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como al unipersonal, el Juez de Garantía. En el mismo sentido, el artículo 308, que faculta tanto al tribunal como al Ministerio Público para

*adoptar precauciones tendientes a guarecer al testigo, precisa en el inciso segundo, que ello será "...antes o después de prestadas sus declaraciones...", con lo que resulta evidente que el resguardo del testigo no fue implementado por los legisladores sólo para la etapa de investigación de un delito, sino que para sus fases posteriores e incluso hasta después de su término. Especialmente, si se tiene en cuenta que es en juicio donde se rinden las pruebas, entre ellas, el testimonio del testigo protegido*³⁴.

Doctrinariamente, respecto de la figura de los testigos con identidad protegida (como la práctica los ha indicado al interior de la institución), es posible distinguir dos tipos diferentes: *TESTIGOS OCULTOS*, que serían aquellos que declaran sin que exista contacto visual directo con el acusado o con el público asistente a la audiencia y *TESTIGOS ANÓNIMOS*, que serían aquellos cuya verdadera identidad, esto es, nombre y apellidos, domicilio y cualquier otro dato personal permanece en reserva. "Su diferenciación conceptual no impide, en el plano de lo teórico, que ambas medidas de protección puedan acordarse simultáneamente, esto es, que además de ocultarse la identidad del testigo su declaración se lleve a cabo sin contacto visual directo con el acusado"³⁵. En cuanto al valor probatorio de estos testigos, el mismo autor Manuel Miranda Estampres señala que respecto de los testigos ocultos no se presentaría particularidad alguna en cuanto a su eficacia o valor probatorio, ya que sus declaraciones estarían sometidas al criterio de valoración del Tribunal, quien se encontraría en condiciones de efectuar el test de credibilidad desde que el órgano jurisdiccional mantendría siempre contacto visual con el testigo, siendo compatible esta figura con las exigencias integrantes del derecho al debido proceso o con las garantías y con el derecho de defensa. La solución, al decir del autor, se complejiza tratándose de testigos anónimos, ya que la reserva de su identidad introduciría una limitación en las posibilidades de defensa del acusado, ya que ello le impide conocer datos esenciales del testigo que le permitan cuestionar o al menos pesar su credibilidad. En este mismo sentido se pronuncia la profesora María Inés Horvitz, quien postula que la ocultación de la identidad del testigo implica una importante restricción al principio de publicidad del juicio oral, el que cede ante la existencia de un peligro concreto para la seguridad del testigo, pudiendo tan solo ocultarse su domicilio y no su identidad, de lo contrario se afectaría el derecho del imputado a controvertir su credibilidad³⁶.

La sola concepción de la figura de testigos con identidad protegida ha levantado importantes discusiones, resultando relevante hacer mención al criterio

34 Excm. Corte Suprema, Segunda Sala. 03 de junio de 2011. ROL N°2921-2011. Fallo dictado con ocasión de un Recurso de Nulidad en que se alegaba la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, entre otras.

35 MIRANDA ESTAMPRES, Manuel, ob. cit. P. 91

36 Citado por CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, en Manual del sistema de justicia penal, ob. cit. P.543.

sentado por la Excma. Corte Suprema en cuanto que la existencia de esta categoría especial de testigos significa una colisión de derechos con aquel que le asiste al acusado en cuanto controvertir la prueba. El álgido tema ha sido resuelto del siguiente modo por el máximo Tribunal: **“TRIGÉSIMO QUINTO:** *Que, en fin, en relación a la inobservancia de normas de carácter internacional, se torna útil explicitar como tópico inicial, que los testigos protegidos, secretos o anónimos, como quiera llamárseles, existen por imperativos de justicia. Posiblemente en hechos tan simples como el hurto de un teléfono celular, donde el bien jurídico en desmedro puede ser considerado bagatela frente a la alteración del derecho a defensa, sería difícil encontrar alguien que esté dispuesto a levantar la voz por la protección de un testigo. Sin embargo, en los delitos más graves o de mayor trascendencia social, donde las diferentes legislaciones y los cuerpos legales especiales, comienzan a sentir la necesidad de flexibilizar las pautas y reconocer que puede existir una colisión entre dos garantías constitucionales que habrá de resolverse afectando proporcionalmente cada una de ellas, sin vulnerarlas en su esencia.*

Para tan grave disquisición, es preciso estar bien enterado de las circunstancias fácticas y de las condiciones en que se producen los hechos que hacen necesaria la ponderación. Por ejemplo, el tráfico de drogas, la trata de blancas, los delitos de lesa humanidad, los que involucran a los menores de edad. Una persona normal, frente a este tipo de injustos, bien podría considerar indispensable el quebranto parcial de ciertas prerrogativas en pos del amparo de bienes jurídicos de valor superior, aunque también puede verificarse en ilícitos menos trascendentes a nivel humano y que no se alzan como un flagelo en el plano mundial, como el robo, el incendio o las lesiones; pero en un contexto donde no sólo parece producirse una escalada de violencia, sino que además, se extiende sobre un territorio claramente determinado, al punto que los habitantes que se sienten menoscabos por los hechos deciden no perseverar en la construcción de sus terrenos, venderlos, o desmotivar a quienes se interesan en acercarse a la zona de conflicto³⁷.

Del mismo modo, es posible también identificar en este nivel que la mayor complejidad la revisten los testigos anónimos y no los testigos ocultos. Por ejemplo, con ocasión de un recurso de nulidad que hacía girar una de sus causales en torno a la aceptación y posterior valoración en el juicio oral del relato del testigo de identidad reservada signado como “Clave M331A”, cuya admisión, desconociendo la defensas su identificación, les habría privado de la posibilidad de cuestionar su credibilidad, situándolos en una posición de desventaja frente a la parte acusadora, vulnerándose los principios del proceso contradictorio y de igualdad de armas o posiciones, la Excma. Corte Suprema

37 Excma. Corte Suprema, Segunda Sala. 03 de junio de 2011. ROL N°2921-2011. Fallo dictado con ocasión de un Recurso de Nulidad en que se alegaba la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, entre otras.

ha resuelto lo siguiente **“UNDÉCIMO:** *Que en lo que atañe a la infracción que se reclama al haberse rechazado los requerimientos de las defensas tendientes a conocer la identidad del testigo como su posterior admisión al juicio, cabe destacar que el artículo 308 del Código Procesal Penal, al referirse a las medidas especiales que pueden disponerse en protección de testigos, señala de modo expreso que aquellas durarán el tiempo razonable que disponga el tribunal y que pueden ser renovadas cuantas veces sea necesario. Se agrega también que el propio Ministerio Público de oficio o a petición del interesado debe adoptar idénticas medidas de resguardo para conferirles protección antes o después de recibirse su declaración.*

La procedencia de la medida es indudable a la luz de lo que dispone la norma señalada, y su justificación en el caso de la especie aparece resuelta en el mismo fallo –motivo Trigésimo Séptimo–. Tal excepción en la forma de recibir el testimonio no tiene incidencia perjudicial en el derecho fundamental del imputado a un juicio oral y público y con todas las garantías que este importa, particularmente en su triple vertiente de respeto a los principios de publicidad, contradicción, e igualdad de armas³⁸.

En ese mismo orden de ideas se pronuncia el fallo del mismo Tribunal en los términos que siguen: **“QUINTO:** *Que el segundo reproche efectuado por medio de la causal principal, y que dice relación con la aceptación y posterior valoración en el juicio oral del relato de los testigos de identidad reservada signados como “A” y “B”, desconociéndose su identificación circunstancia que les habría privado de la posibilidad de cuestionar su credibilidad situándolos en una posición de desventaja frente a la parte acusadora, vulnerándose así los principios del proceso contradictorio y de igualdad de armas o posiciones, también debe ser rechazado.*

SEXTO: *Que, en efecto, en primer lugar ha de tenerse presente el artículo 308 del Código Procesal Penal, al referirse a las medidas especiales que pueden disponerse para la protección de testigos, señala que aquellas durarán el tiempo razonable que disponga el tribunal y que pueden ser renovadas cuantas veces sea necesario. Se agrega también que el propio Ministerio Público de oficio o a petición del interesado debe adoptar idénticas medidas de resguardo para conferirles protección antes o después de recibirse su declaración.*

Tales normas permiten señalar que al autorizarse la medida que se cuestiona no se incurrió en ninguna infracción de norma legal, lo que es significativo porque para que prospere la causal invocada, la del apartado a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es imprescindible que la transgresión sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por Tratados Internacionales esté directamente

38 Excma. Corte Suprema, Segunda Sala. 22 de abril de 2013. RUC N°1101009478-1, ROL N°1179-2013. Fallo dictado con ocasión de un Recurso de Nulidad en que se alegaba la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, entre otras.

relacionada con las normas de carácter legal que desarrollan el contenido de aquellos derechos y garantías. Esta sola circunstancia es bastante para rechazar el recurso.

No obstante es útil agregar que las declaraciones prestadas al Ministerio Público y que fueron proporcionadas a la defensa son suficientes para ejercer la defensa técnica que a este respecto se reclama, y, también, que el recurso no precisa perjuicio alguno desde que de la prueba rendida por la misma defensa aparece que pudo formular las preguntas y contra interrogaciones que estimó del caso³⁹.

Analizados los aspectos legales, doctrinarios y jurisprudenciales que se han estimado pertinentes, corresponde ahora efectuar una revisión más práctica de lo que ocurre con esta categoría especial de testigos en la Fiscalía. En la praxis, la detección de testigos que requieren de medidas de protección orientadas a reservar su identidad (anónimos) o a evitar el contacto visual con el acusado o el público (ocultos) podrá revelarse en 2 etapas diferentes:

- a) Durante la etapa de investigación: Sea que estos requerimientos se plantean al personal policial, esencialmente en casos de flagrancia, en los registros que se anexan a los partes policiales y a los informes policiales o que se plantean al Fiscal o a su equipo en diligencias desarrolladas ante la Fiscalía. La práctica indica que en esta etapa lo que usualmente se requiere es el asumir la calidad de testigo anónimo.
- b) Durante la etapa de preparación: En la mayoría de los casos en esta etapa se refrendarán las intenciones del testigo formuladas durante la etapa anterior. No obstante, durante la preparación de testigos existe una mayor incidencia en cuanto a solicitar que se asuma la calidad de testigo oculto, tomando en consideración que en este momento procesal la acusación fiscal ya se encuentra formulada y por ende individualizados los testigos. Como ha quedado de manifiesto en páginas anteriores, dependiendo de la organización regional, la preparación del testigo será desarrollada por una Unidad especial de Juicio Oral (usualmente asentada al interior de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos) o por el equipo del fiscal adjunto. Sea cual sea el caso, el funcionario que atiende al testigo deberá aplicar la Pauta de Detección de Necesidades y luego de ello, evaluar el nivel de reticencia del testigo para declarar en el juicio oral y en casos con niveles altos de reticencia, el sistema automáticamente lo informará vía correo electrónico al Jefe de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, a objeto que éste asigne el caso a un profesional o gestor para que profundice en los antecedentes que motivan la reticencia e inste por el diseño e implementación de una estrate-

39 Excma. Corte Suprema, Segunda Sala. 23 de abril de 2013. RUC N°1101348718-0, ROL N°1504-2013. Fallo dictado con ocasión de un Recurso de Nulidad en que se alegaba la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

gia que la minimice. Cuando la reticencia se ve fundada en situaciones de amedrentamiento, amenazas o agresiones que pueda haber sufrido el testigo por parte del imputado, familiares o conocidos de éste, con motivo de la participación en el juicio Oral, y que puedan afectar su disposición a participar en esta Audiencia, parece absolutamente necesario que los antecedentes levantados sean informados al fiscal a cargo de la investigación, formalmente en un documento, atendido que en él debiesen consignarse no sólo los fundamentos de la reticencia (temor) sino que también las medidas de protección implementadas y la sugerencia de implementación de otras, por ejemplo aquellas que son de cargo del Tribunal, de modo tal que dicho informe sirva de sustento al fiscal para solicitarlas y al órgano jurisdiccional para decretarlas. Finalmente, si bien la emisión de dichos informes no se encuentra contenida en el *Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben declarar en Juicio Oral*, en la práctica regional se han identificado casos en los que han sido útiles e incluso solicitados por el Tribunal. Con más frecuencia ocurre que la sugerencia de medidas de protección se realice vía correo electrónico.

En cuanto a las medidas de protección a implementar en sede judicial, ello dependerá del tipo de testigo, en el caso del testigo oculto los mecanismos más atingentes serán la utilización de un biombo o del circuito cerrado de televisión y en el caso de los testigos anónimos lo será la sustitución de su identidad por una clave o con una identidad distinta.

Bibliografía

1. BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J, Mauricio. “Litigación Penal, Juicio Oral y prueba”. Ediciones Universidad Diego Portales.
2. CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. Manual del Sistema de Justicia Penal. 2ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2010.
3. CERECEDA GONZÁLEZ, Tatiana. “Reforma Procesal Penal en Chile: Ausencia efectiva de normas que eviten la victimización secundaria de menores. En: Psicología Jurídica: Aproximaciones desde la experiencia. Ediciones Universidad Diego Portales, Chile, 2004.
4. CÓDIGO PROCESAL PENAL.
5. CÓDIGO PENAL.
6. DE LA FUENTE PIZARRO, Claudio y ROJAS VÉLIZ, Marcela. “Intervención en las narrativas previas a un juicio oral observadas en testigos”. En: Anales V Congreso Iberoamericano Psicología Jurídica. Escuela de investigaciones policiales. 2003.

7. DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristian. “Proceso Penal”. Editorial Jurídica de Chile.
8. HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. ¿Quién verifica la disponibilidad de las pruebas?. En: Práctica de la prueba en el juicio oral, Santiago, Chile, Librotecnia, 2012.
9. Ley N°18.314.
10. Ley N°20.000.
11. Ley N°20.066.
12. MANZANERO L., Antonio y GONZALEZ, José Luis. “Avances en Psicología del Testimonio”. Ediciones jurídicas de Santiago.
13. MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. ¿Son admisibles los denominados testigos ocultos y testigos anónimos? ¿Qué valor probatorio debe concederse a sus respectivas manifestaciones?. En: Práctica de la prueba en el juicio oral, Santiago, Chile, Librotecnia.
14. Modelo de Atención a Víctimas y Testigos. Fiscalía de Chile, 2011.
15. Modelo de Atención a Víctimas y Testigos que deben Declarar en Juicio Oral, 2012.
16. OFICIO FN N°246, de fecha 27 de mayo de 2004 que complementa instructivo N°32 del año 2000.
17. REVISTA PROCESAL PENAL N°39. Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2006.
18. ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho Procesal Penal”. Editores del Puerto, Buenos Aires.
19. VIAL CAMPOS, Pelayo. “Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno”. Librotecnia. 2007.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

RESPONSABILIDAD DE LOS NOTARIOS FRENTE A LA LEY N°18.700 (LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE VOTACIONES POPULARES Y ESCRUTINIOS)

Yelica Lusic Nadal¹

I. Breve revisión de la historia de la Ley 18.700. Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios

La mencionada ley tiene su origen en un Mensaje Presidencial, de fecha 25 de junio de 1987, que se envía a la Junta de Gobierno (que actuaba como órgano legislativo), en el cual se remite “*el proyecto de ley sobre el Sistema de Votaciones y Escrutinios, que forma parte del Sistema Electoral Público que prescribe la Constitución Política de la República*”².

En sesión legislativa, de fecha 30 de junio de 1987, se acuerda calificar dicho proyecto como “Ordinario”, disponiendo que su estudio se efectuara por una Comisión Legislativa, previa recepción de Indicaciones de las restantes Comisiones Legislativas. Posteriormente la Junta de Gobierno, en Sesión Legislativa de 17 de noviembre de 1987, acuerda sustituir la calificación de “Ordinario” por “Ordinario Extenso”.

Este proyecto incluía todo lo referido a las votaciones y escrutinios en los procesos plebiscitarios y electorales, dejando a otros cuerpos legales el tratamiento del Sistema de Votaciones, Escrutinios, Sistema de Elecciones pluri-personales y mapa electoral.

Se indica además que este proyecto de ley “*opta por una redacción reglamentaria de las normas por estimar que en lo electoral, una materia tan masivamente aplicada, se requiere una legislación autosuficiente, que no ofrezca dudas en su interpretación a personas de formación cultural normal. De ahí lo detallado que pueda aparecer el proyecto en algunas de sus normas*”³.

El mensaje acompaña además un INFORME TÉCNICO de la Comisión Asesora para el estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales, suscrito por los

- 1 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Revisar Historia de la Ley N°18.700 [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=18700 [fecha de consulta: 6 de enero de 2014]
- 3 *Ibidem*.

Ministros del Interior y de Justicia de la época, el cual indica –en lo que dice relación con el tema que nos interesa– que el proyecto de ley contiene “*las formalidades que debe cumplir la presentación de candidaturas por independientes y se expresa que un ciudadano sólo podrá patrocinar por elección una declaración para Diputado, una para Senador y una para Presidente de la República. Si suscribiere más de una, sólo será válida la que hubiere presentado primero*”⁴.

Asimismo señala dicho Informe Técnico, que “*el Título Séptimo se refiere a las faltas y delitos electorales, penas y procedimientos*”; precisando que “*En general se ha intentado simplificar la tipificación de los delitos y adecuar las penas, estableciendo varias de multas y otras haciéndolas conmutables. Se propone que algunos hechos ilícitos que se sancionan con multas a beneficio municipal, sean conocidos por los jueces de policía local, como medio de obtener una rápida sanción para los infractores*”. Agrega además que “*esta materia, deberá ser consultada a la Corte Suprema de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución*”⁵.

Este proyecto es revisado por la SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO y remitido a la Cuarta Comisión Legislativa, con fecha 28 de julio de 1987, informando la Secretaría de Legislación –en lo que nos interesa– que el proyecto presenta un carácter reglamentario, así indica: “*El Mensaje que acompaña al proyecto señala que una vez más se opta por una redacción reglamentaria de las normas por estimar que en lo electoral –una materia tan masivamente aplicada–, se requiere una legislación autosuficiente, que no ofrezca dudas en su interpretación a personas de formación cultural normal. De ahí lo detallado que pueda parecer el proyecto en alguna de sus normas*”.

Posteriormente la Secretaría realiza un análisis del articulado, aludiendo reparos respecto al Párrafo 1, Título Primero, “De la presentación de candidatos”, en cuanto a la terminología empleada, ya que no se condice con aquella utilizada en el proyecto de ley. Advierte, en este sentido, “*una falta de concordancia entre la denominación del párrafo y la terminología que su articulado utiliza al regular su contenido, sin perjuicio de que deba entenderse que la presentación de candidatos se realiza mediante la declaración e inscripción de las respectivas candidaturas*”. Propone además, por razones de precisión jurídica, que el artículo 2° aluda a la presentación de candidatos, explicitando que ella se materializará mediante la correspondiente declaración e inscripción, sugiriendo la siguiente redacción del artículo 2°: “*Artículo 2°.– Las candidaturas se presentarán mediante su declaración e inscripción, de conformidad a este párrafo y a las disposiciones con-*

4 Revisar Historia de la Ley N°18.700. Informe Técnico. (Páginas 6-13) [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=18700 [fecha de consulta: 6 de enero de 2014].

5 Revisar Historia de la Ley N°18.700 Informe Técnico. (Páginas 6-13) Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=18700 [fecha de consulta: 6 de enero de 2014].

tenidas en el Título Décimo, sin cuyo esencial requisito no serán consideradas en la elección”.

Asimismo propone, en relación al inciso final del artículo 4, la siguiente redacción: *“En caso de candidaturas a Presidente de la República, podrán hacerse ante cualquier notario del país y por ciudadanos inscritos en cualquier registro electoral”.*

Este Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno no contiene ninguna indicación o mención al artículo que sanciona a los notarios (art. 109 del proyecto de ley).

Posteriormente, con fecha 28 de julio de 1987, la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, despacha su informe sobre la juridicidad de fondo y de forma del proyecto de ley orgánica constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley N°17.983.

Seguidamente, este proyecto es objeto de indicaciones por la SEGUNDA COMISIÓN LEGISLATIVA, las que se envían al Presidente de la Cuarta Comisión Legislativa, el 31 de agosto de 1987 (Boletín N°867-06), quien formula indicaciones al proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones y Escrutinios de Elecciones para Presidente de la República, Parlamentarios y Plebiscitos.

Luego el proyecto de ley es objeto de INDICACIONES POR LA TERCERA COMISIÓN LEGISLATIVA, que son enviadas al Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno, con fecha 1 de septiembre de 1987.

Este proyecto de ley, posteriormente, es objeto de INDICACIONES POR EL COMANDANTE EN JEFE DE LA ARMADA, enviadas a la Junta de Gobierno, con fecha 2 de septiembre de 1987. Se proponen por el Cmdte. en Jefe de la Armada una gran cantidad de indicaciones, entre ellas la modificación de la redacción del art. 4, con la finalidad de *“garantizar plenamente la igualdad entre los independientes y los miembros de los partidos políticos”.* Asimismo propone, independiente del estudio profundo de la redacción del mencionado artículo, que se reemplace el inciso cuarto por el siguiente: *“El patrocinio sólo podrá otorgarse por ciudadanos inscritos en los registros electorales de la región, si se tratare de senadores, o distrito correspondientes, si se tratare de diputados, mediante declaración escrita hecha ante notarios con competencia en el respectivo territorio de los mismos. En caso de candidaturas a Presidente de la República, las declaraciones podrán hacerse ante cualquier notario del país”.*

La CORTE SUPREMA también evacúa un informe sobre este proyecto, de fecha 13 de agosto de 1987.

Posteriormente, con fecha 9 de diciembre de 1987, se aprueba por la COMISIÓN CONJUNTA, encargada del estudio de la Ley Orgánica Constitucional

sobre Votaciones y Escrutinios de Elecciones para Presidente de la República, Parlamentarios y Plebiscitos un **texto sustitutivo** de dicho proyecto.

El texto sustitutivo del Proyecto de Ley es revisado por la Junta de Gobierno, el 17 de diciembre de 1987, la que en su ACUERDO DE JUNTA DE GOBIERNO, de igual fecha, acuerda introducir un artículo transitorio nuevo, que no reviste interés para esta publicación.

Posteriormente el proyecto es revisado por la CUARTA COMISIÓN LEGISLATIVA, con fecha 8 de enero de 1988, la que efectúa un resumen de la tramitación que ha tenido, hasta ese momento, el proyecto en estudio.

El proyecto de ley en comento es objeto de una Propuesta de Modificaciones por la Junta de Gobierno, de fecha 19 de enero de 1988.

Finalmente con fecha 19 de abril de 1988 se promulga la Ley N°18.700 y se publica en el Diario Oficial del 6 de mayo de 1988⁶, no presentando las normas materia del análisis que a continuación realizamos ninguna modificación.

II. Normas que reglan la actividad y responsabilidad de los notarios

La regulación de la función desarrollada por los notarios, así como su responsabilidad administrativa, civil y penal esta tratada en el Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT) y en el Código Penal (en adelante CP).

Así, el COT define a los notarios en el artículo. 399, que señala: *“Art. 399. Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende”*.

Por su parte, el artículo 401 del COT se refiere a las funciones que cumplen los notarios, destacando entre ellas las funciones mencionadas en los numerales 6 y 10, que señalan *“Art. 401. 6. En general, dar fe de los hechos para que*

⁶ Esta Ley N°18.700 es posteriormente objeto de varias modificaciones, según las normas que se indican: Ley N°18.808, publicada en el Diario Oficial (D.O.) del 15/06/1989; Ley N°18.809, publicada D.O. del 15/06/1989; Ley N°18.733, publicada en el D.O. del 13/08/1988; Ley N°18.799, publicada en el D.O. del 26/05/1989; Ley N°18.828, publicada en el D.O. del 30/08/1989; Ley N°18.963, publicada en el D.O. del 10/03/1990; Ley N°19.351, publicada en el D.O. del 23/11/1994; Ley N°19.438, publicada en el D.O. del 17/01/1996; Ley N°19.654, publicada en el D.O. del 30/11/1999; Ley N°19.745, publicada en el D.O. del 19/07/2001; Ley N°19.823, publicada en el D.O. del 04/09/2002; Ley N°19.884, publicada en el D.O. del 05/08/2003; Ley N°20.174, publicada en el D.O. del 05/04/2007; Ley N°20.183, publicada en el D.O. del 08/06/2007; Ley N°20.295, publicada en el D.O. del 04/10/2008; Ley N°20.542, publicada en el D.O. del 17/10/2011; Ley N°20.568, publicada en el D.O. del 31/01/2012; Ley N°20.640, publicada en el D.O. del 06/12/2012; Ley N°20.669, publicada en el D.O. del 27/04/2013; Ley N°20.682, publicada en el D.O. del 27/06/2013.

fueren requeridos y que no estuvieren encomendados a otros funcionarios; **10.** Autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad les conste”. Asimismo dispone el art. 425 del mismo texto legal: **“Art. 425.** Los notarios podrán autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, siempre que den fe del conocimiento o de la identidad de los firmantes y dejen constancia de la fecha en que se firman. Se aplicará también en este caso la regla del artículo 409. Los testimonios autorizados, por el notario, como copias, fotocopias o reproducciones fieles de documentos públicos o privados, tendrán valor en conformidad a las reglas generales”.

En cuanto a la responsabilidad administrativa a que se encuentran sujetos estos funcionarios públicos, prescribe el art. 440 del COT: **“Art. 440.** El notario que faltare a sus obligaciones podrá ser sancionado disciplinariamente con amonestación, censura o suspensión, según sea la gravedad del hecho. Sin embargo, podrá aplicarse la sanción de exoneración del cargo al notario que fuere reincidente en el periodo de dos años en los hechos siguientes: a) Si se insertare en el protocolo escrituras o instrumentos sin haberse dado fiel cumplimiento a las exigencias de los artículos 405 y 430; b) Si por culpa o negligencia deja de tener la calidad de pública o auténtica una escritura en virtud de cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 426; c) Si no cumpliera con lo dispuesto en el artículo 421 o no cumpliera la obligación de salvar las palabras interlineadas, enmendadas o sobrepasadas establecidas en el artículo 411; d) Si se perdiera un protocolo del notario por culpa o negligencia de éste, y e) Si faltare a las obligaciones señaladas en los N°s 7 y 8 del artículo 401 y en el 423”.

Por su parte, el art. 443 del mismo texto legal, fija las sanciones penales a que se expone un notario que no cumple fielmente con sus funciones: **“Art. 443.** El notario que incurriere en falsedad autenticando una firma en conformidad con el artículo 425, que no corresponda a la persona que haya suscrito el instrumento respectivo, incurrirá en las penas del artículo 193 del Código Penal. Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables autenticare una firma que no corresponda a la persona que aparece suscribiéndola, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de cinco a diez ingresos mínimos mensuales”.

Precisa el art. 445 del mismo COT: **“Art. 445** Toda sanción penal impuesta a un notario en virtud de este párrafo, lleva consigo la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad al Código Penal”.

III. Breves consideraciones en torno a la función desempeñada por los notarios

Respecto a la función que cumplen los notarios puede indicarse que la misma es una función profesional y documental, autónoma, jurídica, privada y calificada; impuesta y organizada por la ley para procurar la seguridad, valor

y permanencia de hecho y de derecho al interés jurídico de los individuos, patrimonial o extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos humanos o naturales, mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo.

En este sentido, la doctrina más moderna justifica la función notarial en su propia esencia; más que en lo que el notario hace, se enfoca en el resultado de su hacer: el instrumento público⁷. Postula que la actividad del notario se explica y se fundamenta por la creación de un documento, de particular valor y eficacia, tanto en la forma como en el fondo, que juega un decisivo y útil papel en la vida jurídica nacional, no sólo en la realización pacífica del Derecho, que los ciudadanos llevan a cabo todos los días, ejecutando actos y celebrando negocios, sino también en las contiendas que se susciten ante los tribunales.

Por lo anterior señala el autor Gomá –citando a González Palomino– que los cuatro puntos cardinales del quehacer del notario son: 1. Redactar el instrumento público; 2. Autorizar el instrumento público; 3. Conservar el instrumento público, y 4. Expedir copias del instrumento público⁸.

De lo antes expresado se desprende que la característica más importante de la función notarial, desde sus inicios y hasta nuestros días, es la de solemnizar y dar fe de los derechos y obligaciones de las personas. Así, dentro de su función está el planteamiento y resolución de los negocios y problemas de todo tipo, en los cuales su actitud fiel y determinada es evitar dudas y conflictos. Es una función preventiva, neutral, imparcial, en resguardo de todos, sin distinción ni preferencia.

IV. Responsabilidad de los notarios en el caso de la Ley N°18.700. Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios

La Ley N°18.700, Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios (LOC VPE, en adelante) contempla una norma que consagra la imposición de una sanción penal para los notarios que incurran en la conducta allí reprochada; dispone así el art. 129 de dicha ley: *“Artículo 129.- El notario que autorizare la firma o impresión dactiloscópica de un elector, sin exigir su comparecencia personal en el acto de suscripción del patrocinio a una candidatura, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio”*.

7 GONZÁLEZ Palomino, NÚÑEZ LAGOS, mencionados por la abogada Margot Ortiz en paper “El Notariado en Chile”.

8 GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Derecho Notarial*, Madrid, España, Editorial Dykinson, 1992, p. 9.

Para entender el alcance de esta disposición y estar en condiciones de decidir si la conducta descrita por ella es similar a la sancionada en los numerales 6° o 10° del artículo 401 del COT, pasamos a revisar la historia de la dictación de esa ley, no constando discusión alguna en torno a precisar y diferenciar los conceptos “autorizar” y “suscribir” –que contempla la disposición en examen– o bien alguna mención que permita diferenciar el mencionado art. 29 de la Ley N°18.700, respecto del art. 401 N°6 y N°10 del Código Orgánico de Tribunales.

La única referencia que estimamos útil, para interpretar lo dispuesto en el art.129, es lo que indica el Mensaje que da inicio a la discusión de la LOC VPE, que señala: *“se opta por una redacción reglamentaria de las normas por estimar que en lo electoral, una materia tan masivamente aplicada, se requiere una legislación autosuficiente, que no ofrezca dudas en su interpretación a personas de formación cultural normal. De ahí lo detallado que pueda aparecer el proyecto en algunas de sus normas”*.

Esta falta de discusión puede encontrar su explicación en considerar, el legislador de la época, que el tenor de la disposición era claro, y por ello no concurría ningún problema en cuanto a su aplicación⁹.

En este caso, el sentido de la expresión *“comparecencia personal en el acto de suscripción del patrocinio”* –que contempla el art. 129– da a entender que se requiere la presencia física del patrocinante de una candidatura presidencial ante el notario que autoriza la firma.

Para conocer el significado de la expresión “comparecencia personal”, recurrimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que define la voz comparecencia como *“Acción y efecto de comparecer”*, y por “comparecer”, *“Presentarse alguien en algún lugar, llamado o convocado por otra persona”* o bien *“Parecer, presentarse uno ante otro personalmente, o por poder, para un acto formal, en virtud del llamamiento o intimación que se le ha hecho o mostrándose parte en algún negocio”*¹⁰.

9 Se aplicarían las normas de interpretación contempladas en el Código Civil, especialmente dispuesto en los artículos 19 y 20 que prescriben: “Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.” “Art. 20. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

10 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera Edición. Tomo I Madrid 1992.

Por su parte, por “suscribir” se entiende “*firmar al pie o al final de un escrito*”¹¹.

A su vez, por “autorizar” la RAE entiende en su segunda acepción “*Dicho de un escribano o de un notario: Dar fe en un documento*”¹².

Por fe se entiende, en su séptima acepción, “*7. f. Seguridad, aseveración de que algo es cierto. El escribano da fe*”¹³.

Teniendo presente lo anterior es posible concluir que el notario que autoriza la firma en un documento, da fe de la misma, es decir, asevera que la firma es cierta, esto es, que la rúbrica corresponde a la persona que se indica como el suscriptor del documento.

En consideración a lo anterior es posible sostener que la norma del art. 129 regula una situación especial –que ocurre en el contexto de la aplicación de la Ley N°18.700– referida a la conducta exhibida por un notario, quien autoriza la firma de un elector, da fe de dicha firma, o bien que señala que se corresponde la rúbrica con la persona que se indica en el documento, *sin exigir la comparecencia personal o presencial* del elector, en el acto de suscripción del patrocinio a una candidatura presidencial o parlamentaria.

Del uso de las palabras elegidas por el legislador –con la intención que fueren claras y entendibles para cualquier persona– es posible colegir que la exigencia del art. 129 de la Ley 18.700, se traduce en una actuación personal del notario, que no es posible delegar en terceros, precisamente, porque debe aseverar la comparecencia presencial de un elector, lo que debe constarle fehacientemente, a los efectos luego de “autorizar” el documento respectivo, dando cuenta en éste, de la veracidad de la relación entre la persona del elector y su firma.

V. Posible relación entre el tipo penal del art. 129 de la Ley 18.700 y el tipo penal del art. 443 del Código Orgánico de Tribunales

Se estima que no concurre relación entre el art. 129 de la Ley N°18.700 y el tipo penal del art. 443 del COT, toda vez que dichas disposiciones tratan o regulan situaciones fácticas diferentes; así la última de las disposiciones mencionadas es la que sanciona la conducta dolosa y culposa en la que incurre un notario al incumplir una de las funciones propias de su cargo, cual es, la autenticación de las firmas estampadas en documentos privados; por el contrario, el art. 129 de la Ley 18.700, trata las obligaciones, y la sanción, que

11 *Ibidem.*

12 *Ibidem.*

13 *Ibidem.*

pesan sobre los notarios en el contexto de una elección presidencial, parlamentaria o un plebiscito.

La conducta sancionada por el art. 129 de la Ley 18.700 –que podría entenderse absorbida por el art. 401 N°10, del COT, que señala: “*Art. 401. Son funciones de los notarios: 10. Autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad les conste*”– es objeto de un trato especial y más severo o riguroso, en el caso de enfrentar procesos electorales o votaciones populares, ya que en este contexto **sólo se admite la comparecencia personal del elector**, quien debe suscribir personalmente y en presencia, ante el notario, el respectivo patrocinio a una candidatura.

Por lo anterior si el notario no cumple con lo prescrito en dicha norma –que advertimos no contiene ninguna exigencia especial en cuanto al tipo subjetivo– debería ser sancionado conforme a lo prescrito por la misma disposición, esto es, arriesga una pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

LAS INTERCEPCIONES DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

Alejandro Ivelic Mancilla¹

I. Introducción

Con el objetivo de dar cumplimiento a los compromisos asumidos por el Estado de Chile al suscribir en el año 2000 la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, llamada también Convención de Palermo, nuestro país incorporó la técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas en la Ley 20.000 y en otras leyes penales especiales que nacieron al alero de la Convención de Palermo. En efecto, dicha Convención fue producto de la voluntad política de la comunidad internacional para abordar un problema mundial (criminalidad organizada) con una reacción mundial. Consciente la comunidad internacional del peligro que para la civilización representa la criminalidad organizada *“cada vez en mayor número y con armas más potentes”*, fue aprobada esta Convención cuyo propósito fue promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional³. En su artículo 20, la convención insta a los Estados a la utilización de ciertas técnicas investigativas con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada, dentro de las cuales se encuentra la vigilancia electrónica⁴.

- 1 Subdirector de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Prefacio Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional. NACIONES UNIDAS. Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional [en línea]. Disponible en: http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/tratados-internacionales/convencion_naciones_unidas_contra_la_corrupcion_decreto_supremo_n375.pdf [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2014].
- 3 Artículo 1 de la Convención, ob. cit.: *“El propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”*.
- 4 Artículo 20 número 1 de la Convención, ob. cit.: *“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”*.

De esta manera, mediante el reconocimiento en nuestro derecho interno de estas técnicas de investigación para hacer frente a la criminalidad organizada y la tipificación de nuevos delitos y figuras penales como por ejemplo el lavado de activos, el tráfico de migrantes, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, etc., nuestro país da cumplimiento y vigencia a los compromisos asumidos internacionalmente.

Producto de la utilización de esta técnica de investigación, el Ministerio Público ha logrado llevar a juicio un importante número de casos de alta complejidad, con un alto número de condenas, casos que no habrían podido prosperar sin la utilización de esta técnica.

Nuestro interés en este artículo, es enfatizar la importancia de esta técnica investigativa en la lucha contra el crimen organizado, ya que como veremos en el desarrollo de este trabajo, muchas veces permite llegar a la cúpula central o las esferas más cerradas de esta criminalidad compleja.

Otro tema que analizaremos y que ha sido escasamente tratado por la doctrina nacional, es el de los bienes jurídicos afectados por las interceptaciones de comunicaciones telefónicas. Interesa este tema no solamente para los efectos de individualizar el derecho supuestamente vulnerado en una eventual solicitud de exclusión de prueba o recurso de nulidad, sino también por la intensidad de la protección dispensada por el ordenamiento jurídico y los alcances de la exclusión probatoria. Este tema, ha sido a lo más tratado en forma tangencial y muy genéricamente por la doctrina, para referirse a la garantía fundamental restringida para los efectos de justificar la autorización judicial de la medida. Así, se han mencionado como bienes jurídicos afectados, el derecho a la vida privada y el derecho a la privacidad de las comunicaciones, sin profundizar mayormente sobre el ámbito de aplicación, el contenido del derecho a que se hace referencia y sus alcances. Igualmente a nivel jurisprudencial es común que se confunda el derecho al secreto de las comunicaciones con el derecho a la intimidad⁵.

5 Un caso de exclusión de prueba alegado por la defensa en una Audiencia de Preparación de Juicio Oral ante el Juzgado de Garantía de Valparaíso, acogida por el respectivo Juez de Garantía en resolución confirmada por la Iltma. Corte de esa ciudad, de 19 de noviembre de 2012, Rol N°1390-2012, en la que el Juez de Garantía ordenó excluir las grabaciones que recaían sobre una mujer a quien el imputado (individualizado en la autorización judicial de interceptación telefónica) le prestaba su teléfono para traficar, a nuestro juicio, es cuestionable la ilegalidad de dicha diligencia ya que el teléfono era facilitado para realizar actividades delictivas de la misma naturaleza y en conocimiento de la mujer, hecho que es normal dentro del uso de teléfonos celulares, situación que no interrumpiría el delito y que además estaría cubierto por la autorización judicial original. Además, el Juez en forma errónea afirmó en su resolución que dicha injerencia vulneraría el derecho a la intimidad de la mujer, confundiendo ese derecho fundamental con la garantía del secreto a las comunicaciones: “...*el tribunal, primero tiene en consideración*

A partir de las normas legales que regulan la interceptación de comunicaciones telefónicas, analizaremos también los requisitos de la técnica y sus características, tratando siempre de emplear un lenguaje simple, no técnico, con el objeto de poder contar con elementos prácticos y jurídicos que nos permitan conocer mejor la naturaleza de esta técnica y sus proyecciones jurídico penales.

II. Importancia de la técnica investigativa en la investigación del crimen organizado

Una de las características de la criminalidad organizada, en especial la dedicada al tráfico de drogas, es contar con metodologías de trabajo altamente sofisticadas que les permiten reinventarse, incursionar en nuevos mercados y adaptarse constantemente al riesgo de ser detectada por las agencias de persecución penal o por otras organizaciones criminales. En este sentido, la actividad del narcotráfico es una verdadera empresa criminal en constante evolución, que invierte cuantiosos recursos económicos en tecnologías para ocultar sus modus operandi y dificultar la labor investigadora de los organismos de persecución penal.

Para lograr su objetivo principal de poner la droga a disposición de los consumidores, estas organizaciones criminales se estructuran como empresas modernas, distribuyendo cada una de las funciones en unidades operativas o células criminales encargadas de la importación de la droga, el traslado, la transformación, distribución, acopio, venta, seguridad, financiamiento, etc. Estas unidades operativas cumplen con roles específicos y actúan bajo ciertos patrones de inteligencia delictual como el compartimentaje, restringiendo así los flujos de información dentro de la organización. De esta manera, cada

que revisados los antecedentes efectivamente consta que la autorización sólo se concede para la escucha de un teléfono de P.F.

Que el Ministerio Público plantea que si se le pide a la Policía de Investigaciones que no escuche las conversaciones con otras personas, resultaría elevar el estándar en términos que no sería procedente de acuerdo al procedimiento que estamos analizando. En relación a eso el tribunal comparte el criterio de la defensa en orden a que si efectivamente se autoriza, las escuchas telefónicas de una persona determinada, el procedimiento, en concepto de este tribunal y así también lo hace presente cuando se le consultan respecto de las interceptaciones a esta juez, quien es el propietario, indicándose en algunas oportunidades que no se conoce propietario, muchas veces es así, pero respecto de quien se va a escuchar, porque se entiende que en esa parte si bien es cierto Investigaciones, carabineros, los que están realizando las escuchas no podrían dejar de escuchar, no procede tampoco transcribir lo que escucharon respecto de una persona que posiblemente pueda ser imputada en un teléfono que no se encuentra autorizado para ser escuchadas las conversaciones de esa persona, porque si se transgrede el derecho a la intimidad de esta, sin perjuicio de que con ese antecedente se informa al Ministerio Público y el Ministerio Público pueda solicitar debidamente autorización para las situaciones que puedan surgir...”.

célula de la organización actúa sin conocer más detalles que los estrictamente necesarios para cumplir su función específica, con el fin de salvaguardar a toda la organización criminal ante la eventualidad de la captura de alguna de las unidades operativas por parte de la policía.

También, forma parte de la cultura de estas organizaciones criminales la disciplina del sigilo, limitando al máximo el acceso a la información de sus actividades y de sus integrantes, estableciendo sus sistemas de penalidades para el caso de filtración de información y de recompensas por servicios leales.

Estos rigurosos sistemas de trabajo de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes, como la disciplina del compartimentaje y la cultura de la eliminación de evidencias, exigen para una investigación racional y justa⁶, utilizar estrategias de persecución penal que contemplen técnicas de investigación intrusivas, que permitan conocer su real funcionamiento desde el centro de la organización y anticiparse a la consumación de otros hechos delictivos.

Desde el punto de vista de la eficacia persecutoria, la interceptación de comunicaciones telefónicas es la única técnica investigativa que permite a los organismos de persecución penal conocer en tiempo real, a través de las escuchas, el desarrollo y la planificación delictiva del crimen organizado. Toda otra técnica investigativa entrega información ex post, sobre hechos consumados. Otras técnicas como la del informante a lo más podrán entregar información incompleta, tardía y que necesita ser corroborada mediante otras técnicas intrusivas.

En la práctica, gracias al uso de las interceptaciones, se ha logrado impedir la consumación de otros hechos delictivos que generalmente van asociados al narcotráfico, como lo son los delitos de secuestro, homicidios, robos con violencia, corrupción, tráfico de armas, etc.

Además, esta técnica permite a las agencias persecutorias acceder en algunos casos al flujo comunicativo de los centros de poder, esto es, a las esferas criminales donde se toman las decisiones, las cúpulas gerenciales, el medio ambiente del llamado “hombre del escritorio”, lugar al cual difícilmente se podría entrar mediante el uso de otras técnicas investigativas como el seguimiento, la vigilancia física, el uso de agentes o informantes encubiertos, por cuanto existe en el crimen organizado un riguroso sistema de selección y

6 Una investigación racional y justa en materia de crimen organizado, debe aspirar a lo menos a la identificación de los líderes o dirigentes de dicha organización, su estructura, su funcionamiento, sus formas de comunicación y codificación de la información. Es decir, actividades altamente complejas que desarrollan imputados que difícilmente podrían ser detenidos en el ejercicio de dichas actividades en delito flagrante y con los medios de prueba materiales en su poder.

reclutamiento de sus integrantes y una cultura de trabajo que tiende a aislar a los jefes de la interacción con otras células e integrantes de la misma organización, especialmente de quienes ejecutan materialmente las actividades ilícitas. Por lo cual, un agente encubierto o informante que es contratado para ejecutar una actividad específica y básica dentro de la organización (traslado o venta de la droga) en la práctica jamás podría llegar a conocer el órgano de toma de decisiones en una asociación ilícita compleja. De igual manera, la cooperación eficaz prestada ante el Ministerio Público por parte de uno de los integrantes de la organización criminal, tampoco resultaría útil para conocerla o desbaratarla, ya que la técnica del compartimentaje de la organización impide que dicho cooperador haya tenido contacto con la gerencia criminal, o si la tiene, se le entrega información parcializada, mediatizada por terceros o en clave, o bien se prevé esa eventualidad de captura para que el cooperador entregue a la policía información falsa o distorsionada sobre su funcionamiento (es el caso de las falsas cooperaciones eficaces, en que con auxilio de la organización criminal le fabrican una cooperación eficaz desde afuera, o delatan a la competencia delictual).

Por otra parte, desde el punto de vista probatorio, la interceptación de comunicaciones es un medio de prueba de elevado poder conviccional, especialmente sobre el contenido mismo de las conversaciones telefónicas. Al ser reproducidas las escuchas en un juicio, van a ser directamente percibidas por los jueces, lográndose así una mayor inmediatez en la apreciación y valoración de la prueba.

III. Naturaleza jurídica y concepto de las interceptaciones telefónicas

Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas pueden tener una doble función y una doble naturaleza jurídica:

1) Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas como técnica de investigación: Aparece regulada de esta forma en el artículo 222 del Código Procesal Penal dentro del párrafo 3 como “*Actuaciones de la investigación*”, en el artículo 24 de la Ley 20.000, en el artículo 33 de la Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y en el artículo 14 de la Ley 18.314 sobre conductas terroristas.

Como diligencia investigativa puede tener múltiples finalidades, entre ellas, orientar una investigación criminal, corroborar otros antecedentes probatorios, establecer modus operandi, determinar la existencia de un hecho punible o la participación de los imputados, obtener una evidencia específica, etc., sin que necesariamente las grabaciones sean presentadas en el juicio oral como un medio de prueba.

2) Las interceptaciones de comunicaciones telefónicas como medio de prueba: A ellas se refiere el artículo 223 del Código Procesal Penal en su inciso tercero cuando dispone: ***“La incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos de la medida de interceptación se realizará de la manera que determinare el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva. En todo caso, podrán ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia”***.

En relación al concepto, entendemos (en su sentido natural y obvio) por interceptar el apoderarse de algo antes de que llegue a su destino, detener algo en su camino o interrumpir, obstruir una vía de comunicación. Y por teléfono, un dispositivo de telecomunicación a distancia diseñado para transmitir señales acústicas⁷.

Entonces, podemos definir la interceptación de comunicaciones telefónicas como una técnica de investigación para determinados delitos, que requiere autorización judicial y que consiste en captar el contenido de las conversaciones telefónicas u otras formas de comunicación y datos asociados a ellas, con la finalidad de que puedan ser registradas, grabadas y escuchadas, para eventualmente ser presentadas en un juicio.

IV. Los bienes jurídicos afectados

Para la mejor comprensión del tema, creemos necesario hacer una distinción entre bienes jurídicos directamente afectados por la diligencia investigativa y bienes jurídicos indirectamente afectados por ella.

1) Los bienes jurídicos inmediatos o directamente afectados por la interceptación: En este caso, el bien jurídico afectado va a depender de las diversas aplicaciones del dispositivo telefónico o las funcionalidades de los datos digitalizados en el aparato telefónico, que pueden ser:

1. Transmisión de comunicaciones de voz, mensajería de texto o de signos entre interlocutores: En este caso, el derecho fundamental afectado por la interceptación es el derecho al secreto de las comunicaciones⁸.

⁷ Diccionario de la RAE [en línea]. Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014].

⁸ La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 30 de enero de 2008, RUC N°0710013440-8, RIT N°, 237-2007 reconoce en forma correcta el derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 19 N°5 C.P. R., como el bien jurídico vulnerado por la interceptación de comunicaciones ilegales. Además, el fallo, tiene el mérito de hacer una interpretación razonable de lo que se entiende por interceptación, que permitía encuadrar la figura del caso que se analizó: ***“OCTAVO:(...) No obstante lo anterior, la Fiscalía no logró acreditar el hecho punible, toda vez que una de las actuaciones probatorias que dio origen al hallazgo del estupefaciente, se encuentra viciada, al vulnerar la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental, siendo en***

consecuencia una prueba ilícita, la que se define por la mayoría de los autores como aquella que se produce en el momento que se adquiere una prueba fuera del proceso en clara violación a los derechos y garantías que asegura la Constitución y a los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (“La Prueba Ilícita en el Proceso Penal”, autor Mario Mini M, pág.18, Editorial Metropolitana).

En efecto, el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental establece que “la Constitución asegura a todas las personas, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”, lo que debe concordarse con lo prevenido en los artículos 222 del Código Procesal Penal, que exige la autorización judicial previa para ello, y, el artículo 225 del mismo texto legal que prohíbe utilizar los resultados de una interceptación telefónica, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley, o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el artículo 222 del texto en comento, para la procedencia de la misma; normas armónicas con lo reseñado en el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N°19.640 que señala que “aquellas actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa”.

Efectuando un análisis armónico de las disposiciones antes referidas se debe tener presente que la Carta Fundamental en su artículo 19 N°5 protege, de manera conjunta, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas. De ello es posible colegir que al constituyente le parecieron de igual relevancia, y con el fin de concretar dicha protección, el legislador se encargó de regular detalladamente los casos y requisitos en que excepcionalmente pueden verse afectados. Así, tratándose de la primera, esto es, la inviolabilidad del hogar, el artículo 205 inciso tercero del Código Procesal Penal, en lo pertinente, establece que si el propietario o el encargado del edificio o lugar, no permitiere la entrada o registro, “la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia”.

A su turno, el artículo 222 del mismo cuerpo legal, de manera armónica con lo anterior, pero refiriéndose a la segunda de las garantías, esto es, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, regula restrictivamente los casos en que la interceptación de las comunicaciones telefónicas es procedente, indicando además los requisitos que para ello deben cumplirse, señalando en lo pertinente que “cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, podrá ordenar la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones”.

De lo anterior, no puede sino concluirse la naturaleza absolutamente excepcional que tienen las restricciones a las garantías antes mencionadas, siendo de total relevancia el que para su limitación se exija la intervención previa del Juez de Garantía, llamado, por la naturaleza de sus funciones, precisamente a evitar que aquéllas se vulneren. Ello, no podría ser de otra forma si consideramos que, en general, la protección del hogar y las comunicaciones privadas, históricamente ha sido reconocida incluso a nivel internacional, v.gr. los artículos 11 N°2 de la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y 17 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos vigentes en Chile desde el 5 de enero de 1991 y 29 de abril de 1989, respectivamente.

Establecido lo anterior, corresponde determinar qué debe entenderse por “interceptación”, y tratándose de un término no definido legalmente, habrá que recurrir a lo señalado en el diccionario de la Real Academia Española que al efecto refiere: “apoderarse de una cosa antes que llegue al lugar o la persona que se destina. Detener una cosa en su camino. Interrumpir, obstruir una vía de comunicación”.

El derecho al secreto de las comunicaciones tiene las siguientes características:

- a) Es un derecho que deriva del derecho a la privacidad, pero no son lo mismo. El secreto de las comunicaciones, al igual que la inviolabilidad del hogar, son instrumentos jurídicos de protección de la vida privada.
- b) Es un derecho formal, ya que lo protegido es el proceso comunicativo entre los interlocutores de interferencias de terceros extraños, con independencia del contenido de la comunicación. Lo que ampara este derecho, no es el contenido mismo de la transmisión de pensamiento (que puede ser íntimo o no), sino el proceso, la transmisión comunicativa entre los interlocutores, de la interferencia o entradas de personas extrañas o ajenas a la interacción comunicativa.

La esencia o el elemento que le da fisonomía al secreto de las comunicaciones, es la expectativa de secreto, es decir, la posibilidad o esperanza de que la comunicación no sea intervenida o escuchada por personas ajenas a ella.

Este carácter formal del derecho al secreto de las comunicaciones, tiene a lo menos dos efectos de importancia radical:

- Entre interlocutores no opera el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que nada impide que uno de los interlocutores retenga, grabe, reproduzca de cualquier forma lo transmitido por el emisor, a no ser que exista una causa legal que se lo prohíba. En definitiva, el secreto de las comunicaciones dispensa protección respecto de ter-

En el caso de marras, la actuación cuestionada consistió en que, en el marco de un control de identidad al acusado I.T.V., el funcionario de Carabineros R.Y.B., sin contar con autorización alguna, contestó un llamado telefónico efectuado al teléfono celular de aquél, obteniendo de ello, datos que permitieron la detención de otros tres imputados y, posteriormente, el hallazgo de la droga. El referido control, se encuentra detalladamente regulado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, que en su inciso segundo establece las facultades que durante el mismo le asisten a la policía, a saber: "registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla". De forma tal que, al contestar el llamado telefónico, el referido funcionario actuó fuera del ámbito de las atribuciones que en ese momento la ley le confería, puesto que impidió que la comunicación llegara a la persona a que estaba destinada, deteniéndola, interrumpiéndola y obstruyéndola, todo ello como se dijo, sin cumplir con los requisitos legales, debiendo recordarse que hasta entonces no existía indicio concreto alguno de la comisión de un delito específico respecto del fiscalizado, desde que lo único con que se contaba, era la interpretación que el funcionario R. le dio a los hechos por él observados, esto es, la evasión del control aduanero y policial por parte de un sujeto que cruzó por el borde costero portando una mochila, abordando luego un vehículo de color rojo que emprendió marcha en dirección al sur, seguido de otro de color gris, sin que de ello pueda desprenderse necesaria e inequívocamente que lo que se estaba cometiendo fuera un delito ni menos aún, que fuese uno de aquéllos que merece pena de crimen, en los términos del artículo 222 del Código Procesal Penal".

ceros extraños que no son parte de la interacción comunicativa, pero no entre emisor y receptor de la transmisión⁹.

- El proceso comunicativo para que sea apto de protección constitucional, debe realizarse por medio de canal cerrado, ya que si es por canal abierto (comunicación a viva voz, por televisión, por radio, mediante sistemas de amplificación de voz, por altavoz, etc.), no podría razonablemente el emisor tener alguna expectativa de secreto, de que ésta comunicación no sea conocida por terceros¹⁰.
- c) Este derecho forma parte de los llamados derechos de contenido indeterminado, en el sentido que el constituyente no protege un contenido específico y singularizado, sino más bien un proceso cuyos límites y contenido están determinados por los interlocutores.
- d) Es un derecho funcional, es decir, es instrumental al ejercicio de otros derechos como el derecho a la privacidad, a la libertad de pensamiento, de culto, de expresión, etc.
- e) Es un derecho amplio, ya que el constituyente utilizando la técnica de *numerus apertus*, empleó en el artículo 19 N°4 una expresión suficientemente amplia para referirse a todo tipo de medio o soporte tecnológico: ***“toda forma de comunicación privada”***.
- f) También estarían amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones, aquellos datos asociados a la transmisión de comunicaciones de voz y de texto que tendrían la función de comprobarla y registrarla, como lo son: el registro de llamadas, el registro de su duración, el regis-

9 Es así como no hay expectativa de secreto en las transacciones de droga, acuerdos o negociaciones que realiza un traficante con un agente encubierto o revelador. Dichas conversaciones no podrían estar amparadas por el secreto de las comunicaciones, ya que el receptor de las mismas, forma parte de la esfera comunicativa.

10 Un interesante caso resuelto por el Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, 17 de Enero de 2008, RUC N°0700625742-3, RIT N°109-2008 estimó que esta clase de comunicaciones no constituían interceptaciones de comunicaciones telefónicas y por lo tanto no tenían amparo constitucional en nuestro ordenamiento jurídico:

“...no existió interceptación telefónica como él lo ha señalado, toda vez que ello conlleva la acción de interrumpir u obstruir una vía de comunicación, lo que no aconteció en la especie (...), los funcionarios policiales se limitaron a escuchar una conversación sostenida por un imputado con un tercero, al enfrentar una hipótesis de flagrancia....A mayor abundamiento, cabe hacerle presente a las defensas que la escucha telefónica en la forma que se efectuó no vulneró el artículo 19 N°5 de la carta fundamental, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, defensas que han querido llevar esta teoría al extremo de entender que la obligación de velar por las garantías del imputado, van más allá de afectar otros bienes jurídicos protegidos, otros derechos de rango constitucional, específicamente aquellos cuyo titular es toda la sociedad. Aún más cuando hay una norma específica en el artículo 25 de la Ley 20.000 que permite la actuación que le cupo en este juicio al cooperador eficaz”.

tro de su fecha, ubicación, etc. Estos datos están técnica e indisolublemente vinculados a la transmisión de voz y de texto, ya que dan cuenta de su existencia y por lo tanto son una realidad inescindible de la transmisión de voz, amparados por el mismo derecho.

2. Datos almacenados en el dispositivo telefónico: Esto es, información guardada en el teléfono a través de diversas aplicaciones y soportes tecnológicos incorporados al aparato celular, como por ejemplo fotografías, videos, grabaciones, agendas, etc. En estos casos el derecho afectado sería el derecho a la privacidad y específicamente el derecho a la intimidad.

El profesor español José María Desantes plantea que la intimidad: “...sería aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independiente a que lo sea; y, por lo tanto, exclusivamente suya, que tan sólo él puede revelar”¹¹.

Este derecho tiene las siguientes características:

- a) Es un derecho de contenido indeterminado ya que se radica en la esencia de la persona.
 - b) La intimidad, a diferencia del secreto de las comunicaciones, es un concepto de carácter material, mediante el cual el ordenamiento jurídico reconoce una esfera que cada individuo reserva para sí.
 - c) Sus límites son fijados por su propio titular.
 - d) Una de sus consecuencias¹² es la expectativa de reserva, esto es, la posibilidad razonable de guardar para sí, algo que no es conocido por nadie. Esto implica que si el titular del derecho en forma voluntaria hace circular sus datos privados en el tráfico informativo, como por ejemplo incorporando fotos íntimas a una red social, dicho material podría ser utilizado por el Ministerio Público sin necesidad de requerir autorización judicial, por no existir una razonable expectativa de reserva por parte de su titular.
- 2) Bienes jurídicos mediatos o indirectamente afectados por la interceptación: Son el conjunto de garantías que conforman el debido proceso.

11 DESANTES, José María. *El Derecho Fundamental a la Intimidad*. Revista Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, Universidad de Chile, 1992, p. 285.

12 A diferencia del secreto de las comunicaciones cuya esencia radica en la expectativa de secreto, la expectativa de reserva en cambio (que es propia de la intimidad), no es su elemento esencial, sino uno de sus efectos, ya que la intimidad forma parte del núcleo duro de la personalidad, a diferencia del secreto de las comunicaciones que es un derecho instrumental y funcional a otros derechos.

La técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas es una diligencia investigativa compleja, en el sentido que se desarrolla en varias etapas procesales, desde que se obtiene la respectiva autorización judicial, se ejecuta la medida, se incorpora al proceso y luego al juicio, donde es valorada.

Puede ser que durante la etapa inicial de la investigación se haya obtenido legalmente la autorización judicial cumpliendo a cabalidad todos los requisitos legales que justifican la medida de injerencia (entre ellos el juicio previo de proporcionalidad de la medida judicial), con lo cual no se vulnerarían los bienes jurídicos mediatos (secreto a las comunicaciones e intimidad) por existir una causal legal y evaluación judicial previa que legitima la afectación de tales derechos fundamentales. Sin embargo, en etapas procesales posteriores, como en la fase de incorporación o valoración del medio de prueba, pueden verse vulneradas garantías del debido proceso, como por ejemplo el caso que no se le permita a los intervinientes examinar el material probatorio, que no se entregue a la defensa copia de las grabaciones¹³, que no se le permita presentar prueba para desvirtuar el contenido de las escuchas, etc.

La importancia de tener claridad respecto de los bienes jurídicos afectados por la diligencia de interceptación telefónica, dice relación (entre otros) con los siguientes aspectos procesales:

- Con la individualización precisa y específica de la garantía supuestamente vulnerada al momento de solicitar exclusión de prueba o de recurrir de nulidad¹⁴.

13 Un interesante fallo dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, de 13 de mayo de 2009, Rol N°116-2009 claramente entiende esta hipótesis como vulneradora de la garantía del debido proceso, y no como un problema de ilegalidad de las escuchas propiamente tales, siendo indiferente si el material probatorio fue puesto a disposición de la defensa en dependencias de la Fiscalía o en el Tribunal, con tal que se deje constancia de tal hecho en la acusación y así lo haya constatado el Tribunal:

“QUINTO: (...) que el elemento de prueba de que se trata quedó a disposición del acusado, pero no en el tribunal sino en las dependencias del Ministerio Público, lo que no fue discutido, no importa una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, teniendo en consideración que la misma fue ofrecida como medio de prueba en la oportunidad legal correspondiente y que la omisión de ponerla físicamente a disposición en el tribunal, no constituye una omisión que esté castigada en algún precepto del Código mencionado con la sanción de exclusión de dicha prueba”.

SEXTO: (...) del escrito de acusación se desprende, (...) que el Fiscal entregó copia de todos los antecedentes acumulados durante la investigación para que en su Tribunal queden a disposición del acusado y de la defensa; y que el artículo 260 tantas veces citado (...) que el Tribunal tuvo por cumplida (...), que al proveer el mencionado segundo otrosí resolvió: A sus antecedentes, para los efectos del artículo 260 del Código Procesal Penal”.

14 El recurso de nulidad es un recurso de estricto derecho y de carácter excepcional que requiere ser fundado. Por lo tanto debe contener explícita y específicamente mencionada la garantía fundamental que aparece como vulnerada, la forma en que fue vulnerada y

- Para los efectos de determinar el grado de intensidad en la protección del derecho fundamental. Es así como la garantía del secreto de las comunicaciones telefónicas tiene una protección mayor que el derecho a la vida privada, ya que por la naturaleza misma de las comunicaciones telefónicas la injerencia va a afectar no solamente al imputado, sino también a cualquier persona que tome contacto telefónico con ella.
- Para los efectos de la valoración de los medios de prueba derivados de la prueba ilícita, ya que tratándose de infracción a la garantía del secreto a las comunicaciones o a la privacidad, debieran ser excluidas no solamente las escuchas, sino también las pruebas conectadas con la actuación anti-jurídica y que deriven de éstas. En cambio, tratándose de infracción a la garantía del debido proceso, debieran ser excluidas únicamente las escuchas telefónicas por no haberse incorporado conforme a las normas del debido proceso, pero no las pruebas que deriven de estas escuchas legalmente obtenidas.

V. Requisitos de la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas

1. Autorización Judicial Fundada: Es un Juez quien debe autorizar la interceptación, evaluando previamente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida a través de una resolución judicial fundada, ya que solamente así se podrán conocer y controlar los presupuestos necesarios para su adopción.

Este control judicial sobre las interceptaciones telefónicas se justifica en la medida que esta diligencia investigativa restringe o limita derechos fundamentales y además no es posible que al momento de su adopción el sujeto pasivo de la misma pueda ejercer el derecho a su impugnación. Es por ello que para hacer efectivo el control judicial sobre la diligencia, se requiere que en la resolución que la autoriza, se hagan constar la existencia de los indicios que justifiquen la injerencia, su necesidad e idoneidad.

Ahora bien, respecto a los grados de motivación, estimamos que no pueden tener el mismo nivel de exigencia una resolución judicial esencialmente temporal, revocable y revisable como es la que autoriza una interceptación telefónica, a diferencia de una resolución de carácter definitiva como lo es una sentencia condenatoria en materia penal. En el caso de la autorización judicial de interceptación de comunicaciones telefónicas, el grado de exigencia de motivación debiera ser menor, ya que de lo contrario la propia investigación no tendría ningún sentido por existir prueba suficiente para acreditar el hecho

el perjuicio que provocó. De lo contrario, de no ser autosuficiente el recurso, debiera ser rechazado por falta de fundamentación.

punible y la participación del imputado. La diligencia de interceptación telefónica, entonces, se transformaría en una diligencia superflua e innecesaria.

Relacionado con este tema, está el de los informes policiales que contienen los elementos fácticos y concretos a que se remite la resolución judicial que autoriza la interceptación telefónica. En este caso, siendo coherente con la característica de la desformalización de la etapa investigativa, en especial la fase preliminar de la investigación, no parece objetable la remisión de la autorización judicial que autoriza una medida intrusiva a los aspectos fácticos de un informe policial, siempre y cuando la resolución judicial contemple cada uno de los requisitos en particular y ellos se encuentren debidamente detallados y explicados en el informe policial.

2. La Proporcionalidad de la Medida: Si bien, es un requisito que no está expresamente establecido en la ley ni en la Constitución, es un principio inherente al estado de Derecho, y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio de proporcionalidad consiste en la ponderación por parte del juez que autoriza una medida intrusiva entre los intereses en conflicto, para discernir si la intromisión y consiguiente restricción del derecho fundamental en beneficio del interés público debe primar por sobre el interés del titular del derecho fundamental.

El principio de la proporcionalidad, se encuentra conformado por tres elementos¹⁵:

- La idoneidad: Exige que la interceptación telefónica sea apta, apropiada para lograr el fin perseguido.
- La necesidad: Exige que la medida sea imprescindible para conseguir el objetivo. En consecuencia, si hay otros medios menos gravosos para lograr el fin perseguido, debe decidirse por el menos restrictivo.
- La proporcionalidad en sentido estricto: Es la evaluación concreta que realiza el juez entre el grado real de la afectación del derecho y la gravedad del delito específico investigado.

3. Existencia de Fundadas Sospechas: Esto es, la existencia de indicios objetivos basados en hechos determinados, que justifiquen la interceptación telefónica.

15 CORDOVA CASTILLO, Luis. *El Principio de la proporcionalidad y habeas corpus*. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal, 2008, págs. 25-57 [en línea]. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2008_02.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014].

La relación entre el sujeto investigado y el delito no puede basarse en meras conjeturas, o en meras apreciaciones subjetivas de los funcionarios policiales, sino en hechos objetivos, esto es, indicios que puedan ser apreciados por terceras personas y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito.

La existencia de fundadas sospechas debe recaer en el afectado o sujeto pasivo de la interceptación, sujeto que es concebido en términos bastante amplios por el artículo 222 del C.P.P. como el que:

- Ha cometido o participado en la preparación o comisión.
- Actualmente prepara la comisión o participación.
- Sirve de intermediario.
- Facilita sus medios de comunicación al imputado o intermediario.

4. La Especialidad de la Medida: La interceptación de comunicaciones, por regla general, debe referirse a delitos y personas determinadas. Así se infiere del artículo 222 del C.P.P. cuando se refiere a ***“...una persona...un hecho punible que mereciere pena de crimen...”***.

Este requisito de la especialidad prohíbe la utilización de las interceptaciones telefónicas en investigaciones de carácter prospectivas (aquellas que tienen por objeto dilucidar sospechas), predelictivas (excepto los actos preparatorios especialmente sancionados) y sobre delitos genéricos.

Como excepción al principio de la especialidad, está el artículo 24 de la Ley 20.000 que no requiere la individualización completa y domicilio del afectado, sino meras circunstancias que lo determinen: ***“no registrará lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 222 del Código Procesal Penal, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren”***.

5. Subsidiariedad de la Medida: Es el principio de intervención mínima del Estado en materia de derechos fundamentales recogido en el artículo 222 del C.P.P.

Consiste en que la interceptación de comunicaciones, únicamente será utilizada cuando no exista otra medida investigativa menos gravosa para lograr el fin perseguido.

Este principio no operaría con toda amplitud en los delitos de tráfico de estupefacientes por cuanto la subsidiariedad de la medida aparece contemplada en la norma general del artículo 222 del C.P.P., dirigida a los delitos comunes, donde se emplea la expresión: ***“...cuando la investigación lo haga imprescindible”***. Sin embargo, posterior a la dictación de nuestro Código Procesal Penal,

fue aprobada la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, también llamada Convención de Palermo, en la cual se insta a los Estados a la utilización de ciertas técnicas para la investigación de los delitos de tráfico de drogas.

Es por ello, que al amparo de dicha Convención Internacional y con el objeto de cumplir los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile al suscribir dicha Convención, se dictaron una serie de leyes penales especiales que además de tipificar nuevos delitos, contemplaron especialmente el uso de la técnica de interceptación de comunicaciones como en el caso de la Ley 20.000 que en su artículo 24 pondera los intereses en conflicto autorizando la aplicación de esta técnica *“...respecto de todos los delitos contemplados en esta ley, cualquiera que sea la pena que merecieren...”*.

6. Límite Temporal: El plazo legal es de 60 días prorrogables.

7. Registro: Se realiza mediante la grabación magnetofónica u otros medios análogos que aseguren fidelidad.

No es una obligación legal la transcripción de las escuchas, por mandato legal es una facultad del Fiscal del Ministerio Público, tal como lo señala la norma del artículo 223 inciso segundo del C.P.P. sobre el registro de la interceptación: *“Cuando lo estimare conveniente, el ministerio público, podrá disponer la transcripción escrita de la grabación, por un funcionario que actuará en tal caso, como ministro de fe acerca de la fidelidad de aquella”*.

En las transcripciones de las escuchas es donde se puede ejercer un control directo sobre la forma en que se está ejecutando la medida. Por la naturaleza misma de la operatividad de la interceptación de comunicaciones, al estar tecnificada no puede discriminar sobre la calidad de los interlocutores y el contenido mismo de la conversación, por lo tanto, para hacer efectivas ciertas prohibiciones de prueba, como la del artículo 222 inciso 3 del C.P.P. sobre las comunicaciones entre imputado y su abogado, perfectamente se podrá imputar la transcripción misma como reflejo de una actuación ilegal¹⁶.

16 Un fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en un recurso de queja por sobreseimiento en una causa en una investigación por delito contemplado en el artículo 161-A del Código Penal, declara la ilegalidad de la transcripción hecha por un funcionario policial de las conversaciones entre un imputado y un abogado defensor.

La Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de, 2011, Rol N°237-11, decretó el sobreseimiento de la causa bajo los siguientes argumentos:

“SEGUNDO: Considera esta Corte que, como sostiene el Ministerio Público, la transcripción de la conversación de un abogado defensor con su cliente imputado en una causa criminal y su posterior agregación a un Informe Policial no corresponde al concepto de “difusión” contemplado en el antedicho tipo penal, por lo cual, en la especie, no ha existido una intromisión real ni indebida en la intimidad de la relación abogado-cliente....La sola

8. Notificación: Es un requisito relativo ya que va a depender de cada caso en particular. Es así como el artículo 222 del C.P.P. señala que la notificación se hará *“en cuanto el objeto de la investigación lo permita”*.

VI. Conclusiones

La criminalidad organizada opera en la práctica como una verdadera empresa criminal que se reinventa y evoluciona en forma permanente.

Para enfrentarla en forma adecuada, los organismos de persecución penal deben contar con instrumentos jurídicos y técnicas investigativas que garanti-

agregación al Informe Policial no ha obedecido a un acto unilateralmente decidido, querido y buscado por el agente con una finalidad determinada, que no haya sido el haber cumplido con sus deberes como funcionario investigador, en cumplimiento de una instrucción emanada de la autoridad judicial a cargo de la investigación, por lo que la conducta reprochada en estos antecedentes no ha tenido la voluntad subjetiva de vulnerar ningún bien jurídico, derecho o garantía protegidos por la ley, sino contribuir, como tal funcionario, en el contexto de una investigación”.

“TERCERO: Que en consecuencia, no cabe sino concluir que, en la especie, concurre plenamente la causal de sobreseimiento contemplada en el artículo 250 letra a del Código Procesal Penal, en cuanto ordena que el Juez de Garantía decretará el sobreseimiento definitivo “cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito”.

En contra de esta sentencia, el recurrente interpuso un recurso de queja ante la Excm. Corte Suprema, resolución de 19 de octubre de 2011, Rol N°2663-11:

“CUARTO: Que el tipo penal contenido en el artículo 161 A del Código Punitivo (...) El inciso final del precepto excluye de la punibilidad a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas. Pero en este caso, (...) no se le ordenó ni autorizó interceptar la comunicación del imputado con su abogado, sino del imputado con otras personas. La conversación que, como fruto de la interceptación efectuada, obtuvo, grabó y transcribió el agente policial y entregó en su informe al fiscal, sostenida entre el querellante en su calidad de abogado y el imputado, no estaba cubierta por el mandato legal, de modo que actuó fuera de la ley.

QUINTO: Que, del mismo modo, cuando los jueces han aducido la inexistencia de voluntariedad en el actuar del inculpaado, porque aquél habría procedido en el cumplimiento de una instrucción, vuelven a caer en el mismo yerro antes anotado. El policía conoce sus obligaciones legales y debe conducirse de acuerdo a las órdenes y facultades que le son conferidas por la autoridad que dispone de ellas, de modo que el cumplimiento de la orden no es un argumento válido para descartar sin más, su voluntad. Otro asunto es el proceder del fiscal, que no fue indagado en la causa.

SEXTO: Que del modo que se ha expuesto, las razones esgrimidas por los jueces del fondo para concluir que no se estaba frente a un hecho constitutivo de delito, no son atendibles y ello tiene como necesario corolario que la resolución impugnada, tanto como aquella que se confirmó por esta última, carecen de fundamentos jurídicamente sustentables y ajustados al mérito de los antecedentes, razón suficiente para entender que se ha incurrido en falta o abuso grave y procede, por consiguiente, acoger el recurso instaurado”.

cen un mínimo de eficacia para conocer en profundidad el programa criminal de las organizaciones ilícitas.

Entre los instrumentos de política criminal destacan las presunciones, las normas de anticipación de punibilidad, la tipificación de nuevos delitos corporativos (como por ejemplo la responsabilidad penal de las personas jurídicas), agravantes especiales, la normativización de algunas figuras dolosas, normas de atribución de responsabilidad, etc.

Entre las técnicas investigativas, destaca la de la interceptación de comunicaciones telefónicas, que va a permitir conocer en tiempo real el acontecer delictivo y eventualmente acceder a algunas de las esferas de poder.

La utilización de esta técnica investigativa pone en conflicto garantías fundamentales (secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad) con el interés público en la investigación de la criminalidad organizada.

El derecho al secreto de las comunicaciones no es lo mismo que el derecho a la intimidad. El primero es un derecho formal que protege un proceso comunicativo de terceros extraños y el otro material. Su ámbito de aplicación no siempre coincide, puede que algo sea secreto pero no necesariamente íntimo.

La técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas es una técnica compleja que se desarrolla en varias etapas, desde la autorización judicial hasta su incorporación y valoración en un juicio. Se caracteriza por tener un control judicial permanente, previo a la autorización misma en que se ponderan los intereses en conflicto y se evalúan los requisitos de procedencia, durante el desarrollo mismo de la diligencia mediante plazos máximos legales y prórrogas bajo control jurisdiccional y mediante rigurosos sistemas de incorporación y valoración de la prueba en el juicio.

Los vertiginosos avances en materia tecnológica, han ampliado las funcionalidades y aplicaciones de los aparatos de telefonía celular, que son aprovechados por las organizaciones criminales para realizar a distancia sus conexiones comerciales y burlar la acción policial. Para evitar ser identificados, hacen constates cambios de aparatos celulares, utilizan teléfonos de prepago o con tarjetas robadas, hablan en clave, eliminan rápidamente los aparatos telefónicos, mediatizan su actividad ilícita a través de terceras personas, y en general utilizan una serie de ingeniosas maniobras para no dejar rastros de su actividad delictiva.

Esta realidad obliga a los organismos de persecución penal a estar a la vanguardia en materia de conocimientos y uso de nuevas tecnologías para contrarrestar los avances de la gran criminalidad, generar información desde adentro de las organizaciones, conocer sus perfiles delictivos, patrones conductuales, sellos o firmas organizacionales, etc.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

Lorena Rebolledo Latorre¹

I. Aspectos generales

Previo a la publicación de la Ley N°20.074, que modificó diversas normas del Código Penal y Código Procesal Penal, [respecto a este último citaremos la incorporación de un nuevo inciso final al artículo 315 del Código Procesal Penal², facultando la incorporación al juicio oral de la pericia relativa a la determinación de drogas estupefacientes o sicotrópicas, a través de la sola presentación del informe], los peritos, a cargo de efectuar el análisis de las drogas, comparecían a declarar, exponiendo el contenido del informe por ellos elaborado, refiriendo la presencia, o no, de la droga objeto del análisis, y los efectos tóxicos que ésta genera en el organismo humano. Y tanto, en el informe mismo como en las declaraciones por ellos vertidas en juicio, explicaban los alcances de la pureza o cantidad de sustancia ilícita presente en una muestra de droga. Así, expresaban que cualquier concentración o pureza de la droga, es peligrosa y dañina para la salud.

Los delitos contenidos en la Ley N°20.000 nos demuestran, en cada oportunidad que se presenta, ser de una arquitectura compleja, en la que no es posible determinar una única conducta descrita, como queda de manifiesto en los tipos penales de tráfico del artículo 3° y de tráfico de pequeñas cantidades de droga del artículo 4°, como tampoco es posible establecer un único momento comisivo, patente por las distintas hipótesis que prevé cada una de las normas citadas, así como por la expresa anticipación del castigo prevista en los artículos 17 y 18 de la mentada ley. Como podemos apreciar, además, tampoco es posible a estas alturas sostener que los tipos penales previstos en la Ley N°20.000 respondan a la protección de un único bien jurídico.

- 1 Abogada, Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Chile, Ley N°20.074, modifica los Códigos Procesal Penal y Penal. Diario Oficial del 14 de noviembre de 2005. Artículo 1°, N°34: Introdúcese, en el artículo 315, el siguiente inciso final: “No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe”.

Supuesta la necesidad, como toda norma penal, de tributar al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como a la significancia o lesividad implícita en el castigo de aquellas conductas que efectivamente importen una manifestación de la antijuridicidad en su sentido material, podemos al menos enunciar, que los delitos previstos en la Ley N°20.000, y particularmente en los artículos 1°, 3° y 4°, presentan una *naturaleza pluriofensiva*. No obstante, este es un tema que trataremos a futuro, por exceder los propósitos del presente artículo; en razón de ello, sólo lo enunciaremos, dada la importancia que nos parece, tiene esta reseña.

Ahora bien, la intención de este artículo es dar cuenta de aquellas situaciones en que la puesta en peligro del bien jurídico protegido, en los delitos de tráfico ilícito de drogas, corresponde preferentemente a la salud pública o colectiva, y lo que nos proponemos demostrar es que esta afectación a la salud, existe con cualquier porcentaje de pureza o concentración presente en la sustancia, y que ello es suficiente para desencadenar potencialmente daños considerables a la salud. Es este «bien tutelado penalmente por el Estado» que nos merece especial detención y análisis, entendiéndose que la Ley de Drogas, al referirse a la salud en sus diferentes disposiciones, lo hace principalmente en referencia a la salud pública, colectiva o de la comunidad.

II. El bien jurídico protegido

El objeto jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas importa la puesta en peligro del mismo, vale decir no exige un resultado lesivo concreto. En esta categoría de delitos encontramos a la *salud pública*. En contraposición de la salud individual o personal como es el caso del delito de suministro de hidrocarburos a menores, del artículo 5° de la Ley N°20.000³.

Hasta ahora, esta afirmación ha generado bastante consenso tanto en la doctrina nacional como en la extranjera.

Politoff, Matus y Ramírez expresan que “la propia Ley N°20.000 señala en sus arts. 1°, 43 y 65 que estos delitos afectan al bien jurídico salud pública, en la medida que las sustancias objeto material de los mismos lo hacen, y también a esta clase de delitos deben entenderse referidas las conductas punibles, a afecto de la aplicación extraterritorial de la ley chilena”^{4 5}.

3 Véase la primera sentencia dictada en reforma procesal penal por suministro de hidrocarburos a menores, Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 10 de mayo de 2002, RUC N°0100014466-1, RIT N°015-2002.

4 La Ley de Drogas se complementa mediante un Reglamento: Decreto Supremo N°867, que contempla listas taxativas de sustancias estupefacientes o sicotrópicas cuyo tráfico se prohíbe.

5 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 573.

A su turno, García Ramírez expresa: “El Bien Jurídico Tutelado, es la salud pública, ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todos las necesitan y las aprovechan, o porque un determinado número de ellos puede necesitarlas o aprovecharlas”⁶.

Rey Huidobro, haciendo un análisis respecto a si la protección a la salud colectiva significa al mismo tiempo la de la salud individual de los posibles consumidores de drogas, sostiene: “que el término salud pública es un vocablo que indica la salud de los individuos que componen la sociedad, no es menos cierto que no da la idea de una salud genérica y sin portadores, sino que ha de considerarse la suma de cada una de los pertenecientes a una colectividad de ciudadanos, por eso es por lo que pienso que la defensa de la salud colectiva lleva consigo la individual de cada persona en particular. No se puede pretender que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual, ya que ello implicaría pensar que la comunidad social posee una salud distinta que aquella de los individuos que la componen, en cuyo caso, podría ser dañada sin que la de aquellos se resintiera. Por el contrario, en estos casos la colectividad se yuxtapone a la persona, y frente al individuo concreto que es lesionado o matado, aparece en conjunto como sujeto pasivo de una conducta delictiva”⁷.

Ahora bien, si damos revista a los tipos penales que contempla la Ley N°20.000, podemos señalar que el bien jurídico protegido es de carácter pluriofensivo, es decir, aquellos en los que el legislador toma en consideración variados intereses y establece su tutela por la norma penal, afectándose por consiguiente, en mayor medida bienes jurídicos distintos a la salud pública, como es la situación de la *asociación ilícita*, descrita y sancionada en el artículo 16 de la Ley de Drogas, por cuanto el objeto de protección es el orden público y la salud; el delito de *omisión de denuncia de funcionario público* del artículo 13 de la Ley N°20.000 y la *violación de secreto* del artículo 38 del mismo cuerpo legal, que afectan la correcta administración de justicia.

De esta forma, en la legislación antidrogas encontramos dentro de sus figuras penales una primacía de la salud pública como objeto de protección, sin embargo, se protegen además otros bienes jurídicos tales como la salud individual, el orden público, la correcta administración de justicia, etc.

6 GARCÍA RAMÍREZ, Efraín Lic. *Drogas. Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud*. 4ª ed., México D.F., Editorial Sista S.A. de C.V., 1989, p. 241.

7 REY HUIDOBRO, Luis F. *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. 1ª ed., Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1987, p. 130.

Finalmente, podemos agregar que el Código Penal contiene una serie de delitos cuyo bien jurídico es la salud pública, entre los artículos 313 letra a) a 318. Por citar algunos ejemplos, delitos relativos al ejercicio ilegal de las profesiones médicas, art. 313 letras a, b y c; el expendio de sustancias nocivas, arts. 313 letra d) y 314 y la diseminación de gérmenes patógenos, art. 316.

III. Concepto de salud pública como objeto jurídico tutelado

En este acápite, nos parece acertado citar a Ganzenmüller, Frigola y Escudero. Sobre la definición de salud pública señalan que: “Aun no existiendo un concepto penal de «salud pública», son muchas y variadas las definiciones dadas, y puede desprenderse de todas ellas que la salud pública que protege el derecho penal no consiste únicamente en la salud física de los ciudadanos que componen la colectividad, sino que abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida ésta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e interdependiente”⁸.

A su turno, Politoff y Matus refieren qué debe entenderse por salud pública: “...la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas y la libertad de los individuos afectados, de resultas de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción”⁹.

Dando revista a los conceptos entregados en estos párrafos, podemos concluir que la salud pública contendría al menos, los siguientes elementos:

1. **La salud, en todas sus dimensiones**, tanto física como síquica.
2. **Involucra a la sociedad**; importa la salud de los miembros indeterminados de una colectividad.
3. **Requiere la intervención del Estado “ius puniendi”**. Es decir, serán tipificadas aquellas conductas que suponen un riesgo de lesión al objeto jurídico tutelado.

8 GANZENMÜLLER, Carlos; FRIGOLA, Joaquín y ESCUDERO, José Francisco. *Delitos contra la Salud Pública (II): Drogas, Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes*. 1ª ed., Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1997, págs. 68 y 69.

9 POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1988, p. 14.

IV. Tráfico de drogas. Delito de peligro abstracto

Por la intensidad de la agresión al bien jurídico protegido, se distinguen los delitos de lesión y los de peligro, y estos últimos, pueden ser de *peligro concreto* o de *peligro abstracto*.

Delito de lesión es aquel que para su consumación exige que objetivamente se produzca el menoscabo del bien jurídico. Un ejemplo de esta clase de delitos son las defraudaciones y estafas sancionadas en los artículos 467 y siguientes del Código Penal, donde el hecho, para que se consume, tiene que provocar una pérdida o disminución del patrimonio del tercero afectado.

En cambio, el *delito de peligro* es aquel que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión¹⁰.

Se advierte en general que los delitos contra la salud pública son delitos de peligro y no de lesión, es decir, no requieren para su consumación que se verifique una lesión efectiva al bien jurídico protegido, pues basta con que el bien jurídico protegido haya sido puesto en peligro¹¹.

Romeral Moraleda y García Blázquez afirman que: “la naturaleza de este delito [tráfico de drogas], que es de *riesgo en general o de peligro común*, parte de la posibilidad de que se produzca un daño a valores o bienes que afectan a la sociedad y comunidad en su conjunto, y que el legislador trata de proteger, anticipándose al resultado lesivo del bien jurídico protegido, en este caso, la salud pública. Dentro de los delitos de peligro común, el de tráfico de drogas se sitúa entre los de *peligro abstracto*, pues basta la realización de cualquiera de las conductas previstas en el tipo, *la mera actividad*, para que se considere delictiva, sin necesidad de acreditar, en el caso concreto, que ha existido un peligro para la salud”¹².

En la práctica podríamos pensar que el riesgo precisamente podría llegar por ejemplo a la salud de niños, enfermos, mujeres embarazadas u otras personas con menos resistencia a la toxicidad de las drogas.

10 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, p. 253.

11 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Memoria: *Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis Crítico de Dogmática y Política Criminal*. Santiago de Chile, 1992, p. 125.

12 ROMERAL MORALEDA, Antonio y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos penales y médico-forenses*. Granada, España, Editorial Comares, 1993, p. 3.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido esta misma naturaleza de peligro abstracto para los delitos de tráfico de drogas. Así, la *Ultma. Corte de Apelaciones de Concepción* ha señalado que:

“se trata de uno [tráfico de drogas] de peligro abstracto –también llamado de peligro presunto–, es decir, de un tipo donde el legislador supone que ciertas conductas, de acuerdo a la experiencia general, entrañan siempre y en todo caso una peligrosidad general para algún bien jurídico tutelado, lo cual basta para su punibilidad; se reprime la acción típicamente peligrosa sin exigir que en el supuesto concreto se cree una real o efectiva situación de riesgo al interés protegido, como resultado de la acción. El peligro no pertenece al tipo y es bastante para su penalización la probabilidad de la producción de las consecuencias dañinas (“Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía”; José Enrique Valencia M. citando a Hans - Heinrich Jeschek en traducción de los profesores Mir Puig y Muñoz Conde, página 594; primera edición; 2005; Legis Editores S.A.)¹³”.

Y en oposición a los delitos de peligro abstracto encontramos a los de *peligro concreto*, en que la conducta debe realmente haber creado un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido, como es el caso del delito descrito en el artículo 475 del Código Penal, que sanciona el incendio provocado en lugares donde hay personas, pues las mismas deben haber sido puestas en real peligro¹⁴.

V. Pureza de la droga

El delito de tráfico de drogas afecta la salud pública, siempre que las sustancias estupefacientes o sicotrópicas –objeto material– puedan afectarla y estén controladas. En este punto confluye otro aspecto, cual es el de la pureza o concentración de droga controlada presente en la sustancia incautada. Entonces, formulamos la siguiente interrogante:

¿La determinación de la pureza es una exigencia para la acreditación del tipo penal?

Mediante una simple interpretación sistemática de las normas de la Ley N°20.000 y, teniendo presente conocimientos científicos y la propia jurisprudencia dictada por nuestros tribunales de justicia, podemos responder a esta pregunta de la siguiente forma:

13 Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de octubre de 2011, Rol N°438-2011, considerando 6°. Sentencia recaída en recurso de nulidad acogido, interpuesto por la Fiscalía Local de Concepción.

14 GARRIDO, ob. cit., p. 253.

1. El delito de tráfico de drogas del artículo 3° o la figura privilegiada del artículo 4° de la Ley de Drogas, **no contempla dentro de sus elementos, la determinación de la pureza o concentración de la droga**¹⁵. El objeto material está descrito como: art 1° Ley N°20.000 "...sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud...". A su turno, el art. 1° del Reglamento de la Ley de Drogas N°867, cataloga a estas sustancias, sin mencionar que deba tratarse de una droga con determinada pureza.
2. Por el solo hecho de estar en **presencia de una sustancia contenida en el Reglamento N°867**, y que esta naturaleza de sustancia prohibida haya sido determinada por medio idóneo, como lo es por ejemplo, un informe de drogas de una institución pública que realiza dichos peritajes, aun cuando no se indique la concentración de la misma, basta para poder remitirnos a los elementos del tipo penal de tráfico. La aptitud para producir graves efectos tóxicos está en la cualidad o naturaleza de la droga y no en su aspecto cuantitativo.
3. Es menester dejar en claro que la información sobre el grado de concentración de la droga, en la actualidad constituye sólo una **obligación de tipo administrativa para el servicio de salud** que debe realizar la pericia respectiva, según lo dispone el artículo 43 de la Ley N°20.000. Esto, a diferencia de lo que prescribía la antecesora Ley de Drogas, N°19.366, que en su artículo 26 otorgaba el valor de prueba pericial al protocolo de análisis de la droga, según el sistema de apreciación de la prueba imperante de la época, de "prueba legal tasada"¹⁶. Nuestro sistema actual de valoración

15 Otro tanto ocurre con las discusiones relativas al "**estado**" en que se presenta la cocaína. Aplicaremos este mismo razonamiento, pues si observamos la descripción legal tanto del tráfico (Art. 3°) como del llamado microtráfico (Art. 4°), no advertimos ninguna referencia a los estados de las drogas, "**de base o clorhidrato**". Lo mismo sucede con la norma reglamentaria: Decreto N°867, que contempla el objeto material pormenorizado del delito de tráfico (Art. 1° y Art. 2°); *la cocaína está listada, sin denominación alguna*.

16 Chile, Ley N°19.366, sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial del 16 de febrero de 2005. "Artículo 26, inciso 5°: "El Servicio aludido deberá emitir, en el más breve plazo, un protocolo de análisis en el que se identificará el producto y sus características, se señalará su peso o cantidad aproximados y se indicará, además, la peligrosidad que revista para la salud pública. Dicho protocolo de análisis tendrá el valor probatorio señalado en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que el tribunal decreta nuevos análisis de la misma".

La Ley N°19.806, de fecha 31 de mayo de 2002 introdujo adecuaciones a nuestro sistema legal, a propósito de la reforma procesal penal, y una de ellas afectó al protocolo de análisis de la droga, **eliminándose expresamente su valor probatorio**. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p. 51-52. Boletín N°2.217-07, Cámara de Diputados [en línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pley/>

de la prueba corresponde a la “sana crítica”, por lo tanto, entendemos que la exigencia probatoria en torno a la acreditación del objeto material en aquellas investigaciones por tráfico de drogas, a través del protocolo de análisis de los servicios de salud, es un error. El Ministerio Público bien podría pedir el peritaje de análisis de la droga a otras instituciones, a las cuales no podría exigírseles las menciones del artículo 43.

4. Observamos además que la mención ***“pureza” de la droga se encuentra contenida en el inciso final del artículo 4° de la Ley N°20.000, sólo en relación a la causal de justificación:*** consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, vale decir, útil como un elemento más en la determinación acerca de si se está ante un consumidor o un traficante.
5. A mayor abundamiento, cabe señalar que los peritos al comparecer en juicio han declarado en reiteradas oportunidades que, ***cualquier porcentaje de pureza de la droga es igualmente peligrosa y dañina para la salud.*** Asimismo, los “Informes de Peligrosidad para la Salud Pública” describen los efectos de la cocaína en este mismo sentido.

A modo ilustrativo citaremos la sentencia condenatoria por tráfico de drogas del ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó***, de fecha 12 de febrero de 2010, que en su considerando séptimo refiere:

“... Todo lo anterior, unido a la prueba aportada en la audiencia, no hace más que llevarnos a concluir, –al menos más allá de toda duda razonable– que los elementos y circunstancias que rodearon el actuar del acusado, apuntan al delito del artículo 3 de la ley 20.000. Cabe agregar que la química farmacéutica fue clara en señalar que el porcentaje, habitual o normal de concentración o pureza de pasta base que ella ve en los protocolos que pasan por sus manos, fluctúa entre un 20 % a un 10 % y hasta un 5 %. Por su parte dos Informes sobre la acción de la cannabis sativa y de la cocaína en el organismo, incorporados por la fiscalía como prueba documental número tres de la misma, son claros en señalar que ***cualquiera concentración o pureza de la droga es igualmente dañina para la salud pública*** [negrilla y cursiva agregada por la autora] y que el uso de la cannabis acarrea grave daño a la salud pública. Suficiente”¹⁷.

En este mismo sentido, podemos citar el fallo condenatorio por tráfico de drogas, del ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo***, de fecha 13

pley_detalle.aspx?prmID=403&prmBL=2217-07 [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014].

17 Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 12 de febrero de 2010, RUC N°0810008698-1, RIT N°93-2010, considerando 7°.

de enero de 2012. En el considerando décimo, sobre la valoración de la prueba respecto del hecho punible señala:

“...para acreditar su peligrosidad y que la droga incautada no contaba con autorización para su tráfico, se tiene informe de efectos y peligrosidad de la cocaína clorhidrato, emitido por el ISP, que reseña que puede provocar trombosis, derrame cerebral, complicaciones cardiovasculares y paranoia transitoria. No existe persona natural o jurídica en Chile que esté autorizada para portar, distribuir, consumir o vender cocaína y las importaciones son autorizadas por el ISP con fines estrictamente analíticos y excepcionalmente científicos...”¹⁸.

Finalmente, mostraremos algunas sentencias de tribunales superiores, relativos a la pureza de la cocaína:

El primero, de la ***Itma. Corte de Apelaciones de Santiago***, Rol N°3244-13, de fecha 30 de diciembre de 2013, que rechazó un recurso de nulidad deducido por la defensa por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por infracción al artículo 1° del Código Penal, porque se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material para ser sancionada penalmente, por la ausencia de determinación de la pureza de la cocaína lo que impidió establecer si ésta tenía o no la idoneidad como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, vale decir, a juicio de la defensa, no se pudo acreditar la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Así, esta Corte en el considerando cuarto refiere:

“...No altera lo concluido precedentemente las alegaciones de la defensa en relación a exigencias que el artículo 43 de la Ley N°20.000 hace respecto del contenido del protocolo del análisis químico de la sustancia incautada que debe emitir el servicio de Salud, atingente en la especie, el grado de pureza de esta sustancia, toda vez que este no es un elemento del tipo penal definido en los artículos 1 y 4 de la misma Ley, sino más bien es un antecedente que permite discernir si, en circunstancias de posesión, transporte, guarda o porte, se está o no frente a un delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas o ante una situación de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, que puede operar como causal de justificación o ser sancionada como una falta del artículo 50 de la Ley N°20.000...”.

18 Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 13 de enero de 2012, RUC N°1101348718-0, RIT N°07-2013, considerando 10°.

El segundo fallo que citaremos, corresponde a la *Ultma. Corte de Apelaciones de Valparaíso*, Rol N°1690-2013, de fecha 8 de enero de 2014. En este caso, el recurrente fue la fiscalía. Se plantea la causal de nulidad del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 297 del mismo cuerpo legal. En subsidio, se invoca la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Respecto a la primera causal, ésta se funda en haber concluido el tribunal que las sustancias que poseía el acusado no eran de aquellas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

En relación a la causal subsidiaria, cabe señalar que la infracción estaría referida a los artículos 1°, 4°, 43 y 63 de la Ley de Drogas, por la absolución del imputado, pues el tribunal estimó no acreditado el hecho punible por la falta de determinación de la pureza de la droga incautada. Sin embargo, según los hechos establecidos por el tribunal, se encontraban contenidos todos los elementos del tipo penal de tráfico del artículo 4° de la Ley 20.000.

De esta manera, la Corte acogió el recurso de nulidad fundado en la causal subsidiaria antes descrita, reseñando en el considerando noveno lo siguiente:

“...Del tenor de ambas disposiciones [artículos 4° y 1° de la Ley N°20.000] se desprende claramente que lo que determina si se está en presencia de una droga de aquellas capaces de provocar graves daños a la salud, es la presencia de cocaína, sin que la ley exija algún grado de pureza de la misma para determinar la existencia de daño que ésta provoca, lo que aparece corroborado en el informe tipo que remite el Servicio de Salud sobre la acción de la cocaína en el organismo, al señalar que cualquier pureza de la misma produce daño a la salud, lo que refuerza que basta la sola presencia del principio activo de la cocaína, para que se dé el tipo penal que la ley sanciona”.

Y agrega en el considerando décimo:

“Que la infracción de derecho se produce al pretender los sentenciadores evaluar si una sustancia que ha sido establecida como droga por expertos y como un hecho de la causa por ellos mismos, provoca o no daños a la salud, entendiendo que así lo exige el artículo 43 de la Ley 20.000, ello de acuerdo al grado de pureza que tenga la misma, en circunstancias que el artículo 1° del Reglamento mencionado enumera con precisión cuáles las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sancionadas en el tipo penal que nos ocupa, sin que corresponda al sentenciador calificar esta circunstancia exigiendo un elemento no contemplado en el mismo, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo,

toda vez que al efectuar una errada calificación de los hechos que tuvo por establecidos en el motivo noveno del fallo, ha aplicado erróneamente el derecho...”.

La tercera y última sentencia que mencionaremos corresponde a la **Excma. Corte Suprema**, Rol N°7470-14, de fecha 26 de mayo de 2014¹⁹. La defensa interpuso un recurso de nulidad, por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, de forma principal, y por la letra b) del mismo precepto legal, de manera subsidiaria.

Ambas causales de nulidad fueron rechazadas. Sobre la causal subsidiaria invocada, fundada en la errónea aplicación del artículo 1° del Código Penal, al considerar el tribunal oral como delito una conducta carente de antijuridicidad material, por cuanto el análisis de la droga incorporado no indica su pureza, no acreditándose de esta forma el objeto material del delito, la Corte Suprema la desestimó señalando:

1. Tratándose de cocaína base –droga capaz de producir daños considerables a la salud– el bien jurídico protegido no es otro que la salud pública.
2. El hecho establecido, tráfico de pequeñas cantidades de droga –artículo 4° 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 síquica, 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.
3. La pureza de la droga no es una exigencia del tipo penal.
4. La cocaína se encuentra contenida en el artículo 1° del Reglamento de la Ley N°20.000, entre aquellas sustancias estupefacientes o sicotrópicas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.
5. El protocolo de análisis contemplado en el artículo 43 de la Ley N°20.000 en nada altera lo resuelto, por cuanto los elementos que en éste se contienen, entre ellos la concentración o pureza de la droga le permiten al juez tener un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, constituyendo en todo caso una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley de Drogas en su inciso final al incorporarlo como un elemento de juicio más.

19 En el mismo sentido: Corte Suprema, 27 de mayo de 2014, Rol N°7785-14.

En conclusión, la afectación a la salud pública tiene correspondencia con las sustancias descritas en la Ley N°20.000 y listadas en el Reglamento de la misma, con prescindencia de la cantidad de droga presente en una incautación, aun cuando se trate de una droga de muy baja pureza, pues este elemento además de no formar parte del tipo penal²⁰, ha sido desestimado por los profesionales expertos que realizan los peritajes de droga, en el sentido que han vertido conocimientos científicos, en orden a refrendar que cualquier porcentaje de pureza, en todo caso, puede acarrear daños en el organismo humano.

VI. Trazas

No podemos dejar de mencionar dentro del análisis de la salud pública, el concepto y criterios jurisprudenciales respecto a las “trazas de una droga”.

El Instituto de Salud Pública de Chile ha descrito a las trazas como la “cantidad o concentración de analito que puede ser detectada pero no cuantificada con un cierto nivel de confianza, es decir, corresponde aquella concentración que está por sobre el límite de detección pero bajo el límite de cuantificación”²¹.

En otras palabras, se trata aquí de una presunta droga que al efectuarse el análisis, por su baja cantidad sólo es posible confirmar su naturaleza o cualidad, no así su grado de pureza o cuantificación.

Entonces, la pregunta que corresponde efectuar en este punto es: ¿podría cuestionarse la potencial puesta en peligro de la salud, si el objeto material o sustancias bajo control se presentan como “trazas”?

A la luz de los comentarios ya vistos a propósito de la pureza de la droga, la respuesta pareciera ser bastante incuestionable y lógica. Se ha concluido que la no determinación de la valoración de la droga, no forma parte del tipo penal, aun cuando las Defensas busquen por esta vía, alegar la atipicidad de la conducta.

Para ejemplificar aún más este tema, citaremos algunas sentencias:

20 En este sentido: Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 31 de julio de 2012, RUC N°1100901392-1, RIT N°347-2012, considerando 13°, refiere: “...para efecto de configurar el ilícito en cuestión la pureza de la droga incautada es irrelevante, por cuanto este parámetro no se encuentra incluido en el tipo penal, de manera que el mayor o menor daño que se causare a la salud no dice relación con la tipicidad, ya que no obstante la calidad o pureza de la sustancia ilícita, igualmente es idónea para producir un daño o poner en peligro el bien jurídico salud de la población, sin importar su magnitud”.

21 Instituto de Salud Pública de Chile, Ministerio de Salud. *Guía de Pericias Químicas en el Marco de la Ley N°20.000*. 2011. p. 29. En este mismo documento, el ISP define el término “Analito”: Sustancia contenida en la muestra sometida a análisis. p. 28.

La primera, del *Tribunal de Garantía de Litueche*, condenatoria en procedimiento abreviado, por tráfico del artículo 4° de Ley N°20.000, de fecha 7 de noviembre de 2008, trata un caso de porte de 150 gramos de clorhidrato de cocaína. El Instituto de Salud Pública informó, mediante la emisión del respectivo peritaje, que la muestra analizada contenía “trazas”, señalando que existía certeza de la presencia de cocaína, no pudiéndose determinar con el mismo grado de confiabilidad utilizado para la determinación de la naturaleza de la droga, el porcentaje de cocaína hallado.

El tribunal, en el considerando décimo argumentó:

“Por otro lado, el hecho de que las sustancias incautadas eran de las contempladas en el artículo 1 de la Ley 20.000 y su reglamento, si bien fue cuestionada por la defensa respecto en su cantidad, no lo fue en cuanto a su correspondencia con la incautada, adquiriéndose la certeza de su contenido con el mérito de los documentos incorporados por el Ministerio Público, que por lo demás emanan de profesionales calificados de la especialidad, fundándolos en análisis científicos, efectuados en una Institución Pública, previas pruebas de rigor, circunstancias que producen convencimiento que dicha sustancia era contenedora de clorhidrato de cocaína y que en la muestra analizada –mucho menor que la incautada, según se desprende del mismo informe– fue incuantificable la determinación de su cantidad, al contener “trazas”, lo que en último término no le quita la certeza de presencia de clorhidrato de cocaína”²².

La segunda, del *Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago*, absoluta/condenatoria, por tráfico de drogas, de fecha 31 de enero de 2009²³. En este caso, funcionarios policiales sorprendieron al acusado en su domicilio transfiriendo clorhidrato de cocaína, constatando al ingresar al inmueble que mantenía esta droga y que arrojó un peso bruto de 410,3 gramos.

Para la acreditación del objeto material se rindió prueba pericial consistente en la incorporación de los protocolos de análisis de la droga incautada y la deposición del perito analista. Esta última, refiere en forma categórica sobre los efectos dañinos de la sustancia analizada, no obstante estar en presencia de trazas de cocaína:

“Concluye que las tres muestras tenían cocaína en forma de clorhidrato, su compuesto principal era carbonato y el puntaje [sic] de pureza bajo

22 Tribunal de Garantía de Litueche, 7 de noviembre de 2008, RUC N°0800170021-K, RIT N°61-2008, considerando 10°.

23 Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 31 de enero de 2009, RUC N°0700508486-K, RIT N°404-2008, considerandos 5° y 11°.

el límite de cuantificación pero sobre el de detección. Aclarando reitera que en estas pequeñas cantidades bajo el límite de cuantificación puede haber variación, las trazas son valores cercanos al 1% y se dice trazas por no estar muy seguros de su exactitud. ***A pesar de ser trazas tenía los mismos nocivos efectos estimulantes que generan toxicidad cardiovascular y efectos en el sistema nervioso central, inhiben el apetito y en altas concentraciones provocan en el cerebro sobre estimulación.*** Dice que siempre ha habido confusión, pero insiste que en cualquier concentración es dañina a la salud pública, porque su efecto no depende de la concentración en que se encuentre, sino de la dosis que la persona consume, así por ejemplo una persona se puede tomar un whisky de 50 grados y una cerveza con menos grados e igual de [sic] puede emborrachar, en el caso del porcentaje de nicotina, también puede producir efecto a pesar de ser mínima su concentración; el porcentaje no es necesariamente de la toxicidad, pues la persona va a consumir hasta que logre el efecto deseado, si es menos concentrada consumirá más. Al defensor responde que pasa por la cantidad que se consume, en el caso del consumo callejero siempre es bajo, que analizó tres muestras pero no los contenedores, que siempre sobre un peso de 4 gramos se remiten hasta 2 gramos y el resultado es del muestreo”.

Sobre las alegaciones de la defensa, en cuanto a la entidad de la droga incautada, por haberse concluido científicamente la existencia de cocaína en trazas, lo que conllevaría a la no afectación de la salud pública, el tribunal en el considerando undécimo, rechazando esta interpretación, argumentó:

“En lo atinente a este tema, tampoco el Tribunal se hace eco de sus alegaciones, porque aparte de todos los elementos ya analizados que permitieron sostener que la sustancia que mantenía el acusado G.O. correspondía a cocaína clorhidrato de una pureza aproximada al 1%, la apreciación del perito fue contundente al concluir que las tres muestras tenían cocaína en forma de clorhidrato e insistiendo además que en cualquier concentración esta sustancia es dañina a la salud pública, porque su efecto no depende de la concentración en que se encuentre, sino de la dosis que la persona consume, descartándose entonces que los valores estuvieran por debajo del mínimo aceptable, según afirmara el defensor. Sin perjuicio de lo anterior es preciso recordar que los preceptos legales correspondientes, contenidos en la ley 20.000, artículos 1 y 3, no mencionan *el grado de pureza* como un elemento del tipo a considerar para que la sustancia estupefaciente sea o no ilícita”.

Y, finalmente, citaremos la sentencia de la ***Itma. Corte de Apelaciones de Arica***, de fecha 27 de septiembre de 2013, que acogió un recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público por la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del

mismo cuerpo legal. Este es un caso de transporte de más de medio kilo de clorhidrato de cocaína, que presentó la característica de ser “traza”, es decir, la concentración de la droga está por debajo del límite de cuantificación.

Resulta interesante destacar que en esta causa la Corte se pronunció acerca de la naturaleza del informe que describe el artículo 43 de la Ley N°20.000, señalando que:

“es sino una *diligencia de investigación* [negrilla y cursiva agregada por la autora] que sólo tiene el carácter de prueba a analizar por los jueces una vez incorporado en conformidad a la ley en la respectiva audiencia de juicio oral, siendo en consecuencia a partir de ese instante un elemento a ponderar y valorar por los sentenciadores, en los términos señalados en los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal”²⁴.

VII. Comentario final

Mediante este trabajo, hemos querido mostrar los alcances de la salud pública, como objeto jurídico del delito de tráfico de drogas.

En esta tutela penal colectiva hemos podido poner de relieve *la carencia de fundamentos científicos*, a través de los argumentos revisados, en torno a la ausencia de objeto material en los casos de no determinación de pureza de la droga, sea que ésta no se haya podido efectuar porque se trató de un peritaje sólo cualitativo, o por encontrarnos ante incautaciones de drogas –no menores– pero sólo con trazas de sustancia ilícita.

Es absolutamente coherente y necesario, dentro del orden social, entender que la ley es estricta al contemplar determinadas sustancias dentro del objeto material sobre las que recae el bien jurídico protegido.

A modo de ejemplo, no podríamos relativizar o eximir de efectos dañinos a la cocaína por el estado en que ésta puede presentarse: clorhidrato o base. Lo mismo ocurre con la pureza. Creemos que resulta poco serio, y sin argumentos probados, argüir que estamos en presencia de una sustancia inocua y, por lo tanto, no controlada por la Ley de Drogas, por la no determinación de la pureza de la droga, en circunstancia que, a través de métodos científicos, se ha dado certeza de la existencia de la sustancia misma - *su naturaleza*.

Con todo, entendemos que se generen discusiones jurídicas, pues el derecho penal protege bienes jurídicos como “ultima ratio”, y en ese sentido, parece lógico el cuidado religioso y apegado a la *protección de bienes jurídicos relevantes, que justifica la intervención del Estado*.

²⁴ Corte de Apelaciones de Arica, 27 de septiembre de 2013, Rol N°225-2013, considerando 9°.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

EL DELITO DE ROBO CON VIOLACIÓN: PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

Enzo Osorio Salvo¹

El delito de robo con violación se encuentra reglado en el artículo 433 del Código Penal, que dispone: “*El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:*

1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, N°1°.

2°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren lesiones de las que trata el N°2° del artículo 397°.

Este tipo penal fue incorporado al texto del Código punitivo mediante la dictación de la Ley N°11.625 de 1954, sobre estados antisociales y medidas de seguridad, norma que asignó a esta figura sanciones que llegaban hasta la pena de muerte, siendo su rigor morigerado por las Leyes N°19.029, de 1991, y N°19.734, de 2001².

La justificación del origen y la vigencia de esta figura se encuentra en razones de política criminal, “*ya que importa dos graves atentados, uno a la libertad sexual de la víctima y otro en contra de su patrimonio, que desgraciadamente son realizados conjuntamente con frecuencia en la realidad social, lo que históricamente ha justificado una reacción punitiva excepcionalmente drástica*”³.

Los autores han abordado diversos tópicos relacionados con el delito de robo con violación, coincidiendo la mayoría de sus opiniones. Así, resulta frecuente encontrar críticas a la subsistencia de este tipo penal, en atención a la inexis-

1 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 La Ley N°11.625 describía una serie de estados antisociales, asociados entre otros a la mendicidad, la toxicomanía y la homosexualidad, autorizaba imponer medidas a quienes se encontraran en esas situaciones, como la internación en casas de trabajo, colonias agrícolas o establecimientos curativos y elevó la penalidad de los delitos contra la propiedad.

3 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, Tomo IV, p. 202 (citando al autor español Bajo Fernández).

tencia de una vinculación lógica entre los delitos de violación y robo, a diferencia de lo que puede ocurrir con este último y su relación con el delito de homicidio. Se cuestiona, igualmente, lo elevado de las penas asignadas a esta figura, si se les compara por ejemplo con las del homicidio. En efecto, hasta antes de la dictación de la Ley N°20.779⁴, la penalidad asignada al homicidio simple era inferior a la que el legislador previó para la figura calificada del artículo 433. Luego de la entrada en vigencia de la citada ley, si bien en ambos casos la penalidad parte en el presidio mayor en su grado medio, el extremo superior de la sanción asignada al robo con violación sigue siendo superior a la del homicidio simple e, incluso, a la del homicidio calificado.

La norma que comentamos en este artículo es mencionada por quienes abogan por una nueva codificación penal, que contemple la necesaria proporcionalidad entre los diversos bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, en tanto que el profesor Rodríguez Collao se pronuncia derechamente por la derogación de esta figura, que considera inconstitucional⁵.

Al estudiar este tipo penal abordaremos algunos de los temas que la doctrina ha puesto de relieve y consignaremos los criterios aplicados por los Tribunales Superiores de Justicia en sus fallos al abordarlos. Para ello, citaremos pasajes de diversas sentencias pronunciadas por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, conociendo de recursos de nulidad, entre los años 2006 y 2013.

Naturaleza jurídica. “Con motivo u ocasión”

Las distintas hipótesis que abarca el artículo 433 del Código Penal constituyen casos de robos con violencia o intimidación calificados, cuya penalidad se eleva por la circunstancia de cometerse, además, los otros ilícitos allí mencionados. La mayoría de los autores coinciden en estimar que se trata de un **delito complejo**, por lo que deben concurrir tanto los elementos del robo como los de la violación, según aparece claro de la actual redacción de la norma, que castiga al que con motivo u ocasión del robo **cometiére**, además, violación. En el pasado hubo quienes estimaron que se estaba en presencia de un **delito calificado por el resultado**, atendiendo a la redacción original de la norma, que sancionaba al autor del robo cuando, con motivo u ocasión de éste, **resultare** violación. Los actuales términos usados por el legislador despejan cualquier duda.

4 Chile, Ley N°20.779. Diario Oficial del 17 de septiembre de 2014, que eleva la penalidad del delito de homicidio simple, fijándola en presidio mayor en su grado medio y la sanción para el homicidio calificado, que fija en presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

5 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Robo con Violación”. En: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Valdivia, Vol. XXI, N°1, julio 2008, págs. 75-99.

Una opinión diversa expresa Rodríguez Collao, para quien el carácter de **delito calificado** supone la concurrencia de elementos que agravan la culpabilidad, pero vinculados al delito, inherentes al mismo, como ocurre con las circunstancias que califican el homicidio según el artículo 391 N°1 del Código Penal. Por otra parte, para estar ante un **delito complejo** se requiere la existencia de elementos que relacionen objetiva y subjetivamente los atentados que concurren. En el caso del robo con violación, bastando al legislador una proximidad temporal entre la apropiación de las especies y el acceso carnal, no se está ante una figura calificada ni compleja, tratándose sólo de una **regla de penalidad**, como aquellas previstas en los artículos 74 y 75 del Código Penal y en el artículo 351 del Código Procesal Penal⁶.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del robo con homicidio, tratándose de la violación, esta puede tener lugar **con ocasión** del robo, mas no **con motivo** del mismo. No resulta imaginable, en efecto, un caso en que la violación se cometa con motivo del robo, es decir, como un medio para lograr la apropiación, por lo que subsiste sólo la hipótesis de que se cometa **con ocasión** del robo, esto es, aprovechando la comisión de un delito de apropiación violenta de especies.

Entre ambos delitos debe haber una necesaria **conexión ideológica**, pero no de cualquier naturaleza. En efecto, en la base de esta figura debe estar el delito de apropiación y, como complemento del mismo, aprovechando la comisión del robo, debe cometerse el atentado sexual.

Estas ideas fueron recogidas por la Corte de Apelaciones de Concepción⁷, al rechazar un recurso de nulidad del Ministerio Público. En los hechos, el acusado ingresó al local en el que trabajaba la víctima, ofreciéndole algunos productos a la venta, y al percatarse que ésta se encontraba sola, la amarró, cerró la puerta y la accedió carnalmente por vía vaginal. Posteriormente, antes de huir, sustrajo con ánimo de lucro un teléfono celular y dinero. La Fiscalía cuestionó la calificación que a los hechos había dado el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, que estimó que en los mismos se configuraba una violación en concurso con un hurto simple. Al respecto la Corte señaló: “... *Que este delito de robo calificado, consistente en que, con ocasión del robo con violencia o intimidación, se cometiere además, violación... Ello significa, que la base del delito es el que afecta la propiedad y su complemento o agregado es la violación. El dolo inicial debe ser la de apropiarse de cosa mueble ajena y contra la voluntad de su dueño con violencia o intimidación; y luego, coetáneo o posterior, el dolo directo del acceso carnal en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 361 del Código Penal. Pero no al revés, en que primero sea la violación. En tal caso, de*

6 RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 80.

7 Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de octubre de 2008, Rol N°422-2008.

concurrir los elementos del tipo para ambos ilícitos, se tratará de un concurso material, pero no robo calificado. No otra interpretación fluye del tenor literal del citado artículo 433 N°1 del Código Penal y de su ubicación en el título IX del Libro II de citado Código, que trata de los delitos contra la propiedad... Que, en consecuencia, aplicado el precedente razonamiento jurídico al hecho establecido en la sentencia, cabe concluir que no puede configurar el tipo del artículo 433 N°1 del Código Penal, de manera que no existe errónea aplicación del derecho. Podrá discutirse que además de la violación existe robo con violencia y no hurto simple, como lo calificaron los jueces del grado, pero no es el fundamento del recurso de nulidad, que por ser de derecho estricto, impide a esta Corte pronunciarse al respecto”⁸.

En otro caso, la Corte de Apelaciones de Copiapó⁹, al acoger un recurso de nulidad de la Defensa, citando a Rodríguez Collao expresó que: “...tal como lo ha señalado la doctrina, lo que el artículo 433 del Código Penal consagra, en la parte que aquí interesa, **no es un tipo, sino una regla de penalidad aplicable a la persona que ha cometido un robo y una violación en un mismo contexto situacional**. Así, la figura de robo con violación tiene como único fundamento razones de política criminal vinculadas con el propósito de establecer un trato más severo para el robo con violencia o intimidación, con un claro sentido preventivo-general. **En realidad, las acciones típicas propias del robo y de la violación tienen en el artículo 433 del Código Penal existencia independiente**, como lo demuestra, por una parte, el hecho de que el robo pueda darse acompañado de una violación ejecutada sin empleo de fuerza ni intimidación; y, por otra, la evidencia de que el acceso carnal no es un medio apto para ejecutar una apropiación violenta, ni es una consecuencia derivada de alguno de los elementos que integran la tipicidad del delito de robo con violencia o intimidación... Que, acorde a lo anterior, al no poder encontrar en la sentencia razonamiento o una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, **en este caso particular, los elementos constitutivos del delito de robo, cargo bajo el cual terminó condenándose a B.A.**, es evidente que en la dictación de dicho fallo se ha incurrido en la causal de falta de motivación o fundamentación, prevista en el artículo 374 letra e), en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal”.

Alcance de la expresión “violación”

A raíz de las expresiones utilizadas en los fallos recién citados cabe preguntarse si son sólo las hipótesis del artículo 361 del Código Penal las que pueden dar lugar a la figura compleja del artículo 433 o podría también tratarse de la violación impropia del artículo 362 del mismo cuerpo legal. La Corte de Apelaciones de Concepción señala expresamente la primera norma, en tanto

8 El uso de letra cursiva y negrita en las citas a fallos y doctrina es nuestro.

9 Corte de Apelaciones de Copiapó, 27 de septiembre de 2011, Rol N°143-2011.

que la Corte de Apelaciones de Copiapó, al indicar que la figura puede estar compuesta por una violación cometida sin fuerza ni intimidación, parece aludir a las hipótesis de los números 2 y 3 del artículo 361 y, también, a la violación de una víctima menor de 14 años del artículo 362 del código punitivo.

La doctrina coincide en que son todas estas hipótesis de violación las que pueden concurrir en la figura calificada. Expresa mención hace Rodríguez Collao al delito del artículo 365 bis del Código Penal¹⁰ para señalar que, toda vez que se trata de un hecho que no incluye acceso carnal, constituye en consecuencia un caso de abuso sexual, por lo que no puede dar lugar al delito de robo con violación. Se podrá estar en tal caso, en consecuencia, en presencia de un concurso real entre el delito de apropiación y el abuso sexual agravado que contempla la última norma, pero no de un robo con violación.

Pluralidad de autores

No presenta mayores dificultades la situación en que un mismo sujeto despliega las conductas constitutivas de robo y de violación. Pero, con frecuencia, el Ministerio Público y los Tribunales de Justicia han debido conocer casos en que interviene una pluralidad de agentes, desplegando diversas conductas, en ocasiones constitutivas sólo de robo o de violación. Así, puede darse el caso de que el delito sea cometido por varios sujetos, pero sólo uno de los autores sustraiga especies y otro de ellos cometa el acceso carnal.

Cabe preguntarse entonces ¿a qué título han de ser sancionados en este caso los diversos partícipes? Lo esencial, afirman los autores, es **el dolo** con que intervienen¹¹. Caso a caso ha de resolverse esta situación, siendo frecuente que exista un concierto previo para cometer el robo, pero no así para la violación, debiendo responder por la figura compleja quien comete este último hecho.

10 El artículo 365 bis del Código Penal dispone: “Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;
2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y
3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años”.

11 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*, 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo III, p. 342; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, parte especial, p. 371; GARRIDO, ob. cit., p. 203.

Así razonó la Corte de Apelaciones de Santiago, al rechazar un recurso de nulidad de la defensa¹². Los hechos que había dado por establecidos el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago consistieron, en lo pertinente, en que los tres acusados (Arteaga, Escobar y Arcos), previamente concertados para sustraer especies, concurrieron al domicilio de la víctima, con la que el primero había acordado la prestación de servicios sexuales en ese lugar, forma que Arteaga utilizó para acceder directamente al inmueble, desde donde llamó a Arcos y a Escobar. Encontrándose los tres sujetos en el interior del departamento, ataron y despojaron parcialmente de sus ropas a la víctima, dejándola sobre una cama. Arteaga ordenó a sus dos acompañantes el registro del inmueble en busca de especies para sustraer, lo que acataron, guardando diversas cosas en un bolso. Cuando ya tenían las especies sustraídas al interior de un bolso y una maleta, Arteaga accedió carnalmente por vía vaginal a la afectada, mediante intimidación. Seguidamente, llamó a Arcos quien colocándole una pistola en la cabeza a la mujer comenzó a tocarle los pechos y glúteos. Finalmente, los tres individuos se dieron a la fuga, con las especies sustraídas en su poder. La defensa de Arteaga, por la vía del recurso de nulidad, cuestionó la calificación jurídica diversa para cada condenado que a los hechos asignó el Tribunal de Juicio Oral, señalando que procedía sancionar a todos los acusados por el delito de robo con violación, uno como autor, los otros coimputados como cómplices. El fallo de la Corte estableció: “... *Que sobre la base de la secuencia fáctico-temporal establecida soberanamente en el Considerando Quince del fallo impugnado, los sentenciadores concluyen, en el Considerando Dieciséis, la existencia de los ilícitos de robo con violación cuyo autor es el recurrente; robo con violencia cometido por los acusados John Arcos y José Escobar como coautores, y abuso sexual cometido por John Arcos como autor. Al efecto, señalan que “los acusados serán sancionados penalmente por diversos tipos penales, debido a la forma en que ellos accedieron a la ejecución de los hechos, esto es, apropiación de especies usando de la violencia y el acceso carnal de la ofendida por parte de Yuri Arteaga; mientras que Escobar Galdames y Arcos Barra comparecen a la apropiación de las especies usando violencia, sin acceder carnalmente a la víctima, produciéndose en el caso de este último un abuso sexual, consistente en la tocación de pechos y glúteos de la víctima, y esa forma en que ellos accedieron a la ejecución de los hechos “califica la naturaleza de los tipos penales y por ende, del reproche penal... Que atendido lo precedentemente dicho, no se advierte error de derecho alguno de los sentenciadores al establecer la existencia de los delitos referidos y las respectivas autorías de los sentenciados. Por el contrario, es la pretensión del recurrente de involucrar a los otros dos imputados en el delito de robo con violación la que resulta incompatible con los hechos, toda vez que no existió concierto previo para violar y ninguno de los otros sentenciados participó en forma alguna en la violación de la ofendida”.*

12 Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de abril de 2009, Rol N°225-2009.

Pluralidad de violaciones cometidas con ocasión de un robo

La situación producida cuando el autor del robo comete, con ocasión del mismo, violaciones en perjuicio de más de una persona ha merecido atención de la doctrina. La opinión mayoritaria sostiene que el cúmulo de violaciones no afecta la calificación del delito, esto es, que nos encontraríamos ante un único delito de robo con violación, debiendo considerarse la pluralidad de violaciones para la determinación de la pena, conforme dispone el artículo 69 del Código Penal¹³.

Garrido Montt expresa una opinión diversa. Señala que con un solo abuso sexual se conforma el delito de robo con violación, por lo que las otras violaciones constituyen delitos independientes que deben ser castigados según las reglas aplicables al concurso material o real¹⁴.

La Corte de Apelaciones de Concepción¹⁵ se pronunció sobre la materia conociendo un recurso de la defensa en la causa Rol N°619-2012. El Tribunal Oral en lo Penal de esa ciudad había dado por establecido, en lo pertinente, que el acusado ingresó al domicilio de las afectadas, una mujer mayor y su hija menor de edad, intimidó con arma blanca a la primera, la ató, le exigió especies, logrando que la menor le entregara dinero de propiedad de su madre. Posteriormente, condujo a la menor a la cocina del inmueble donde, actuando siempre mediante amenaza con un cuchillo, la accedió carnalmente por vía vaginal, realizando igual acción sobre un sillón existente en el lugar, donde la accede nuevamente por vía vaginal. Una vez realizadas estas acciones, el acusado trasladó a la víctima menor de edad a una de las habitaciones del domicilio, a la que había conducido bajo amenaza con arma blanca a la madre. En ese lugar, desnudó a la menor y la accedió carnalmente nuevamente, esta vez en presencia de su madre. Acto seguido, bajo intimidación con la misma arma blanca que portaba, accedió carnalmente vía bucal a la víctima mayor de edad. Finalmente, el acusado se retiró del inmueble con dos celulares de los cuales se apropió con ánimo de lucro. Los hechos fueron calificados como robo con violación en perjuicio de la afectada mayor de edad y violación en perjuicio de la víctima menor de edad.

La defensa recurrió sosteniendo que los hechos debían calificarse como un solo delito de robo con violación, sin perjuicio de la aplicación del artículo 69 del Código Penal, para ponderar la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

13 POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, ob. cit., p. 371; RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 89; a propósito del robo con homicidio, ETCHEBERRY, ob. cit., p. 341.

14 GARRIDO, ob. cit., p. 203.

15 Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de diciembre de 2012, Rol N°619-2012.

La Corte rechazó el recurso, razonando que: “...los sentenciadores no han infringido el artículo 433 N°1 del Código Penal, toda vez que **el delito de violación de la menor XX no puede ser considerado como un solo delito respecto del robo con violación de YY...** En efecto, en el tipo penal del robo con violación a doña YY la única ofendida tanto en su derecho de propiedad como en su libertad sexual, mientras que en el delito perpetrado en contra de su hija, no tiene ninguna relación el robo, hubo respecto de ella tres agresiones sexuales, cometidas después del robo en que fue víctima su madre: una en la cocina, la otra en un sillón y la otra en presencia de su madre en una de las habitaciones del domicilio de estas... Esta actuación del imputado es independiente del robo y de la agresión sexual que sufrió la madre de la menor, hechos estos últimos que sí se encuadran en el artículo 433 N°1 del Código Penal... los elementos fácticos que se dejaron establecidos en el fundamento cuarto, respecto de la menor ..., encuadran claramente en la figura penal por la cual fue condenado el imputado, esto es, como autor del delito de violación previsto y sancionado en el artículo 361 N°1 del Código Penal”.

Cuestiones relacionadas con el *iter criminis*

Esta materia es más latamente desarrollada por la doctrina a propósito del delito de robo con homicidio. Esa figura plantea diversas situaciones, como lo que ocurre en un delito tentado, en caso de haber existido sólo dolo eventual respecto del homicidio.

Tratándose del delito de robo con violación, toda vez que no resulta imaginable la comisión de esta última “con motivo del robo”, en caso de haberse comenzado a cometer el robo, pero sin que exista principio de ejecución de la violación, resulta esperable que el sujeto activo sea sancionado únicamente por la apropiación de especies. En cambio, si se ha dado comienzo a la violación, ha de considerarse el hecho como constitutivo de robo con violación. Si no se llega a consumar la violación, adquiere relevancia lo dispuesto en el artículo 450 inciso primero del Código Penal, con arreglo al cual el delito se debe castigar como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa. En atención al tenor claro de la norma citada, a la naturaleza jurídica de la figura que comentamos, a la ubicación del citado artículo y a su origen, esta regla resulta plenamente aplicable al delito de robo con violación.

Así lo entendió la Corte de Apelaciones de San Miguel¹⁶, al rechazar el recurso de nulidad de la defensa, en un caso en que el acusado se apropió violentamente de especies, y dio principio a la violación sin consumarla. Señala la Corte: “... Que el recurrente añade a su tesis de inaplicabilidad del artículo 450 del Código Penal al caso en cuestión, es que ese precepto exige para su aplicación que se haya efectivamente cometido la violación y no que esta esté en grado de ten-

16 Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de febrero de 2011, Rol N°87-2011.

tativa y de acuerdo a la recurrente cuando el acceso carnal sólo está en grado de tentativa, es decir, cuando el delito de violación se encuentra en una etapa de ejecución imperfecta, se viola flagrantemente el principio de legalidad ya que el tenor literal del tipo penal exige expresamente que se comentan los delitos que el número 1 del artículo 433 sancionan... Que para rechazar la causal de nulidad en análisis se tendrá lo principalmente presente lo argumentado en el motivo noveno de la sentencia recurrida y en especial la opinión de don Mario Garrido Montt citada en dicho apartado y que a la letra expresa “para que nos encontremos frente a esta figura, la violación debe cometerse con ocasión del robo; con todas las exigencias que el tipo penal imponga, en especial la fuerza que debe concurrir tanto para el apoderamiento de la cosa mueble, como para el acceso carnal de la víctima los dos delitos deben ser coetáneos, es decir la violación puede ser cometida antes, durante o después pero necesariamente próxima a la apropiación; la víctima de la violación puede ser un hombre o mujer, la violación puede ser anal, bucal o vaginal; la víctima del robo puede ser una persona distinta de la que es objeto de la violación, siempre que éste sea realizada con ocasión y en momentos inmediatos al apoderamiento del bien mueble...”.

Otra cuestión interesante, relacionada con el *iter criminis*, conoció por la vía del recurso de nulidad la Corte de Apelaciones de Concepción, en un caso en que el autor fue condenado inicialmente como autor de dos ilícitos de robo con violación. Se trataba de hechos diversos, en uno de los cuales el acusado se apropió de especies de la víctima, las que abandonó en el lugar luego de consumada la violación en tanto que, en el otro hecho, el acusado exigió la entrega de especies a la víctima, sin conformarse con las que la afectada portaba, de modo que en definitiva no sustrajo especies de la víctima, pero sí la accedió carnalmente.

La referida Corte¹⁷ acogió el recurso de la defensa que cuestionaba la errónea aplicación del artículo 450 del Código Penal por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción. Señaló el fallo de alzada: “...que como se puede observar en los hechos establecidos en el número 1, luego de perpetrar el delito de violación y mantener en su poder la cartera y el celular, se las arrojó a su víctima. Y en los hechos consignados en el número dos le exigió la entrega del celular, *pendrive* y dinero que portaba, especies que la afectada no tenía, sin que se apropiara de especie alguna... que al abandonar el imputado las especies no lo fue por la intervención de elementos extraños, ya sea la presencia de personas o cosas especiales que permitan determinar que su opción no fue voluntaria... que, en consecuencia, habiéndose desistido voluntariamente el autor cuando la ejecución de la sustracción de las especies estaba

17 Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de septiembre de 2009, Rol N°381-2009.

*incompleta, la acción típica, excluye la punibilidad en el delito de robo, eximiéndolo de pena, lo que no se extiende, sin embargo, al hecho consumado de las violaciones*¹⁸.

Procedencia de aplicar circunstancias agravantes

Como señaláramos, la ley que incorporó al Código Penal el delito de robo con violación se encargó, entre otras materias, de elevar la penalidad de los delitos de robo con violencia e intimidación. Con este propósito incorporó el listado de agravantes del artículo 456 bis del Código Penal.

En atención a ello, hay autores que sostienen la inaplicabilidad de estas agravantes especiales a los delitos de robo con violencia e intimidación, con argumentos extensivos también al delito de robo con violación. Señalan que tales circunstancias sólo deberían aumentar la pena en los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo por sorpresa, toda vez que el mayor desvalor de las conductas que entrañan los robos violentos ya ha sido considerado por el legislador para elevar las penas que traen aparejadas.

La aplicación de estas u otras circunstancias agravantes generales (como el abuso de superioridad de fuerzas del artículo 12 N°6, el ensañamiento del N°4, o la reincidencia específica del N°16 del mismo artículo del Código Penal) son igualmente cuestionadas por algunos autores con argumentos que aluden a que se trataría de elementos inherentes al delito de robo con violación, por lo que su admisión vulneraría el principio *non bis in idem*¹⁹.

Llamados a conocer de esta clase de materias, los Tribunales Superiores de Justicia, como resulta esperable, ponderan detalladamente los hechos acreditados en cada caso, a fin de evitar posibles situaciones de doble valoración, para luego resolver sobre la base de la procedencia de las agravantes citadas, tanto las del artículo 12 como las del 456 bis del Código Penal. Además de no encontrarse texto expreso que limite la aplicación de estas circunstancias, puede razonarse que, si el legislador de 1954 hubiese querido hacer aplicables las agravantes especiales del artículo 456 bis sólo a figuras no violentas de apropiación, lo habría indicado expresamente.

Con relación a la agravante de pluralidad de malhechores, cabe señalar que la Ley N°20.480, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010, incorporó al texto del Código Penal el artículo 368 bis²⁰, que expresamente

18 En el segundo juicio, el TOP de Concepción condenó al acusado como autor de dos delitos consumados de violación.

19 RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., págs. 94-95.

20 *Artículo 368 bis: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos 5 y 6 de este Título, serán circunstancias agravantes las siguientes: 1°. La 1ª del artículo 12. 2°. Ser dos o más los autores del delito.*

hace aplicables a los delitos sexuales del párrafo 5° y 6° del Título VII del Libro II del Código Penal (entre ellos la violación) las circunstancias agravantes de alevosía y de ser dos o más los autores del delito.

La postura jurisprudencial que describíamos se manifiesta, entre otros, en los siguientes pronunciamientos:

A propósito de la agravante prevista en el artículo 12 N°12 del Código Penal, la Corte de Apelaciones de Santiago²¹, al rechazar un recurso de nulidad de la defensa, señala en parte de sus consideraciones que: “...*debe considerarse que la sentencia razona sobre la agravante del artículo 12 N°12 del Código Penal y la acoge, luego del debate respectivo, señalando que existió un sitio no poblado y que desde el punto de vista subjetivo que se plantea respecto de la existencia de esta agravante, se da la característica de aprovecharse de la circunstancia favorable que para la comisión del hecho da la existencia de ese sitio despoblado. No puede entonces esta Corte, desconocer que se dan los antecedentes de hecho que son la base de agravante que el tribunal ha considerado...*”.

Conociendo un recurso de la defensa, que cuestionaba la aplicación de la agravante del artículo 12 N°18 del Código Penal (ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso), la Corte de Apelaciones de La Serena²² ha señalado: “...*Que en el caso de autos, y dadas las circunstancias de cómo se produjeron los hechos ilícitos, no cabe la menor duda que es aplicable a la conducta del acusado la agravante singularizada, puesto que sin mediar provocación alguna de la mujer, esta es sorprendida durmiendo al interior de la habitación de su morada, junto a su pequeña hija, y el sujeto, luego de sustraerle especies, la procede a violar, vejación a la que es sometida sin el menor respeto a su dignidad de persona y en el ámbito o lugar más íntimo que una persona suele vivir, su propio dormitorio. Que la acción realizada por el imputado presenta un agravamiento de conducta, que está considerada como tal por la ya referida agravante...*”.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso²³ rechazó un recurso de nulidad de la defensa que cuestionaba la aplicación, en un caso de robo con violación, de las agravantes de los artículos 456 bis número 3 (pluralidad de malhechores) y 12 N°9 (ignominia), señalando: “...*quedando claro que los hechos fueron ejecutados por dos sujetos, cuyo número precisamente favoreció su impunidad, toda vez que cada uno de ellos se hizo cargo de una de las víctimas... con lo cual se pretendía evitar cualquier posibilidad de defensa.... Respecto de la agravante seña-*

21 Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de abril de 2008, Rol N°641-2008.

22 Corte de Apelaciones de La Serena, 7 de mayo de 2012, Rol N°97-2012.

23 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de mayo de 2008, Rol N°243-2008.

lada en el artículo 12 N°9 del Código Penal, los señores Jueces del Tribunal Oral en lo Penal siguiendo al profesor Cury, describen la **ignominia como la afrenta que lesiona el honor o los sentimientos de decoro de las personas**, la cual puede ser sufrida tanto por la víctima como por un tercero, ataque absolutamente innecesario para la consumación del hecho. En la especie, después de consumada la violación, obligan a la víctima mujer nuevamente a desnudarse, como también a la víctima hombre y obligarlos a mantener sexo oral en su presencia, demostrando un dominio de la situación y provocando un sentimiento de humillación y dolor mayor a los ya vivenciados, **con lo que queda claramente demostrado el acierto de los jueces del Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, al establecer la agravante referida...**.

Se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Arica²⁴, en cuanto a la posibilidad de aplicar a este delito la circunstancia del artículo 456 bis N°1 del Código Penal (ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial) que: “... **El delito tipificado fue el de robo con violación, por lo que es legalmente aplicable la circunstancia agravante de que se trata**, lo que obliga a desestimar la causal de nulidad por este capítulo...”.

Con relación a la misma circunstancia, y a la ya citada pluralidad de malhechores, la Corte Suprema²⁵ ha resuelto que: “...en cuanto a las agravantes de los numerales 1° y 3° del artículo 456 bis del Código Penal, **tampoco se aprecian los yerros de derecho que se denuncian, desde que aparece aplicadas a los casos que ellas contemplan**, entregándose la respectiva fundamentación que les permitió imponerlas y que se transcriben en su motivo décimo cuarto...Así, en el caso de su ejecución en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad, aparece de toda evidencia conforme a la prueba rendida,...los que permitieron reproducir el trayecto desde su inicio hasta el lugar en que fueron abandonadas las víctimas, por un total de 8,91 kilómetros, acreditando lo dificultoso del camino y alejado de la ciudad, el no contar con iluminación ni señalética, sin tránsito habitual, y el hecho de haber caminado los ofendidos cerca de tres kilómetros antes de encontrar ayuda, y en especial a que la ejecución del delito comenzó en el sector denominado Lomas del Sol, consumándose la sustracción y el acceso carnal en un lugar diferente, que precisamente reúne las condiciones indicadas por la ley para configurar la agravante señalada, lo que favorecía su impunidad... Que, por la agravante de pluralidad de malhechores, en el presente caso ella se acreditó objetivamente por la intervención de tres sujetos, cuya superioridad numérica favoreció una rápida reducción de la resistencia de las dos víctimas, la consumación del propósito delictivo y su impunidad, la

24 Corte de Apelaciones de Arica, 5 de mayo de 2009, Rol N°79-2009.

25 Corte Suprema, 19 de octubre de 2010, Rol N°6296-10 (si bien incide en el recurso interpuesto por la defensa de uno de los acusados, condenado por robo con violencia, la sentencia impugnada aplicaba estas agravantes a todos los condenados, incluso uno que lo fue como autor de robo con violación).

*que se aplicó por igual a todos los inculpados, en lo cual **no se aprecia error de derecho alguno; en tanto que, respecto de una supuesta doble valoración prohibida, tampoco se vislumbra, toda vez que por un lado, en relación a la participación criminal, se estableció ella en el grado de autoría del artículo 15 N°1 del Código Penal para cada uno de los enjuiciados (motivo undécimo), en forma individual, y luego a partir de la determinación judicial de las sanciones se aplicó la agravante de la pluralidad, debidamente acreditada como ya se dijo, conclusiones que derivan como corolario en el rechazo absoluto del segundo recurso interpuesto...***

Pronunciándose también acerca de la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, la Corte de Apelaciones de Santiago²⁶ ha señalado que: *“...No resultan aplicables en la especie las normas de los artículos 63 y 64 inciso segundo invocadas por el recurrente, **toda vez que la pluralidad de malhechores no es en modo alguno inherente al delito de robo con violación en cuanto éste puede cometerse perfectamente sin su concurrencia; y que resulta obvio que el recurrente ... tuvo conocimiento de contar con ella antes y en el momento de cometer su delito**”*.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de San Miguel²⁷ ha resuelto: *“... Que en relación con la infracción alegada del artículo 456 bis número 3 del Código Penal, cabe tener presente que **en el delito de robo, como es el caso de autos, se agrava la responsabilidad penal cuando son cometidos por dos o más malhechores por cuanto produce el debilitamiento de la víctima aumentando su indefensión, disminuyendo sus posibilidades de defensa incluso anulándolas completamente...** Que en el presente caso ha quedado establecido que los dos sentenciados actuaron conjuntamente en el delito de robo y violación contribuyendo cada uno de ellos a la realización de los ilícitos... Que por las reflexiones precedentes este Tribunal de alzada estima que los sentenciadores hicieron una correcta aplicación del artículo 456 bis número 3 del Código Penal...”*

De modo similar ha razonado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt²⁸: *“... Que la defensa centra la configuración del vicio principalmente en la motivación trigésimo segunda del fallo, sin embargo, en ella se detalla pormenorizadamente las razones que se tuvieron a la vista para estimar configurada la existencia de tal modificatoria de responsabilidad penal, por considerar que tal concurrencia de hechos produjo un plus de seguridad e impunidad en la comisión del delito presente durante todo su desarrollo en beneficio de los autores. Tal como expresan las sentenciadoras, la pluralidad de hechos sí fue un plus para lograr la comisión del delito, la presencia de dos varones armados frente a uno solo y a una mujer aterrada que queda paralizada de miedo, mermó las posibilidades de resistencia al despojo y*

26 Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de abril de 2009, Rol N°225-2009.

27 Corte de Apelaciones de San Miguel, 7 de septiembre de 2011, Rol N°1001-2011.

28 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 10 de septiembre de 2012, Rol N°207-2012.

*de defensa de las víctimas, lo que merece mayor reproche por el tribunal... Que así esta Corte comparte el criterio señalado precedentemente, estimando que **el fundamento de la agravante contemplada en el artículo 456 bis del Código Penal, es la circunstancia de que frente a la pluralidad de agresores, las posibilidades de defensa de las víctimas fueron seriamente limitadas o incluso excluidas** –especialmente en la situación de la mujer– puesto que vieron disminuida sus posibilidades de reacción o defensa por el conjunto de acciones realizadas por los acusados, quienes en forma coordinada contribuyeron a la realización común del ilícito, en términos tales de facilitar su ejecución, pues pudieron acelerar los actos de apropiación ganando mayor seguridad por su pluralidad y aumentando la indefensión de aquellas... Que conforme con lo razonado, no se divisa la existencia de la infracción que se denuncia...”.*

Por último, siempre en relación con esta agravante especial y su fundamento, citamos la postura de la Corte de Apelaciones de Valparaíso²⁹, a propósito de un caso en que la defensa sostenía la inaplicabilidad de esta circunstancia a un acusado menor de edad: “...*Que de la lectura del fallo, especialmente en el número tres del motivo duodécimo, se concluye que los sentenciadores razonaron para estimar agravada la responsabilidad del condenado U.B., en que, en el hecho punible intervinieron tres personas en un plan común de acción. **Que la agravante en cuestión es de naturaleza objetiva ya que su fundamento es el aumento de peligro, indefensión y riesgo para la víctima, como a su vez, la mayor seguridad en el actuar de los malhechores, destacando que no es parte del tipo penal de un robo con violación, la intervención de varios participantes, pues en la especie, pudo perfectamente concretarse el delito con la sola participación de uno de sus agentes; por lo que no se vislumbra cómo se puede haber violado el principio de non bis in idem, establecido en el artículo 63 del Código Penal. Que por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, están contestes en cuanto a que la modificatoria de responsabilidad establecida en el artículo 456 bis N°3 del Código del ramo, se da en los delitos de robo o hurto, cuando hay multiplicidad de partícipes que concurren materialmente en el momento y lugar del delito, como resulta aplicable en este caso, al tratarse de un delito de robo con violación; por lo que mal puede entenderse que haya existido infracción de ley.***”

En un caso diverso, pero siempre relacionado con la aplicación de agravantes a esta figura compleja, la Corte de Apelaciones de La Serena³⁰, acogió un recurso de nulidad de la defensa que cuestionaba la aplicación de la agravante especial del artículo 450 inciso 2° (uso de armas) del Código Penal: “...*Que como lo señala el recurrente, en el motivo 11° del fallo se consigna que concurre en este caso la circunstancia calificante o regla de determinación de pena establecida en el artículo 450 inciso 2° del Código Penal, desde que se acreditó que los imputados*

29 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de julio de 2012, Rol 743-2012.

30 Corte de Apelaciones de La Serena, 18 de mayo de 2011, Rol N°86-2011.

hicieron uso de un elemento metálico con forma tubular y de color blanco que fue presentado y reconocido en el juicio como evidencia material,... Que efectivamente, como lo señala el recurrente, debe estimarse que se ha infringido en la sentencia impugnada el principio conocido como de “Non bis in idem”, contemplado en el artículo 63 del Código Penal, atendido que ha resultado acreditado dentro de los hechos constitutivos del ilícito que tuvo lugar un tipo de robo con violencia e intimidación correspondiente a un robo con violación, en que se usó como medio comisivo un tubo metálico con que se golpeó a la víctima, lo que per se constituye un elemento inherente al delito, por lo que y debiendo estimarse que los efectos del citado artículo 63 no han sido alterados por la regla del artículo 450 inciso 2° del código del ramo, corresponde concluir en el sentido de que debe descartarse la aplicación de la agravante en análisis a quienes sean culpables del delito de robo con violencia o intimidación simple o calificado donde el uso de las armas es, por una parte constitutivo de un delito en sí mismo y, por otra, inherente a su comisión...”.

Consideraciones finales

A modo de conclusión, podemos resumir los planteamientos expuestos en este breve análisis, en los siguientes términos:

- a. El artículo 433 número 1 del Código Penal consagra la figura del robo con violación, que sanciona con penas que llegan hasta el presidio perpetuo calificado. Se trata de un delito complejo que requiere la concurrencia de los elementos que tipifican ambos tipos penales singulares.
- b. La estructura de esta figura compleja la constituye un delito de robo con violencia o intimidación, con ocasión del cual se comete además una o más violaciones.
- c. La violación que da lugar al delito de robo con violación puede ser cualquiera de las hipótesis de los artículos 361 y 362 del Código Penal.
- d. En caso de pluralidad de autores, ha de atenderse al dolo con que cada uno de ellos actúa para determinar el o los delitos por los que serán sancionados, siendo posible efectuar calificaciones jurídicas diversas respecto de cada imputado.
- e. Si con ocasión de un robo se comete más de una violación, de acuerdo a la posición doctrinaria de Garrido Montt y a lo sostenido en un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, se podrá sostener que el autor debe ser condenado por el robo con violación en concurso con la o las otras violaciones cometidas; postura de la cual difiere la mayor parte de la doctrina consultada, que estima que los hechos deben ser calificados como un único delito de robo con violación, cuya sanción se regulará de acuerdo a la norma del artículo 69 del Código Penal.

- f. Habiendo principio de ejecución del delito de robo con violación (aunque esta última no se haya consumado), cabe castigar la figura como consumada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 450 inciso primero del Código Penal.
- g. Con arreglo a la jurisprudencia analizada, las circunstancias agravantes de responsabilidad penal, tanto las generales del artículo 12 como las especiales del 456 bis del Código Penal, resultan plenamente aplicables al delito de robo con violación. Lo propio puede afirmarse de imputados adolescentes, para quienes la Ley 20.084 no entrega reglas especiales en esta materia.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: COMENTARIOS Y ALGUNOS EJEMPLOS DE SU INCIPIENTE RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Ivonne Sepúlveda Sánchez¹

I. Antecedentes generales

La gran bandera de lucha durante los siglos XVIII y XIX fue el reconocimiento de los “*derechos del hombre*”, concepto que con el tiempo, y el aporte de grupos sociales de mujeres, fue evolucionando pasando a denominarse “*derechos humanos*”². Este cambio no es sólo una cuestión gramatical, sino que implica una mirada distinta, compuesta por factores sociales, culturales y filosóficos que incluyen a la mujer como sujeta de derechos.

En el marco de este nuevo enfoque, se planteó si la violencia contra la mujer constituía o no una violación a los derechos humanos. De esta forma, en 1985, en la Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas, se adoptaron las denominadas “Estrategias de Nairobi”, donde se consideró que la violencia es un obstáculo fundamental para el logro de los objetivos del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer, que son la igualdad, el desarrollo y la paz. Asimismo, se reconocieron las diversas formas que asume la violencia contra la mujer y la necesidad de su erradicación tanto en el seno familiar como en la esfera social, a través de los esfuerzos concertados y permanentes de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, a través de dos Recomendaciones, abordó la temática de la violencia contra la mujer. En la Recomendación General N°12, de 1989, exhortó a los Estados que informaran sobre la situación de violencia contra las mujeres y sobre las acciones que hubieran adoptado para erradicarla. Por su parte en la Recomendación N°19 se analizó la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), y se concluyó que si bien no existía un pronunciamiento explícito

1 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

2 RETAMALES SOTO, Carmen Paulina y SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, Ivonne Angélica. “*Violencia contra la mujer en Chile: Análisis y propuestas dentro del marco de la Convención de Belem do Pará*”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, diciembre de 2000, p. 28.

referente a la violencia contra la mujer, ella sí se encontraba en el espíritu de la Convención, por lo tanto solicitó a los Estados partes de la CEDAW que adoptaran las medidas necesarias para combatirla.

En 1993, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas celebrada en Viena, se aprobó la Declaración y Plan de Acción de Viena. En este instrumento internacional la ONU se comprometió a apoyar la labor destinada a eliminar la violencia contra las mujeres en todas sus formas, tanto en el ámbito público como privado, reconociendo que los derechos humanos de mujeres y niñas son parte inalienable de los derechos humanos universales, de modo que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, son incompatibles con la dignidad del ser humano, por lo cual los gobiernos y la comunidad internacional deben eliminarlas a través de políticas públicas e instancias legislativas. Asimismo, en esta instancia se creó la Relatoría Especial sobre Violencia contra la Mujer, con lo cual Naciones Unidas reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos.

En diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer definiendo, en su artículo 1, que se entiende por violencia contra la mujer *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública o privada”*³. Esta declaración reviste suma relevancia, por cuanto define lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, contemplando como tal no sólo actos violentos que dejan huellas físicas, sino otros actos constitutivos de violencia, como la sexual o psicológica, que se produzca tanto en el ámbito familiar, como fuera de él. Asimismo, recomienda a los Estados una serie de medidas tendientes a superar la impunidad existente y a eliminar pretextos justificativos de situaciones violentas contra las mujeres. A su vez, se recomienda proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y sancionar todo acto violento contra la mujer perpetrado por particulares o entes estatales, considerando indispensable establecer sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar estos hechos y reparar los agravios sufridos por las mujeres.

En 1994, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar

3 NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, artículo 1, Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/104>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

la Violencia Contra la Mujer, más conocida como “Convención de Belem do Pará”, que constituye el primer instrumento internacional que trata, de manera integral, la temática de la violencia de género.

Esta Convención comenzó a gestarse en 1986 cuando la Comisión Interamericana de Mujeres (en adelante, CIM), efectuó un análisis sobre la violencia que afectaba a las mujeres, y entre otras medidas, aprobó el Plan de Acción donde se consideró que la violencia contra la mujer era un área de interés especial. El 1990, la CIM convocó a la Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia, donde se abordó el problema y se elaboraron recomendaciones que se elevaron a la XXV Asamblea de Delegadas, órgano máximo de la CIM, y se adoptó la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer⁴, que buscó contar con un instrumento internacional sobre la materia. Esta declaración fue acogida por la Asamblea General de los Estados Americanos y se aceptaron las recomendaciones de la Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia. De esta manera, la CIM comenzó a realizar una serie de actividades con el objeto de elaborar un tratado internacional sobre la materia, hasta que en 1993 se realizó la Reunión Intergubernamental de Expertas para trabajar sobre la Convención y, en 1994, la CIM presentó, en el 24° período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que tuvo lugar en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Chile firmó la Convención el 17 de octubre de 1994 y la ratificó el 15 de noviembre de 1996, mientras que en su tramitación interna fue aprobada el 14 de julio de 1998, promulgada el 23 de septiembre de 1998 y publicada el 11 de noviembre del mismo año.

II. Análisis de la Convención De Belem Do Pará

La Convención consta de un preámbulo y veinticinco artículos distribuidos en cinco capítulos. El primero de ellos trata sobre la definición de violencia contra la mujer y su ámbito de aplicación; el segundo, indica los derechos protegidos; el tercero, los deberes del Estado; el cuarto, los mecanismos de protección y el quinto, disposiciones generales relativas a la interpretación, firma, ratificación, enmiendas, denuncias y vigencia de la convención.

Preámbulo

En este apartado, los Estados partes afirman que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamen-

4 Vigésimo quinta Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres.

tales, y limita a la mujer en el goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Se agrega que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y que trasciende a todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión. Asimismo, se manifiesta que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas.

1. Definición

La Convención establece, en su artículo 1, un concepto de violencia contra la mujer, señalando que consiste en *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

Esta definición es amplia y genérica pues incluye cualquier daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, superando el clásico concepto de violencia que sólo comprendía la agresión física. También reviste gran importancia porque se reconoce que la violencia contra las mujeres se sufre tanto en el ámbito público como privado. Sin perjuicio de lo anterior, el concepto que establece la Declaración sobre eliminación de la violencia contra la mujer de Naciones Unidas de 1993, que señala que es *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como la privada”*⁵, parece aún más amplio y comprensivo de las formas de manifestación de la violencia contra las mujeres, al incorporar expresamente a aquella violencia que genera miedo o temor en la mujer y que puede producir graves trastornos psicológicos en ella.

En el segundo de sus artículos, se indica que: *“la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:*

- a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

5 NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, artículo 1, Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/104>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

- b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.”

Sin duda que junto con el primer artículo, éste constituye uno de los grandes avances de la Convención en esta materia, pues acá se especifican los sujetos que perpetran la violencia, señalando que pueden ser aquellos que tienen una relación familiar o doméstica con la víctima o cualquier relación interpersonal, haya vida en común o bien haya cesado ésta. Sobre este punto, parece relevante destacar que dentro de este acápite se comprenden las relaciones de convivencia y ex convivencia y también aquellas relaciones tales como el noviazgo. Del mismo modo, se incluye la violencia ejercida por cualquier persona y que tenga lugar en la comunidad, tales como la violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, dejando claramente establecido que todas ellas son formas en que se manifiesta la violencia contra las mujeres. En la letra c del referido artículo, se consagra un avance importantísimo en materia de responsabilidad del Estado, pues hay una referencia explícita a la violencia perpetrada, pero también la tolerada, por el Estado o sus agentes, lo que implica que el Estado no tiene tan sólo la obligación de abstenerse de cometer tales abusos, sino que también es su deber velar porque estos hechos no ocurran, actuando con la debida diligencia.

2. Derechos protegidos

En el tercer artículo de la Convención se refuerza la idea de que las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado.

En los artículos 4, 5 y 6 se establecen los derechos de las mujeres sobre la materia, señalando en el artículo 4 que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, y en particular la vida, la integridad física, psíquica y moral, la libertad y seguridad personales, no ser sometida a torturas, a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia, a la igual protección ante la ley y de la ley, a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos, a la libertad de asociación, a la libertad de profesar la religión y creencias

propias dentro de la ley, y a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

En cuanto a los derechos mencionados precedentemente, se destaca el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la mujer como aquellos más afectados cuando se verifican en contexto de violencia intrafamiliar.

El derecho a la libertad y seguridad individual no se ve coartado solamente por el actuar de los agentes públicos, sino muchas veces este derecho es cercenado en el interior de la propia familia cuando el hombre, a través de los malos tratos físicos o psicológicos, los celos, la privación de recursos económicos, de redes sociales y familiares, de educación, entre otros, obliga a la mujer a quedarse recluida en su hogar perdiendo la posibilidad de desarrollarse en otros ámbitos fuera de éste.

El derecho a no ser sometida a torturas tampoco se refiere únicamente a la ocasionada por el Estado, sino a la ejercida por cualquier particular, especialmente en los casos donde existe un tirano familiar. De este modo, se recoge la definición de tortura que establece la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura que prescribe que es *“todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o cualquier otro fin. Se entenderá también por tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”*⁶.

La igual protección ante la ley y de la ley, dice relación, por una parte con la igualdad en el contenido de la ley (igualdad en la ley) y por otra, con la igualdad en la aplicación de la ley (igualdad ante la ley). *La igualdad en el contenido de la ley constituye un mandato al legislador y consiste en que las prescripciones del Derecho deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales. La igualdad en la aplicación de la ley, por su parte, se refiere a la noción clásica de igualdad direccionada hacia el juzgador. Consiste en que el órgano que ejerce jurisdicción debe tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual.*⁷

6 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 2, Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

7 DÍAZ GARCÍA, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012. Disponible en: <http://>

Por último destacamos dentro del artículo 4 de la Convención, el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare ante actos que violen sus derechos, pues implica la actuación oportuna y diligente de los operadores de justicia para proteger a la mujer frente a hechos de violencia pero también para prevenir la comisión de nuevos actos.

En el artículo 5 se reitera que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

En el artículo 6 se indica expresamente que el derecho a una vida libre de violencia incluye, entre otros, el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados, de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Este artículo reviste especial importancia puesto que establece que la discriminación contra la mujer es una forma de violencia contra ella, y además, porque establece que los patrones culturales y sociales y estereotipos basados en la inferioridad o subordinación de la mujer al hombre, también son formas de violencia contra las mujeres. Por tanto, al establecer el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, cada Estado debe propender a erradicar toda forma de discriminación y a eliminar estos patrones estereotipados. Por discriminación entendemos lo prescrito por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que la define como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*⁸. Esta es una definición bastante comprensiva de todas las formas de discriminación hacia las mujeres, incluyendo toda diferencia de trato por motivo de sexo que, intencionalmente o no, desfavorezcan a la mujer, que impida a la sociedad reconocer los derechos de la mujer en sus esferas domésticas y públicas y que impida a la mujer ejercer sus derechos y libertades.

3. Deberes de los Estados

Con respecto a los deberes de los Estados partes, Belem Do Pará señala en sus artículos 7 y 8, dos niveles de obligaciones, con diferentes mecanismos

www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003. [fecha de consulta: 16 de octubre de 2014].

8 NACIONES UNIDAS. Convención sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación contra la Mujer”, artículo 1, 1979. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/104>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

de protección para el caso de su incumplimiento. El primer nivel de deberes establece que los Estados deben adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones las políticas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y en el segundo nivel de deberes, los Estados se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas y programas específicos para cumplir los objetivos de la Convención.

El artículo 7 indica el primer nivel de obligaciones, donde los Estados se comprometen a:

- a. Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación: este compromiso obliga al Estado a no ejecutar ninguna acción ni práctica que violenta a la mujer.
- b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer: este deber implica cuatro obligaciones, la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos evitando su impunidad. De esta forma, la Corte Interamericana ha consignado que *“esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*.⁹ En el caso de María da Penha Maia Fernandes, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cual una víctima de violencia intrafamiliar en Brasil quedó parapléjica a causa de la violencia física ejercida por su marido, pese a haber denunciado varias veces situaciones similares, se aplicó la Convención de Belem do Pará. En la resolución del caso, la Comisión aplicó este numeral de la Convención para sostener que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante 15 años¹⁰.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

10 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe de Fondo, N°54/01, *María Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001 Disponible en:

Concluye este informe que ante la presencia de procesos claros y determinantes elementos de prueba para completar un juzgamiento, no deben existir retardos injustificados en la toma de decisiones y se debe completar rápida y efectivamente el proceso penal¹¹. Asimismo, tanto la Corte como la Comisión han reiterado que los casos de violaciones a los derechos humanos, que incluyen los casos de violencia contra las mujeres, deben llevarse a cabo por autoridades apropiadas y sensibilizadas en materia de género ya que de no ser así estas autoridades no colaboran entre sí y se registran vacíos claves en las investigaciones que afectan negativamente el futuro procesal del caso¹². También podemos agregar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que: *“entre los deberes del Estado de actuar con la debida diligencia, en los términos del artículo 7 de la Convención de Belém Do Pará, en particular para prevenir o transformar situaciones estructurales o extendidas de violencia contra las mujeres, deben considerarse comprendidas las medidas especiales de promoción de la igualdad y la erradicación de patrones sociales y culturales que favorecen la discriminación de las mujeres en la sociedad”*¹³.

- c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso: la Convención reconoce el vínculo crítico que existe entre el acceso de las mujeres a una adecuada protección judicial al denunciar hechos de violencia, y su eliminación. Por ello es que resulta imperativo contar con un marco normativo que permita a las mujeres acceder a un efectivo goce y ejercicio de su derecho a vivir una vida libre de violencia.
- d. Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique

<http://www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

- 11 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe de Fondo, N°54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001, párrs. 38-39, 44. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
- 12 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, p. 21. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/default.asp>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
- 13 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, p. 44. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/default.asp>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

su propiedad: esta obligación es una particularidad de la obligación de garantizar el acceso a mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial. En este sentido, constituye una dimensión particular del derecho a la protección judicial el acceder a una tutela cautelar efectiva. Por lo tanto, el Estado está obligado a establecer mecanismos judiciales de tipo cautelar para obligar al agresor a cesar en su hostigamiento, intimidación, amenaza, daño o puesta en peligro de la vida de las mujeres de cualquier forma que atente contra su integridad o propiedad, pero también está obligado a adoptar otro tipo de medidas que cumplan con estos fines, tales como contar con casas de acogida, servicios especializados en atención a víctimas de violencia contra las mujeres, entre otros.

- e. Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer: dada la vinculación directa entre violencia y discriminación, esta obligación impone a los Estados el deber de revisar las normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de las mujeres.¹⁴
- f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos: esta obligación es una forma particular en que se manifiesta la debida diligencia, puesto que impone a los Estados el deber de actuar de acuerdo a los siguientes principios¹⁵: oficiosidad, esto es, el Estado debe actuar de oficio si toma conocimiento de una violación a los derechos humanos, en este caso, que implique el ejercicio de la violencia contra las mujeres; oportunidad, esto es la investigación debe iniciarse de manera inmediata pues así se preserva y recolecta prueba y se identifican testigos, debe ser llevada a cabo en un plazo razonable y ser propositiva, esto es, que las investigaciones deben ser dirigidas por las propias autoridades sin depender del aporte privado de pruebas, sea por la víctima o sus familiares; competencia, es decir, la investigación debe ser realizada por profesionales competentes y empleando los procedi-

14 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, p. 33. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/default.asp>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

15 CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL. (CEJIL). *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 22 y sgtes.

mientos apropiados; independencia e imparcialidad de las autoridades investigadoras; exhaustividad, esto es, la investigación debe agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y proveer castigo a los responsables;¹⁶ y participación, lo que implica que la investigación debe desarrollarse garantizando el respeto y participación de sus víctimas y sus familiares.

- g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia obtenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces: esta obligación también es una manifestación del deber de debida diligencia, pues impone a los Estados la carga de resarcir y reparar efectivamente el daño que experimentó la mujer víctima de violencia.
- h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta convención: con esta obligación se cierra el círculo de deberes del Estado, pues en definitiva lo insta a establecer los mecanismos, legislaciones, etc. que sean necesarios para darle efectividad a la Convención.

En el artículo 8 se detalla el segundo nivel de obligaciones, donde los Estados se obligan a adoptar de manera progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a. Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
- b. Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer

16 Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.” En Caso Heliondo Portugal vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 144. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.doc. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

- c. Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
- d. Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;
- e. Fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;
- f. Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;
- g. Alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;
- h. Garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y
- i. Promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

De este artículo se desprende que, para combatir la violencia contra las mujeres, no sólo se requieren políticas globales como las mencionadas en dicha norma, sino que se necesita, además, contar con medidas específicas que se vayan adaptando en forma progresiva por la sociedad. Por ello, los Estados deben promover la eliminación de los patrones socio culturales y tradicionales que perpetúan los estereotipos del rol que se le asigna a cada sexo, de manera de ir creando en la sociedad una conciencia que prevenga y elimine la violencia contra las mujeres. Para ello, resulta sumamente importante el papel que cumple la educación, sea formal o no, la capacitación continua con especial énfasis en los operadores de justicia, policías, fiscales, jueces, auxiliares de la administración de justicia, y en definitiva, la formación especializada de quien participe de una u otra manera en los procesos por investigaciones relativas a hechos de violencia contra las mujeres. Del mismo modo, es fundamental

contar con la información adecuada y la cooperación de las entidades especializadas en la materia para dar cumplimiento a los deberes impuestos por esta convención.

Junto con lo anterior, en el artículo 9 de la Convención de Belem do Pará se señala que para el cumplimiento de los deberes adoptados, los Estados deberán tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir las mujeres en razón de su raza o condición étnica, su condición de migrante, refugiada o desplazada, de embarazada, de discapacitada, menor de edad o anciana, en situación socioeconómica desfavorable, afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

4. Mecanismos interamericanos de protección

Uno de los grandes aportes de la Convención de Belem do Pará es precisamente haber establecido mecanismos interamericanos de protección, los que hacen que tenga solidez al momento de exigir su cumplimiento.

En el artículo 10 se requiere que los Estados partes incluyan en sus reportes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, información relativa a las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres o asistir a las víctimas de ella, así como también dar cuenta de las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra las mujeres.

Por su parte, el artículo 11, permite a los Estados y a la Comisión Interamericana de Mujeres, solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención. Esta medida es sumamente importante, toda vez que se otorga la facultad a la Corte de determinar si un acto es constitutivo o no de una violación a la Convención, y no sólo puede ser solicitada por un Estado parte, sino también por la Comisión Interamericana de Mujeres.

El artículo 12 es la norma que, sin duda, dota de mayor importancia a la Convención, puesto que permite que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la organización, presente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación a alguno de los deberes contemplados en el referido artículo 7 por parte de un Estado. Para estos efectos, la Convención se remite a las normas y requisitos de procedimientos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este procedimiento implica necesariamente haber agotado los recursos eficaces de la ley interna de cada país, y si

éstos no existieran o el acceso a la solución y la decisión tarda sin justa razón, también procede denunciar los vacíos y las discriminaciones de las leyes.

Si bien es cierto la creación de estos mecanismos de protección constituyen un gran avance, existen algunas limitaciones que le restan eficacia. En primer lugar, la Convención permite que se denuncien violaciones a las obligaciones de los Estados que se encuentren contemplados únicamente en el artículo 7, lo cual deja afuera todos los deberes que están contenidos en el artículo 8,¹⁷ y en segundo lugar, no existe la posibilidad de recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para ejercer su labor jurisdiccional, sino solamente de manera consultiva¹⁸.

5. Disposiciones generales

Los últimos artículos de la Convención dicen relación con la interpretación de la misma, señalando que nada de lo dispuesto por este instrumento internacional puede ser interpretado como restricción o limitación de la legislación interna del Estado que otorgue mayores protecciones y garantías que las consagradas en Belem do Pará. Del mismo modo, se indica que si la Convención Americana de Derechos Humanos u otras convenciones internacionales contienen mayores protecciones que la Convención de Belem do Pará, ésta no será un obstáculo que restrinja o limite esas mayores protecciones o garantías.

La Convención queda abierta a la firma y ratificación de los Estados miembros y a la adhesión de cualquier otro Estado. Se prescribe que no se pueden formular reservas que sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención o que sean de carácter general. Se agregan normas relativas a la entrada en vigor de la Convención, así como también se indica que se pueden proponer enmiendas a través de la Comisión Interamericana de Mujeres. Por último, se prescribe que la Convención regirá indefinidamente y cualquiera de los Estados podrá denunciarla y cesará en sus efectos un año después de depositado el instrumento de la denuncia.

17 No obstante lo anterior, es posible sostener que dado que la Convención garantiza a las mujeres el derecho a vivir una vida libre de violencia, ello permitiría utilizar el artículo 7 entendiéndolo de manera extensiva, incluyendo el contenido del artículo 8.

18 Sin perjuicio de ello, de acuerdo a las reglas de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene aplicación subsidiaria, un Estado puede aceptar la jurisdicción de la Corte y otorgarle competencia para el juzgamiento de estos casos.

III. Convención de Belem do Pará y su incorporación en fallos de tribunales internos

Poco a poco nuestros Tribunales de Justicia han incorporado, en la redacción de sus fallos, normativa internacional. En el caso de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, los Tribunales no se han quedado atrás, mencionándola como norma fundante de sus fallos. A continuación se transcriben algunos fallos condenatorios ejecutoriados por el delito de femicidio, donde los Tribunales la citan:

1. Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 28 de julio de 2012, RUC N°1110021077-2, RIT N°43-2012, Considerando Trigésimo Segundo, los magistrados sostienen que: *“En efecto, debe destacarse que estamos ante un caso donde se ha hecho manifiesta, una vez más, una situación de violencia de género. En este sentido debe destacarse que el Estado Chileno ha ratificado diferentes instrumentos internacionales vinculados al respecto, entre los que se destaca la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, y la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belem do Pará–”. En esta última convención se ha declarado que “...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1), y que “...incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...” (art. 2).*

Por otra parte, también se resalta en dicha convención que “...el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (art. 6). En este marco, la convención estipula como deber del Estado “...adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia...” (art. 7).

No hay duda que procurar visibilizar las convenciones de referencia y poner de resalto las características de este tipo de violencia en los casos en los que ellas concurren, hace al cumplimiento de los estándares exigidos internacionalmente.

Asimismo no puede dejarse de referir la recomendación general n° 19 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (dictada en el 11° período de sesiones, 1992, U.N., titulada “La violencia contra la mujer”. Allí se explicita que el Comité llegó a la conclusión de que “...no siempre reflejaban de manera apropiada la estrecha relación entre la discriminación contra la mujer, la violencia

libertades fundamentales”, y que –en base a lo dispuesto en los arts. 1 a 16 de la Convención– “...las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación”. Así también destacamos que “la violencia en la familia es una de las formas más insidiosas de violencia contra la mujer. Existe en todas las sociedades. En las relaciones familiares, se somete a las mujeres de cualquier edad a violencia de todo tipo, como lesiones, violación, otras formas de violencia sexual, violencia mental y violencia de otra índole, que se ven perpetuadas por las actitudes tradicionales. La falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas. La negación de sus responsabilidades familiares por parte de los hombres puede ser una forma de violencia y coerción. Esta violencia compromete la salud de la mujer y entorpece su capacidad de participar en la vida familiar y en la vida pública en condiciones de igualdad”.

2. Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 24 de junio de 2013, RUC N°1200929260-6, RIT N°65-2013: los jueces orales estipularon, en su Considerando Décimo: “Que en relación, a la situación de violencia de género, nuestro país ha ratificado diferentes instrumentos internacionales vinculados al respecto, entre los que se destaca la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”; y la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –Convención de Belem do Pará”. En esta última convención se ha declarado que “...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1), y que “...incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...” (art. 2).

Asimismo, en dicha convención se previene “...el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (art. 6). En este marco, la convención estipula como deber del Estado “...adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia...” (art. 7)”.

3. Iltma. Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de Septiembre de 2014, Rol N°130-2014: los magistrados indicaron: “Sobre la materia, no puede esta Corte

de Nulidad dejar de traer a colación, la Recomendación General 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) adoptada en 1992, a través de la cual se afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y la **Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belén Do Para”**, que en su artículo 1°, señala que se debe entender por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado y que de acuerdo al artículo 2° incorpora la violencia física, sexual y psicológica (letra a), que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprenda, entre otros, violación, **maltrato** y abuso sexual. A su turno, el artículo 4° de este instrumento mandata que: “... Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. **el derecho a que se respete su vida**; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...”, derechos que en mérito de los hechos asentados en el laudo que se revisa fueron regularmente violentados por el acusado, al punto que llegó a privar a la ofendida del más básico y elemental de los derechos humanos que consagra nuestra Carta Fundamental, en su artículo 19 N°1, esto es, el de la vida”.

IV. Conclusiones

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer constituye un gran avance en materia de derechos humanos de las mujeres. Hace 20 años ya, que gracias al trabajo incansable de organizaciones no gubernamentales y grupos de mujeres que exigían una vida libre de violencia, junto a la labor de la Comisión Interamericana de Mujeres, se logró que los Estados Americanos adoptaran esta Convención, única en el concierto internacional.

La Convención Belem do Pará es fundamental por varios aspectos. En primer lugar, porque se consagra explícitamente en un instrumento internacional que la violencia contra las mujeres constituye una grave violación a los derechos humanos y, por tanto, deja de ser una cuestión menor que estaba radicada en el ámbito privado de las personas. Ello es muy relevante porque deja en claro que la violencia que sufren las mujeres ocurre en todos los ámbitos, público y privado, y se produce por las graves desigualdades que existen entre hombres y mujeres, donde por siglos se ha establecido una situación de superioridad y de ejercicio de poder del varón por sobre la mujer. De allí que ésta sea violencia de género: las mujeres son víctimas de violencia por el solo hecho de ser mujeres. Se trata de una violencia estructural, por lo cual necesariamente el Estado debe estar involucrado en su prevención, sanción y erradicación. Al ser

estructural, la violencia se vincula estrechamente con la discriminación que viven las mujeres, por ello es que el concepto de no discriminación se incluye al señalar “el derecho a una vida libre de violencia”. Esta inclusión reviste suma importancia, puesto que la Convención reconoce que la discriminación causa la violencia contra las mujeres, y por ello debe combatirse.

Esta Convención también es fundamental por la estructura que adopta, estableciendo una definición de violencia contra las mujeres, derechos protegidos y deberes de los Estados, creando mecanismos de protección ante eventuales violaciones de esos derechos. La definición que adopta contiene lo que toda definición de violencia contra las mujeres debe incluir, entendiendo como manifestaciones de ella la violencia física, sexual y psicológica que ocurra tanto al interior de la familia como en la comunidad, y la perpetrada o tolerada por el Estado. En cuanto a los derechos, destaca el derecho a una vida libre de violencia, incluyendo allí el derecho a una vida libre de discriminación y de ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Mención especial merecen los deberes de los Estados, no sólo por el contenido de ellos, sino por la posibilidad de exigir su cumplimiento a través de los mecanismos interamericanos de protección, que permiten a cualquier persona concurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por todo lo dicho, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, es una norma importante, cuya aplicación en nuestro país ha sido progresiva, pero que requiere ser utilizada aún más, ya que es ley de la República y por ende, obligatoria. Es deber de los y las fiscales, defensores y defensoras, policías, jueces y juezas y todo aquel que tenga relación con hechos constitutivos de violencia de género, el conocer el contenido y alcance de este instrumento internacional, así como también darle efectiva aplicación, puesto que es deber de todos y todas el prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres.

V. Bibliografía

1. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). “*Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a Derechos Humanos*”. Buenos Aires, Argentina, 2010.
2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Fondo, N°54/01, *Maria Da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de abril de 2001. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].

3. Copelon, Rhonda. “La Convención contra la violencia de género: mecanismos regionales de protección”. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100304_04.pdf. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
4. Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de Septiembre de 2014, Rol N°130-2014.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliondo Portugal vs Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.doc. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
7. Chile, Decreto N°1640 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulga la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Diario Oficial del 11 de noviembre de 1998.
8. Díaz García, Iván. “Igualdad en la aplicación de la ley. concepto, iusfundamentalidad y consecuencias”. En: Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2, 2012. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200003. [fecha de consulta: 16 de octubre de 2014].
9. Juliano, Mario Alberto. “La influencia de la Convención de Belem do Pará sobre la ley y jurisprudencia locales”. Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/07/doctrina05.pdf>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
10. Naciones Unidas. “Convención sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación contra la Mujer”. 18 de diciembre de 1979. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
11. Naciones Unidas. “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, Resolución 48/104, 23 de febrero de 1994. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/48/104>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
12. Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”. 20 de enero de 2007. Disponible en: <http://>

- www.oas.org/es/cidh/mujeres/default.asp. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
13. Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”. 3 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf> [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
 14. Organización de Estados Americanos. “Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”. 9 de diciembre de 1985. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
 15. Pérez Contreras, María de Monserrat. “Comentarios a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: Convención de Belem do Pará”. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/95/el/el15.pdf>. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
 16. Retamales Soto, Carmen Paulina y Sepúlveda Sánchez, Ivonne Angélica. “*Violencia contra la mujer en Chile: Análisis y propuestas dentro del marco de la Convención de Belem do Pará*”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, diciembre de 2000.
 17. Rodríguez, Marcela. “Sobre la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica07.pdf. [fecha de consulta: 13 de octubre de 2014].
 18. Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 28 de julio de 2012, RUC N°1110021077-2, RIT N°43-2012.
 19. Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 24 de junio de 2013, RUC N°1200929260-6, RIT N°65-2013.

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

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL NUEVO DELITO DE FRAUDE CONCURSAL

Andrés Salazar Cádiz¹

I. Introducción

Los sistemas jurídicos modernos son dinámicos². Que posean esta característica importa que ellos son susceptibles de ser modificados de acuerdo a las reglas de cambio que el mismo sistema provee, incorporando nuevas normas o derogando las antiguas³. Dicha apertura al cambio permite la adaptación del sistema jurídico a nuevas valoraciones sociales o morales, las cuales se hayan políticamente mediadas a través del acto legislativo⁴. No obstante, los efectos

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 En este sentido, KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2012, págs. 111-113. Esta característica es precisamente la que distingue a los ordenamientos jurídicos modernos del derecho antiguo o premoderno que, bajo una autocomprensión guiada desde la perspectiva del derecho natural, veía a las normas jurídicas como inmutables, permanentes, cuyo conocimiento podía ser alcanzado por la razón y en dicha medida, eran susceptibles de descripción. El derecho moderno, por contrapartida acepta la esencial contingencia del derecho, esto es, se entiende al derecho como una práctica social que depende de actos voluntarios sancionados autoritativamente. Al respecto, originalmente, ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. México, Editorial Porrúa, 2006, p. 4; recientemente, sobre la importancia de este punto para la Teoría del Derecho, ver: ATRIA, Fernando. *Seguridad jurídica y derechos fundamentales*. En: BORDALÍ, Andrés (Coordinador). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Chile, Editorial LexisNexis, 2006, págs. 9-16; PEREIRA FREDES, Esteban. La Teoría del Derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de Derecho. En: *Revista de Estudios de Justicia* N°17, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2012, págs. 99 y sgtes.
- 3 Hart, denomina a estas reglas secundarias, por oposición a las reglas primarias que son aquellas que establecen patrones de conducta. En palabras de Hart: “es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados de reglas. Según la regla de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primarias se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación”. HART, Herbert L. *El Concepto de Derecho*. 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1968, p. 101.
- 4 HART, ob. cit., págs. 247 y sgtes. En términos de Teoría de Sistemas, una visión análoga se puede encontrar en LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México, Editorial Herber, 2006, págs. 632 y sgtes. Al mismo tiempo cabe tener presente que la mediación político-deliberativa que se da paradigmáticamente en los órganos

de la adaptación del sistema jurídico no se agotan simplemente en la sustitución de sus estructuras normativas. El reemplazo de unas normas jurídicas por otras⁵ implica para el caso de los funcionarios operadores del sistema un nuevo escenario que, en la mayoría de los ocasiones, demandará nuevas interpretaciones para la correcta aplicación de esas nuevas disposiciones⁶.

La anterior constituye una descripción especialmente pertinente para el caso de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Y es que, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley N°20.720, denominada de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas⁷, el pasado día 10 de octubre de 2014, ha operado un importante cambio en la formulación de las reglas que rigen al derecho concursal. Sin embargo, dichas transformaciones no se agotan en la modernización de los procedimientos existentes en nuestro país para hacer frente a situaciones de crisis financiera traducidas en la incapacidad de pago de determinados deudores, sino que además, la nueva legislación asumió la tarea de actualizar el Derecho Penal de la insolvencia, tanto para establecer una regulación punitiva coherente con el derecho al cuál ésta accede, como para superar una serie de problemas de técnica legislativa y legitimación material que habían sido reiteradamente denunciados por la doctrina nacional y que se arrastraban ya desde larga data.

Sin que sea necesario caer en la exageración de Von Kirchmann⁸, es razonable pensar que el cambio de normas civiles, procesales y penales tornará en problemática, al menos en un primer momento, la interpretación del sentido y alcance de algunos de los enunciados jurídicos incorporados a nuestro derecho positivo. Es este el panorama que inspira la redacción de las ideas que

legislativos de las democracias modernas reviste de legitimidad a las disposiciones del ordenamiento jurídico en el contexto de un mundo desmitificado luego de la escisión entre poder político y religioso y la pérdida del potencial explicativo acerca del fenómeno jurídico proveída por el *iusnaturalismo*. Acerca de esto, HABERMAS, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad por la Vía de la Legalidad?* En: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona, Editorial Paidós, 2012, págs. 131 y sgtes.

- 5 Y aquí hablamos de reemplazo de normas y no del mero reemplazo de los enunciados contenidos en un determinado texto jurídico con carácter autoritativo.
- 6 Y es que tal como señala Raz: “*la adopción de un estándar jurídico, su aceptación por la autoridad jurídica competente –legislativa, administrativa o judicial– es el momento decisivo que produce una transformación básica de la situación. Esa aceptación (...) transforma un estándar en el derecho del lugar*” y en tanto derecho del lugar, las normas surgidas del procedimiento legislativo vinculan institucional y forzosamente al funcionario encargado de la interpretación y aplicación del mismo. RAZ, Joseph. *Sobre la naturaleza del Derecho*. En: *Entre la Autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. España, Marcial Pons, 2013, págs. 120-121.
- 7 En adelante nos referiremos a ella como “LRLEP” o simplemente como “Ley 20.720”.
- 8 Quien es el autor de la célebre frase tantas veces citada que afirma que “*bastan tres palabras del legislador para convertir bibliotecas enteras en basura*”.

se desarrollarán a continuación. Y si bien es cierto que la precisión de todos los alcances y consecuencias que pueden desprenderse a partir de la introducción de las nuevas normas punitivas exceden con mucho las posibilidades de este breve artículo, nuestra pretensión es mucho más acotada: se trata de aportar algunos puntos de vista relativos a la estructura y función de uno de los nuevos tipos penales comprendidos en la reforma en comento. Nos referimos al delito que denominaremos aquí, por estipulación, el fraude concursal de acreedores, el cual se encuentra previsto y sancionado en el nuevo artículo 463 del Código Penal.

A nuestro juicio, dicho delito posee una importancia radical para el nuevo sistema penal-concursal. Sin embargo, una lectura apresurada de aquella norma podría prestarse para confusiones dada la incorporación en su texto de ciertas “cláusulas regulativas” por parte del legislador. Es así que la parte medular del presente artículo girará en torno a la identificación de criterios que permitan dotar de contenido a la norma en estudio, con lo que se pretende sortear el riesgo de una interpretación formalista que traiga como consecuencia la inaplicabilidad de la regla. Siendo este el fin principal de la argumentación que se iniciará en las próximas líneas, y teniendo a la vista los límites de extensión del presente trabajo, debe adelantarse que no podrán ser abordados aquí, con exhaustividad, todos los relevantes del presente delito. Sin perjuicio de ello, se hará un breve análisis de algunas cuestiones indispensables para el buen entendimiento de la norma como lo son consideraciones referentes al sujeto activo del delito, a la conducta típica, a las condiciones institucionales que permiten la aplicación de la sanción penal (o, en otras palabras, al rol que se le puede atribuir a la resolución de liquidación), al tipo subjetivo y a la determinación del bien jurídico que se pretende proteger.

II. Morfología del nuevo delito del Art. 463 C.P., de las reglas asociadas a él y algunas consideraciones preliminares

Antes de iniciar nuestras reflexiones será necesario revisar la norma de sanción plasmada en el nuevo artículo 463 C.P. La mencionada regla se encuentra configurada de la siguiente manera:

Artículo 463.- El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Para comprender de mejor forma la citada disposición, ella debe ser complementada con las reglas contenidas en los artículos 465 inciso primero y 465 bis, disposiciones que se reproducen a continuación:

Artículo 465.- La persecución penal de los delitos contemplados en este Párrafo sólo podrá iniciarse previa instancia particular del veedor o liquidador del proceso concursal respectivo; de cualquier acreedor que haya verificado su crédito si se tratare de un procedimiento concursal de liquidación, lo que se acreditará con copia autorizada del respectivo escrito y su proveído; o en el caso de un procedimiento concursal de reorganización, de todo acreedor a quien le afecte el acuerdo de reorganización de conformidad a lo establecido en el artículo 66 del Capítulo III de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas.

Artículo 465 bis.- Las disposiciones contenidas en los artículos anteriores de este Párrafo referidas al deudor sólo se aplicarán a los señalados en el número 13) del artículo 2° de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas.

Luego de un rápido repaso de las normas relevantes, varias cuestiones pueden ser notadas desde ya.

En primer lugar, cabe enfatizar que el delito de que se trata es uno de defraudación. Esta conclusión no sólo se deriva de la ubicación que fue entregada por el legislador a ésta y al resto de las normas penales contenidas en la Ley N°20.720. Y es que, si fuera por una cuestión de “geografía” normativa, nuestra afirmación sería simplemente trivial, porque, en efecto, los nuevos delitos concursales fueron ubicados en el párrafo 7 del título IX del Libro II del Código, epígrafe que se denomina, justamente, “de las defraudaciones”.

Pero nuestra afirmación se sostiene no sólo en un antecedente como éste, sino que en la concreta modalidad en que se desarrollan las conductas reprobadas por la norma de que se trata. Y es que, como señala Mera, el fraude es una determinada forma de actuar, en particular se trata de “*un medio o modo de obrar engañoso o abusivo de la confianza de que se vale una persona para obtener un resultado antijurídico*”⁹. En este orden de ideas, tal y como indica Hernández, en el sustrato de las conductas que son alcanzadas por este específico tipo penal se encuentra presente el hecho de que en ellas existe “*un propósito defraudatorio expresado en una grave administración perjudicial*”¹⁰. Baste por ahora con lo señalado hasta aquí. Más adelante, al analizar en concreto la conducta típica, retomaremos esta argumentación, ya que debe ser complementada en atención a consideraciones de orden teleológico (o, usando

9 MERA FIGUEROA, Jorge. *Fraude Civil y Penal. El delito de entrega fraudulenta*. 2ª ed., Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 84.

10 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La administración desleal en el Derecho Penal chileno. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, N°XXVI, 2005, p. 209.

la terminología en boga, por referencia al criterio del fin de protección de la norma).

Desde otra perspectiva, poco puede asombrarnos la circunstancia de que para apreciar la total extensión de la norma de conducta aludida debamos recurrir a otras reglas que la complementan. Este es el preciso caso del artículo 463 C.P. puesto en relación con los artículos 465 inc. 1° y 465 bis C.P.

No obstante, lo que sí puede llamar la atención son las sucesivas restricciones que todas estas normas contienen respecto de los potenciales alcances de un delito como el que se trata. Claro está que todas ellas son consistentes con el contexto en el que se insertan las conductas fraudulentas que se sancionan: un período de crisis patrimonial marcado por la apertura del concurso de acreedores. El análisis de las mencionadas restricciones se realizará durante las próximas páginas.

III. El fraude concursal. Consideraciones en torno al tipo objetivo

a) En cuanto al sujeto activo

El delito de fraude de acreedores se configura como un delito especial, dado que el círculo de destinatarios de la norma de conducta se encuentra reducido a ciertas y determinadas personas. De acuerdo a lo establecido en el artículo 465 bis, quienes pueden ser autores del delito son sólo aquellos que se encuentran comprendidos dentro del concepto “*empresa deudora*” conforme lo reglado por el número 13 del artículo 2° de la LRLEP; artículo que en lo pertinente señala lo siguiente:

Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de esta ley se entenderá en singular o en plural por:

12) Deudor: toda Empresa Deudora o Persona Deudora, atendido el Procedimiento Concursal de que se trate y la naturaleza de la disposición a que se refiera.

13) Empresa Deudora: toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N°824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta.

Al respecto, tal y como el lector habrá podido apreciar, es necesario destacar el hecho de que las citadas normas incorporadas al Código Penal recogen, a nivel de reglas de autoría, un importante cambio de denominación que ha operado como efecto de la entrada en vigencia de la Ley N°20.720, al reemplazar ésta el concepto utilizado para referirse a quién se encuentra en una situación de insolvencia institucionalmente declarada. Como se sabe, bajo el imperio de la

Ley 18.175 al sujeto pasivo de un procedimiento concursal se le identificaba a través de la expresión “fallido”. Hoy, en cambio, la correcta forma de designar a quien detenta tal estatus es recurriendo al uso de la expresión “deudor”. Las razones que explican la mencionada modificación son dos: una de orden connotativo y otra de orden extensivo.

En primer lugar, existe una razón de orden connotativo que justificaría, a juicio del legislador, el reemplazo del continente del concepto. A este respecto, debe tenerse presente que una de las finalidades declaradas de la nueva regulación fue la de terminar con el cariz estigmatizante de la quiebra¹¹. Bajo el nuevo paradigma concursal propugnado por la Ley 20.720¹², se entendió que debería evitarse mantener ciertas designaciones que, a nivel pragmático-cultural, poco a

11 En palabras de la Superintendente de Quiebras en su intervención ante la Comisión Constitución de la Cámara de Diputados: “*uno de los principales objetivos de esta iniciativa legal consiste en terminar con el prejuicio y estigma social que conlleva el fracaso del emprendimiento, que trata al deudor que cae en insolvencia como a un delincuente. Dicho prejuicio se encuentra fuertemente arraigado en el inconsciente colectivo y no obedece sólo a una costumbre, sino que encuentra un importante asidero en la normativa legal de quiebras*”, Historia de la Ley, p. 1966 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44602/2/HL20720.pdf>. [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014].

12 A este respecto, cabe señalar que, durante la tramitación de la ley, se aludió a la necesidad de cambiar el paradigma que se hallaba sobre la base de los procedimientos concursales vigentes hasta esa fecha. En efecto, la quiebra (entendida como insolvencia o cesación de pagos), desde una visión tradicional, se apreciaba prioritariamente desde la perspectiva del acreedor, esto es, como riesgo a la estabilidad patrimonial de todos aquellos que se relacionaban comercialmente con el fallido, circunstancia que reclamaba entonces una “rápida” intervención estatal que impidiera la expansión de la crisis financiera (que como en una especie de reacción en cadena podría alcanzar a los acreedores del deudor insolvente). De esta forma, el foco del procedimiento civil de quiebras debía centrarse en la necesidad de liquidar, de la forma más expedita posible, los bienes del deudor caído en bancarrota para pagar con sus resultas los créditos de los acreedores. Sin embargo, al adoptar una visión como ésta, la legislación quedó ciega respecto de la situación padecida por el fallido y quizás, más importante aún, abierta a una aparente contradicción con una de las bases de la institucionalidad propugnada por la Constitución vigente. Nos referimos a la importancia sistémica que nuestra carta fundamental le asigna a la libertad para desarrollar actividades económicas. En este sentido, el énfasis de una legislación coherente con los principios constitucionales vigentes debería ser uno que promoviera la aplicación de ciertos mecanismos institucionales que tiendan a facilitar la reorganización de las empresas que a pesar de encontrarse en una crisis financiera aún presentan viabilidad económica y no fomentar de manera unidireccional e indiscriminada el desmantelamiento de los emprendimientos que atraviesan por dichas circunstancias. En este orden de ideas, por ejemplo, huelga destacar el contenido del respectivo Mensaje Presidencial en donde se dejó expresa constancia que: “...*el Proyecto de Ley que se presenta a vuestro conocimiento se basa en fomentar o estimular, en primer lugar, la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo*”. Historia de la Ley N°20.720, p. 7. [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44602/2/HL20720.pdf>. [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014].

poco, se fueron cargando de un determinado contenido emotivo, adquiriendo un sentido peyorativo. Para el cumplimiento de este fin, entonces, se utilizó, entre otras estrategias, el cambio de lenguaje, y ese cambio de lenguaje afectó, entre otras expresiones, a las palabras “fallido” y “quiebra”, que fueron reemplazadas por las expresiones más neutras de “deudor” y “liquidación”, respectivamente.

En segundo lugar, debe tenerse presente que el cambio de terminología tiene un efecto que va mucho más allá del contenido emotivo que se le asignaba a la palabra reemplazada en los términos anteriormente expuestos. Y ello es así porque al observar el contenido del nuevo concepto de “deudor” es posible apreciar que no existe equivalencia entre la extensión de éste y la referencia que poseía la expresión “fallido”. La razón de la extensión del concepto a nivel concursal es primariamente una de acceso, mientras que la razón de la extensión del concepto a nivel penal es meramente consecencial.

Respecto a lo primero, debemos señalar que, de acuerdo con la historia fidedigna de la ley, es claro que el legislador concibió al nuevo procedimiento concursal como un mecanismo institucional orientado, en principio, a la reorganización de empresas económicamente viables y sólo después como un procedimiento ejecutivo de carácter universal tendiente a la liquidación de bienes del deudor y pago eficiente de los acreedores del mismo. La anterior consideración trajo consigo una apertura del sistema concursal a un mayor número de individuos, lo que se tradujo, básicamente, en la creación de cuatro procedimientos distintos, a saber, los procedimientos de renegociación y liquidación destinados a “personas deudoras”¹³ y, en segundo lugar, los procedimientos de reorganización y liquidación diseñados para “empresas deudoras”¹⁴⁻¹⁵. En lo

13 Al respecto, el artículo 1° de la Ley N°20.720 señala que: “[l]a presente ley establece el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una Empresa Deudora, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una Persona Deudora”, mientras que el número 25 del artículo 2° de la misma ley define a la Persona Deudora como: “[t]oda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora”.

14 Además, desde nuestra perspectiva, la descrita puede ser considerada como una consecuencia asociada al fenómeno denominado “unificación del derecho privado”, siendo una de sus manifestaciones más relevantes la integración de las normas mercantiles y civiles del derecho de las obligaciones. Tal proceso, muy debatido en Europa en la actualidad, descansa en el presupuesto de que hoy en día no se justifica la mantención de un derecho comercial entendido como un estanco separado del derecho común, debido a que las condiciones históricas que le dieron origen han cambiado radicalmente, perdiendo utilidad en la vida económica contemporánea la mantención de reglas especiales destinadas a quienes se dedican de forma permanente a la industria y el comercio, dado que hoy muchos particulares y personas jurídicas sin fines de lucro, como corporaciones y fundaciones, se ven forzadas a realizar actos jurídicos antiguamente calificados como de comercio. Al respecto, CARVAJAL ARENAS, Lorena. Unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°XXVII, Chile, 2006, págs. 37-53.

15 Queda fuera de esta enumeración el denominado procedimiento de insolvencia transfronteriza.

que a nuestros fines incumbe, como hemos visto, a través de la ampliación del sujeto pasivo del procedimiento concursal por medio de la inclusión del concepto “empresa deudora”, el legislador permitió que tanto personas jurídicas con y sin fines de lucro como personas naturales que ejercen profesiones liberales pudieran acceder a este tipo de procedimientos, los que se encontraban restringidos en el contexto de la antigua legislación sólo a personas que desarrollaran actividades de carácter mercantil, industrial, minera o agrícola, en los términos reglados por el artículo 41 de la Ley 18.175.

Luego, la ampliación del círculo de autores del delito del artículo 463 del Código Penal deviene en una consecuencia necesaria del nuevo procedimiento concursal, en el entendido que la norma punitiva debe orientar la conducta de aquellos sujetos que, con motivo de una crisis financiera y siendo susceptibles de ser declarados en liquidación puedan poner en riesgo el patrimonio de sus acreedores, a quienes les asiste la legítima expectativa de obtener el pago de sus créditos, en igualdad de condiciones y en la medida de sus privilegios, en último término, sobre los bienes que conforman el activo patrimonial de un deudor que ha caído en cesación de pagos a través del referido procedimiento.

En resumidas cuentas, en lo que a nosotros respecta, la importancia de la referida clasificación radica en que a través de ésta se amplía el número de personas que pueden ser sujeto activo de un delito concursal en relación con lo dispuesto por la antigua legislación de quiebras. No obstante, a pesar de lo importante que pueda parecer la descrita ampliación del universo de potenciales sujetos activos, debe mantenerse a la vista que estos ilícitos (incluido el contenido en el artículo 463 C.P.) siguen siendo delitos especiales al requerir una determinada calidad de parte del agente (ser deudor). Precisamente, restringir el alcance que podría asignarse al tipo penal del artículo 463 C.P. (y siguientes) es la función que cumple la regla contenida en el artículo 465 bis C.P.

Finalmente, resta destacar que, a estos efectos, adquiere relevancia lo dispuesto en el nuevo artículo 463 *quáter*¹⁶, norma que contiene una “*cláusula de actuar en lugar de otro*”. En términos muy sucintos, dicha disposición permite (complementando lo dispuesto en el artículo 58 C.P.P.) transmitir la responsabilidad penal desde la empresa deudora (que es, de acuerdo a lo establecido en el artículo 463 C.P., la que ostenta la cualidad especial exigida por el tipo), hacia la o las personas que detentan la dirección o administración del agente económico de que se trata. Un análisis más extenso de los efectos de esta regla

16 *Artículo 463 quáter.- Será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 bis y 463 ter quien, en la dirección o administración de los negocios del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones”.*

escapa a las posibilidades del presente artículo, debiendo bastar, por ahora, la advertencia ya realizada acerca de la importancia que dicha norma tendrá para la determinación del círculo de autores del mencionado tipo penal¹⁷.

b) En cuanto al bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos relacionados al concurso ha sido una cuestión controvertida en dogmática¹⁸. A estos efectos, históricamente han existido tres posturas: (i) aquellos que entienden que tras la tipificación de estos ilícitos se busca la protección de un bien jurídico individual como el patrimonio; (ii) quienes creen que éstos buscan la protección de un bien jurídico colectivo, como la fe pública¹⁹ o el sistema crediticio y, finalmente, (iii) se encuentran aquellos autores que conciben a los delitos asociados a la bancarrota como ilícitos de carácter pluriofensivo, que protegen intereses individuales y macrosociales de forma coextensiva.

En relación con el aludido debate, de la lectura de las nuevas normas incorporadas al Código Penal, se podría pensar que nuestro legislador ha tomado posición al respecto en el sentido de reconocer a los delitos concursales como ilícitos que tienden a la protección del bien jurídico individual patrimonio. De acuerdo a un razonamiento como éste, dicha consecuencia podría extraerse de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 465 del C.P., norma que permite la aplicación del acuerdo reparatorio en el respectivo procedimiento penal y, como sabemos, el artículo 241 del C.P.P. permite su procedencia en restringidas hipótesis, una de las cuales es en el caso de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.

Sin embargo, un argumento como éste no es capaz de proveer una razón suficiente para arribar a tal conclusión. Basta con señalar que el inciso segundo del artículo 465 bis puede entenderse como una regla especial respecto del artículo 241 del C.P.P. para relativizar fuertemente las implicancias que se asignan al hecho de que se pueda acceder a dicha salida alternativa en este tipo de delitos.

17 Para un mejor estudio de los fundamentos y alcances de las “cláusulas de actuar en lugar de otro” ver, VAN WEEZEL, Alex. Actuar en lugar de otro. En: *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, págs. 283 y sgtes. También, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *El delito culposo*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1995, págs. 33-35.

18 En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal y bien jurídico en el delito de quiebra. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, España, 1990, Tomo N°43, p. 29.

19 Así por ejemplo, CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*. 4ª ed., Colombia, Editorial Themis, 1989, págs. 51-59.

A nuestro juicio, los delitos concursales, y en particular el fraude de acreedores, deben ser entendidos como delitos de carácter pluriofensivo²⁰, que si bien de manera mediata tienen en consideración la protección de los intereses patrimoniales de los acreedores, de manera inmediata tienden a proteger instituciones de orden macrosocial como el sistema crediticio²¹. Ninguno de los dos aspectos pueden perderse de vista ya que quien con fraude elude el cumplimiento de las obligaciones que libre y voluntariamente ha contraído con terceros, abusando del sistema crediticio, no sólo pone en riesgo patrimonialmente a dichas personas²², sino que afecta la confianza sobre la que se erige ese mismo sistema crediticio, el cual a su vez constituye uno de los pilares fundamentales de la economía contemporánea. Y es que, como señaló el profesor Bustos: “[l]a configuración de la empresa (y del propio mercado), su desarrollo y ampliación, conforme al sistema económico imperante, sólo es posible mediante la institución del crédito. De ahí que sea necesario protegerla, aun también en consideración al deudor [cuando sus actos] atacan esta institución”²³.

20 En un sentido similar, GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, Tomo IV., págs. 298-299.

21 Así TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2010, p. 405.

22 De hecho, como ha demostrado Gallego Soler, en muchas oportunidades la mera falta de solvencia implica ya para la contraparte un perjuicio patrimonial. En palabras de dicho autor: “contraer una obligación que no va a poder ser cobrada disminuye notablemente las posibilidades de participación económica del sujeto, pues el valor intersubjetivo del derecho de crédito en el mercado no se corresponde con el valor facial de la obligación contraída. Si el acreedor que ha contraído una obligación que difícilmente va a poder ser cobrada pretende disponer de dicha obligación en el mercado económico –traspaso, endoso...– en términos intersubjetivos, ningún operador económico financiero va a valorar esa prestación por el precio que le ha costado al acreedor. Si se analizan los riesgos financieros de esa operación, si se tienen en cuenta los criterios de valoración de riesgos, se llega a la conclusión de que actualmente las posibilidades de actuación económica que permite el patrimonio a su titular son menores que con anterioridad”. GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad Penal y Perjuicio Patrimonial*. España, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 440. Con ciertas similitudes, Hernández ha planteado que: “la aceptación o no de un perjuicio dependerá de si económicamente esa obligación afecta al patrimonio, lo que dependerá fundamentalmente del poder fáctico de ejecución de la misma. Tendencialmente habrá perjuicio cuando se ha constituido un poder de disposición efectiva sobre porciones patrimoniales que ya no depende de la voluntad del afectado (...) indudablemente no puede hablarse de perjuicio por el solo hecho de prestar dinero, pues esa merma se ve compensada –jurídica y, lo que es más importante y decisivo, económicamente– con el ingreso al patrimonio de un crédito que como tal tiene un valor económico real, supuesto que el deudor quiera y pueda pagar, pero si no es ése el caso, el crédito no es más que una apariencia hueca, que no puede compensar la disminución de valor...”. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Aproximación a la problemática de la estafa. En: VVAA. *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Chile, Universidad Católica de Temuco. 2003, págs. 179 y 180.

23 BUSTOS, ob. cit., págs. 55-54. Lo agregado entre corchetes es nuestro.

c) El rol de la resolución de liquidación

El enunciado que expresa la norma punitiva en estudio contiene dentro de sus hechos operativos²⁴ una mención a la resolución de liquidación. Específicamente, la primera parte de la regla reza: “*el que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación...*”. Atendida esta constatación, deberemos desentrañar cuál es la función que dicha resolución cumple en el contexto de la referida disposición.

En primer lugar, cabe señalar que, en lo que guarda relación con el procedimiento civil de liquidación, la mencionada resolución constituye un equivalente funcional de la sentencia que declaraba la quiebra en el antiguo ordenamiento concursal. Esto se puede apreciar al comparar los efectos que posee dicha resolución con aquellos que atribuía la Ley 18.175 a la declaración de quiebra. Los mencionados efectos se encuentran descritos fundamentalmente en el art. 130 de la LRLPE, y algunos de ellos son los siguientes: (a) una vez emitida dicha resolución el deudor queda inhibido de la administración de todos sus bienes presentes; (b) dicha inhibición (denominada desasimiento) no implica que éste pierda el dominio de sus bienes, sino sólo facultad de disposición; (c) a partir de dicho acto procesal, el deudor no podrá comparecer en juicio ni como demandante ni como demandado, y (d) luego de ese instante, el liquidador pasa a administrar los bienes del deudor objeto de liquidación.

Aparte de los descritos, debe observarse que la resolución de liquidación posee un efecto que alcanza una importancia trascendental tanto para los aspectos civiles como para los aspectos penales del derecho concursal: *con la resolución de liquidación se fija institucionalmente la situación de insolvencia que aqueja al deudor.*

La insolvencia es el presupuesto fáctico básico de todo régimen concursal²⁵. Sin embargo, para la determinación de dicho estado de cosas no ha logrado asentarse un criterio unívoco que permita fijar, de manera incuestionable, el momento de su acaecimiento. Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y comparada, han buscado distintos momentos o antecedentes que permitan identificar la época a partir de la cual el deudor debe ser considerado insolvente. Para estos fines, se han sugerido, entre otros criterios, el de la cesación de pagos, el de la suspensión de pagos, el de la iliquidez, el del sobreendeudamiento, el de la incapacidad total de pago²⁶, etc.

24 Respecto de esta noción véase, MACCORMICK, Neil. *Las Instituciones del Derecho*. España, Editorial Marcial Pons, 2011, págs. 43-44.

25 Sobre esto, por ejemplo, ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo III, p. 379.

26 Al respecto, entre otros, TIEDEMANN, ob. cit., págs. 408-410.

Atendidas dichas dificultades, el primer rol trascendental que, para nuestros efectos, posee la resolución que declara la liquidación, como ya lo anticipamos, es el de fijar la insolvencia del deudor haciendo probable el concurso de acreedores. En otras palabras, a través de la mencionada resolución se fija de manera institucional el estado de cosas que permite la apertura de un procedimiento ejecutivo de carácter universal, que afecta a todo el patrimonio del deudor, quedando drásticamente restringidas las posibilidades de cuestionar dicha calificación, permitiéndose sólo aquellas vías de impugnación reconocidas formalmente por el procedimiento concursal respectivo.

Por otra parte, debe destacarse que el hecho de que la resolución de liquidación se encuentre incorporada dentro de los hechos operativos del artículo 463 C.P. implica que la resolución de liquidación funciona como un criterio normativo de aplicabilidad temporal de la regla punitiva²⁷. En otras palabras, cuando el texto del artículo 463 C.P. nos advierte expresamente que se sancionarán ciertas y determinadas conductas, siempre y cuando ellas hayan acaecido “*dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación*”, lo que se nos quiere decir es que, sólo serán sancionables criminalmente ciertos y determinados acontecimientos a los cuales el legislador les ha otorgado relevancia penal, mientras ellos hayan ocurrido en dicho período de tiempo. De esta forma, lo que haya acaecido con anterioridad a dicho período es desde esta perspectiva irrelevante y no deberá ser sancionado penalmente (no al menos, a través de la aplicación de este específico título de incriminación).

Al mismo tiempo, es obvio que, desde el momento en que el legislador ha decidido supeditar la imposición del castigo penal del deudor a la apertura formal del procedimiento concursal, la resolución de liquidación constituye un hecho que debe ser puesto en relación con la tipicidad del mencionado delito. De esta manera, resultan pertinentes tanto la pregunta acerca de la naturaleza jurídica que se le puede asignar a tal requisito legal como aquella relativa a las posibles consecuencias que se derivarían de la consideración de dicho elemento para los efectos de la persecución y sanción del delito de que se trata.

27 Como indica Bulygin, en teoría de las normas, algunos criterios de aplicabilidad guardan relación con lo que este autor denomina como “*el tiempo interno de la norma*”. En este sentido, Bulygin destaca el hecho de que: “...*las normas se refieren también a acontecimientos temporales. El tiempo en que los diferentes acontecimientos relevantes para un caso tienen lugar es determinante de la aplicabilidad de las normas a ese caso. La secuencia de todos los momentos temporales en los que la norma es aplicable a algún caso se llamará tiempo interno de la norma. El tiempo de la norma es una función de su pertenencia a un sistema, el tiempo interno es una función de su aplicabilidad*”. BULYGIN, Eugenio. *Tiempo y Validez*. En: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 199.

Con dicha finalidad, se han esbozado diversas respuestas, siendo las más recurrentes aquellas que conciben a la resolución que declara la apertura del procedimiento de liquidación (o “quiebra”) como: (a) el momento consumativo del delito concursal²⁸; (b) una condición de procesabilidad²⁹, o (c) una condición objetiva de punibilidad³⁰.

En principio, debe ser abiertamente desechada la postura que estima que la resolución de liquidación marca el momento consumativo del delito. En este sentido, nos parece evidente que la sentencia de que se trata no forma parte de la conducta del agente ni depende de su control, cuestión que implica además, desde la perspectiva subjetiva, que la verificación del acaecimiento de dicha sentencia judicial (esto es un hecho futuro e incierto) es algo que se encuentra totalmente alejado del dolo de aquel deudor³¹.

Ante estas consideraciones podría pensarse que la exigencia de una sentencia que declare la liquidación del deudor, para los efectos del delito en estudio, debería considerarse como una condición objetiva de punibilidad, esto es, de aquellas circunstancias que, si bien no afectan ni al desvalor de resultado ni al desvalor de la conducta, condicionan la conveniencia de su efectiva represión por razones político-criminales independientes de la culpabilidad del sujeto responsable de ella³²⁻³³⁻³⁴. Si consideráramos correcta esta posición deberíamos ser capaces de sostener que es posible iniciar una persecución penal por este delito incluso antes de que se emita la sentencia de liquidación. Y es que lo

28 En este sentido, GARRIDO, ob. cit.

29 Así NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo I, p. 322; ETCHEBERRY, ob. cit., Tomo III, p. 380.

30 En nuestro país participa de esta tesis PUGA, ob. cit., p. 47. También de esta opinión TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. España, Editorial Lo Blanch, 2010, p. 407.

31 En este sentido, ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. España, Editorial Thomson Civitas, 1997, Tomo I, págs. 970-971. En el mismo sentido Mir Puig, quien expresa que: “no es preciso que [las condiciones objetivas de punibilidad] sean abarcadas por el dolo ni imputables a imprudencia. Mientras que la ley sólo puede desvalorar y, en su caso, prohibir conductas dolosas o imprudentes, puede condicionar su punibilidad a circunstancias externas al hecho antijurídico y, por tanto, ajenas a la estructura a su estructura dolosa o imprudente”. MIR PUIG, ob. cit., p. 174.

32 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, p. 171.

33 TIEDEMANN, ob. cit.

34 Respecto a las razones político criminales que hacen necesaria la consideración de la sentencia que declara la liquidación (quiebra) para la sanción de estas conductas en extenso: PUGA, ob. cit, págs. 40-54.

único que no podría suceder, es que se imponga una condena penal a una persona que no ha sido afectada por dicha resolución³⁵.

Por otra parte, a partir de una lectura sistemática de las normas penales y procesales penales incorporadas por la nueva legislación, podría sostenerse que la resolución de liquidación constituye un requisito de procesabilidad. Éstas, a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad, “*se basan en razones estrictamente procesales, que no afectan ni al concepto de delito ni al derecho penal, puesto que presuponen la existencia de un hecho delictivo (...) y solamente atañen a la admisibilidad de la persecución procesal*”, siendo totalmente ajenas al complejo fáctico previsto por la norma de sanción³⁶.

La verdad es que esta discusión se puede zanjar afirmando que la resolución de liquidación importa en principio una condición objetiva de punibilidad y luego, de manera mediata, importa también una condición de procesabilidad.

En primer lugar, podemos señalar que la resolución de liquidación importa de manera mediata una *condición de procesabilidad*, afirmación que se ve corroborada cuando tomamos en consideración lo previsto en el inciso primero del nuevo artículo 465 del C.P. Esto es así porque dicha disposición restringe el ejercicio de la persecución penal sólo a dos hipótesis: (a) La existencia de denuncia o querrela interpuesta por el liquidador del proceso correspondiente, o (b) la presentación de denuncia o querrela por parte de un acreedor que haya verificado créditos en el respectivo procedimiento de liquidación.

De lo anterior se sigue que ambas hipótesis (tanto la existencia de un liquidador como la de un acreedor que haya verificado créditos en el procedimiento de liquidación) suponen lógicamente la existencia previa de una resolución de liquidación. De ello se infiere que no puede existir ni persecución ni condena sin que previamente haya tenido lugar la sentencia que decretó la liquidación del deudor³⁷. Por lo tanto, resulta necesario concluir que, en dicha medida,

35 En este sentido, CISTERNAS GONZÁLEZ, Ingrid. Las condiciones objetivas de punibilidad en el Derecho Penal chileno, págs. 89-90. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de Chile, 2008 [en línea]. Disponible en: http://www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-cisterna_i/pdfAmont/de-cisterna_i.pdf. [fecha consulta: 9 Noviembre 2014].

36 FARALDO, Patricia. Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal. En: *Estudios Penales y criminológicos*, N°24, España, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p. 300.

37 Si bien en términos estrictos, podría decirse que es la querrela de alguna de estas personas y no la resolución de liquidación la que constituye la verdadera condición de procesabilidad, no debemos perder de vista el hecho de que sin la mencionada sentencia no existe posibilidad alguna de hablar de concurso de liquidación, liquidador o acreedores con créditos verificados en el respectivo procedimiento. Por lo tanto, dicha sentencia debe entenderse como una condición de posibilidad de la respectiva querrela.

nos encontramos ante una condición de procesabilidad cuya ausencia no sólo impide el castigo del hecho, sino que además excluye toda posibilidad de persecución penal³⁸.

Sin embargo, la resolución de liquidación importa también una condición objetiva de punibilidad, ante cuya ausencia debe entenderse que se excluye totalmente la relevancia penal de la conducta del deudor, al decaer las consideraciones político-criminales que se tuvieron a la vista para considerar su conducta como delito concursal.

La separación aquí sostenida cobra relevancia cuando se atiende a la dinámica propia del procedimiento concursal de liquidación de la Ley 20.720. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 200 y 257 de la Ley 20.720, podría darse el caso que luego de presentada una querrela criminal por parte de alguno de los titulares legitimados para incoar un procedimiento penal por el delito en análisis, el procedimiento concursal llegue a su fin por la aprobación por parte de la junta extraordinaria de acreedores de un Acuerdo de Reorganización Judicial propuesto por el deudor, siempre y cuando éste cumpla los quórums especificados en el artículo 258 y la resolución se encuentre ejecutoriada en los términos del artículo 259 de la misma ley. En este caso, entonces, podría existir una querrela criminal capaz de cumplir con el requisito de procesabilidad estudiado más arriba y que, sin embargo, no cumple con la condición objetiva de punibilidad, ya que al declararse el término del procedimiento de liquidación al mismo tiempo se debe entender que se deja sin efecto la resolución de liquidación en que se basa el procedimiento penal³⁹.

d) La conducta típica

Antes de comenzar con el estudio del tipo objetivo, debe advertirse al lector que para efectos expositivos hemos decidido fraccionar el texto del artículo

38 En este sentido, MIR PUIG, ob. cit., p. 173.

39 En este sentido, Roxin señala: *“también es una condición objetiva de punibilidad el – 283 VI, según el cual las conductas de quiebras de los – 283 I y 283 b son “punibles sólo cuando el autor haya suspendido pagos, o cuando sobre su patrimonio se haya abierto el procedimiento concursal o se haya rechazado la demanda de apertura por falta de más”. En efecto, las conductas de quiebra de los – 283 I y 283 b son tan peligrosas que en sí mismas constituyen ya un injusto merecedor de penal. Y si pese a ello el legislador vincula la punición a los presupuestos previstos en el – 283 VI, ello no se debe a razones jurídico penales sino a consideraciones jurídico-probatorias y político-económicas: así si el deudor consigue finalmente controlar la situación, frecuentemente será difícil probar que se dan los requisitos objetivos y subjetivos de los – 283 I y 283 b; y sobre todo, en muchos casos el procedimiento penal en contra del deudor provocaría su inmediata ruina económica, que sin el mismo aún se podría quizás haber evitado”*. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. España, Editorial Thomson Civitas, 1997, Tomo I, págs. 977-978.

463 C.P. en dos partes, en el entendido que de esta forma se podrán observar de mejor manera distintos aspectos del mismo.

Obviamente, podría criticarse esta disección como analíticamente inconsistente, sobre todo si se tiene a la vista que muchos de los alcances de la norma en estudio sólo pueden apreciarse de mejor forma teniendo a la vista la totalidad de su texto.

Sin embargo, creemos que la división propuesta encuentra una explicación en que, a nuestro juicio, la primera parte de la norma prohibitiva (esto es, la celebración de actos o contratos que disminuyan el activo o aumenten el pasivo) posee un contenido primordialmente fáctico, mientras que en la segunda (*i.e.*, que dichos actos o contratos carezcan de otra justificación económica o jurídica que no sea la de perjudicar a sus acreedores) exige acudir a estrategias de argumentación jurídica. Esperamos, entonces que, a pesar de sus déficits, el presente esquema sirva a la aclaración de ciertos aspectos que se anticipan como problemáticos para la interpretación del tipo y que se abordan con detalle en las siguientes líneas. De todas formas, hemos dejado para las conclusiones los razonamientos que dicen relación con apreciaciones globales referidas al delito en comento.

d.1. Primera parte: la celebración de actos o contratos que disminuyan el activo o aumenten el pasivo

Tal y como señalamos al iniciar nuestras reflexiones, para analizar las conductas concretas que se encuentran prohibidas por el artículo 463 C.P. debemos recordar que nos encontramos frente a un delito de defraudación.

No obstante, como ha puesto de manifiesto cierta doctrina⁴⁰, a diferencia de otro tipo de defraudaciones (como la estafa o la apropiación indebida), la que se da en los ilícitos concursales es una que tiene lugar por medio de la gestión desleal del patrimonio propio, no del patrimonio ajeno. De ahí que sea tan relevante la identificación de un ámbito temporal en que el deudor deba comportarse de manera especialmente apegada a las exigencias de una administración ordenada y cuidadosa.

Sin embargo, en la nueva legislación concursal no se le reprocha penalmente al deudor la mera falta de diligencia en la manera en que desarrolla sus propios negocios. Más bien, lo que se busca sancionar es el mal comportamiento del deudor que acontece en un tiempo cercano a la apertura del procedimiento concursal. En particular, ese mal comportamiento se debe traducir en actividades fraudulentas que tengan por objeto eludir o burlar el cumplimiento de una o varias obligaciones válidamente constituidas por el mismo deudor.

40 Así por ejemplo, BUSTOS, ob. cit., págs. 54-56.

Y ello es así porque el legislador entiende que las conductas del deudor que tienden a disminuir su activo o aumentar su pasivo, cuando son realizadas durante el mencionado contexto temporal, ponen en riesgo a todos los acreedores del deudor en conjunto⁴¹.

Por otra parte, el delito en cuestión se encuentra construido como uno de medios determinados. En otras palabras, no cualquier forma de eludir el cumplimiento de las obligaciones del deudor es captada por este concreto tipo penal, sino sólo aquellas que se traducen o manifiestan en actos o contratos de cualquier tipo⁴².

Ahora bien, ¿qué conductas (actos y contratos) podrían ser absorbidas por el artículo 463 C.P.?

En primer lugar, constituye un lugar común de la doctrina penal indicar que son acciones propias de los delitos de insolvencia punible aquellos actos o contratos que el deudor celebra acudiendo a la simulación, disimulación o abuso de confianza⁴³. Sin embargo, nuestra pretensión es identificar con mayor detención algunas conductas que sí puedan caer dentro del supuesto de hecho de la norma de sanción en análisis.

Para los mencionados efectos, consideramos de gran utilidad acudir a las disposiciones que regulan las acciones revocatorias concursales, ya que éstas comparten similares fundamentos a los que inspiran la regla del artículo 463 C.P. En este sentido, vital importancia posee el artículo 287 de la LRLEP. Dicha norma impone, tanto al veedor como al liquidador, la obligación de ejercer acciones revocatorias en contra de los siguientes actos ejecutados o contratos celebrados:

“1) Todo pago anticipado, cualquiera fuere la forma en que haya tenido lugar. Se entiende que la Empresa Deudora anticipa el pago también cuando descuenta efectos de comercio o facturas a su cargo y cuando lo realiza renunciando al plazo estipulado en su favor.

41 Y dicho riesgo (o situación o contexto riesgoso) es acreditado retrospectivamente por la sentencia que declara la liquidación del mismo, al determinar institucionalmente la insolvencia del deudor.

42 Otro tipo de conductas que pueden ser ejecutadas por el deudor en contra de la masa de acreedores, sin que necesariamente conlleven la celebración de actos jurídicos reales o simulados, son captadas por otros tipos penales. Así por ejemplo, la ocultación de bienes es sancionada a través de la letra a) del artículo 463 bis C.P.

43 En este sentido, Etcheberry, quien agrega además el incumplimiento voluntario de obligaciones. ETCHEBERRY, ob. cit., p. 380.

2) *Todo pago de deudas vencidas que no sea ejecutado en la forma estipulada en la convención. La dación en pago de efectos de comercio equivale al pago en dinero.*

3) *Toda hipoteca, prenda o anticresis constituida sobre bienes del deudor para asegurar obligaciones anteriormente contraídas”.*

En este sentido, especial importancia tendrán los actos o contratos celebrados con empresas o personas relacionadas al sujeto activo, tal como lo expresa el inciso 2° del artículo 287 LRLEP⁴⁴.

En segundo lugar, también podemos encontrar ejemplos de conductas capaces de infringir la prohibición establecida en el art. 463 C.P. entre aquellas que ya eran consideradas delictivas bajo la óptica de la antigua Ley 18.175. Y esto no es sino una consecuencia consistente con el hecho de que el artículo 463 C.P. es producto de un ejercicio de abstracción de las reglas punitivas contenidas en la antigua Ley 18.175⁴⁵.

De esta forma cabría subsumir dentro del nuevo delito de fraude de acreedores las conductas de reconocimiento de deudas supuestas (artículo 220 N°2 Ley 18.175); enajenaciones simuladas (artículo 220 N°3); el favorecimiento de acreedores por medio de pagos anticipados (Art. 220 N°6 y 287 N°1 LRLEP) o la celebración de convenios privados con ellos (Art. 220 N°13); las donaciones realizadas en estado de evidente insolvencia (Art. 220 N°12); comportamientos a los que se pueden sumar otras conductas similares como la condonación de deudas a favor de terceros (en especial, familiares o a empresas relacionadas), etc.

Finalmente, cabe hacer presente otro tipo de actos o contratos que han sido identificados por la doctrina y jurisprudencia extranjeras como susceptibles de ser utilizados para defraudar los intereses de los acreedores. Así por ejemplo, se mencionan entre otras hipótesis la creación de sociedades ad-hoc que siendo propiedad del mismo deudor insolvente (o de personas cercanas a él), son utilizadas para sustraer del alcance de los acreedores bienes que podrían formar parte del concurso; la división o fraccionamiento de empresas de modo tal de

44 *“Tratándose de cualquier acto o contrato celebrado a título gratuito y de los señalados en los números precedentes que se hayan celebrado con Personas Relacionados a la Empresa Deudora, aunque se proceda por interposición de un tercero, el plazo se ampliará a 2 años”.*

45 Debe recordarse además que una de las críticas que se realizaba a la antigua legislación era que los artículos 219 y 220 de la Ley 18.175 tipificaban conductas acudiendo a una técnica legislativa considerada errónea por su excesivo casuismo. De hecho, como muchos autores consignaban, los distintos numerales del antiguo artículo 220 no eran sino hipótesis en cuales se ha provocado la insolvencia por conductas que suponen una grave administración perjudicial.

dejar a una de ellas (la antigua) con un patrimonio de deudas, mientras en la nueva sociedad se depositan todos los activos con valor patrimonial, etc.⁴⁶.

De lo visto entonces, podemos indicar que existe un importante número de conductas defraudatorias que, dada su conexión temporal con un determinado procedimiento concursal de liquidación, a priori, podrían ser sancionadas a través de la aplicación del Art. 463 C.P.

Sin embargo, como anticipamos, aún nos queda otro aspecto que abordar en relación con la conducta típica.

d.2. Segunda parte: La ausencia de justificación jurídica o económica

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley que culminó con la dictación de la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, surgió una importante cuestión acerca de la redacción que debería adoptar el en definitiva el actual artículo 463 C.P. Dicha discusión se desarrolló durante el Segundo Trámite Constitucional, al interior de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. Para poder apreciar en toda su dimensión la relevancia de la deliberación que se llevó a efecto en tal instancia, será necesario revisar la redacción que el artículo 463 C.P. poseía hasta dicha etapa del proceso parlamentario:

“Artículo 463.- El deudor que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare maliciosamente cualquier acto, real o simulado, que disminuya su activo o aumente su pasivo será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo”.

A partir de la presente redacción surgió la inquietud acerca de la efectiva correspondencia de la mencionada disposición con el principio de legalidad, en especial, en lo que respecta a la conciliación de aquel texto con el mandato de determinación (*lex certa*)⁴⁷. En este orden de ideas, particularmente problemático asomaba el hecho de constatar la neutralidad de las conductas descritas, dado que, durante el desarrollo normal de la vida económica de un sujeto, muchos de sus actos implican necesariamente la disminución de su activo o

46 En este sentido TIEDEMANN, ob. cit., p. 414.

47 La toma de conciencia respecto de dicho problema se debe a la intervención del profesor Héctor Hernández ante la referida Comisión, como consta en el respectivo Informe, cuyo texto se consigna en la Historia de la Ley 20.720, a partir de la página 2.256. La propuesta de redacción alternativa de Hernández era una que se asemejara al - 283 del Código Penal alemán. Como se verá más adelante, si bien el Parlamento no siguió la redacción alemana, creemos que en términos estructurales, la nuestra constituye una norma bastante similar.

el aumento de su pasivo, sin que, por ese solo hecho, a esa misma persona se le pueda atribuir responsabilidad por la lesión de los derechos o expectativas de terceros.

Fue así que luego de un intenso debate se optó por otorgarle a la mencionada norma su actual configuración. Para zanjar la discusión provocada en la búsqueda de la mejor redacción posible, se tuvo a la vista la norma contenida en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley N°19.913 que, al definir lo que debe entenderse por operación sospechosa señala lo siguiente:

“Se entiende por operación sospechosa todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada”.

Para efectos expositivos, conviene entonces reiterar aquí la estructura definitiva de la regla que es objeto de examen, debiendo el lector centrar su atención en la fórmula con la que hoy se pretende evitar la punición de conductas económicamente estandarizadas:

*Artículo 463.- El que dentro de los dos años anteriores a la resolución de liquidación a que se refiere el Capítulo IV de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo **sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a sus acreedores**, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.*

Finalmente, huelga señalar que, a pesar de que el texto revisado fue el que finalmente aprobó el Parlamento (cuestión que no pasa de ser una obviedad), su redacción definitiva no fue recibida con satisfacción por todos los miembros de la Comisión. En este sentido, algunos parlamentarios manifestaron sus reservas frente a la referida norma, anticipando que su redacción traería muchos problemas a la hora de su aplicación⁴⁸.

De lo visto hasta ahora, y habiendo revisado la evolución del tipo penal en estudio, creemos necesario reparar en las siguientes consideraciones: 1) la

48 En este sentido, cabe citar la opinión del H. Diputado Harboe, quién al respecto expresó que: “...para el período sospechoso que se consagra en esta norma, esto es, los dos años anteriores a la resolución de liquidación, debería establecerse un tipo que sancionara una conducta objetiva, esto es, la realización de actos o contratos que generen perjuicio en el sentido de aumentar el pasivo o disminuir el activo, sin hablar de la justificación económica o jurídica de los mismos, que sólo contribuye a enredar la configuración del tipo y a dar origen a una discusión doctrinaria, que no aporta mucho para evitar que en los dos años anteriores a la liquidación, el deudor ejecute actos de disposición que perjudiquen a los acreedores, ya sea aumentando el pasivo o disminuyendo el activo. Opinó que la frase cuestionada importa un elemento subjetivo, que resta fuerza al tipo penal...”. Historia de la Ley N°20.720, p. 2.262.

regla que se trata efectivamente permite disminuir el riesgo de condenas por la realización de conductas sin mayor trascendencia que la de descompensar (negativamente) el propio patrimonio del deudor y, 2) para lograr tal finalidad el legislador lo hizo al costo de incorporar una “cláusula regulativa”, acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados, lo que obligará al juez a buscar criterios que permitan dotar de contenido a la referida cláusula. Por otra parte, a pesar de la inequívoca voluntad legislativa de crear las condiciones necesarias para facilitar la aplicación de una regla de conducta como la descrita y, en dicha medida, sancionar efectivamente las defraudaciones ocurridas en un contexto concursal, no debe minimizarse el riesgo denunciado por algunos parlamentarios en el sentido de que la laxitud con que ha sido formulada, en definitiva, la mencionada regla punitiva podría propiciar el empleo de interpretaciones formalistas que impidan la correcta aplicación de la misma.

En lo que sigue, nuestra exposición girará en torno a evitar el mencionado riesgo, a través de la identificación de ciertos y determinandos criterios que permitan servir de guía para una aplicación razonable de la norma punitiva contemplada en el Art. 463 C.P., y ello, sobre la base de los mismos parámetros normativos que han sido incorporados a dicha disposición. Entonces, la tarea que deberemos acometer a continuación es la de buscar algún significado o criterio que nos permita identificar qué cuenta como una justificación económica o jurídica para los efectos de este concreto tipo penal.

Quizás la respuesta más intuitiva sea la de asignar a dichas expresiones una relación directa con aquellas causales que excluyen la antijuridicidad de la conducta, mal que mal, más de alguien podría plantear que, al menos en términos lingüísticos, existiría una especie de “*parecido de familia*”⁴⁹ entre “justificaciones económicas o jurídicas” y “causales de justificación”. No obstante, cuando hablamos de justificaciones económicas y jurídicas teniendo a la vista el contexto completo de la norma en que éstas se encuentran insertas, más bien parece que ellas hacen referencia a un elemento configurador del injusto del fraude de acreedores y, en dicha medida, no aluden a alguna norma permisiva o autorización identificable en alguna rama del ordenamiento jurídico. En otras palabras, la ausencia de justificación (económica o jurídica) posee una vinculación semántica e interna con la norma de conducta de que se trata, que permite, en definitiva, delimitar los contornos de lo prohibido por el Art. 463 del C.P. Y esa circunstancia no se corresponde, en términos estrictos, con la estructura y función que habitualmente le son asignadas a las causales de justificación⁵⁰.

49 En relación con dicha noción ver WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. 4ª ed., Editorial Crítica, Barcelona, 2008, - 67, págs. 87-89.

50 En términos estrictos, hemos de afirmar que no nos es posible apreciar que en el caso del artículo 463 C.P. se dé la estructura de una antinomia (colisión de normas) como sí

A nuestro juicio, la respuesta correcta tiene que ver con la necesidad de identificar ciertas *razones* que, en un determinado contexto económico o jurídico, puedan explicar por sí mismas la disminución patrimonial que ha afectado al deudor caído en concurso, de modo tal que se impida la reconducción de su conducta a una de tipo defraudatorio. En otras palabras, creemos que lo que el juez debe buscar en la conducta del imputado, para confirmar o descartar la presencia del fraude concursal, es que ella *posea una cierta racionalidad económica o racionalidad jurídica*. La mencionada concepción se basa primariamente en la **fuerte vinculación** que existe entre las nociones de **justificación y razón**. Y ello es así porque, tal y como lo han puesto de relieve numerosos autores, justificar algo debe ser entendido como dar buenas razones a favor de ello⁵¹.

En contra de esta argumentación podría alegarse que, con incorporar la noción de racionalidad, no se ha ganado mucho y ello porque ésta también sería una noción ambigua, que de hecho, se utiliza a menudo para designar

lo exigen las circunstancias en que operan usualmente las causales de justificación. En efecto, hemos de entender que lo paradigmático de una “situación de justificación” se encuentra en el hecho que una misma acción satisface de manera simultánea el contenido semántico de dos normas distintas, una que proscribiera dicha acción mientras que la otra permite al agente (en sentido fuerte) la realización de esa misma conducta. La distinta valoración deontológica de una misma acción por parte del ordenamiento jurídico marca la necesidad de poner fin a la antinomia que se genera en base a ciertos criterios de preferencia en la aplicabilidad de una u otra norma. Al encontrarse ambas normas en una relación lógica de interferencia y tener la norma permisiva prioridad de aplicación por sobre la norma prohibitiva (dado su carácter dependiente), la consecuencia de una colisión de normas como la descrita (en términos muy resumidos), es que la aplicabilidad de la norma prohibitiva queda excluida por la constatación de que la permisiva alcanza idéntico ámbito situacional. Sobre esto, ver: KINDHÄUSER, Urs. *Reflexiones de teoría de las normas acerca del consentimiento en el Derecho Penal*. En: *Teoría de las Normas y Sistemática del Delito*. Lima, Ara Editores, 2008, págs.18-25.; MAÑALICH, Juan Pablo. *Normas permisivas y deberes de tolerancia*. En: *VVAA. La antijuridicidad en el Derecho Penal*. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa. Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, págs. 179-220. Muy por el contrario, a nuestro juicio, en el caso en estudio, de manera coherente con la discusión parlamentaria ya revisada, debe afirmarse que el desarrollo de actividades del deudor que, meramente, aumenten su pasivo o disminuyan su activo no se encuentran prohibidas (per se), y por lo tanto, su realización es lícita, sin que exista necesidad que una norma permisiva reafirme dicha conclusión. Por el contrario, la conducta sólo adquirirá sentido delictivo cuando dicha acción no encuentre una justificación económica o jurídica, circunstancia bajo la cual el ordenamiento jurídico le adscribe a dicha acción el sentido defraudatorio que la norma repugna.

51 Véase, entre otros, ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Editorial Palestra, 2007, p. 318.; TOULMIN, Stephen. *Los Usos de la Argumentación*. Barcelona, Editorial Atalaya, 2007, p. 235.; GARCÍA CAMPOS, Jonatan. *Justificación y racionalidad desde la teoría dual del razonamiento*. En: *Ideas y Valores*, N°139, Bogotá, 2009, págs. 61 y sgtes.

cosas bastante heterogéneas, y en ese entendido, presta muy poca ayuda al objetivo de otorgar contornos más precisos a la regla en estudio.

Sin embargo, a una objeción de ese tipo podríamos contestar acudiendo a los estudios del profesor Neil MacCormick. Y es que, tal y como ha constatado el mencionado autor, en derecho habitualmente se acude a la noción de “razonabilidad” (por ejemplo a través de nociones como “*hombre razonable*”, “*cuidado razonable*”, etc.) queriendo aludir con ello a criterios que permitan comparar la conducta de un sujeto concreto con referencia a un determinado estándar o baremo objetivo (o al menos intersubjetivo)⁵².

Por otra parte, a pesar de lo que pudiera parecer en principio, en este caso, el carácter polisémico del concepto de racionalidad⁵³ nos brinda una gran ayuda para la interpretación del tipo penal. Y es que, en efecto, sí hay una cosa en la que los distintos autores que han abordado el tema de la “racionalidad” concuerdan, y es que ella (por ser una virtud o propiedad eminentemente práctica) depende del contexto en el cual se aplique. De esta forma, podemos encontrar distintos tipos de racionalidad: semántica, lógica, moral, instrumental y, por supuesto, económica o jurídica.

A mayor abundamiento, el hecho de que la razonabilidad o falta de razonabilidad de una determinada conducta deba evaluarse en un determinado contexto nos otorga un argumento genético relevante ya que esta consideración es plenamente consistente con el sustrato de la regla contenida en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley N°19.913 que, como vimos, sirvió de modelo para la configuración definitiva del tipo penal contemplado en el Artículo 463 C.P. En efecto, tal y como puede leerse en la citada norma, la Unidad de Análisis Financiero debe determinar qué corresponde y qué no corresponde a la noción de “*operación sospechosa*” atendiendo precisamente a “*los usos o costumbres de la actividad de que se trate*”, o sea a un determinado y específico ámbito de vida.

De lo dicho entonces, debemos concluir (siguiendo en esto a MacCormick) que el artículo 463 C.P. funciona como una *regla de aplicación estricta* que, en sus hechos operativos, incluye explícitamente una alusión a ciertos estándares,

52 Al respecto MACCORMICK, Neil. Razonabilidad y objetividad. En: Sobre el Razonamiento Jurídico, Revista de Ciencias Sociales N°45. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, 2000. También resalta el carácter intersubjetivo de esta noción, desde una perspectiva filosófica, WELLMER, Albrecht. *Intersubjetividad y racionalidad*. En: Olivé, León (Compilador). *Racionalidad*. Ciudad de México, Siglo XXI Editores, 1988, págs. 225- 266.

53 En este orden de ideas, BUNGE, Mario. *Buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales*. 2ª ed., México, Editorial Siglo XXI, 2005, p. 496; MORA BURGOS, Germán. Racionalidad y tipos de racionalidad. En: *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, N°XLI, Enero-Junio, 2003, págs. 93-99.

los cuales, a su vez, permiten al juez, a través de la concesión de un cierto y reglado nivel de discreción, definir la correcta aplicación de la regla⁵⁴⁻⁵⁵.

Sin embargo, se debe enfatizar que dicha discreción no es absoluta. El juez debe ceñirse a ciertos parámetros explícitamente seleccionados e identificados por el legislador y esos parámetros, en la regla que estudiamos, obligan a evaluar la conducta del deudor en atención a su racionalidad económica y a su racionalidad jurídica. En otros términos, si luego de dicho examen, el juez comprueba que el referido acto o contrato celebrado por el deudor no se sostiene en razones, principios u estándares aceptados (intersubjetivamente) en los normales usos económicos o jurídicos en que esa misma conducta se despliega, ésta debe ser considerada como una que se encuentra destinada a perjudicar (defraudar) a sus acreedores.

Finalmente, a partir de lo reseñado, debe quedar absolutamente desterrada cualquier interpretación de tipo formalista que impida asignarle alguna utilidad al delito de fraude concursal⁵⁶. En este orden de ideas, por ejemplo, no podría sostenerse que la conducta del agente se encuentra jurídicamente justificada por el solo hecho de que ella se ajuste a la ejecución de un determinado acto o contrato. Sostener una interpretación como ésta implicaría una abierta contradicción con la referida disposición debido a que ella misma parte de la base de que el deudor ha celebrado actos o contratos que disminuyen su activo o aumentan su pasivo. Luego, la justificación o racionalidad (jurídica) que demanda la regla debe ser encontrada en consideraciones externas al contrato mismo. Si ello no fuera así, debería entenderse que el artículo 463 C.P. contendría una tautología que haría imposible su infracción, lo que, además, va en contra de la máxima hermenéutica que entrega prioridad a la interpre-

54 MACCORMICK, ob. cit., págs. 45-51. Al inicio de este pasaje de su obra, MacCormick reconoce la influencia que tuvo la tesis doctoral de Atria, su clasificación de las reglas atendiendo a su fuerza práctica.

55 En Derecho Penal nos hemos acostumbrado más bien a hablar de cláusulas regulativas, siguiendo la terminología desarrollada por Henkel, para la culpabilidad. Al respecto, HENKEL, Heinrich. *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2005. Por otra parte cabe hacer presente que nuestra jurisprudencia no ha demostrado inconvenientes al momento de manejar adecuadamente este tipo de cláusulas. Paradigmático es el caso del delito de microtráfico y de su alusión al concepto jurídico indeterminado de “pequeñas cantidades”. Al respecto, muy relevante es el estudio de la jurisprudencia generada por la Corte Suprema, en especial ver: Corte Suprema, 19 de julio de 2005, Rol N°2005-05.

56 Entendemos el formalismo en los mismo términos que Hart: “*el vicio conocido como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de [un ejercicio adicional en la aplicación de reglas a casos particulares]*”, citado por ATRIA, Fernando. *Creación y aplicación del derecho. Entre formalismo y escepticismo*. En: VVAA. *Lagunas en el Derecho*. España, Marcial Pons, 2005, p. 64, cit. 46.

tación en que las normas cobran sentido por sobre aquellas alternativas que hacen imposible su aplicación.

Para cerrar el análisis del tipo objetivo, exploraremos ciertas razones (justificaciones) económicas y jurídicas que podrían servir para evaluar la aplicabilidad de la cláusula que hemos analizado durante el presente acápite.

Respecto de la justificación económica, para comprobarla o refutarla, creemos que dicha voz demanda acudir a criterios de razonabilidad financiera, tributaria, contable o de otras áreas del conocimiento afines a la ciencia económica. Así por ejemplo, en lo que dice relación con el ámbito contable, consideramos especialmente pertinente para nuestros fines el denominado “*principio de empresa en marcha*”. De acuerdo con esta máxima podrían ser calificados de irracionales (y en esta medida, injustificados) todos aquellos movimientos u operaciones que dificulten o pongan en riesgo la continuidad del giro del respectivo negocio. Por su parte, en materia tributaria, existen normas que indican que un gasto determinado se estima razonable cuando éste se considera necesario para la operación del giro al que se dedica el contribuyente⁵⁷. En el mismo ámbito, se consideran razonables los gastos en remuneraciones en la medida en que ellos sean proporcionales al tamaño e importancia de la empresa, a las rentas declaradas, servicios prestados y rentabilidad del capital⁵⁸. Finalmente, siguiendo el criterio indicado por el Art. 3° de la Ley 19.913, creemos que puede ser de utilidad la identificación de operaciones inusuales para los usos o costumbres de la actividad económica practicada por la respectiva empresa deudora⁵⁹.

En suma, creemos que una justificación económica adecuada es aquella que obedece a criterios de optimización o maximización de las ganancias de la empresa de que se trata y que se basa en principios habitualmente aceptados y aplicados en la respectiva actividad comercial⁶⁰. Por el contrario, estimamos

57 Art. 31 inc. 2° del Código Tributario.

58 Art. 31 inc. 3° N°6 del Código Tributario.

59 Cabe destacar la semejanza que estos principios demuestran con ciertos criterios utilizados por la jurisprudencia y doctrina alemanas para definir algunas hipótesis del delito de insolvencia punible contemplado en el - 283 del Código Penal de dicho país. Al respecto, por ejemplo, para determinar qué se entiende por “*gastos antieconómicos*” se ha sostenido que se debe atender al carácter concreto de la operación, entendiéndose que son aquellos contrarios a una gestión ordenada, esto es, “*aquellos gastos injustificables, cuya carencia de sentido sea patente para un observador que piense en términos de racionalidad económica y por lo tanto sean a todas luces antieconómicos*”. TIEDEMANN, ob cit., p. 415.

60 En este sentido, también puede poseer un valor orientador la jurisprudencia administrativa elaborada por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) en materia de “operaciones ficticias”. En este sentido especial significación adquiere la Resolución Exenta N°425 de 6 de julio del año 2009, por medio de la cual la autoridad administrativa sancionó a la empresa Alfa Corredora de Bolsa S.A. por infracción a lo

que debe descartarse el poder explicativo de las argumentaciones intentadas por el deudor que tiendan a justificar aquellas operaciones que posean la aptitud de generar un riesgo de crisis empresarial en atención al contexto temporal y patrimonial experimentado por la empresa al momento de producirse⁶¹. Al mismo tiempo, siempre serán datos relevantes a considerar, “*el objeto de la empresa, su tamaño y el sector al cual pertenece, teniendo siempre las miras puestas en la protección de los acreedores, así como el resto de los aspectos que conforman una economía crediticia saludable*”⁶²⁻⁶³.

dispuesto en el artículo 53 de la Ley 18.045. De acuerdo con el contenido de dicha resolución Alfa simuló todo un mecanismo de operaciones de mercado de valores junto a su empresa relacionada FOX, el cual se encontraba diseñado exclusivamente para utilizar de manera fraudulenta los valores que distintos clientes habían depositado en custodia de la empresa antes mencionada. En este sentido, el ente regulador expresó en el considerando 10.1 de la mencionada resolución que “*las operaciones (...) realizadas entre Alfa y FOX, respecto de instrumentos que esta última no poseía en su cartera no tuvieron otra justificación que permitir la regularización por un día de los saldos negativos reflejados en las cuentas accionarias de FOX, dado que se refieren a compras y ventas de acciones respecto de las cuales FOX no tenía saldo suficiente en su cartera al actuar como vendedor, ni fondos para pagar cuando actuaba como comprador. Asimismo, se estableció que mediante tales operaciones ALFA obtenía financiamiento mediante la realización de simultáneas y le era posible constituir garantías*”. A nuestros efectos, es interesante destacar que la SVS considera en definitiva que “*las operaciones antedichas carecen de toda justificación económica propia, generando un efecto distinto al perseguido normalmente en la realización de operaciones con acciones*”. Finalmente, adelantando algo que se verá a continuación, la SVS además negó que la mera formalidad de los actos en que se encuadraban dichas operaciones fuera antecedente suficiente para entenderlas como conductas justificadas. En este sentido en el considerando 10.1.3 el ente regulador afirmó que: “*la alegación realizada por la defensa (...) [de que las transacciones son] reales, debe ser desestimada, toda vez que (...) el carácter de verdadera o de ficticia de una operación no está determinado por la materialidad de los documentos que dan cuenta de ellas, sino que dice relación con su sentido económico y finalidad perseguida al efectuarlas*”. SVS. Resolución Exenta N°425. 6 de julio del año 2009, p. 11.

61 Debiendo tener en cuenta que en ocasiones el factor riesgo constituye un factor que incentiva la especulación debido a la posibilidad de mayores ganancias en caso de éxito. Un ejemplo de esto lo constituyen las operaciones a futuro (como los *forwards*) y las opciones. En estos casos deberá evaluarse la capacidad de control de aquel riesgo por parte del empresario y si en dicho contexto (y teniendo a la vista el estado patrimonial de la empresa que comanda), la conducta por él emprendida más bien parece encubrir un acto destinado a perjudicar a los acreedores, que a cometer una especie de suicidio mercantil motivado por el logro de suculentas ganancias.

62 TIEDEMANN, ob. cit., p. 411.

63 En este mismo sentido, debe advertirse que, en atención al contexto en el que se desempeña la “racionalidad” como “justificación” de una conducta económica que impide asignarle a ésta un carácter defraudatorio, debe tenerse la precaución de no identificar, sin más, la “justificación económica” con ciertas consideraciones provenientes de la teoría de la elección racional. Esto es así porque dicha teoría parte de la base de un hombre “ideal”, denominado “*homo economicus*”, el cual se identifica generalmente con un sujeto egoísta, que dotado de la información precisa y suficiente, actúa siempre con miras a la satisfacción de sus propios fines, sin que necesariamente dicha actuación tenga a la vista algún tipo de constreñimiento ético. Y es que el sistema crediticio de

En lo que guarda relación con la “*justificación jurídica*”, como anticipamos, la única forma de entender dicha cláusula sin que se transforme a esta norma penal en letra muerta, es descartar todo tipo de interpretación formalista que tienda a ver en la mera existencia de un contrato (que “avale” la operación mercantil que se cuestiona) una justificación suficiente como para entender la atipicidad de la conducta.

Para ir más allá de la mera forma de uno o varios contratos examinados, deberemos tener en cuenta entonces consideraciones de carácter material, entre las cuales podríamos acudir a ciertas reglas, principios o estándares jurídicos explícita o implícitamente formulados en la legislación pertinente para el negocio de que se trata⁶⁴.

En primer lugar, atendiendo al conjunto de valoraciones expresadas en las distintas normas penales, en particular, en lo que dice relación con la prohibición del fraude, parece evidente que todo tipo de contratos simulados que tiendan a eludir el pago de los compromisos asumidos por el deudor con sus acreedores quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación del presente tipo penal⁶⁵.

Además de dicha consideración, resulta útil a efectos de la interpretación del art. 463 C.P., tener a la vista ciertos principios que informan el ordenamiento jurídico concursal y que, en dicha medida, constituyen estándares de razonabilidad incorporados a dicha regulación legal.

que se trata debe tener presente consideraciones empáticas, ya que en el desarrollo del comercio siempre hay al menos dos intereses implicados: el del deudor y el del acreedor. Al respecto, valen las críticas efectuadas por Mario Bunge a un concepto de racionalidad como el propugnado por la teoría de la elección racional en el sentido de que “*los cálculos con interés propio son la única, la principal o incluso la mejor, guía de la acción humana*”. BUNGE, ob. cit., p. 502.

64 Que una norma se encuentre abierta a principios y en dicha medida a cierto rango de ponderación (o, acudiendo a la terminología utilizada por Dworkin, que permita la “discrecionalidad” en “sentido débil”) no implica una apertura del derecho a la indeterminación o que el juez no se deba al derecho vigente al momento de la adjudicación, como lo plantea el denominado realismo jurídico o como podría extraerse de las premisas sostenidas por el neoconstitucionalismo. En este sentido ATRIA, Fernando. *Lo que importa de los principios*. En: *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*. Chile, Thomson Reuters, 2011, págs. 65 y sgtes. Al mismo tiempo, junto a Aarnio, debe tenerse presente que no es posible comprobar la premisa del neoconstitucionalismo que sugiere una diferencia ontológica entre reglas y principios, como lo demuestra un análisis de ellos en términos de lógica deóntica. En este sentido, AARNIO, Aulis. *Las Reglas en Serio*. En: AARNIO, Aulis; GARZÓN Ernesto y UUSITALO, Jykri (Comps). *La Normatividad del Derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1997, págs. 17-36.

65 Cabe hacer presente que, en lo que guarda relación con el fraude cometido por abuso de confianza por parte del deudor, ciertas conductas serán absorbidas por el artículo 463 bis número 1.

En este orden de ideas, tendrá especial interés la evaluación de un determinado acto o contrato (y sus consecuencias empíricas) a la luz del *principio de subrogación real*⁶⁶. En efecto, en el caso en que se constate que, tras una supuesta operación mercantil, el deudor transfirió la propiedad de bienes muebles o inmuebles en beneficio de un tercero y, sin embargo, nada ingresó a cambio de ellos a su patrimonio, podría sostenerse legítimamente que dicha operación no posee la justificación jurídica que demanda el correspondiente tipo penal precisamente porque no se ha respetado el mencionado principio de subrogación real.

Finalmente, debe tenerse presente que este tipo de consideraciones de orden material no son ajenas a nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, entre otras normas, cabe destacar aquellas recientemente incorporadas por la Ley N°20.780 al Código Tributario, en donde se manifiesta en muchas oportunidades la primacía del principio de realidad por sobre las formas jurídicas que utilicen los contribuyentes, ya que ellas pueden tender a ocultar maniobras de elusión o evasión impositiva⁶⁷.

e) La consumación del delito

A nuestro juicio, la literalidad del nuevo tipo penal obliga a considerarlo como un delito de resultado⁶⁸, siendo este resultado el perjuicio para los acreedores. Ahora bien, este perjuicio se concreta en la pérdida de valor del patrimonio del deudor a consecuencia de los actos o contratos celebrados por éste con terceros⁶⁹. En efecto, bajo este supuesto, basta que se verifique el aumento injustificado del pasivo o la disminución injustificada del activo para que acontezca el resultado lesivo que pretende evitar la norma.

66 Al respecto, CONTADOR, Nelson. Opinión entregada en Seminario Nueva Ley de Quiebras: Delitos concursales, 5 de diciembre de 2013. Dictado en Centro de Estudios en Derecho Penal, Universidad de Talca.

67 En este sentido, el nuevo artículo 4° bis inciso primero del Código Tributario dispone lo siguiente: “*Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imponibles, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieren dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles*”.

68 En un sentido similar, PUGA, ob. cit., p. 292; respecto de la configuración del delito como un tipo de resultado en el contexto español, se pronuncia FARALDO, ob. cit., págs. 294-295.

69 Debe tenerse presente que, tal como se indicó más arriba, ese tercero puede ser incluso un acreedor concursal que se ve beneficiado por la conducta del deudor, de forma previa a la liquidación, en desmedro del resto. Al mismo tiempo, también debe tenerse a la vista que el delito del Art. 463 C.P. permite el castigo de supuestos de autocontratación, incluso si ella es realizada por medio de interpósita persona.

Ahora bien, para la determinación del específico momento en que se produce dicho perjuicio debemos atender a un criterio patrimonial. En este sentido, ha de estimarse (al igual que ocurre en la dogmática de la estafa) que el perjuicio se produce al momento de efectuarse la disposición patrimonial-perjudicial⁷⁰, esto es, al momento de celebrarse el acto o contrato que grava el patrimonio del deudor (quien, recordemos, para la ley ya se encuentra afectado por una crisis financiera). Ello es así, porque es evidente que entre menos porciones patrimoniales posea el deudor o entre más cargas afecten su peculio, menor valor económico podrá asignársele a éste⁷¹⁻⁷². En otras palabras, tal y como lo ha puesto de manifiesto la doctrina extranjera, nuestro delito de fraude de acreedores no exige para su consumación que se concrete un “perjuicio efectivo”⁷³ que se manifieste en el hecho de que los afectados no podrán satisfacer sus acreencias en algún momento en el futuro, sino que basta que el sujeto activo a través de su comportamiento haya disminuido el patrimonio respecto del cual los acreedores mantienen el derecho de prenda general. Además, debe tenerse presente que la referida manera de determinar el momento del perjuicio cuenta con importantes precedentes judiciales a su favor en nuestro país⁷⁴.

70 HERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 180-181. Sigue esta idea, MAÑALICH, Juan Pablo. *¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de Menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?*. En: *Política Criminal*. Vol. 5, N°10. 2010, p. 344 [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A2.pdf. [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014].

71 Una posición similar se encuentra en PUGA, ob. cit., p. 292.

72 Ver nota 21.

73 Sobre una crítica a la noción y exigencia por parte de la jurisprudencia de un “perjuicio efectivo”, ver HERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 177-179.

74 En este orden de ideas, especialmente importante resulta la sentencia emitida por la Corte Suprema en el denominado caso Inverlink, ya que en éste, nuestro máximo tribunal entendió que la mera celebración del contrato simulado infligió un daño patrimonial a la parte querellante, al haber afectado su derecho de prenda general. En palabras de la propia Corte Suprema: “*Que de los hechos reproducidos (...) ha quedado demostrado que mediante la suscripción de un contrato de compraventa en que se observaron las formalidades legales a que debe sujetarse su celebración, no se daba cuenta de la verdadera intención de las partes, esto es, la de desprenderse los vendedores efectivamente del bien a fin de [sustraerlo] del derecho de prenda general de Corfo ... [E]l perjuicio patrimonial sufrido por la querellante alcanza al equivalente a cinco mil unidades de fomento, correspondiente al 50% de los derechos de Monasterio Lara en el inmueble, respecto de los cuales la querellante se vio inhibida de ejercer su derecho de embargo, es decir, la conducta defraudatoria de los enjuiciados lesionó un derecho con valor económico específico al que el ordenamiento jurídico otorga protección y que alcanzó certeza con la resolución judicial que ordenó el embargo y que precedió al otorgamiento de la compraventa cuestionada*”. Corte Suprema, 14 de diciembre de 2012, Rol N°2025-12, considerando décimo quinto. En similar sentido decanta la relevante sentencia del denominado caso “Eurolatina”, en el cual la Corte Suprema asume que el perjuicio patrimonial concurre en contra de los estafados en el mismo

La mencionada conclusión podría parecer contradictoria con la idea antes anotada de que el delito de fraude de acreedores es pluriofesivo y que dicha característica deriva de que el mismo no sólo protege una dimensión patrimonial individual sino además consideraciones de orden macrosocial o colectivas.

Pues bien, aquí debe volverse a la idea de que el concurso es un método institucional que se activa para conciliar intereses pecuniarios de distintas personas, todos ellos acreedores del deudor, propinando un procedimiento legal destinado a la distribución justa (equitativa) de los bienes restantes del patrimonio del deudor. En otras palabras, lo que antes del concurso podía ser definido como un cúmulo de intereses contrapuestos sobre el patrimonio del deudor (y en dicha medida indiferentes el uno del otro al encontrarse obtusamente focalizados, cada uno de los acreedores, en la satisfacción de la propia acreencia), luego de abierto el concurso se transforma en una comunidad de intereses en torno a la liquidación de la totalidad de los bienes del deudor (incentivo que se crea forzosamente al quedar suspendida la posibilidad de ejecuciones individuales). En esta medida, por lo tanto, cualquier pérdida patrimonial que afecte al deudor en un tiempo inmediato antes de la liquidación del mismo, afecta por igual el interés de todos los acreedores⁷⁵.

Finalmente, huelga anotar que para arribar a estas conclusiones no ha sido necesario acudir a la frase final del artículo 463 que hace expresa referencia al perjuicio a los acreedores. Una explicación de la función que debe otorgársele a dicha expresión se intentará en el siguiente acápite.

momento en que ellos gravaron su patrimonio en beneficio de los condenados. Así, la sentencia de reemplazo dictada en aquel caso reza lo siguiente: “Desde luego, la sola constitución de hipoteca sobre los inmuebles, resulta suficiente para estimar que ha existido desplazamiento patrimonial, sin perjuicio de que más tarde se haya producido la ejecución forzada y la enajenación en pública subasta de los inmuebles dados en prenda, con lo cual se consolidó el perjuicio ya producido (...) [s]i bien la sola constitución de la hipoteca y su correspondiente inscripción no conlleva que la cosa deje de estar en poder del deudor, con los contratos celebrados se gravó, y por lo tanto, se mermó la capacidad de su patrimonio, gravamen que no podían suprimir con su sola voluntad, lo que conlleva la existencia de un perjuicio real y efectivo que es consecuencia inmediata y directa del engaño”. Corte Suprema, 23 de abril 2013, Rol N°12.553-11, considerando tercero, sentencia de reemplazo. Nótese que la Corte Suprema expresa en contra de la postura tradicional que el mero hecho de gravar un bien constituye un “perjuicio real y efectivo”, concepción con la que coincidimos plenamente. También coinciden con esta forma de entender el “perjuicio efectivo” BALMACEDA, Gustavo y FERDINAND, Michel. Análisis dogmático del concepto de “perjuicio” en el delito de estafa. En: *Revista de Estudios de Justicia*, N°7, Santiago, Universidad de Chile, 2006, p. 201.

75 Acerca de esto, ver ATRIA, Fernando. *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*. Santiago, Editorial LOM, 2014, págs. 56-61.

IV. En relación con el tipo subjetivo

A nivel subjetivo, el delito de que se trata es doloso. En este sentido, tanto la estructura lingüística del referido tipo penal como la historia fidedigna de su establecimiento, son consistentes con dicha consideración.

En primer lugar, es claro que el legislador estimó que era necesario descartar, en general, la tipificación de figuras concursales susceptibles de ser cometidas por imprudencia, circunstancia que quedó clara desde un principio, a partir de lo expresado en el respectivo Mensaje Presidencial.

Por su parte, en lo que respecta específicamente al artículo 463 C.P., buena parte de la discusión giró en torno a la posibilidad de restringir los alcances de este delito por la vía de agregar elementos intencionales a la descripción de la conducta prohibida. Fue así que durante la tramitación parlamentaria se evaluaron varias fórmulas para lograr este objetivo. Así por ejemplo, durante la tramitación del proyecto en el Senado se discutió la idoneidad de agregar la expresión “*maliciosamente*” al referido tipo⁷⁶, mientras en la Cámara de Diputados se evaluó la pertinencia de incorporar alguna especie de elemento subjetivo al tipo penal. En definitiva, los parlamentarios decidieron zanjar la discusión agregando una alusión explícita al perjuicio de los acreedores.

Aparentemente, la idea que estuvo detrás de la inclusión de la referencia al perjuicio de los acreedores, entendido éste como un elemento ánimico, habría sido la de que, a través de aquél, pudiese diferenciarse con mayor claridad la conducta de un deudor que comete fraude concursal de la de otro que, a través de acciones similares, pretenda cometer un delito distinto, como podría serlo, por ejemplo, un fraude tributario⁷⁷. Obviamente, una aprensión como la descrita no justificaba la agregación de elementos al tipo, ya que desconoce los mecanismos legales y doctrinarios habitualmente utilizados para solucionar los casos en que se produce un concurso de delitos.

76 Al respecto, se indica en el Segundo Informe de las Comisiones de Constitución y Economía unidas, al dejar constancia de que: “*Al respecto, hubo posiciones divididas en la Comisión Técnica Penal. La mayoría de sus miembros consideró pertinente rechazar la expresión “maliciosamente”, porque el elemento subjetivo del tipo -el ánimo de causar perjuicio- se subentiende en la redacción del mismo por estar considerado dentro de los delitos patrimoniales. En razón de lo anterior, se estimó innecesario establecer un elemento subjetivo adicional en la conducta típica*”. Historia de la Ley, p. 912. En similar sentido se pronuncia también el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, Historia de la Ley, p. 2258.

77 Sobre este punto fue extremadamente influyente la posición del profesor Puga en su exposición ante la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, como queda claro de la lectura del respectivo Informe. Ver: Historia de la Ley, págs. 2257 y sgtes.

Sin embargo, como hemos visto en el acápite anterior, el ánimo de perjudicar a los acreedores ya se encontraba contenido, implícitamente, en la exigencia objetiva de que el aumento del pasivo o la disminución del activo proviniese de actos o contratos que no se encontraran económica o jurídicamente justificados. De esta constatación, podríamos inferir, entonces, que una de las finalidades que podría asignársele a la explicitación del ánimo de perjudicar a los acreedores en el contexto de este específico tipo penal, sería la de recalcar el propósito legal de no castigar aquellas conductas del deudor que, habiendo sido cometidas con imprudencia, ocasionaren la disminución de su propio patrimonio.

En este sentido, creemos necesario volver a enfatizar el hecho de que, a nivel de imputación, resulta clara la relación que se establece entre la ausencia de justificación jurídica o económica de los actos o contratos celebrados por el agente y el establecimiento (o la adscripción) del ánimo de perjudicar a los acreedores por parte del deudor.

Finalmente, resta decir que a pesar de las intenciones expresadas por algunos de los parlamentarios que participaron en la redacción del Art. 463 C.P., creemos que al menos desde su literalidad, no existen antecedentes suficientes que permitan sustentar una restricción del tipo subjetivo exclusivamente a casos de dolo directo, mientras que es posible imaginar una serie de conductas que podrían ser cometidas con dolo eventual, por parte del deudor y ser perfectamente subsumibles en la norma en análisis⁷⁸.

V. Breves consideraciones sobre el derecho transitorio de la Ley 20.720

Para finalizar quisiéramos abordar brevemente algunos aspectos de derecho intertemporal que surgen a raíz de la mencionada modificación legislativa, específicamente, en lo que dice relación con la transición desde el régimen penal concursal establecido por la antigua Ley de Quiebras y el nuevo régimen punitivo incorporado por la Ley 20.720.

En este sentido, cabe señalar que a pesar del cambio de lenguaje implicado por la nueva legislación y, en dicha medida, el reemplazo de la denominación asignada a algunas instituciones o autoridades concursales, no es posible afirmar que haya operado una derogación (desincriminación) completa de todas las conductas que eran consideradas como delito bajo la antigua legislación.

78 En lo que respecta a la relación entre elementos subjetivos del tipo y una eventual restricción de un determinado tipo penal a hipótesis de dolo directo, ver: OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. La faz subjetiva del tipo de parricidio. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV, primer semestre, 2010, págs. 415-457.

En efecto, en primer lugar, cabe tener presente que entre el procedimiento de quiebra de la Ley N°18.175, aún vigente, y los nuevos procedimientos concursales de liquidación y de reorganización contemplados en la Ley 20.720 existe una relación de equivalencia funcional⁷⁹. Y es que, tal y como lo señala el profesor Kurt Nadelmann a propósito de la comparación entre legislaciones de distintos países:

“...[t]odos los sistemas jurídicos establecen que los acreedores tienen derecho a la distribución equitativa de los bienes de un deudor que no puede pagar íntegramente sus deudas. Cualquiera que sea el nombre del procedimiento y sus detalles procesales el propósito básico continúa siendo el mismo: “la distribución proporcional y equitativa de los bienes”⁸⁰”.

Lo anterior vale tanto para distintos sistemas jurídicos en términos territoriales, como para distintos sistemas jurídicos en orden temporal. En otras palabras, del hecho de que ambos procedimientos tengan como finalidad garantizar el respeto del principio conocido como “*par conditio creditorium*”, distribuyendo los bienes del deudor de manera proporcional y equitativa entre los distintos acreedores, se sigue que ambos procedimientos cumplen la misma función, esto es, son equivalentes, sin importar el nombre que el correspondiente creador del mismo (legislador) les asigne. Lo mismo puede decirse para la conceptos como “quiebra” y “liquidación”, “fallido” y “empresa deudora” o “persona deudora”, entre otros, los cuales, atendida su función en el sistema concursal de que se trata deben ser considerados equivalentes.

Por otra parte, en lo que dice relación con los tipos penales en general, la decisión de mantener la mayor parte de los ilícitos concursales es evidente tanto cuando se mira a la historia de la ley como cuando se atiende a las concretas reglas de derecho intertemporal incluidas en la LRLEP.

En cuanto al primer aspecto cabe señalar que todos quienes participaron en la discusión parlamentaria fueron enfáticos en hablar de sustitución y no de

79 El concepto de “*equivalencia funcional*” proviene de la sociología de Robert Merton. Merton constató que en la sociedad existen estructuras (institucionales o normativas) que si bien son relevantes, no son indispensables para el funcionamiento de la misma y, por lo tanto, pueden ser reemplazadas por estructuras alternativas o equivalentes que puedan desempeñar el mismo rol. El concepto ha sido utilizado (sin la misma profundidad) por la sociología de Niklas Luhmann y a partir de ella, la noción ha sido aprovechada en el contexto del Derecho Penal en los estudios realizados por el profesor Günther Jakobs. Respecto del concepto original, ver: MERTON, Robert. *Teoría y Estructura Sociales*. 4ª ed., Ciudad de México, Fondo de Cultura Económico, 2002, págs. 92-160.

80 NADELMANN, Kurt. *La quiebra en el derecho norteamericano*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. N°42, 1962, p. 257 [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=46>. [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014].

derogación⁸¹ de las normas punitivas concursales, utilizándose este último término sólo en aquellos casos en que era evidente la decisión de desincriminar ciertas y determinadas conductas que resultaban anacrónicas y desfasadas de la nueva regulación de la insolvencia⁸².

Al mismo tiempo, existen antecedentes de derecho positivo que permiten dar cuenta de la decisión legislativa de otorgar continuidad regulativa a las normas penales vigentes bajo la antigua Ley de Quiebras. La expresión más evidente de esta decisión se encuentra en el artículo duodécimo transitorio de la Ley 20.720 que indica lo siguiente:

Artículo duodécimo.- Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”.

Más allá del ampuloso lenguaje utilizado por el legislador a la hora de redactar esta norma, queda claro que ella solamente constituye una reiteración de la regla básica de nuestro derecho penal intertemporal contenida en el artículo 18 del C.P., y que ha sido reiterada una y otra vez en distintos cuerpos legales que incluyen normas punitivas⁸³, sólo para enfatizar el hecho de que un cambio de sistema normativo no trae aparejado como consecuencia, por esa sola razón, la inaplicabilidad de las normas punitivas vigentes al momento en

81 Así por ejemplo, se desprende de la intervención de la Superintendente de Quiebras, quien manifestó ante la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados que: “*el proyecto propone la sustitución del régimen penal vigente asociado a la insolvencia, trasladando las conductas punibles desde el Libro IV del Código de Comercio al Código Penal, estableciendo tipos penales objetivos y comunes, asociados a la insolvencia, terminando con las presunciones que tiene el actual régimen y regulando expresamente la responsabilidad de los administradores de hecho, entre otras materias*”. Historia de la Ley, p. 1966.

82 Así, el caso paradigmático que encontramos en las actas de la historia de la ley es el del deudor que no pide su propia quiebra dentro del plazo legalmente dispuesto para ello.

83 Baste aquí con invocar, por ejemplo, el artículo 1° transitorio de la vigente Ley 20.000, que señala que: “*Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la Ley 19.366, el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar y el Artículo 193 del Código Aeronáutico continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en lo que regirá lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal*”.

que el agente cometió la conducta delictiva para efectos de su juzgamiento y sanción⁸⁴.

En lo que a nosotros respecta, tal y como señalamos anteriormente, no debe perderse de vista que el artículo 463 C.P. es el producto de un ejercicio de abstracción o generalización de varias de las reglas punitivas individuales contenidas anteriormente en los artículos 219 y 220 de la pretérita Ley 18.175.

En este sentido, concordamos con la opinión entregada por el profesor Luis Ortiz Quiroga a la H. Comisión de Constitución y Economía Unidas del Senado, en el sentido de que, si bien, en la nueva ley: *“se omiten como causales los dos casos previstos en el artículo 220 de la Ley de Quiebras en los que se castiga al fallido que ha atentado en contra de la “conditio pars creditorum”, esto es (...) [aquellas que] dicen relación con el hecho de pagar a un acreedor en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda después de la fecha asignada a la cesación de pagos (N°6); y la celebración de convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa (N°13) (...), sin embargo, no quedan impunes y deberían ser castigadas de acuerdo al texto previsto en el nuevo artículo 463 (...) desde que cualquier pago indebido hecho preferentemente a favor de un acreedor genera una merma en su patrimonio que afectará al resto de los acreedores en la proporción que corresponda”*⁸⁵. Además de las señaladas por Ortiz, salta a la vista la particular similitud existente entre el antiguo artículo 220 N°16 (*“se presume fraudulenta la quiebra del deudor: en general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo”*) y el actual Art. 463 C.P.

No obstante, más allá de realizar en lo que resta un ejercicio de comparación caso a caso de las distintas figuras penales vigentes bajo la antigua legislación con lo dispuesto por el artículo 463 C.P., creemos necesario recalcar que lo que el juez deberá tener a la vista a la hora de resolver acerca de la eventual desincriminación de un supuesto de hecho o respecto de la aplicación de una u otra regulación penal (como un posible supuesto de *lex mitior*), es la respectiva descripción típica de cada una de las normas penales en conflicto, la subsunción del concreto supuesto de hecho en ellas y las consecuencias que se seguirían para el condenado (en su caso) bajo una y otra hipótesis.

84 Al respecto, BASCUÑÁN, Antonio. *La preteractividad de la ley penal*. En: VAN WEEZEL, Alex (Coord.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal*. Editorial Thompson Reuters, 2013, págs. 210-211.

85 Segundo Informe de las Comisiones de Constitución y Economía, unidas. Historia de la Ley, p. 551.

VI. Conclusiones

Con la entrada en vigencia de la Ley N°20.720 se han incorporado nuevas normas penales y procesales penales a nuestro ordenamiento jurídico. La más importante de ellas, a nuestro juicio, resulta ser el delito de fraude de acreedores contenido en el texto del artículo 463 del Código Penal.

En principio, este delito marca la continuidad de la proscripción penal de varias conductas contenidas en los antiguos artículos 219 y 220 del Libro IV del Código de Comercio, estatuto que ha perdido vigencia por expresa disposición de la Ley 20.720.

Muchos de los problemas que podría plantearnos la nueva redacción del referido tipo penal son meramente aparentes y nuestra legislación provee recursos suficientes para dotarlo de un contenido racional y armónico respecto del resto del sistema concursal. De todas maneras, como hemos indicado a lo largo de las páginas que conforman el presente estudio, deben rechazarse todas las interpretaciones de tipo formalista que tiendan a restarle operatividad a la norma en comento, especialmente al momento de enfrentarse a la cláusula que le otorga relevancia típica a las justificaciones económicas y jurídicas que podrían sustentar la legitimidad de la conducta del deudor.

Muy por el contrario, el lenguaje utilizado por el legislador es indicativo de la búsqueda de fórmulas semánticas amplias y flexibles que permitan captar de la mejor forma posible las distintas (y, a priori, inimaginables) formas en que un determinado deudor puede intentar defraudar las legítimas expectativas de sus acreedores y eludir, de esta forma, el cumplimiento de las obligaciones que libremente ha contraído.

Por otra parte, el mencionado delito provee una serie de restricciones a través de la incorporación de condiciones de procesabilidad, de punibilidad y de autoría que permiten limitar el alcance del mencionado tipo a ciertos y específicos ámbitos situacionales, por lo que la reseñada flexibilidad del lenguaje a que se hizo alusión anteriormente se ve debidamente compensada por la mencionada restricción del concreto ámbito de operatividad práctica que exhibe la norma.

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL EN MATERIA DE TERRORISMO

Antonio Segovia Arancibia¹

I. Introducción

Uno de los temas recurrentes en el discurso jurídico-penal sobre terrorismo es aquel referido a su definición o, propiamente, a la imposibilidad de alcanzar una de consenso o delimitar sus alcances: el *terrorista* de unos es el *combatiente por la libertad* de otros². Consecuencia de lo anterior son las incontables definiciones que han sido formuladas y pueden encontrarse en la doctrina, jurisprudencia y legislaciones comparadas³, junto con las formulaciones críticas de quienes han sostenido que los esfuerzos por llegar a una definición de terrorismo carecen de utilidad, en tanto la propia noción que se trata de conceptualizar no tendría mayor función *operativa*⁴. En el plano normativo internacional ocurre otro tanto. La comunidad internacional ha sido incapaz, hasta el momento, de llegar a un acuerdo sobre los elementos mínimos que debiera contener una definición de terrorismo y a qué actos debiera aplicarse. Consecuencia de esta falta de consenso es que no se haya logrado, en el marco de Naciones Unidas, terminar una convención *general* sobre terrorismo que se negocia hace años, y cuyo objetivo es abordar, en un solo instrumento, todos los aspectos relevantes del *fenómeno*, incluyendo todos los posibles actos de terrorismo, su prevención, detección, investigación, sanción, protec-

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to International Criminal Law and Procedure*. Reino Unido, Cambridge University Press, 2007, p. 281. En el mismo sentido, VAN WEEZEL, Alex. Terrorismo internacional: ¿Desafío imposible para un sistema jurídico “anticuado”? En: *Revistas Jurídicas*. Vol. 3, N°2, Julio – Chile, Diciembre, 2006, p. 115; CARNEVALI, Raúl. “El derecho Penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXV*, Chile, 2010, 2° semestre, págs.126-7.

3 Al respecto, VILLEGAS, Myrna. “Algunos comentarios sobre el concepto de “terrorismo” de la Ley 18.314”. En: *Informe en Derecho. Doctrina Procesal Penal* N°12, Chile, Defensoría Penal Pública, Octubre 2013. Para la discusión en España, CANCIO, Manuel. “Sentido y límites de los delitos de terrorismo.” En: *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*, N°26 (Enero-Marzo 2009), Bogotá, p. 69. Vid., también, VAN WEEZEL, Alex, ob. cit., p. 114.

4 CRYER, Robert *et al.*, ob. cit. p. 283. También puede verse al respecto LEVI, Michael. “Organized Crime and Terrorism”, en: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*, 4ª edición, Oxford University Press, 2007, págs. 772-7.

ción, atención de víctimas y testigos y cooperación y coordinación nacional e internacional.

Sin embargo, y quizás paradójicamente, a pesar de la falta de acuerdo sobre el contenido del concepto, el terrorismo ha sido condenado enérgicamente desde muy temprano y de forma sistemática por la comunidad internacional, que ha dispuesto recursos y esfuerzos para su prevención, detección y sanción. Así, por ejemplo, en Naciones Unidas se creó un Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad⁵, se formó un Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo⁶, y se han creado e implementado programas especiales como la Terrorism Prevention Branch de la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas (UNODC)⁷. Asimismo, y en un esfuerzo por implementar cursos de acción coordinados y coherentes entre sí, la Asamblea General adoptó, el año 2006, la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el terrorismo que agrupa, en cuatro *pilares* básicos, grupos de medidas concretas a ser implementados por los Estados, y que se fundan en la idea de aumentar las capacidades técnicas y de cooperación y coordinación tanto internas como internacionales.

A nivel *normativo*, tales esfuerzos se han concretizado en la culminación de 19 convenciones y otros instrumentos que, al haber sido adoptados en el marco o con el auspicio de Naciones Unidas, conforman el núcleo central del marco jurídico *universal* contra el terrorismo. Tales instrumentos se formularon siguiendo un enfoque *temático* o *sectorial*: se refieren o prohíben actos determinados que por su gravedad, conmoción internacional provocada, la amenaza contra la paz y la seguridad que representan, y especialmente las serias consecuencias para las víctimas, han sido calificados como de *terrorismo internacional*⁸. Sus principales efectos consisten en la imposición de la obligación a los Estados parte de criminalizar en sus ordenamientos nacionales las conductas allí descritas y de cooperar entre ellos con la finalidad de no dar asilo a los sospechosos de haber cometido estos delitos, lo que se traduce en la inclusión de una regla de “extraditar o juzgar” (*aut dedere aut judicare*). A nivel regional destaca la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos

5 Mayor información en <http://www.un.org/es/sc/ctc/>.

6 Más antecedentes en <http://www.un.org/es/terrorism/ctitf/>.

7 Vid., <http://www.unodc.org/unodc/en/terrorism/about-us.html>.

8 Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC). “El marco jurídico universal contra el terrorismo. Programa de estudios para la capacitación jurídica sobre la lucha contra el terrorismo”. Naciones Unidas, 2010 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module2/Spanish.pdf [fecha de consulta: 14 octubre 2014].

(OEA) el año 2002, que en relación a las conductas prohibidas –terroristas–, se remite a los instrumentos *universales* de Naciones Unidas.

Junto con las convenciones, integran este marco jurídico internacional en materia de terrorismo otros instrumentos, entre los cuales cabría mencionar las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Las resoluciones del Consejo de Seguridad regulan una diversidad de materias que van desde el financiamiento del terrorismo a la adopción de acciones concretas contra grupos específicos como Al-Qaida y los talibanes. Sus disposiciones son obligatorias de cumplimiento por parte de los Estados por haber sido adoptadas de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Las Recomendaciones del GAFI han sido consideradas como los “estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación”⁹. A pesar de no ser obligatorias de cumplimiento para los Estados miembros, su implementación a nivel nacional es periódicamente evaluada por expertos de los mismos Estados (sistema de *evaluaciones mutuas*), estableciéndose sanciones por la no adopción de las mismas. Las recomendaciones específicas sobre financiamiento del terrorismo se remiten a las resoluciones del Consejo de Seguridad y al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999.

Además de materia de regulación de esta diversidad de normas a nivel internacional, el terrorismo ha sido objeto de un complejo debate por sus relaciones con el derecho penal *internacional*, específicamente con los denominados *crímenes internacionales nucleares*¹⁰. Las discusiones se han centrado tradicionalmente en la posibilidad de atribuir a los delitos terroristas el carácter de crimen de lesa humanidad o crimen de guerra y, más recientemente, calificarlo como un crimen internacional *en propiedad*. Las consecuencias de lo anterior pueden ser relevantes, porque implicarían que existe en ordenamiento jurídico internacional una definición de consenso sobre terrorismo, porque ello podría producir su inclusión al catálogo de delitos que forman parte de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI).

9 Las Recomendaciones del GAFI [en línea]. Disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [fecha de consulta: 17 octubre 2014].

10 Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), serían los crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. AMBOS, Kai. “Creatividad judicial en el Tribunal Especial para El Líbano: ¿Es el Terrorismo un Crimen Internacional?”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, N°7, UNED, España, enero 2012, p. 161.

De esta manera, existen variados puntos de conexión y relación entre el terrorismo y el derecho internacional, que van desde su vasta regulación a nivel de Naciones Unidas (convenciones y resoluciones del Consejo de Seguridad), en el ámbito regional (OEA) y a nivel de organismos internacionales (GAFI), hasta su estudio como crimen *internacional*. El presente artículo tiene por objetivo describir de modo genérico las principales características de este marco jurídico internacional en materia de terrorismo, sus características principales y los problemas o nudos críticos que presenta la regulación, en particular desde la perspectiva del concepto, o falta de concepto, de terrorismo.

II. El marco jurídico internacional contra el terrorismo

1. El Convenio General y la Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo

Las dificultades que han encontrado los países para lograr una definición de consenso de terrorismo han impedido, en definitiva, la adopción de una convención única, integral, que agrupe en un solo instrumento todos los aspectos relevantes en la materia –prevención, detección, investigación, sanción, protección de víctimas y testigos, cooperación internacional, etc. – y comprenda todos los casos relevantes de terrorismo (¿terrorismo individual?, ¿terrorismo de Estado?, ¿terrorismo por motivaciones políticas, religiosas o ideológicas?, etc.)¹¹.

Sin embargo, no han faltado esfuerzos para alcanzar acuerdos mínimos. Uno de los primeros se produjo en 1937, cuando los Estados pertenecientes a la Liga de las Naciones comenzaron a negociar una Convención para la Prevención y Sanción del Terrorismo, luego del asesinato del rey Alejandro I de Yugoslavia, ocurrido el año 1934. La Convención definía el terrorismo como los “(...) *actos criminales dirigidos contra un Estado y con la intención o calculados para crear un estado de terror mental en personas determinadas, un grupo de personas o el público en general*”¹², y luego listaba una serie de actos que podían ser

11 Como hacen, por ejemplo, las Convenciones de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Adicionales –para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; y contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones– (Palermo, 2000), o la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003).

12 Artículo 1.2 de la Convención. Su texto original es el siguiente: “*In the present Convention, the expression “acts of terrorism” means criminal acts directed against a State and intended or calculated to create a state of terror in the minds of particular persons, or a group of persons or the general public*” [en línea]. Disponible en: <http://dl.wdl.org/11579/service/11579.pdf> [fecha de consulta: 14 octubre 2014].

calificados como terroristas, en el sentido del artículo 1, y que incluía aquellos que producían la muerte, lesiones graves o pérdida de libertad a jefes de Estado, funcionarios públicos y otros; destrucción o daños de propiedad pública o privada que sirve fines públicos; actos cuya finalidad es poner en peligro a la población, entre otros¹³. La Convención fue finalmente adoptada pero nunca logró suficientes ratificaciones para entrar en vigor¹⁴.

Más adelante, en 1972, la Asamblea General de Naciones Unidas formó un Comité cuya principal misión era alcanzar y formular una definición de terrorismo¹⁵. El Comité se reunió hasta el año 1979, pero no logró alcanzar un acuerdo. Los puntos de discordia eran esencialmente dos: si los grupos de liberación nacional debían ser excluidos de una definición de terrorismo o no; y si antes de prohibir el terrorismo, no se debía primero entender sus causas y resolverlas¹⁶. Sin perjuicio de constituir un tema siempre vigente en la agenda de Naciones Unidas, un avance importante se concretizó en 1994, cuando la Asamblea General adoptó la Resolución 49/60, mediante la cual aprobó la declaración sobre medidas para prevenir el terrorismo internacional, anexo a la Resolución. En este último documento, la Asamblea General formulaba interesantes declaraciones, entre ellas que los “(...) *actos, métodos, métodos y prácticas terroristas constituyen una grave violación de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, y pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, poner en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, obstaculizar la cooperación internacional y llevar a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y las bases democráticas de la sociedad; (...), y que “(...) Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos; (...)*”¹⁷.

13 Artículo 2 de la Convención, ob. cit.

14 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 284.

15 “*Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios, y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales*”. A.G. Res. 3034 (XXVII), ONU, AGDO, 27º per. de sesiones, 2114 sesión, Sup. N°30, en, ONU Doc. A/8730 (1972) [en línea]. Disponible en: [http://www.un.org/documents/ga/docs/27/ares3034\(xxvii\).pdf](http://www.un.org/documents/ga/docs/27/ares3034(xxvii).pdf) [fecha de consulta: 15 octubre 2014].

16 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 285.

17 “Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional”. Anexo de Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/49/60, de fecha 17 de febrero de 1995, *paras.* 2 y 3 [en línea]. Disponible en: <file:///D:/Documents%20and%20>

El documento de Naciones Unidas contenía una declaración de principios importante: el terrorismo era condenable sin distinción de la persona que lo cometiera o su motivación, con lo cual no excluía *a priori* de la definición, las acciones de grupos de liberación nacional, uno de los temas de debate en el Comité creado en 1972¹⁸. La declaración de Naciones Unidas, en esos términos, sirvió de base para que India propusiera la realización de una Convención General comprensiva de todas las posibles formas de terrorismo¹⁹. Finalmente, la resolución de la Asamblea General 51/210²⁰, de 1997, decide establecer un Comité Especial²¹ con el objeto de que elabore un convenio internacional para reprimir los atentados terroristas cometidos con bombas y los actos de terrorismo nuclear, y “(...) *que estudie más adelante medios de desarrollar más un marco jurídico amplio de convenciones relativas al terrorismo internacional*”²². El trabajo del Comité ha permitido la conclusión de tres convenios internacionales²³, pero no ha logrado que se alcancen los acuerdos necesarios para la conclusión de un convenio general sobre terrorismo.

En esencia son dos las cuestiones centrales del debate: la existencia de determinadas causas que justifiquen la no calificación de determinados actos como terroristas, cuando sin la ocurrencia de dichas causas serían catalogados como tales; y si debería incluirse en la definición de terrorismo la noción de *terrorismo de Estado*²⁴. Tal como se expresa en el Informe del Coordinador sobre los resultados de las consultas oficiosas sobre un proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional, celebradas del 25 al 29 de julio de 2005²⁵, “(...) *Algunas otras delegaciones señalaron la necesidad de distinguir los actos de*

Settings/asegoviaa/Escritorio/ONU%20terrorismo%201995.pdf [fecha de consulta: 15 octubre 2014].

18 Declaración..., cit., *para.* 3. CRYER *et al.*, ob. cit. p. 286.

19 Naciones Unidas, Doc. A/C.6/51/6.

20 A/RES/51/210, de fecha 16 de enero de 1997, “Medidas para combatir el terrorismo internacional” [en línea]. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r210.htm> [fecha de consulta: 15 octubre 2014].

21 Mayor información puede encontrarse en <http://www.un.org/law/terrorism/>.

22 *Ibid.*, N°9.

23 Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997); Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999); Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, Asamblea General, 2005).

24 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 288.

25 Informe del Coordinador sobre los resultados de las consultas oficiosas sobre un proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional, celebradas del 25 al 29 de julio de 2005, contenido en el Apéndice I de la carta de fecha 3 de agosto de 2005 dirigida al Presidente de la Asamblea General por el Presidente de la Sexta Comisión, A/59/894 [en línea]. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/460/60/PDF/N0546060.pdf?OpenElement> [fecha de consulta: 16 octubre 2014].

*terrorismo de la lucha legítima de los pueblos por lograr la libre determinación. Además, se formuló la sugerencia de que se incluyera el concepto de terrorismo de Estado en la definición de terrorismo*²⁶.

En el último informe del Comité Especial, en el cual da cuenta de su 16° período de sesiones (8 a 12 de abril de 2013)²⁷ se repiten los mismos temas del año 2005: mientras varias delegaciones destacaron la necesidad de distinguir el terrorismo de la lucha legítima de los pueblos sometidos a dominación colonial o foránea u ocupación extranjera en ejercicio de su derecho a la libre determinación, otras expresaron su preocupación de que al terrorismo se lo asociara con alguna religión, cultura, nacionalidad, raza, civilización o grupo étnico, que servía en definitiva como parámetros para la elaboración de perfiles de sospechosos. Algunas delegaciones pidieron abordar las causas profundas del terrorismo y las condiciones que la propician, aludiendo por ejemplo a la injusticia política y económica, la marginación, pobreza y la alienación²⁸.

En el borrador del texto de Convenio, los puntos arriba indicados se encuentran especialmente en la interrelación de los artículos 2°, 3° y el preámbulo. El texto del artículo 3° en discusión se refiere al ámbito de aplicación del Convenio. El punto es si pueden o no, y en qué circunstancias, excluirse de la aplicación del Convenio, excluyéndose por tanto su calificación como terrorista, las actividades de las partes durante un conflicto armado, incluso en situaciones de ocupación extranjera, y las actividades de las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, es decir, la del *terrorismo de Estado*. En el preámbulo se discute la redacción concreta del párrafo que se refiere al derecho de los pueblos a su libre determinación²⁹. El tema no es poco problemático y se relaciona íntimamente con el concepto de terrorismo. El resultado de la última ronda de negociaciones así lo muestra: “(...) *En ese contexto, varias delegaciones destacaron la necesidad de que el proyecto de convenio incluyera una definición clara de terrorismo que distinguiera entre los actos de terrorismo y la lucha legítima de los pueblos bajo ocupación extranjera y dominación colonial o externa en el ejercicio de su derecho a la libre determinación* (...) *Algunas delegaciones opinaron que, para que fuera general, el proyecto de con-*

26 Informe del Coordinador..., p. 3.

27 Informe del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996. 16° período de sesiones (8 a 12 de abril de 2013). Asamblea General. Documentos Oficiales. Sexagésimo octavo período de sesiones. Suplemento núm. 37. A/68/37 [en línea]. Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/37&Lang=S [fecha consulta: 16 de octubre de 2014].

28 *Ibid.*, págs. 20-1.

29 *Ibid.*, págs. 20-30.

*venio debía incluir el concepto de terrorismo de Estado, incluidos los actos cometidos por las fuerzas militares de un Estado*³⁰.

En el artículo 2°, por su parte, se contiene la descripción de los delitos que pueden ser calificados como terroristas. El texto es del siguiente tenor:

“1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause:

- a) La muerte o lesiones corporales graves a cualquier; o*
- b) Daños graves a bienes públicos o privados, incluidos un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público, una instalación de infraestructura o el medio ambiente; o*
- c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, que produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico; cuando el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo*³¹.

La norma establece un elemento subjetivo adicional al dolo de carácter bastante genérico y neutro ideológicamente, lo cual podría presentar problemas de interpretación en cuanto a sus alcances, en tanto dificulta la distinción con el delito común. Por ello, varias delegaciones han opinado que debiera incluirse explícitamente en la definición las actividades de personas a cargo de fuerzas armadas de un Estado, o que controlaran grupos armados, cuando no se rigieran por el derecho internacional humanitario³². En este sentido, se ha señalado que *“(...) cuando se elige una finalidad que, en cuanto ideológicamente neutra, no es en absoluto inherente a la actividad de grupos caracterizados como terroristas, las posibilidades de aplicación práctica de la ley quedan adicional y gravemente comprometidas*³³. Las cláusulas sobre no justificación de los actos terroristas³⁴, en particular por motivaciones políticas, podrían facilitar la inclusión de un componente adicional en la descripción de la *finalidad* terro-

30 *Ibid.*, p. 25.

31 *Ibid.*, art. 2° N°1, p. 6.

32 Cuya infracción o vulneración configuraría un crimen de guerra.

33 HERNÁNDEZ, Héctor. “Alcances de la Ley N°18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad”. En: *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal*, Chile, Defensoría Penal Pública, 2010, p. 58, comentando la legislación antiterrorista chilena, que en su artículo 1° dispone que los delitos contemplados en el artículo 2° serán considerados como terroristas cuando el hecho se cometa *“(...) con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie (...)”*.

34 Artículos 7 (5) y 16 (14) del borrador de Convenio, Informe del Comité Especial..., ob. cit., págs. 7 y 11.

rista, de modo que permita una definición que lo distinga de la delincuencia común. Como señala Zalaquett: “*A este respecto, la doctrina acepta que no hay uniformidad de criterios para definir una acción terrorista. Sin embargo, pocos dudarían de aplicar tal caracterización a un acto que reuniera los siguientes rasgos: (i) que se use o amenace usar la fuerza contra civiles o de modo indiscriminado; (ii) que tal uso o amenaza sea un medio de combate o elemento de una estrategia para lograr ciertos objetivos ideológicos o políticos (incluidos los de inspiración religiosa y también los objetivos buscados por el crimen organizado para conseguir la impunidad u otras concesiones por parte del poder político); (iii) que se procure conseguir dichos fines induciendo un estado de miedo en la población o en sectores de ella y/o procurando una respuesta de las autoridades –sea una reacción débil o excesiva– que se estima favorecerá tales objetivos; (v) que se busque la más amplia publicidad posible de los actos*”³⁵.

En la 68° sesión plenaria, realizada en diciembre del año 2013, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió que en la próxima sesión se estableciera un grupo de trabajo especial que pudiera culminar el trabajo de redacción del convenio general sobre terrorismo, a la vez que se debatiera sobre la necesidad de convocar a una conferencia de alto nivel bajo los auspicios de Naciones Unidas, atendidas las sugerencias del Comité en torno a la necesidad de contar con más tiempo para lograr adelantos sustantivos respecto de las cuestiones pendientes³⁶. En el último informe del Comité la situación se describió de la siguiente manera: “(...) También se señaló que una conferencia de ese tipo ofrecería la oportunidad de superar el estancamiento en los debates sobre el proyecto de convenio general para alcanzar una definición de terrorismo y para abordar las causas subyacentes del terrorismo”³⁷.

Mientras las negociaciones en el marco del Convenio *General* continuaban, Naciones Unidas avanzó en la sistematización de la regulación antiterrorista. Así, el año 2006, la Asamblea General aprobó la “Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo”³⁸, cuyo plan de acción se agrupaba en cuatro grupos de medidas, de carácter más bien genérico: i) medidas para

35 ZALAUQUETT, José. “Chile ratifica la Convención Interamericana contra el Terrorismo”. En: *Anuario de Derechos Humanos* N°2, 2006, Chile, Universidad de Chile, p. 181.

36 A/RES/68/119, de 18 de diciembre de 2013, “Medidas para eliminar el terrorismo internacional” [en línea]. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/446/62/PDF/N1344662.pdf?OpenElement> [fecha consulta: 16 de octubre 2014].

37 Informe del Comité Especial..., ob. cit., p. 30.

38 Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Aprobada mediante resolución de la Asamblea General A/RES/60/288, del 20 de septiembre de 2006, y contenida en Anexo a la misma [en línea]. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/60/288> [fecha consulta: 14 de octubre de 2014].

hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo; ii) medidas para prevenir y combatir el terrorismo; iii) medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de las Naciones Unidas a ese respecto; y, iv) medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo. La formulación de la Estrategia no reemplaza a una eventual Convención *General* en materia de terrorismo, lo que se confirma en la declaración contenida en el *para. 2*, letra a): “*Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas, resolvemos: (...) 2. Adoptar medidas urgentes para prevenir y combatir el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones y, en particular: a) Considerar la posibilidad de pasar a ser partes sin demora en los convenios y protocolos internacionales existentes de luchas contra el terrorismo y de aplicarlos, y hacer todo lo posible para llegar a un acuerdo sobre un convenio general sobre el terrorismo internacional y concertarlo*”³⁹.

En relación a las “*medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo*”, como primer pilar de la Estrategia, se incluyen varias cuyo objetivo central es continuar fortaleciendo y aprovechando la capacidad de Naciones Unidas en prevención de conflictos, negociación, mediación, conciliación y, en general, solución de conflictos por medios pacíficos⁴⁰; promover el diálogo, la tolerancia y el entendimiento entre países, culturas, pueblos, religiones, etc.⁴¹; promover una cultura de paz, justicia y desarrollo humano, tolerancia étnica y religiosa⁴²; aplicar y reforzar los programas de trabajo en materia de desarrollo e inclusión social⁴³; y estudiar la posibilidad de establecer, a título voluntario, sistemas nacionales de asistencia que atiendan a las necesidades de las víctimas del terrorismo y sus familias⁴⁴, entre otras.

El segundo pilar de la Estrategia es uno de los centrales. Contiene una serie de medidas específicas para prevenir y combatir el terrorismo. Destaca, entre otras, aquella que se refiere a las acciones de cooperación de los Estados en virtud de las obligaciones contraídas bajo el derecho internacional, con la

39 Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo, ob. cit., *para. 2 a*). Incluso antes, la Resolución de la Asamblea General que aprueba la Estrategia (A/RES/60/288, cit.), *para. 10* había declarado: “(...) Reafirmando además *la determinación de los Estado Miembros de hacer todo lo posible para llegar a un acuerdo sobre un convenio general contra el terrorismo internacional y concertarlo, incluso resolviendo las cuestiones pendientes relativas a la definición jurídica y el alcance de los actos abarcados por el convenio, a fin de que pueda servir como instrumento eficaz de lucha contra el terrorismo, (...)*”.

40 Estrategia..., ob. cit., I.1.

41 Estrategia..., ob. cit., I.2.

42 Estrategia... ob. cit. I.3.

43 Estrategia..., ob. cit., I.6.

44 Estrategia..., ob. cit. I.8.

finalidad de localizar, negar refugio y someter a la acción de la justicia, según el principio de extradición o juzgamiento, a toda persona que participe o trate de participar en actos terroristas⁴⁵. La Estrategia destaca, en otro ámbito, la importancia de la cooperación y coordinación, en materia de intercambio de información y antecedentes, y también en lo relativo a la investigación y juzgamiento de delitos conexos o relacionados al terrorismo, como el narcotráfico, tráfico ilícito de armas de fuego, entre otros⁴⁶. Asimismo, promueve el establecimiento de mecanismos o *centros de lucha* contra el terrorismo, tanto a nivel regional y subregional como internacional, y la aplicación de las Recomendaciones sobre blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo del Grupo de Acción Financiero de Sudamérica⁴⁷. En temas más específicos, la Estrategia contiene medidas particulares relativas a incidentes biológicos⁴⁸; Internet como herramienta de lucha contra la propagación del terrorismo y *lugar* de manifestaciones terroristas⁴⁹; controles fronterizos y aduaneros destinados a impedir desplazamientos de terroristas y tráfico ilícito de armas pequeñas, ligeras, municiones, explosivos, material nuclear, químico, biológico o radiológico⁵⁰; coordinación de la planificación de la respuesta a los atentados terroristas con armas o materiales nucleares, químicos, biológicos o radiológicos⁵¹; y mejoramiento de la seguridad y protección de objetivos particularmente vulnerables, como infraestructura y lugares públicos⁵².

El grupo de medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para “prevenir el terrorismo y luchar contra él”, se centran en la implementación a nivel local de proyectos de Naciones Unidas de cooperación y asistencia técnica, aprovechamiento de las capacidades instaladas en organizaciones internacionales para dar a conocer mejores prácticas en la materia⁵³ y otra serie de

45 La Estrategia refuerza en este punto el principio *aut dedere aut judicare*, presente en la mayor parte de los instrumentos internacionales sobre terrorismo de Naciones Unidas, y que en esencia obliga a los Estados parte a extraditar o juzgar a los sospechosos, evitando la inacción o falta de investigación del hecho concreto. Estrategia..., ob. cit., II.2 y 3.

46 Estrategia..., ob. cit. II. 4 y 5. Además se hace un llamado a expreso a los Estados a que se hagan parte sin demora, y apliquen los que aún no lo sean, de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus tres Protocolos Complementarios, Estrategia..., ob. cit., II.6.

47 Estrategia..., ob. cit., II.8, 9 y 10.

48 La medida concreta consiste en elaborar una base de datos única y omnicompreensiva sobre incidentes biológicos, que complemente la base de datos sobre delitos biológicos de la Organización Internacional de Policía Criminal. Estrategia..., ob. cit., II.11.

49 Estrategia..., ob. cit., II.12.

50 Estrategia..., ob. cit., II.13, 14, 15 y 16.

51 Estrategia..., ob. cit. II.17.

52 Estrategia..., ob. cit., II.18.

53 Estrategia..., ob. cit., III.1 y 2.

medidas orientadas a reforzar la coordinación y cooperación internacional, en particular en aquello referente a intercambios de información, mejores prácticas y asistencia técnica en general⁵⁴. Por último, la Estrategia contiene un set de importantes medidas cuya finalidad es asegurar el respeto de los derechos humanos en la “lucha” contra el terrorismo, las que resume de la siguiente forma: “(...) *Resolvemos adoptar las medidas siguientes, reafirmando que la promoción y la protección de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley son elementos esenciales de todos los componentes de la Estrategia, reconociendo que las medidas eficaces contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no son objetivos contrapuestos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente, y destacando la necesidad de promover y proteger los derechos de las víctimas del terrorismo: (...)*”⁵⁵. De esta manera, se promueve el establecimiento y mantenimiento de un sistema penal eficaz y basado en el imperio de la ley que asegure el enjuiciamiento de sospechosos con el debido respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que se tipifiquen los actos terroristas como delitos graves en la legislación nacional⁵⁶. Por último, se decide apoyar la función en esta materia del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo⁵⁷.

Los esfuerzos de Naciones Unidas por sistematizar y homogeneizar las medidas de prevención, detección y control del terrorismo a nivel mundial son sumamente positivas, no sólo porque están orientadas a un curso de acción coordinado a nivel internacional, evitando de esta manera acciones aisladas o repetitivas que finalmente impiden una actuación eficaz, sino porque a la larga permiten alcanzar puntos de acuerdo mínimos entre los Estados que en la práctica lleven a resultados exitosos en la prevención y sanción de estas conductas. Sin perjuicio de ello, los temas pendientes en el foro relativo al Convenio *General*, en relación a la definición de terrorismo y sus alcances concretos, es vital para poder darle sentido a dichas medidas, y además para transformarlas en normas que, por la vía del Convenio y las obligaciones de adecuación normativa interna que impone a los Estados parte, deban ser

54 En especial, medidas individualizadas en los números 7, 11 y 13, Estrategia... ob. cit.

55 Estrategia..., ob. cit., IV, *preámbulo*.

56 Estrategia..., ob. cit., IV.4. Al respecto, también, vid. VAN WEEZEL, Alex, ob. cit., y CARNEVALI, Raúl, ob. cit. También, MEDINA, Cecilia. “Derechos Humanos y aplicación de la Ley 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad”. En: *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal*, N°12, Octubre 2013, Chile, Defensoría Penal Pública.

57 Estrategia..., ob. cit., IV.8. Cabría apuntar que el Relator Especial al que se refiere la Estrategia en este punto ha realizado algunas visitas a nuestro país, la última el año 2013.

incorporadas en los ordenamientos jurídicos nacionales, dándoles así mayor nivel de exigibilidad y realidad operativa y práctica.

2. Instrumentos universales y regionales en materia de terrorismo

En el marco de Naciones Unidas se han concluido una serie de instrumentos que forman parte del núcleo central del marco jurídico *universal*⁵⁸ en materia de terrorismo. Estas convenciones e instrumentos regulan actos específicos, y en general han sido elaborados como respuesta a atentados que comprenden actos o medios donde antes no existía regulación alguna⁵⁹. Así, por ejemplo, las Convenciones de La Haya y Montreal sobre seguridad de la aviación civil fueron la respuesta concreta a una serie de secuestros de aviones en los años 60 y 70, mientras que el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 1988, fue adoptado luego del secuestro, en 1985, del buque italiano *Achille Lauro* y el posterior asesinato de un ciudadano norteamericano.

A la fecha se han concluido un total de 19 instrumentos universales: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 1963); Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973); Convención Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 1979); Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 1980); Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional (Montreal, 1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 1988); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 1988); Convenio Internacional sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1991); Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997); Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999); Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, Asamblea General, 2005); Enmienda a la Convención

58 El término *universal* se refiere aquí a los alcances del instrumento, que al haber sido adoptado con el auspicio o en el marco de Naciones Unidas tiene un alcance global –están abiertos a todos los Estados–, en oposición, por ejemplo, a ciertos acuerdos o convenios *regionales*, de aplicación más restringida y local.

59 El Marco Jurídico Universal contra el Terrorismo, Naciones Unidas, UNODC, ob. cit., p. 6.

sobre la protección física de los materiales nucleares (2005); Protocolo del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Londres, 2005); Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Londres, 2005); Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional (Beijing, 2010); Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Beijing, 2010); y Protocolo enmienda del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (2014)⁶⁰.

En términos generales, estos 19 instrumentos internacionales se basan en el enfoque de justicia penal para abordar el terrorismo, lo cual implica que son las instituciones judiciales nacionales o *domésticas* aquellas llamadas, a la luz de estos convenios, a prevenir, investigar y juzgar, debiendo existir siempre una actuación coordinada a nivel nacional entre los organismos de aplicación de la ley⁶¹. En términos concretos, los instrumentos imponen obligaciones determinadas a los Estados parte que consisten en la adecuación de sus ordenamientos jurídicos internos a la luz de lo dispuesto en el respectivo instrumento⁶². La principal obligación es la de tipificar como delito o criminalizar las conductas descritas en éstos, proveyendo penas acordes a su gravedad por su realización, junto con el establecimiento de normas que consagren el principio *aut dedere aut judicare*, que está en la base de todos los tratados: extraditar o juzgar a los sospechosos de haber realizado la conducta en cuestión⁶³. Así, los instrumentos universales regulan, en general, cuatro temas que son comunes a todos: i) ámbito de aplicación; ii) requisitos de penalización; iii) jurisdicción; iv) cooperación internacional. Nos abocaremos preferentemente a los dos primeros.

En relación al primer tema, el ámbito de aplicación, hay dos cuestiones relevantes: la primera es si los instrumentos son aplicables o no a los agentes del Estado y en qué circunstancias; y la segunda sobre la exigencia o no de elementos *transnacionales*. Respecto a lo primero, el debate es similar a aquel analizado a propósito del Convenio *General*, es decir, se relaciona con los

60 Guía para Colombia sobre el régimen jurídico contra el terrorismo y su financiación. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC), Bogotá, 2014, págs. 21-3.

61 El Marco Jurídico Universal..., ob. cit., p. 38.

62 Obligaciones que deben ser cumplidas en consonancia con los principios y marco jurídico de cada país. En este sentido, Guía para la incorporación legislativa y la aplicación de los instrumentos universales contra el terrorismo, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC), 2007 [en línea]. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Guide_Legislative_Incorporation_Implementation/Spanish.pdf [fecha consulta: 15 de octubre de 2014].

63 CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 285-6.

alcances de los delitos, sólo que en este caso acotado a los actos prohibidos puntualmente por cada instrumento, que no pretenden regular de manera global todos los posibles actos de terrorismo, con lo cual sus consecuencias son también más restringidas. En este marco, tradicionalmente se ha entendido que los convenios no serían aplicables a los actos cometidos por agentes estatales o particulares actuando en nombre de un Estado, bajo la premisa que éstos promueven la cooperación entre Estados, que se vería seriamente comprometida en caso contrario⁶⁴. Respecto al elemento *transnacional*, algunos instrumentos restringen su aplicación a aquellos casos en que esté presente. Lo anterior implica, en otros términos, que los actos cometidos al interior de un Estado, sin que tenga consecuencias internacionales, no serían objeto del instrumento en particular, y debieran ser resueltos con las herramientas y tipos penales de cada ordenamiento nacional⁶⁵.

Los instrumentos imponen a los Estados parte obligaciones concretas de penalización o criminalización de las conductas descritas en ellos. Un primer aspecto relevante es que ninguno de ellos califica o nombra explícitamente a los delitos que regula como *terroristas*, ni siquiera aquellos que llevan dicho nombre en su título⁶⁶. En la práctica, ello implica que los Estados, al trasladar las disposiciones de los instrumentos a sus ordenamientos jurídicos internos, no están obligados a llamarlos “delitos terroristas” o “de terrorismo”⁶⁷. El hecho de que los actos regulados en estos instrumentos sean parte de un “marco

64 En este sentido, el artículo 19.1 y 2 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas dispone: “1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio menoscabará los derechos, las obligaciones y las responsabilidades de los Estados y de los individuos con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas y el derecho internacional humanitario. 2. Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el derecho internacional humanitario y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio y tampoco lo estarán las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del derecho internacional”.

65 Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes dispone: “La presente Convención no será aplicable en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado”; Disposiciones similares se encuentran en el artículo 3° del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear; artículo 3° del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y artículo 3° del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas.

66 Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas (Nueva York, 1997); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Nueva York, 1999); Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (Nueva York, Asamblea General, 2005).

67 Sobre la terminología, VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”. En: *Polít. crim.* N°2, A3, 2006, p. 7 [en línea].

jurídico universal contra el terrorismo”, pasa más bien por decisiones políticas de la comunidad internacional de incluir una serie de atentados graves dentro de esta terminología común, por sus consecuencias, daños asociados a las víctimas e infraestructuras de los países, conmoción pública, alteración de la paz, tranquilidad y orden público, peligro para la seguridad de las personas, etc. Como se expresa en el preámbulo del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas: “*Los Estados Partes en el presente Convenio, (...) Observando también que los atentados terroristas con explosivos u otros artefactos mortíferos se están generalizando cada vez más, (...) Convencidos de la necesidad urgente de que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a establecer y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir esos atentados terroristas y enjuiciar y castigar a sus autores, Considerando que la comisión de esos atentados es motivo de profunda preocupación para toda la comunidad internacional (...)*”⁶⁸.

En general, los instrumentos regulan la criminalización de las conductas atendiendo a un elemento *objetivo* y uno *subjetivo*. Los actos objeto de sanción pueden dividirse en los siguientes grupos: i) delitos relativos a la aviación civil; ii) delitos basados en la condición *jurídica* de la víctima; iii) delitos relativos a buques y plataformas físicas; iv) delitos relativos a materiales peligrosos; v) delitos relativos a la financiación del terrorismo, atentados terroristas cometidos con bombas y terrorismo nuclear⁶⁹.

Dentro del primer grupo de delitos, a modo ejemplar, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970), en su artículo 1° dispone: “*Comete un delito (que en adelante se denominará “el delito”) toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo, a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos; b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos*”. El artículo 2° del mismo instrumento agrega la obligación de establecer penas *severas* para el delito definido en el artículo 1°⁷⁰.

Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf [fecha consulta: 17 de octubre de 2014].

68 Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997), preámbulo, *paras.* 7, 9 y 10.

69 Marco Jurídico Universal..., ob. cit. págs. 28-36; Guía para la incorporación legislativa..., ob. cit., p. 16.

70 Dentro de este grupo los otros instrumentos relevantes son los siguientes: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 1963); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971); Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional (Montreal, 1988); Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil

La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973), puede catalogarse como perteneciente al grupo de instrumentos que contienen delitos basados en la condición *jurídica* de la víctima. La Convención, luego de señalar qué se entenderá por “persona internacionalmente protegida”, en su artículo 1°, dispone en su artículo 2° N°s 1 y 2: “1. Serán calificados por cada Estado parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente: a) la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida; b) la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad; c) la amenaza de cometer tal atentado; d) la tentativa de cometer tal atentado; y e) la complicidad en tal atentado. 2. Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos”⁷¹.

Dentro de los instrumentos que se refieren a los delitos relacionados con buques y plataformas físicas, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 1988) establece en su artículo 3° N°1: “Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente: a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o b) realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque; o c) destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o d) coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que pongan o puedan poner en peligro la navegación segura del buque; o e) destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque; o f) difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque; o g) lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a f)”⁷².

internacional (Beijing, 2010); Protocolo complementario del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Beijing, 2010); y Protocolo enmienda del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (2014).

- 71 En este grupo podemos catalogar además la Convención Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 1979).
- 72 Otros instrumentos en este grupo son los siguientes: Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 1988); Protocolo del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Londres, 2005); Protocolo para la

En materia de materiales peligrosos, la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 1980), y su Enmienda del año 2005, establece como delitos, en el artículo 7°, cuando se cometan intencionadamente, entre otros, los siguientes: “(...) a) un acto que consista en recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o dispersar materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa, o es probable que cause, la muerte o lesiones graves a cualquier persona o sustanciales daños patrimoniales o ambientales; b) hurto o robo de materiales nucleares; c) malversación de materiales nucleares o la obtención de éstos mediante fraude; d) un acto que consista en transportar, enviar o trasladar a un Estado, o fuera de él, materiales nucleares sin autorización legal; e) un acto realizado en perjuicio de una instalación nuclear, o un acto que cause interferencia en la explotación de una instalación nuclear, y en que el autor cause deliberadamente, o sepa que el acto probablemente cause, la muerte o lesiones graves a una persona o sustanciales daños patrimoniales o ambientales por exposición a las radiaciones o a la emisión de sustancias radioactivas, a menos que el acto se realice de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte en cuyo territorio esté situada la instalación nuclear; f) un acto que consista en la exacción de materiales nucleares mediante amenaza o uso de la fuerza o mediante cualquier otra forma de intimidación”⁷³.

En el último grupo de delitos, destacan por su aplicación práctica el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997) y el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999). El artículo 2° N°1 del primero dispone: “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico”.

El segundo Convenio, en su artículo 2° N°1 señala: “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien, por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) Un acto que

represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Londres, 2005).

73 Se agrega en este grupo el Convenio Internacional sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1991), el cual sin embargo no establece la obligación de tipificar ninguna conducta en concreto. En sus artículos II y III establece la obligación de cada Estado parte de adoptar las “(...) medidas necesarias y eficaces para prohibir e impedir...” la fabricación y la entrada o salida de su territorio de explosivos sin marcar.

*constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*⁷⁴.

Además de la delimitación de la conducta que debe ser criminalizada a nivel nacional, los instrumentos disponen que la tentativa y la complicidad serán siempre punibles. En su formulación más sencilla, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970), por ejemplo, en su artículo 1 N°2 dispone que comete delito toda persona que sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de los actos indicados en el N°1 del mismo artículo⁷⁵. Otros instrumentos agregan nuevas fórmulas de sanción. La Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973), incluye en su artículo 2° N°1 letra c) la *amenaza* de cometer un atentado. Similar, el artículo 3° N°2 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 1988) dispone que *también* comete delito quien intente cometerlo, induzca a otro a cometerlo, sea de otro modo cómplice o amenace con cometerlo, formulando o no una condición.

Los Convenios Internacionales para la represión de los atentados terroristas con bombas (Nueva York, 1997) y para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999), agregan que también comete delito quien: i) intente cometer un delito; ii) participe como cómplice en la comisión de un delito; iii) organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito; iv) contribuya de algún otro modo a la comisión de los delitos por un grupo de personas que actúe con un propósito común, agregando que la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate. El Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, 2005), agrega a lo anterior la amenaza cuando esta es verosímil y la instigación.

74 Faltaría agregar en este grupo el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Nueva York, Asamblea General, 2005).

75 Una disposición similar puede encontrarse en el artículo 1° N°2 letra b) de la Convención Internacional contra la toma de Rehenes (Nueva York, 1979).

En relación a los elementos *subjetivos*, los instrumentos en general exigen simplemente que la conducta se haya realizado *intencionalmente*⁷⁶. Adicionalmente, los Convenios Internacionales para la represión de los atentados terroristas con bombas (Nueva York, 1997) y para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999) y la Convención Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 1979), exigen un elemento subjetivo *adicional* al dolo: el primero, en su artículo 2° N°1 requiere que el delito se haya cometido con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico; el segundo exige en el autor la intención de que los bienes se provean para la comisión de un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo, o cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo. La Convención, por último, exige que la toma de rehenes se realice para “(...) *obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén...*”⁷⁷.

Con excepción del Convenio sobre financiamiento del terrorismo, la no inclusión de un elemento subjetivo adicional que de alguna manera permita calificar el acto en cuestión como terrorista, da cuenta de las dificultades y criterio pragmático de los Estados en la materia. Como se vio a propósito de la regulación en el Convenio *General*, si el terrorismo, sea como se defina, tiene como característica central que se comete con un propósito determinado, porque existe una especial finalidad en el autor que va más allá de la mera concreción de la conducta ilícita, su no definición evita alcanzar una conceptualización adecuada y completa, dejando sólo un catálogo de delitos graves que podrían ser considerados como tales⁷⁸. Sin perjuicio de ello, y quizás conscientes de la relevancia de este elemento subjetivo en la caracterización normativa del terrorismo, la mayoría de los instrumentos contienen cláusulas expresas que impiden justificar la comisión de los delitos por razones religiosas, ideológicas, políticas, etc.⁷⁹. Particular relevancia presentan las cláusulas que expresa-

76 Guía para la incorporación legislativa..., ob. cit. p. 15.

77 Artículo 1° N°1 de la Convención.

78 Sobre la *finalidad terrorista* en la legislación chilena, con referencias comparadas, puede verse HERNÁNDEZ, Héctor, ob. cit. También, CRYER *et al.*, ob. cit., págs. 290-1.

79 Una excepción la constituye el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 1963), cuyo artículo 2° dispone que sin

mente impiden utilizar la calificación de delito *político* para evitar su sanción, con lo cual no se hace sino reforzar la noción de que el terrorismo es injustificable en todos los casos, siguiendo lo expresado en la resolución de Naciones Unidas del año 1994⁸⁰.

De esta manera, los Convenios Internacionales sobre atentados con bombas y financiación del terrorismo contienen cláusulas expresas que excluyen toda forma de justificación de los actos terroristas. Así, por ejemplo, el artículo 5° del Convenio sobre atentados con bombas, dispone: “*Cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para que los actos criminales comprendidos en el ámbito del presente Convenio, en particular los que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar y sean sancionados con penas acordes a su gravedad*”⁸¹. Adicionalmente, los artículos 11 y 14 de los Convenios sobre atentados terroristas cometidos con bombas y financiación del terrorismo, respectivamente, disponen expresamente que no podrá rechazarse una solicitud de extradición o de asistencia judicial recíproca por la única razón de constituir a un delito político, un delito conexo a un delito político o un delito inspirado en motivos políticos. Sin perjuicio de lo anterior, en los artículos 12 y 15 de cada Convenio respectivamente se contiene una cláusula que permite a los Estados denegar un pedido de extradición o de asistencia judicial recíproca cuando tiene motivos fundados para creer que la solicitud se ha formulado con el objeto de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política, cláusulas que se ubicarían en el plano de la motivación del acto más que en su naturaleza⁸².

Por último, en relación a las formas de ejercer jurisdicción de cada Estado parte sobre los delitos cometidos, los instrumentos internacionales se basan en el principio de no otorgar asilo seguro a ninguna persona que sea responsable de participar en estos delitos, lo cual implica una obligación concreta:

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4° “(...) y salvo que lo requiera la seguridad de la aeronave y de las personas o bienes a bordo, ninguna disposición de este Convenio se interpretará en el sentido de que autoriza o exige medida alguna en caso de infracciones a las leyes penales de carácter político o basadas en discriminación racial o religiosa”.

80 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 49/60 de 9 de diciembre de 1994.

81 La norma es casi idéntica a la del artículo 6° del Convenio sobre financiación del terrorismo, con la diferencia que en este último se omitió la referencia al propósito o intención del autor, que ya había sido incluido en la propia definición del acto prohibido.

82 Denominadas “cláusulas de no discriminación”, Guía para la incorporación legislativa..., ob. cit., p. 42.

extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). El principio se ha formulado de diversas formas, por ejemplo en el artículo 8° N°1 del Convenio Internacional para la represión de los actos terroristas cometidos con bombas, que establece: “En los casos en que sea aplicable el artículo 6, el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado”⁸³.

En el ámbito regional, la Convención Interamericana contra el terrorismo (2002), entiende por “delitos”, para los propósitos de la Convención, aquellos señalados en algunos de los instrumentos *universales*⁸⁴ sin mayores agregados, por lo que lo dicho respecto a ellos es plenamente aplicable en este ámbito⁸⁵. Luego, la Convención desarrolla algunas normas específicas en materia de financiación del terrorismo, con referencias al embargo y decomiso de fondos y al delito de lavado de dinero (arts. 4°, 5° y 6°). Asimismo, contiene una cláusula de inaplicabilidad de la excepción por delito político (art. 11), una cláusula de no discriminación (art. 14) y una norma especial que refuerza el respeto de los derechos humanos al implementar las medidas contenidas en la Convención (art. 15).

Los instrumentos internacionales, si bien en diversos aspectos mantienen un cierto estado de “indefinición” del concepto de terrorismo, en tanto evitan referirse a aspectos considerados tradicionalmente como centrales de esta noción, como por ejemplo la *finalidad especial* con la que obra el autor del delito, o su ámbito de aplicación a actividades de agentes del Estado, reafir-

83 Vid., también, El Marco Jurídico Universal..., ob. cit., págs. 52-3.

84 El artículo 2° de la Convención se remite a los siguientes instrumentos: Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971); Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973); Convención Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 1979); Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Viena, 1980); Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional (Montreal, 1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 1988); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 1988); Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 1997); Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Nueva York, 1999).

85 Al respecto, también, ZALAUQUETT, José, ob. cit., p. 182.

man la condena categórica de la comunidad internacional frente a hechos que indudablemente son graves y afectan de modo indiscriminado a civiles inocentes. Por otra parte, las fórmulas de redacción de determinadas cláusulas contenidas en ellos, como asimismo el examen de su internalización en los sistemas jurídicos nacionales, podrían dar mayores luces que permitan resolver algunas de las cuestiones que actualmente se debaten en el ámbito del Convenio *General* sobre terrorismo.

3. Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

Dentro del marco jurídico *universal* en materia de terrorismo, junto con los instrumentos ya analizados, se encuentran las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Éstas cumplen un rol central dentro del contexto normativo internacional, puesto que no se trata de meras recomendaciones o sugerencias que formula el Consejo a los países, sino que de medidas concretas que los Estados están obligados a cumplir por haber sido adoptadas de conformidad a lo establecido en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas⁸⁶. Las principales resoluciones sobre terrorismo adoptadas en este ámbito son las resoluciones 1267 (1999), 1373 (2001) y 1540 (2004).

La resolución 1267 (1999)⁸⁷ estableció un régimen de sanciones contra Al-Qaida y los talibanes, con el objeto de lograr la entrega de Osama Bin Laden. Hoy, y luego de sucesivas reformas efectuadas mediante las resoluciones 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1735 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009), 1989 (2011) y 2083 (2012), el régimen se ha ido enfocando hacia otras personas y entidades asociadas a los talibanes⁸⁸. Las resoluciones imponen a los Estados la obligación de adoptar, respecto de personas incluidas en las listas que realiza el Comité, las siguientes medidas: i) congelamiento de todos los activos de propiedad de las personas o entidades, con algunas excepciones; ii) prohibición de suministrar, vender o transferir

86 Artículos 39 a 51. El artículo 39 establece que el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. El artículo 41, por su parte, dispone que el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

87 S/RES/1267 (2009) [en línea]. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1267(1999)) [fecha consulta: 17 de octubre de 2014].

88 El Marco Jurídico Universal..., ob. cit., p. 9.

armas o municiones a personas o entidades, incluyendo prestar asesoramiento técnico, asistencia y capacitación relacionada con actividades militares en beneficio de estas personas; iii) prohibición de viajes. Las personas sancionadas son incluidas en una lista que se distribuye vía diplomática y se publica en la página web del Comité de Sanciones contra Al-Qaida y los talibanes⁸⁹. Toda persona incluida en la lista puede solicitar que su nombre sea removido de ésta, lo cual será tramitado por un Ombudsman, quien tiene carácter imparcial e independiente, y funciona como un puente entre el peticionario y el Comité⁹⁰.

La resolución 1373 (2001)⁹¹ fue aprobada poco después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y es la resolución principal del Consejo de Seguridad en materia de terrorismo, entre otras razones porque aborda el terrorismo no focalizado a una cierta parte del mundo sino que como fenómeno *global*. No contiene, como cabría esperar, una definición de terrorismo, aunque se remite a los instrumentos *universales*. Al igual que la resolución anterior, crea un Comité especial dedicado evaluar su cumplimiento por parte de los Estados, cuya principal labor consiste en “(...) *fortalecer las capacidades de los Estados Miembros de las Naciones Unidas para combatir las actividades terroristas dentro de sus fronteras y en todas las regiones*”⁹².

En el párrafo 1 de su parte dispositiva se concentra el financiamiento del terrorismo, estableciendo tres medidas para ser cumplidas por los Estados: i) tipificar como delito la provisión o recaudación de fondos para perpetrar actos de terrorismo; ii) congelar los fondos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo y de las entidades de propiedad o bajo el control, directo o indirecto, de esas personas; iii) prohibir a toda persona y entidad que pongan cualesquiera fondos a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo.

Su párrafo segundo se dedica a la prevención y sanción del terrorismo, imponiendo a los Estados las siguientes obligaciones: i) abstenerse de proporcionar todo tipo de apoyo a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, inclusive reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas; ii) denegar refugio a quienes planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a esos actos y aseguren su enjuiciamiento; iii) tipificar los actos de terrorismo como delitos graves en las leyes internas; iv)

89 <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/index.shtml>.

90 Establecido mediante resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1904 (2009).

91 S/RES/1373 (2001) [en línea]. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1373(2001)) [fecha consulta: 17 de octubre de 2014].

92 *Ibid.*

proporcionar el máximo nivel de asistencia recíproca en investigaciones o procedimientos penales; v) imponer controles eficaces en fronteras y controles en la expedición de documentos de identidad y de viaje.

Por último, el tercer párrafo se dedica exclusivamente a la cooperación internacional, reiterando lo señalado en algunos de los instrumentos *universales*, como por ejemplo que los Estados se aseguren que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de sospechosos de haber participado en actos terroristas.

El Comité también tiene competencia respecto a los temas abordados en la Resolución 1624 (2005)⁹³, mediante la cual se insta a todos los Estados a prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo; impedir dicha conducta; denegar protección a toda persona respecto de la cual se disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta. Además, la resolución se refiere a la promoción de la cooperación entre los Estados para reforzar la seguridad de sus fronteras internacionales, y a promover el diálogo y mejorar el entendimiento entre las civilizaciones, en un intento por prevenir que se atente indiscriminadamente contra diferentes religiones y culturas, todo ello ajustado a las obligaciones que impone el derecho internacional, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario.

La resolución 1540 (2004)⁹⁴, por su parte, establece un régimen global para impedir a los agentes no estatales desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, por constituir una amenaza a la paz y la seguridad internacional. También crea un Comité Especial⁹⁵ para el seguimiento de sus disposiciones, que en términos generales son las siguientes: i) abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que realicen o tengan previsto realizar actividades relativas a la proliferación de armas de destrucción masiva; ii) adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, adquisición, posesión, desarrollo, transporte, transferencia o empleo de armas de destrucción en masa y sus sistemas vectores; iii) instaurar controles nacionales a fin de prevenir la proliferación de las armas de destrucción masiva y los materiales conexos estableciendo medidas de protección física, de control fronterizo y de control de las exportaciones.

93 S/RES/1624 (2005) [en línea]. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1624\(2005\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1624(2005)) [fecha de consulta: 17 de octubre de 2014].

94 S/RES/1540 (2004) [en línea]. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1540%20\(2004\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1540%20(2004)) [fecha de consulta: 17 de octubre de 2014].

95 <http://www.un.org/es/sc/1540/>.

Las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en este contexto, complementan o amplían las medidas que deben adoptar los Estados parte en el cumplimiento de las obligaciones contraídas al suscribir alguno de los instrumentos internacionales en materia de terrorismo. Al igual que ocurre con éstos y la Estrategia Global, imponen a los Estados la obligación de adoptar una serie de medidas concretas cuya finalidad es evitar, prevenir y sancionar los actos de terrorismo. El enfoque de las resoluciones es bastante pragmático en el sentido de propender a la adopción de medidas concretas que van no sólo en el sentido amplio de cooperación y promoción del diálogo entre las naciones, sino que en temas específicos como el congelamiento de fondos, el control eficaz en fronteras internacionales, embargo y no proliferación de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas de vectores, o la prohibición de venta o suministro de armas y congelamiento de bienes a grupos específicos como Al-Qaida. Con ello, el Consejo de Seguridad ha impulsado una agenda que pretende aislar, dejar sin recursos financieros y materiales, y sin asilo, a quienes cometen o financian actos graves, calificados como terroristas, como forma de prevenir su realización. En el ámbito jurídico-penal, las resoluciones también contienen obligaciones concretas de tipificación en los ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo respecto al delito de financiamiento del terrorismo.

4. Las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiero (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI, o FATF por sus siglas en inglés –Financial Action Task Force–), fue creado el año 1989 en París, en el marco de una reunión de los siete países más industrializados del mundo (G-7) y la Comisión Europea (European Commission). Su creación obedeció a la creciente preocupación que distintos Estados del mundo experimentaban por las amenazas que la comisión del delito de lavado de dinero significaba para sus sistemas bancarios y financieros, y por la necesidad de crear un estatuto internacional que regulara la materia, permitiendo a todos los países afectados actuar de manera coordinada y más eficaz. Se le encomendaron al GAFI las tareas de revisar las técnicas y tendencias utilizadas para blanquear dinero, revisar las acciones llevadas a cabo a nivel nacional e internacional y, por último, señalar las medidas que aún faltaba por implementar para diseñar e implementar acciones eficaces contra el lavado de dinero.

El Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), por su parte, es una organización intergubernamental, creada al estilo GAFI, que agrupa a los países de América del Sur y el Caribe en el combate contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Fue creado formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del Grupo, suscrito por sus 10 países integrantes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador,

México, Paraguay, Perú y Uruguay, aunque hoy cuenta con más miembros, entre ellos países de Centroamérica como Panamá, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras y Nicaragua⁹⁶.

Luego de su creación, en el mes de abril del año 1990, el GAFI emitió un documento, conocido como las “40 Recomendaciones”, que contenía una propuesta de medidas integrales en materia de prevención, detección, investigación y juzgamiento del delito de lavado de dinero, y que en definitiva importaba la creación de un estatuto de carácter internacional contra el lavado de dinero para ser implementado por todos los países. A dichas Recomendaciones se sumaron, luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, las ocho Recomendaciones Especiales contra el Financiamiento del Terrorismo, a las que posteriormente se agregó una más. En su conjunto, las 40 + 9 Recomendaciones propugnaban la creación e implementación de un sistema integral y eficiente en la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. GAFISUD hizo suyas dichas Recomendaciones.

Luego de diversos procesos de evaluación del alcance y efectividad de las Recomendaciones, en febrero del año 2012 se publican las nuevas 40 Recomendaciones, que funden en un solo listado de 40 recomendaciones todas las medidas para la prevención, detección y control de los delitos de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y proliferación, constituyendo actualmente los “estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación”⁹⁷.

Los países miembros del GAFI y sus organismos *satélites*, como GAFISUD, son periódicamente evaluados sobre su nivel de cumplimiento de estas Recomendaciones, en procesos de *evaluaciones mutuas*, que pueden generar sanciones de distinta naturaleza según los niveles de incumplimiento de los países. Chile ha sido evaluado los años 2003, 2006 y 2010, habiendo quedado en la última evaluación en una lista de *seguimiento* sobre el nivel de cumplimiento de las observaciones y recomendaciones efectuadas por los evaluadores⁹⁸.

En materia de financiamiento del terrorismo, las Recomendaciones esenciales son las siguientes:

“5. Delito de financiamiento del terrorismo. Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo en base al Convenio Internacional para la Represión de

96 Mayor información en <http://www.gafisud.info/>.

97 Las Recomendaciones del GAFI [en línea]. Disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2014].

98 [En línea]. Disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/evaluaciones_mutuas/Chile_3ra_Ronda_2010.pdf [fecha consulta: 17 de octubre de 2014].

la *Financiación del Terrorismo*, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aun en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos.

6. Sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo. Los países deben implementar regímenes de sanciones financieras para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la prevención y represión del terrorismo y el financiamiento del terrorismo. Las Resoluciones exigen a los países que congelen sin demora los fondos u otros activos de, y que aseguren que ningún fondo u otro activo se ponga a disposición, directa o indirectamente, de o para, el beneficio de alguna persona o entidad, ya sea (i) designada por, o bajo la autoridad de, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo, de conformidad con la resolución 1267 (1999) y sus resoluciones sucesoras; o (ii) designada por ese país en virtud de la resolución 1373 (2001).

8. Organizaciones sin fines de lucro. Los países deben revisar la idoneidad de las leyes y regulaciones relativas a las entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para el financiamiento del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables, y los países deben asegurar que estas no sean utilizadas indebidamente: (a) por organizaciones terroristas que se presenten como entidades legítimas; (b) para explotar entidades legítimas como conductos para el financiamiento del terrorismo, incluyendo el propósito de escapar a medidas de congelamiento de activos; y (c) para esconder u ocultar el desvío clandestino de fondos, destinados a propósitos legítimos, de las organizaciones terroristas”.

Las Recomendaciones del GAFI, atendido su estatus de “estándar internacional”, y las sanciones que conlleva su incumplimiento, han sido en general parte importante del concierto de regulaciones internacionales que en materia de terrorismo se tiene en consideración. Por otra parte, y en materia de financiamiento del terrorismo, su cumplimiento está íntimamente conectado con su marco jurídico *universal*. Así, mientras la R. 5 se remite explícitamente al Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, la Nota Interpretativa de la R. 6, sobre financiamiento del terrorismo, se remite a las resoluciones 1267 (1999) y 1373 (2001): “(...) La Recomendación 6 exige a los países que implementen sanciones financieras dirigidas para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que demandan a los países que congelen, sin demora, los fondos u otros activos, y que aseguren que ningún fondo u otro activo se ponga a disposición de o sea para el beneficio de: (i) alguna persona o entidad designada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (el Consejo de Seguridad) dentro del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como exige la resolución 1267 del Consejo de Seguridad (1999) y sus resoluciones sucesoras; o (ii) alguna persona o entidad designada por ese país en

*virtud de la resolución 1373 del Consejo de Seguridad (2001)*⁹⁹. De esta manera, se integran al sistema del GAFI las medidas establecidas por el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a las que ya se ha hecho referencia.

III. El terrorismo como crimen internacional

El 16 de febrero del año 2011 la Cámara de Apelaciones del Líbano, en la decisión interlocutoria mediante la cual respondía varias cuestiones planteadas por el juez de investigaciones preliminares del Tribunal Especial para el Líbano, sostuvo que el terrorismo ha devenido en un crimen de derecho penal internacional y que la definición internacional respectiva influencia el derecho libanés¹⁰⁰. La resolución hizo resurgir un antiguo debate sobre la diferencia, si es que existe, entre los llamados crímenes internacionales *nucleares*, o crímenes bajo el derecho penal internacional, y aquellos que si bien tienen algún componente *transnacional* en su definición o forma de comisión, sólo pueden ser sancionados, investigados y perseguidos penalmente en los sistemas judiciales *nacionales* o *domésticos*.

Un crimen *internacional* sería aquel que es creado directamente por el derecho internacional, sin la intervención del derecho interno, y respecto del cual son competentes para conocer y juzgar los tribunales internacionales o nacionales con independencia de si la conducta se encuentra descrita y sancionada o no en ese ordenamiento jurídico¹⁰¹. Como plantea Werle, una norma que es objeto de estudio del derecho penal internacional debe cumplir tres condiciones: i) debe describir un hecho típico que sea imputable individualmente, previendo asimismo una pena como consecuencia jurídica; ii) debe ser parte del ordenamiento jurídico internacional, y iii) la sanción de la conducta debe producirse con independencia de si la misma se encuentra descrita y sancionada en un ordenamiento nacional o si el mismo permite aplicación a sus tribunales de normas penales internacionales¹⁰².

Los ejemplos clásicos de crímenes internacionales, en este contexto, son aquellos llamados *nucleares*, respecto de los cuales la Corte Penal Inter-

99 Las Recomendaciones..., ob. cit., p. 41.

100 AMBOS, Kai, ob. cit., págs. 143-4.

101 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 5.

102 WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Coordinación de la traducción al español por DÍAZ PITA, María del Mar. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, citado por CÁRDENAS, Claudia. "Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación". En: *Polít. crim.* N°2, A1, 2006, p. 3 [en línea]. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_02/a_1_2.pdf [fecha consulta: 20 de octubre de 2014]; AMBOS, Kai, ob. cit., p. 165.

nacional tiene competencia para conocer y juzgar¹⁰³. Así, el artículo 5° del Estatuto de Roma¹⁰⁴, declara: “*La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión*”¹⁰⁵. Se trataría de crímenes que, según el preámbulo del Estatuto de Roma, conformarían “(...) *atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad (...)*”¹⁰⁶ que “(...) *constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (...)*”¹⁰⁷. Es decir, que ostentan un elemento *internacional* que se traduce en la inconsistencia de la conducta sancionada con alguna norma fundamental de Derecho Internacional, una violación a una norma de *ius cogens*¹⁰⁸. Ello ocurrirá si los crímenes son suficientemente

103 AMBOS, Kai, ob. cit., p. 161.

104 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998. Se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procés-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Las enmiendas al artículo 8 reproducen el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010, Treaties-6, en tanto que las enmiendas a los artículos 8 bis, 15 bis y 15 ter reflejan el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-8; ambas notificaciones de fecha 29 de noviembre de 2010. El Estatuto de Roma entró en vigencia el 1° de julio de 2002 [en línea]. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2014].

105 Cabría hacer presente que la Corte no puede ejercer competencia sobre el crimen de agresión. En un primer momento, la razón fue la imposibilidad de los Estados de llegar a una definición de consenso al terminar las negociaciones en Roma, la cual fue finalmente adoptada el año 2010 y se encuentra actualmente en el artículo 8 bis del Estatuto. Sin perjuicio del acuerdo logrado en torno a la definición del *crimen y acto* de agresión, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 15 bis N°s 2 y 3 y 15 ter N°s 2 y 3, la Corte sólo podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Parte; y a condición de que se adopte una decisión después del 1° de enero de 2017 por la mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.

106 Estatuto de Roma, cit., preámbulo, *para. 2*.

107 *Ibid.*, *para. 3*.

108 Así, por ejemplo, en 1951 entró en vigor la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, cuyo artículo I declaraba: “*Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempos de paz o de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar.*” [en línea]. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0023> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2014]. El mismo año, la Corte Internacional de Justicia declaraba que la prohibición contenida en dicha Convención constituía derecho consuetudinario internacional y una norma de *ius cogens*: Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Rwanda). Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, 3 de febrero de 2006, *para. 64* [en línea]. Disponible en: <http://www.>

serios para constituir una amenaza para la comunidad internacional y/o son tan atroces, en la terminología del Estatuto, que impactan la conciencia de la humanidad¹⁰⁹.

En oposición, los crímenes *transnacionales* serían aquellos que sin alcanzar la categoría de crímenes internacionales, tienen también alguna trascendencia internacional. Se trata de conductas criminales que tienen efectos transnacionales actuales o potenciales y que protegen valores o intereses relevantes para la comunidad internacional, pero que no conllevan responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional, y en general no pueden ser conocidos y juzgados por tribunales internacionales. En general son el objeto de regulación de las llamadas “Convenciones para la Supresión”, que como hemos visto imponen a los Estados parte la obligación de tipificar y sancionar en sus sistemas jurídicos internos las conductas en ellos regulados, asignando penas acordes a la gravedad de las conductas y promoviendo la más amplia cooperación internacional posible mediante la consagración normativa del principio *aut dedere aut judicare*. Su diferencia esencial, por tanto, con los crímenes internacionales, es que sólo pueden ser sancionados a nivel nacional¹¹⁰.

Algunos han ido incluso más lejos, categorizando estos delitos en una nueva rama del derecho internacional, que denominan “derecho penal transnacional”, y que estaría formado por aquel grupo de normas cuyo objetivo es suprimir la criminalidad *intra e inter* Estados que amenazan valores domésticos compartidos internacionalmente o valores cosmopolitas. Este objetivo se intenta alcanzar mediante las Convenciones para la Supresión, que proyectan derecho penal sustantivo más allá de las fronteras del Estado donde se originaron¹¹¹. Para este autor, debiera ponerse mayor atención al derecho penal transnacional, esencialmente por tres razones: i) se trataría de un sistema poderoso, hoy la mayoría de los tratados y convenciones que abordan materias penales lo hacen en torno a crímenes transnacionales, no internacionales; ii) su estudio habría sido descuidado históricamente, y iii) como sistema propio presentaría ciertas deficiencias que se hace necesario abordar en forma particular y no como un *subset* de normas del derecho penal internacional, por ejemplo las pocas consideraciones que en general se encuentran en las convenciones sobre

icj-cij.org/docket/files/126/10435.pdf [fecha de consulta: 20 de octubre de 2014]. Lo anterior ha permitido sostener que, en tanto la prohibición de la tortura ha alcanzado el estatus de *ius cogens*, se habría “transformado” en un verdadero crimen internacional.

109 BASSIOUNI, Cherif M. “The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework”. En: M.C. Bassiouni (ed.) (1999). *International Criminal Law: Crimes*, 2ª edición, citado por BOISTER, Neil. “Transnational Criminal Law?” En: *EJIL* (2003), Vol. 14, N°5, p. 965. [en línea]. Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/5/453.pdf> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2014].

110 AMBOS, Kai, ob. cit., p. 161.

111 Boister, N. (2003), ob. cit., p. 968.

la protección y respeto de los derechos humanos, especialmente en los procesos de investigación y persecución penal de estas conductas¹¹².

Bajo esta premisa de análisis, las preguntas a abordar son esencialmente dos: si el terrorismo puede ser considerado como un crimen internacional de aquellos ya *existentes*; y si puede o ha devenido en un crimen internacional en propiedad.

En relación a lo primero, se ha argumentado que el terrorismo puede ser considerado como un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad en determinadas hipótesis, en especial si es que el acto se realiza en el *contexto* exigido por cada uno de los crímenes, y cumpliendo los demás requisitos. Así, el artículo 6° del Estatuto de Roma dispone que se entenderá por genocidio cualquiera de los actos individualizados en dicho artículo, perpetrados *con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal*; el artículo 7° señala que por crimen de lesa humanidad se entenderá cualquiera de los actos allí individualizados *cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*; y el artículo 8° lista una serie de conductas que configurarán crímenes de guerra, *en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes*. De modo similar, las definiciones de tales crímenes en los artículos 11, 1° y 16 de la Ley N°20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2009, exigen también la presencia o existencia de un cierto elemento *contextual*.

Como crimen de guerra, puede considerarse el caso del General Galic, quien el año 2003 fue condenado por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia por el crimen de guerra consistente en *actos de violencia cuyo propósito preliminar es sembrar el terror entre la población civil*, en base a una campaña dirigida por él de disparos con francotiradores en áreas civiles de Sarajevo. Se requirió la prueba de que la *intención o finalidad* del acusado era justamente la de causar terror en una población civil. En cuanto al título concreto de incriminación, el tribunal subsumió la conducta en la violación del artículo 51(2) del PA 1 de Ginebra¹¹³, entendiendo que a pesar de que no

112 *Ibid.*, págs. 956-60. También puede verse MATUS, Jean Pierre. “La política criminal de los Tratados Internacionales”. En: *Ius et Praxis*, Vol. 13, N°1, Chile, 2007 [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100010 [fecha de consulta: 20 de octubre de 2014].

113 La norma dispone: “2. *No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil*”. Uno de los temas discutidos aquí es si la segunda parte del artículo es corma consuetudinaria internacional o no. Vid., CRYER *et al.* ob. cit., p. 293.

había muertos ni lesionados, la infracción a la regla de derecho humanitario internacional había sido *grave*¹¹⁴. Como crimen contra la humanidad tampoco se encuentra el terrorismo específicamente contemplado en el Estatuto –ni en la Ley N°20.357–. En Galic, el TPIY condenó al acusado sobre los mismos hechos que sirvieron para condenarlo por crímenes de guerra, por su participación en los crímenes contra la humanidad de homicidio y actos inhumanos¹¹⁵. Por otra parte, los atentados de Nueva York el año 2001 fueron calificados por algunos como un crimen de lesa humanidad, en tanto la magnitud y extrema gravedad del ataque y el hecho que hubieran existido víctimas civiles constituían una afrenta a toda la humanidad, y parte de un ataque generalizado y sistemático¹¹⁶.

Respecto al segundo tema, ha existido un amplio debate sobre la calificación del terrorismo como crimen internacional. Uno de los principales debates, en este sentido, se produjo en el contexto de las negociaciones del texto de lo que luego se transformaría el Estatuto de Roma, en particular en relación a los crímenes que conformarían la competencia *material* de la Corte. Además de estar incluido en uno de los borradores de la Comisión encargada de redactar los borradores de texto, varios países formularon explícitamente la solicitud de que el terrorismo fuera incorporado dentro del catálogo de crímenes de competencia de la Corte. Finalmente, no fue incorporado por cuatro razones: i) falta de definición; ii) su inclusión podría *politizar* el trabajo de la Corte; iii) algunos actos de terrorismo no serían tan *graves* como para justificar su juzgamiento por la Corte, y iv) se consideraba más eficiente la investigación y sanción a través de los sistemas jurídicos nacionales¹¹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, se recomendaba revisar la inclusión del terrorismo dentro del catálogo de delitos de competencia de la Corte en una conferencia en el futuro, en la medida que se alcanzara una definición de consenso aceptable¹¹⁸.

La no inclusión del terrorismo dentro del catálogo del artículo 5° del Estatuto de Roma ha sido considerado por muchos como un primer y poderoso indicios de que aún la comunidad internacional no está dispuesta a considerar el terrorismo como un crimen internacional¹¹⁹. Sin embargo, el punto

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*

116 CASSESE, Antonio. “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”. En: *EJIL* (2001), Vol. 12 N°5, p. 995 [en línea]. Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/12/5/1558.pdf> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2014].

117 *Ibid.*, p. 994.

118 CRYER *et al.*, ob. cit., p. 127.

119 Vid., por ejemplo, la decisión de la Corte de Apelaciones de Colombia, que señaló que al no haber una definición aceptada de terrorismo en el derecho consuetudinario

es discutible, como la Cámara de Apelaciones del Líbano demostró recientemente¹²⁰. Para ella, varios tratados, resoluciones de Naciones Unidas y la práctica judicial y legislativa de los Estados indicarían que ha emergido una regla consuetudinaria de derecho internacional sobre terrorismo, que impone tres obligaciones y confiere un derecho a los Estados: “(...) i) la obligación de abstenerse de realizar actos de terrorismo; ii) la obligación de prevenir y reprimir el terrorismo, particularmente de perseguir y juzgar a sus supuestos autores; y iii) el derecho de perseguir y reprimir el crimen de terrorismo cometido en su territorio por nacionales y extranjeros, y la obligación correlativa de terceros Estados de abstenerse de objetar tal persecución y represión en contra de sus nacionales”. La definición de terrorismo, por su parte, estaría compuesta de tres elementos: “(...) i) la comisión o amenaza de un acto criminal; ii) la intención de diseminar el miedo entre la población o compeler a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla; y iii) un elemento transnacional como parte del acto”¹²¹.

Para Ambos, aplicando los criterios que permiten distinguir entre los crímenes *internacionales* de los *transnacionales*, entiende que la infracción a la norma no conllevaría, hasta el momento, responsabilidad penal individual por sí misma, de forma independiente de su criminalización en el derecho penal nacional¹²². No existiría aún, entonces, una criminalización internacional claramente declarada. Agrega: “(...) En efecto, el hecho de que el terrorismo no sea parte de los crímenes nucleares del Estatuto de la CPI y que hasta ahora no haya sido posible adoptar una convención integral sobre el terrorismo, prueba, más bien, lo contrario, a saber, que el terrorismo no es (aún) reconocido como un crimen internacional por sí mismo”¹²³. Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que exista una prohibición que sea parte del derecho internacional, y que la infracción a esta prohibición sea particularmente grave, en el sentido que afecte valores universales importantes –los otros elementos para entender que existe un crimen internacional–, daría cuenta que el terrorismo es un crimen transnacional particularmente grave y que está próximo o en vías de convertirse en un auténtico crimen internacional¹²⁴.

internacional, este delito no podría ser juzgado sobre la base de jurisdicción universal, en CASSESE, Antonio, ob. cit., p. 994.

120 Deben agregarse además las opiniones de algunos autores como el propio Cassese, quien estima que al menos el terrorismo de Estado de efectos transnacionales está prohibido por el derecho consuetudinario internacional como una categoría de crimen internacional en propiedad, distinta a las tradicionales.

121 AMBOS, Kai, ob. cit., p. 158.

122 *Ibid.*, p. 165.

123 *Ibid.*, p. 166.

124 *Ibid.*, págs. 166-7.

Dos temas que han sido recurrentes toman relevancia en esta parte del estudio: la falta de definición del terrorismo y sus consecuencias, especialmente a nivel normativo; y, tomando como referencia al menos las conductas reguladas en los instrumentos universales sobre terrorismo, la gravedad de las conductas, que en esta parte se relaciona en particular con la posibilidad de asignarle el *estatus* de crimen internacional, junto a los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, lo que abriría la posibilidad para que en el futuro fuera conocido y juzgado por la Corte Penal Internacional. Sin embargo, antes que ello ocurra, y como parece creer la Cámara del Líbano, queda camino por recorrer en la formulación de una conceptualización del terrorismo que sea consensuada por la comunidad internacional.

IV. Conclusiones

Existe una vasta regulación, en derecho internacional, respecto al terrorismo. Dicho marco normativo se compone, en esencia, de un conjunto de convenciones y otros instrumentos internacionales de carácter *universal* y *regional*; de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y de otro tipo de reglas de carácter más o menos obligatorio de cumplimiento por parte de los Estados, o *soft law*, entre las que destacan las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre la *lucha* contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación.

Uno de los elementos comunes que cruza a esta variedad de normas en el ámbito internacional es que todas ellas se han dedicado a establecer medidas para la prevención, detección, investigación, persecución penal y sanción de un *fenómeno* que aún no ha sido definido completamente. Las negociaciones en el marco del Convenio *General* sobre terrorismo, que aún no se concluye justamente por no existir acuerdo sobre el concepto de terrorismo y los actos que pueden calificarse como tales, así lo demuestran. En este contexto, la aproximación a las conductas consideradas graves y calificadas igualmente como *terroristas*, ha sido más bien pragmática: los instrumentos de Naciones Unidas, sin entrar a definir el terrorismo, han prohibido una serie de conductas graves como los atentados cometidos con bombas, delitos cometidos en relación a la aviación civil, o buques marítimos, toma de rehenes, etc. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, por su parte, también ha adoptado medidas concretas en materia de congelamiento de fondos, embargo de armas y aseguramiento de fronteras internacionales establecidas en sus resoluciones, de obligatorio cumplimiento para los Estados por haber sido adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Finalmente, Naciones Unidas ha intentado sistematizar todas las medidas y acciones en un plan de acción orgánico y coherente, para su aplicación por parte de los Estados, en la denominada Estrategia Global de Naciones Unidas contra el terrorismo.

Por otra parte, la gravedad de las conductas que han sido calificadas como *terrorismo*, en particular aquellas contenidas en los instrumentos *universales*, junto con su tratamiento normativo y práctico por parte de los Estados y a nivel internacional, ha servido como base para alegar la existencia de una definición consensuada de terrorismo a nivel internacional, y que éste ha devenido en un crimen *internacional* en propiedad, como los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. A pesar de que se trata de una opinión que ha sido bastante criticada, por el estado actual de la discusión sobre terrorismo, en especial en el marco de las negociaciones del Convenio *General*, efectivamente la aceptación de una definición de consenso en el futuro podría derivar en la calificación del terrorismo como crimen internacional, y eventualmente su inclusión dentro del catálogo de delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

INTERPRETACIÓN ACERCA DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY N°20.084

Eva Curia Castro¹

Introducción

El artículo 26 de la Ley N°20.084 señala como límite a la imposición de las sanciones privativas de libertad respecto de un adolescente que ésta se utilizará sólo como medida de último recurso², disponiendo en su inciso segundo como parámetro a considerar al momento de imponer la sanción privativa de libertad que “*En ningún caso podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de la misma naturaleza*”.

Surgen como problemática de este inciso, diversas interpretaciones que caben respecto de lo que ha de entenderse por “adulto condenado por el mismo hecho”, por cuanto en la práctica jurisprudencial su alcance no ha sido entendido de manera unívoca, desarrollándose posturas que van desde entender que se alude a un copartícipe adulto al que se aplica alguna sanción sustitutiva hasta aquellas que comprenden que no es necesario la existencia de un coimputado adulto, sino que se impida aplicar a un adolescente una sanción privativa de libertad cuando a un adulto hipotético en sus mismas circunstancias no le sería aplicable, encontrándose algunos matices como aquél que comprende que se cumple con la exigencia cuando se impone una sanción ambulatoria en los casos en que el adolescente reúne los requisitos para gozar de los beneficios, hoy sanciones sustitutivas de la Ley N°18.216.

A fin de dilucidar el alcance de la expresión señalada revisaremos la historia de la ley, la doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la materia.

I. Historia del inciso segundo del artículo 26 de la Ley N°20.084

Analizadas las actas que contienen la tramitación legislativa de la ley, es posible señalar que el proyecto en su origen no contemplaba la limitación contenida en el inciso segundo del artículo 26 en su redacción actual, sino que en

1 Abogada de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 La norma reproduce parte de la regla contenida en el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

diversas disposiciones se concebía el interés por establecer en forma restringida la aplicación de las sanciones privativas de libertad.

Así, el proyecto disponía para la extensión de la sanción la clasificación de ciertas conductas punibles en infracciones graves³, y sólo respecto de éstas se contemplaban las penas privativas de libertad (arresto de fin de semana, internación en régimen semicerrado e internación en régimen cerrado)⁴.

A su vez el primer informe de la Comisión Constitución da cuenta que representantes del ejecutivo repararon que frente a la amplitud del marco penal resultante de las reglas contenidas en el proyecto era necesario fijar un tope frente a la sanción que posiblemente sería aplicable a un adulto. Dieron como ejemplo el caso de un mayor de edad que comete homicidio simple con dos atenuantes quien podría recibir la sanción de tres años y un día y, en cambio, un adolescente podría aplicársele hasta cinco años. En consecuencia, propusieron la siguiente redacción como inciso final del artículo 20 que contenía la determinación de sanciones:

“Asimismo, en caso alguno podrá imponerse una sanción que sea superior a los tercios de aquella que hubiere correspondido en caso de haberse ejecutado el hecho que la fundamenta por parte de un mayor de edad”⁵.

A su vez, quedó constancia de la solicitud del Fiscal Nacional de la época, don Guillermo Piedrabuena, de explicitar que el inciso final del artículo 20 sólo es procedente respecto de la sanción de multa y la privativa de libertad, de modo de evitar discusiones sobre si una pena no establecida respecto de un adulto supera el referido tope, por ejemplo, si la sanción de prestación de servicios a favor de la comunidad es mayor en dicha proporción que una pena de multa⁶.

Posteriormente, el referido inciso final fue objeto de indicaciones por los Senadores Chadwick, Espina, Cordero y Horvath, quienes recomendaron su eliminación, y reemplazo, por límites máximos de extensión de las sanciones. Por su parte el Senador Moreno propuso la sustitución del mismo por un conjunto de límites temporales de diez años como máximo y excepcionalmente de quince años cuando se trate de delitos que de ser cometidos por adulto tuviesen una pena de presido perpetuo⁷.

En la discusión en particular del proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en su segundo informe, planteó modifi-

3 Ver historia de la Ley N°20.084, artículo 7 del Proyecto de Ley. P. 75.

4 Ibid., p. 94.

5 Ibid., p. 96.

6 Ibid., págs. 443 y 444.

7 Ibid., p. 530.

caciones radicales al proyecto dentro de las cuales se encontraban, entre otras, la eliminación de la clasificación de delitos “graves” y la introducción de un grupo de sanciones orientadas específicamente a los adolescentes⁸, de allí surgió el párrafo 5 del título I de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, artículos 20 a 26. En esta nueva redacción se eliminó definitivamente el inciso final del artículo 20 anterior y se creó el artículo 26 que surgió como se lee actualmente, por acuerdo unánime, en mérito de lo dispuesto en el artículo 121 del Reglamento del Senado, sin que quedara registro detallado de la forma como se arribó a su redacción⁹.

Es fundamental destacar las intervenciones que precedieron a la introducción del párrafo 5. Al respecto, el representante del ejecutivo, señor Francisco Maldonado, señaló a la comisión que *“cualquiera sea el sistema de penas que la Comisión acuerde, el Gobierno aspira a que se alcancen dos objetivos básicos: primero, que no se aplique a un adolescente una pena mayor a la que le correspondería a un adulto en un caso análogo y, segundo, que tampoco se le apliquen penas superiores a las que hoy existen”*¹⁰.

Por su parte el Senador Espina, sobre el punto, señaló que *“un método más apropiado podría consistir en aplicar al menor un determinado porcentaje de la pena asignada al adulto que comete el mismo delito, tal como lo hacen diversos países latinoamericanos. Finalmente, planteó la posibilidad de contemplar derechamente la privación de libertad en el caso de los crímenes”*¹¹.

En lo referido específicamente a la duración de la sanción privativa de libertad quedó constancia que se ensayaron dos fórmulas: *“Una, consistente en fijar un límite temporal de 5 años, o de 8 en caso de que el condenado tenga más de 16 años de edad. En esta alternativa, se planteó que no podría imponerse una sanción que fuera superior a los dos tercios de la que le habría correspondido a un mayor de edad. La otra, consistía en señalar que la privación de libertad no podría imponerse por un lapso superior a la mitad del tiempo que habría correspondido al adulto y que, si el condenado tuviere menos de 16 años, no podría exceder de los 5 años”*¹².

Pese a que las actas indican que se efectuaron diversos cálculos de sanciones con ambas fórmulas considerando delitos como homicidio calificado, la violación, abuso sexual infantil y distintas hipótesis de robo calificado, no se consignaron las apreciaciones que merecieron dichos resultados, ni las razones por las que se optó por eliminar los referidos topes. En todo caso, de la redac-

8 Ibid., p. 640.

9 Ibid., p. 648.

10 Ibid., p. 633.

11 Ibid., p. 633.

12 Ibid., p. 639.

ción finalmente incorporada del inciso segundo del artículo 26, es posible inferir que lo que subyace en ella es la idea planteada por el ejecutivo, esto es, delimitar la respuesta penal respecto de los adolescentes en el sentido que no sea más intensa que la que le correspondería a un adulto, lo que advirtieron de mayor relevancia tratándose de las sanciones privativas de libertad.

Cabe tener presente que el mensaje presidencial dejó clara la intención de compensar el mandato emanado de la Convención sobre los Derechos del Niño referido a la mínima intervención con la necesidad de protección de bienes jurídicos, sobre el particular señala que: *“Respecto a los tipos penales, se excluye a la mayoría de las faltas de la responsabilidad y sanciones contenidas en esta ley y se establece una categoría taxativa de infracciones de carácter grave que serán las únicas a las cuales se podrá aplicar, como último recurso, una sanción privativa de libertad”*.

*“La exclusión antes señalada y la creación de la categoría de infracciones de carácter grave, obedecen a que el proyecto busca equilibrar legalmente el principio de intervención mínima ante los adolescentes y el de protección de bienes jurídicos a través del criterio de gravedad de las conductas delictivas. Así, las sanciones que importan una mayor restricción de derechos deberían ser decretadas por el Tribunal frente a gravísimos atentados o amenazas a la vida o integridad física de las personas”*¹³.

Asimismo, destaca el hecho que el referido mensaje reflexiona acerca de que *“las consecuencias jurídicas que se derivan de la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, unen a su carácter explícitamente sancionatorio, las funciones responsabilizadora y preventiva en un marco de respeto y resguardo de su desarrollo e integración social”*¹⁴.

Si bien la génesis del artículo 26 no aclara lo que ha de entenderse por *“adulto condenado por el mismo hecho”*, la historia de la ley plasma la voluntad de establecer restricciones a la aplicación de la sanción privativa de libertad, siempre dentro de un sistema que integre los fines preventivos generales del derecho penal y los preventivos especiales positivos, lo que se infiere, por una parte, de la necesidad de protección de bienes jurídicos a través del criterio de gravedad de las conductas delictivas, y por la otra, atendida la búsqueda de la inserción social del adolescente infractor y la aplicación de la privación de libertad como último recuso, lo que debe ser tenido en consideración a la hora de interpretar el límite legal a la sanción privativa de libertad. Sin embargo, como estos parámetros aún no resultan del todo claros para dilucidar las diversas opciones que permite el inciso segundo del artículo 26 de la Ley N°20.084, será necesario analizar la doctrina que se ha pronunciado acerca de la materia.

13 Ibid., p. 12.

14 Ibid., p. 8.

II. Posturas doctrinarias

Para María Inés Horvitz el inciso analizado se refiere de manera indirecta a la factibilidad de aplicar una sanción sustitutiva de la Ley N°18.216, de manera que no sería aplicable a un adolescente una sanción privativa de libertad cuando del cálculo de la misma y del hecho de reunir los requisitos de esta ley, permiten inferir que es posible optar por alguna de las medidas alternativas, hoy una pena sustitutiva¹⁵.

Esta postura es contraria a la sostenida por Gonzalo Medina, quien indica que el artículo analizado entrega una regla extraordinaria que limita la privación de libertad del adolescente condenado, consistente en no permitir su imposición cuando existen partícipes adultos a los que no se les ha aplicado, siendo suficiente establecer la “*identidad del hecho atribuido*”¹⁶.

En una línea más cercana a Horvitz, y contraria a Medina, Jaime Couso indica que para dilucidar los problemas que plantea el inciso segundo del artículo 26 es necesario tener en cuenta las garantías involucradas en el precepto, destacando que éstas corresponden a “*la prohibición de perjuicio o discriminación negativa del adolescente, en comparación con el adulto, cuando están en situaciones equiparables*”¹⁷.

Bajo el principio de la prohibición de perjuicio, Couso analiza las alternativas de interpretación. Entre ellas distingue aquella referida a que la prohibición de perjuicio indica que el adolescente que no excede el grado de culpabilidad por el hecho que un adulto que sí accedería al cumplimiento conforme a la Ley N°18.216, no deba cumplir una sanción privativa de libertad. Sin embargo, señala que no pareciera ser esta la interpretación razonable por cuanto el acceso a la aplicación de las otras medidas alternativas, hoy sanciones sustitutivas, no dependen sólo del grado de culpabilidad, sino además, del pronóstico preventivo especial que sugieren su aplicación respecto de ciertas personas y no de otras.

En consecuencia, Couso afirma que la regla consiste en que al adolescente “*no se le tratará peor que al adulto en su posibilidad –dependiente de su culpabilidad*”

15 HORVITZ, María Inés. Determinación de la Sanción en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y Procedimiento Aplicable. *Revista de Estudios de la Justicia*. N°7, Chile, año 2006. p. 110.

16 MEDINA, Gonzalo. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. *Revista de Estudios de la Justicia*. N°11, Chile, año 2009. p. 214.

17 COUSO, Jaime. Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, Documento de Trabajo N°15, Defensoría Penal, p. 44 [en línea]. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5282.pdf> [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2014].

y de las circunstancias del caso relevantes para la finalidad de prevención especial—de acceder a una alternativa a la pena privativa de libertad”¹⁸. Lo que implica que ante una misma culpabilidad, al adolescente no se le niegue el acceso a alternativas, en razón de los fines preventivos generales, si para el adulto no se encuentra vedado, lo que no quiere decir que siempre deba acceder a ellas, ya que su procedencia no dependen de la gravedad de la culpabilidad sino de existir fundamentos que en el caso en particular hacen aconsejable ceder los objetivos preventivos generales ante los preventivos especiales positivos¹⁹.

En lo relativo a la expresión “*mismo hecho*”, este autor se refiere a una identidad “*jurídico-valorativa*”, esto es, a “un injusto penal culpable equivalente, con el mismo grado de culpabilidad por el hecho”, lo que implica tener en cuenta la culpabilidad disminuida del adolescente respecto del adulto, esto es, la rebaja de grado establecida en la ley. En definitiva, explica que el “mismo hecho” en el caso, lo constituiría un adolescente de 16 años autor de un homicidio calificado frustrado y un adulto autor de un homicidio simple frustrado. Ahora bien, respecto a cuándo ha de entenderse que un adulto “*no debiere cumplir*” una sanción privativa de libertad, indica que la interpretación correcta consiste en que debe aplicarse una comparación en la que no pueden soslayarse las circunstancias sociales y personales que hacen aconsejable la medida alternativa (hoy sanción sustitutiva), pues de atenderse sólo a los requisitos objetivos para su procedencia se produciría el efecto que quedaría vedada la posibilidad de aplicar una sanción privativa de libertad en el tramo del artículo 23 N°2 en el caso de un adolescente no reincidente, en consecuencia se excluye la hipótesis de la “*identidad fáctica*”, esto es, el caso en que al coautor o copartícipe se le otorgó un beneficio²⁰.

III. Desarrollo jurisprudencial

En cuanto a la jurisprudencia referida al inciso segundo del artículo 26, cabe señalar que es posible sistematizarla en tres posturas, en primer término, aquella que estima que el precepto alude al adulto hipotético en mismos hechos y circunstancias que el adolescente, una segunda, centrada en el análisis comparativo del cumplimiento de los requisitos de la Ley N°18.216 para una sanción sustitutiva, y finalmente aquellas que consideran que debe efectuarse la comparación con el coimputado adulto existente en el caso concreto.

En cuanto a la postura que señala que debe realizarse una comparación con un adulto hipotético en mismos hechos y circunstancias que el adolescente,

18 Ibid., p. 47.

19 Ibid., p. 48.

20 Ibid., págs. 48 y 49.

se encuentran las sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N°383-2009, Corte de Apelaciones de Temuco Rol N°698-2013 y Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°2487-2014.

La Corte de Apelaciones de Rancagua en causa Rol N°383-2009, de veintiuno de diciembre de 2009, rechazó un recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado adolescente, a quien se le impuso una sanción mixta de un año de internación en régimen cerrado y dos años y un día de libertad asistida especial, en calidad de coautor de un delito de robo con intimidación. El recurso se fundaba en que el tribunal habría incurrido en error de derecho que habría influido en lo dispositivo del fallo, y en la determinación de la pena aplicada por inobservancia, entre otras disposiciones, del artículo 26 de la Ley N°20.084, atendido que el coautor adulto fue beneficiado con la medida alternativa de libertad vigilada.

Al analizar el sentido y alcance del precepto en estudio, la Corte se plantea dos interrogantes, la primera acerca de si por “adulto condenado por el mismo hecho” se refiere a un copartícipe real o a un adulto ante una condena hipotética en las mismas circunstancias, y la segunda referida a la expresión “el mismo hecho”, si alude a un mismo suceso delictivo o debe ser entendido más ampliamente en el sentido de abarcar “las mismas circunstancias en general”, esto es, los hechos relativos al grado de su participación, y los sucesos que integren las modificatorias de responsabilidad que concurren respecto del adolescente. Concluye que la norma se trata de una regla de aplicación general en el sentido de impedir que un adolescente sea condenado a una sanción privativa de libertad cuando un adulto en sus mismas circunstancias no lo sería. Desestima la tesis invocada por la recurrente, pues considera que el legislador no pudo haber querido regular sólo una situación puntual, a saber, cuando son coautores un adulto y un adolescente, reflexiona que ello llevaría a liberar al tribunal de examinar la sanción a aplicar a la luz del inciso segundo del artículo 26 cuando no exista coimputado adulto en el mismo proceso²¹.

En la parte final del considerando decimotercero, la Corte explica que el fundamento para su conclusión se basa en que “la idea de protección al adolescente informa toda la Ley 20.084 y constituye particularmente el objetivo del inciso segundo de su artículo 26, que entonces debe ser lo más amplio posible en cuanto a situaciones que abarque...”. Agrega que “Todo menor condenado debe estar a salvo de penas severas que de haber sido adulto no se le aplicarían. Sea un menor enjuiciado junto a uno o más adultos, junto a otros menores o solo. Porque de lo que se trata siempre es de que en ningún caso la situación de ser adolescente resulte más gravosa que la de ser adulto.... Y la verdad es que jamás estamos liberados de esa

21 Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°383-2009, veintiuno de diciembre de 2009, considerando décimo tercero.

obligación, porque lo que interesa no es qué pena concreta recibió un sujeto adulto coimputado (pregunta imposible de hacer si ese coacusado no existe), sino mucho más que eso: qué pena hubiera recibido el menor afectado, de haber sido mayor de edad”.

La Corte razona que la norma no busca igualar situaciones completamente disímiles, ni alterar el sistema de determinación de las sanciones, mucho menos la proporcionalidad entre la responsabilidad y el castigo, sino por el contrario su finalidad es evitar *“un trato discriminatorio contra el menor y frente al adulto, ante circunstancias similares”*²². Concluye que de atender a la interpretación literal del artículo como propone la defensa, se tendría que prescindir de la forma de participación y de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, lo que entiende carece de razonabilidad y sustento jurídico, advirtiendo que se producirían efectos absurdos como el hecho de ser irrelevante que el adulto fuera condenado como encubridor y el adolescente como autor, pues de ser así, si aquél no recibe sanción privativa de libertad éste tampoco, o si un adulto condenado por el mismo hecho respecto del cual se acredita la imputabilidad disminuida, tiene conducta anterior irreprochable y colabora sustancialmente a esclarecer los hechos, podría merecer hasta tres grados de reducción de la pena y liberarse de la sanción corporal. Por su parte un menor coautor del mismo ilícito, podría ser, por el contrario, perjudicado por agravantes sin merecer ninguna atenuante, no obstante, el adolescente se vería beneficiado por la reducción de pena que favorecería al adulto. Advierte que en este último caso *“el ejemplo funciona a la inversa, para demostrar la falta de lógica del ejercicio: si el que carga con las agravantes es el mayor, y por esa sola circunstancia llega a merecer necesariamente pena corporal, no parece que se cumpla con el artículo 26 inciso segundo en estudio si entendemos que el adolescente, libre de agravantes a su turno, pueda ser castigado con pena de encierro, en circunstancias que el adulto, sin esa agravación, no la hubiera merecido”*²³.

En idéntico sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°698-2013, de diecisiete de septiembre de dos mil trece, al rechazar un recurso de apelación presentado por la defensa, fundado en que se habría vulnerado el principio de prohibición de perjuicio al adolescente, por cuanto a éste se le impuso la sanción de internación en régimen semicerrado, en tanto al coautor adulto se le otorgó la remisión condicional, por el delito de robo en lugar destinado a la habitación. Este fallo reproduce los principales considerandos del fallo de Rancagua ya referido, y concluye en los mismos términos que *“el menor no puede recibir pena privativa de libertad cuando un adulto en sus mismas circunstancias, no hubiere debido sufrirla”*²⁴.

22 Ibid., considerando decimocuarto.

23 Ibid., considerando decimocuarto.

24 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°698-2013, diecisiete de septiembre de dos mil trece. Considerando quinto.

Por otra parte, en la misma línea que el fallo anterior, se encuentra la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N°2487-2014, de siete de octubre de 2014, que rechazó el recurso de nulidad de la defensa de dos adolescentes condenados a la sanción de cuatro años de internación en régimen cerrado cada uno. Funda su recurso en la causal del artículo 373 letra b) en el entendido que la errónea aplicación del derecho que motiva la reclamación consiste en la infracción del inciso segundo del artículo 26 de la Ley N°20.084, por cuanto de los cuatro coimputados adultos uno de éstos recibió mediante procedimiento abreviado una condena de 800 días que cumplirá en libertad, beneficio que estima necesariamente debiese aplicarse a los adolescentes coimputados en la misma causa.

Sobre el asunto la Corte de Apelaciones de Santiago señala que el precepto tiene un carácter objetivo, “*es decir, que en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiera cumplir una sanción de dicha naturaleza*”, no obstante, teniendo igualmente en cuenta el carácter de la norma, no es posible beneficiar al adolescente con atenuantes ni eximentes que han sido entregadas a los adultos coimputados, por cuanto éstas tienen un carácter personalísimo²⁵.

El fallo agrega que en “*...la regla contenida en el artículo 26 de la Ley 20.084, se establece una prohibición abstracta y que en su aplicación debe analizarse de acuerdo a la situación concreta y circunstancias propias de cada imputado, contrastándolo con un adulto tipo en iguales circunstancias, todo esto en relación con la sanción que este último recibiría, independiente de la situación particular de otros encartados que hayan tenido participación en el mismo delito y que cuenten con circunstancias personales diversas al adolescente, como es el caso de las atenuantes que lo favorecen y que no le son comunicables al menor de acuerdo al artículo 64 del Código Penal*”²⁶.

Una variante de la postura anterior, que además incorpora la consideración en torno a si cumple con los requisitos de la Ley N°18.216 para una sanción sustitutiva, se encuentra en los fallos de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1584-2013, de dieciséis de diciembre de 2013, y de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2178-2011, de once de diciembre de 2011. El primero, rechazó el recurso de nulidad presentado por la defensa de un imputado que fue condenado a la sanción tres años y un día de internación en régimen cerrado con programa de inserción social, por el delito de tráfico de drogas cometido siendo menor de edad, en circunstancias que uno de los coautores adultos fue condenado a la pena de quinientos cuarenta y un días remitidos por el mismo delito. El recurso fue deducido en razón de las causales de la

25 Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol N°2487-2014, de siete de octubre de 2014. Considerando cuarto.

26 Ibid. Considerando quinto.

letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, entre otras causales que igualmente fueron desestimadas.

El razonamiento utilizado por la Corte de San Miguel para desestimar el recurso consistió en que el inciso segundo del artículo 26 no se refiere a un concurso de personas en un mismo hecho punible, donde el adulto tenga acceso a los beneficios de la Ley N°18.216, sino que se trata de una regla de determinación de la naturaleza de la pena que ha de imponerse a un adolescente independientemente del número de partícipes en el hecho, no siendo procedente la sanción privativa de libertad cuando el adolescente reúna los requisitos para gozar de un beneficio de la Ley N°18.216²⁷. Cabe destacar, que el fallo en comento cita la tesis de María Inés Horvitz, y concluye:

“SEXTO: Que, en consecuencia, para determinar si es aplicable al recurrente la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 26 de la ley 20.084, debe determinarse si la pena aplicable a dicho imputado menor no excede de cinco años de duración y si cumple con los requisitos de la ley 18.216, para poder acceder a alguna de las medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”.

En definitiva la Corte estimó que no era procedente aplicar algún beneficio de la Ley N°18.216 al adolescente condenado, como sucedió con el mayor de edad, por cuanto a su parecer la sanción privativa de libertad resulta más adecuada para la inserción social debido a que ésta no ha sido posible ser alcanzada en el medio libre, atendido que con anterioridad el imputado fue beneficiado con la sanción de libertad asistida especial por un delito de lesiones graves gravísimas²⁸.

Con anterioridad la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°2178-2011, de once de diciembre de 2011, se había pronunciado en el mismo tenor señalando que no sería posible imponer a un adolescente una sanción de internación en régimen cerrado o semicerrado cuando la sanción no exceda de los cinco años y cumpla con los requisitos para acceder a una “medida alternativa de la ley 18.216, previstos en los artículos 4, 8 y 15”²⁹.

Finalmente, la postura contraria a las dos anteriores es aquella que alude a una interpretación literal de la norma, de manera que agota la extensión del inciso segundo del artículo 26 a la existencia de un coimputado adulto conde-

27 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1584-2013, dieciséis de diciembre de dos mil trece. Considerando cuarto.

28 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1584-2013, dieciséis de diciembre de dos mil trece. Considerando octavo.

29 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°2178-2011, doce de diciembre de dos mil once. Considerando séptimo.

nado por los mismos hechos, bastando que éstos accedan a una sanción sustitutiva de la Ley N°18.216 para que el adolescente condenado en la misma causa reciba una sanción ambulatoria, sin que se analice si éstos se encuentran en las mismas circunstancias o si reunían los requisitos que harían procedente sanciones sustitutivas. En esta línea se pronunciaron la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 415-2011, de dieciséis de mayo de dos mil once; la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°172-2014, de catorce de abril de dos mil once, y la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 1424-2009, de veintitrés de noviembre de dos mil nueve.

Así, en el considerando séptimo la sentencia de la Corte de Santiago, Rol 415-2011, señala: *“Que la causal de nulidad alegada, exige que en la sentencia cuya nulidad se pretende, se haya hecho una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que en la especie a juicio de esta Corte, efectivamente ocurrió, toda vez que al imponer la pena privativa de libertad al recurrente, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, no consideró la disposición del inciso segundo del artículo 26 de la Ley 20.084, que les impedía aplicar al adolescente dicha sanción, si por el mismo hecho se condenó a dos adultos que cumplirían su pena en libertad...”*

IV. Conclusiones

El inciso segundo del artículo 26 de la Ley N°20.084 forma parte de las reglas de determinación de la sanción penal adolescente contenidas en las normas del párrafo quinto, cuyo objetivo es limitar la respuesta penal respecto de los adolescentes en el sentido que no sea más intensa que la que le correspondería a un adulto en un caso análogo. No obstante, como la técnica legislativa empleada por el legislador no resulta ser la más apropiada, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado diversas posturas, algunas centradas en el texto expreso de la norma y otras en una interpretación sistemática de la misma.

Finalmente, pese a la disparidad de criterios interpretativos, resulta lógico sostener que contiene el mandato de efectuar una comparación con un adulto que se encuentre en los mismos hechos, circunstancias y forma de participación, preservando así el sentido del sistema de determinación de sanciones aplicable a los adolescentes y los fines de la Ley N°20.084.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 450 INC. 2° DEL CÓDIGO PENAL

Rodrigo Fernández Moraga¹

I. Antecedentes

La disposición comprendida en el artículo 450 inc. 2° del Código Penal, que contiene una agravación de la pena por cometer los delitos de robo o hurto en determinadas circunstancias, ha sido fuente inagotable de discusión en tribunales y constantes críticas de la doctrina. Razones de política criminal –considerada abusiva por algunas voces–, hasta la colisión de normas contenidas entre los artículos 63 inc. 2° y 432 frente a la redacción del artículo 450 inc. 2°, todos del Código Penal, presentaría como una agravación que vulnera el *ne bis in idem*, en clave de *prohibición de doble valoración*.

Lo cierto es que, con todas las críticas a la vista, durante el mes de octubre del año 2004 mediante la Ley N°19.975 se introdujo una modificación al Código Penal, en materia de porte y uso de armas, la que –entre otras– modificó por última vez la actual estructura del criticado artículo 450 del mismo cuerpo legal e introdujo un nuevo numeral 20 al artículo 12 de las agravantes aumentando el reproche del injusto cuando el delito sea cometido portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132 del Código Penal.

En particular y respecto de la agravante específica de los robos y hurtos con anterioridad a su modificación la norma señalaba que:

“Serán castigados con presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, los culpables de robo o hurto cuando hagan uso de armas o sean portadores de ellas, siempre que no les corresponda una pena mayor por el delito cometido”.

En consecuencia, antes de su modificación, la norma contemplaba una penalidad extremadamente elevada que podía llegar hasta los veinte años de presidio mayor en su grado máximo, la que efectivamente podía ser aplicada, por ejemplo, a un sujeto que cometía un hurto simple en un supermercado.

Al revisar la historia de la ley podemos observar la *ratio legis* y la ponderación de intereses que dieron sentido a la modificación. Por una parte en el mensaje del proyecto se hizo presente que la norma anterior estaba en práctico desuso

1 Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

por los operadores, pues dicha norma, contrastada con las penas para la hipótesis típica básica resultaba en exceso elevada.

En específico, el mensaje presidencial del proyecto afirma que: *“La sanción que el legislador acordó para esos delincuentes se encuentra entre las más altas de nuestro sistema punitivo; pero su aplicación en la práctica es prácticamente inexistente.*

En efecto, contrastada la hipótesis típica con los delitos base en los que tendría aplicación, resulta que frente al robo con violencia o intimidación, y algunos casos de robo con fuerza, la pena del artículo 450 es similar o inferior a la del delito base y, por lo tanto, no se aplica.

Frente al hurto, al contrario, la penalidad resulta tan desproporcionadamente alta respecto del delito base que el tribunal suele no considerar el hecho, condenando a la pena asignada al delito.

Resulta necesario, entonces, establecer mecanismos de agravación especial para los delitos de robo y hurto cometidos portando armas, que sancione en forma enérgica y racional esas conductas. Ese es, entonces, el tercer aspecto del proyecto que someto a vuestra consideración”².

Por ello, el Ejecutivo y el Congreso acordaron rebajar el tramo máximo, a pretexto de aplicar efectivamente la norma agravatoria, pues existía un interés urgente de ser implacables con este tipo de delitos, habida consideración de su proliferación, *“realidad que se produce principalmente en nuestras poblaciones, donde a menudo se fabrican armas blancas o similares, con el objeto de cometer hechos delictivos. Se ha producido una profusión de estos elementos, que, evidentemente, implican inseguridad para la gente y la posibilidad de que se cometan delitos graves, ya sea de lesiones, homicidios o robo con intimidación. Desde esa perspectiva, la idea de este proyecto aparece recomendable”³*, siendo absoluta la opinión en orden a mantener la norma como mecanismo de agravación especial para los delitos de robo y hurto cometidos portando armas, que sancione en forma enérgica y racional esas conductas.

A mayor abundamiento, el representante del Ejecutivo ante el Congreso, el Subsecretario del Interior de la época Sr. Jorge Correa Sutil, señaló: *“cabe resaltar la coincidencia entre ambas Cámaras en cuanto a sancionar con mayor rigor la especial peligrosidad que resulta de la comisión de delitos en que se porta o usa este tipo de armas”⁴.*

2 Historia de la Ley N°19.975, Mensaje Presidencial, p. 6 de 181.

3 Intervención del Honorable Diputado Juan Bustos, en la discusión en Sala, Historia de la Ley N°19.975, p. 44 de 181.

4 Historia de la Ley N°19.975, Informe Comisión Mixta, p. 147 de 181.

En consecuencia, al quedar eliminado el tramo superior contenido antes de la modificación en comento, los legisladores estimaron zanjada la cuestión de proporcionalidad, pues quedaba disminuida respecto de la figura original.

Por otra parte, cabe hacer presente que en la Cámara de Diputados, la disquisición en relación a la eventual colisión de normas entre los artículos 63 inc. 2°, 432 y 436 del Código Penal frente a la redacción del artículo 450 inc. 2° del mismo código, en cuanto podría implicar la *doble valoración* de una misma circunstancia, que en definitiva constituye hoy la mayor cantidad de reclamaciones en alzada, según se dará cuenta más adelante, la entonces diputada Sra. Pía Guzmán planteó una prevención al señalar que: “...*hay que tener cuidado y dejar expresamente establecido en la historia de la ley lo que señala el artículo 63, inciso segundo. Básicamente, en robo con intimidación y robo con violencia, el uso de armas es inherente al delito. Por lo tanto, la agravante no va a poder ser aplicada. No digamos después que la ley no es aplicable por culpa de carabineros o de los jueces. No. El Código Penal señala que cuando el uso del arma es inherente al delito mismo, no puede formar parte de una agravante*”⁵, lo que finalmente no se recogió en el texto de la ley.

Resulta de máxima importancia destacar que un sector importante de la doctrina nacional ha sustentado una posición que ha sido adscrita como más o menos absoluta por los tribunales de justicia, al momento de justificar *la inherencia*, lo que en mi concepto, creo que no fue el sentido de la prevención de estos autores.

Por una parte el profesor Alfredo Etcheberry –haciendo referencia al robo con violencia o intimidación– ha sustentado en su obra que “*el uso de armas es regular y ordinario, de modo que no resultaría lógico tomar nuevamente en cuenta para elevar todavía más la penalidad*”⁶.

A su tiempo el profesor Mario Garrido Montt sustenta: “*Respecto del robo, en el que debe concurrir violencia o intimidación, el uso del arma es algo normalmente inherente al delito...*”⁷.

Creemos que concebir como *normalmente inherente* da la cabida precisamente para comprender que existen delitos de robos y hurtos en que la intimidación y la violencia pueden generarse por medios diversos de las armas, tales como el número de sujetos y las meras amenazas.

5 Historia de la Ley N°19.975, Discusión en Sala, p. 55 de 181.

6 Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*, tercera edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo III, p. 363.

7 Garrido M., Mario. *Derecho Penal, Parte Especial*, cuarta edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, Tomo IV, p. 271.

Por otra parte los autores Politoff, Matus y Ramírez realizan una afirmación que si bien parece a *prima facie* más absoluta, no puede ser comprendida sino a la luz de la casuística, al señalar: “*De allí que pueda afirmarse, como regla general, que quedarán descartados de la aplicación de la agravante quienes sean culpables de robo con violencia o intimidación simple o calificado, donde el uso de las armas es, por una parte, constitutivo de un delito en sí mismo y, por otra, inherente a su comisión*”⁸. La opinión de estos autores evidencia que no es *conditio sine qua non* la presencia de un arma para este tipo de delitos y que más bien el caso específico dará cuenta si fue el único elemento idóneo para intimidar, único caso en el cual no debiese operar la cláusula del inciso segundo del artículo 450 del Código Penal.

Finalmente merece ser comentada la interesante visión del Profesor Guillermo Oliver, quien para dar solución al punto da cabida a la *supresión hipotética mental* del arma, como ejercicio idóneo para examinar una posible doble valoración y en definitiva saber cuando o no estamos frente a un hecho que debe ser agravado en su pena por la norma del artículo 450 inc. 2°, ya referida⁹.

Efectivamente, la sanción que el legislador acordó para los condenados por estos delitos y en estas circunstancias, se encuentra entre las más altas de nuestro sistema punitivo; pero ello es una decisión consciente del encargado de la redacción de las leyes manifestando su intención implacable con la sanción de estos hechos en virtud de la mayor peligrosidad involucrada.

II. Jurisprudencia¹⁰

A continuación se presenta esquemáticamente el pronunciamiento de algunas Cortes de Apelaciones y de la excelentísima Corte Suprema en relación a esta agravante específica:

1. Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°166, de 3 de julio del 2006¹¹

Recurso y fundamento: Defensa recurre de nulidad del artículo 373 b) del Código Procesal Penal.

8 Politoff, Sergio; Matus, J. Pierre; Ramírez, M. Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, segunda edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, págs. 391 y 392.

9 Oliver, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, 1ª edición, Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2013, p. 442.

10 Todas las sentencias de este artículo pueden encontrarse en la base de jurisprudencia de VLEX.

11 Sólo se consigna la redacción de la Ministra doña María Angélica Schneider Salas.

Síntesis de los hechos: El día 18 de octubre de 2005, en horas de la madrugada, el imputado en compañía de otro sujeto no identificado, ingresó al recinto del Club Hípico de Peñuelas, ubicado en Avenida Peñuelas, Coquimbo, en donde intimidó con un cuchillo al rondín, para luego golpearlo en diferentes partes del cuerpo y atarlo de pies y manos, para finalmente sustraer desde distintas dependencias del recinto, dos computadores con sus respectivas pantallas, impresoras, lectores ópticos y transformadores más una chequera y tres cheques nominativos, especies de propiedad del Club Hípico de Peñuelas, para luego darse a la fuga del lugar con las mismas. Producto de la agresión sufrida, la víctima, resultó con fractura costal sexta costilla izquierda y contusión orbitaria derecha, lesiones de carácter grave, que sanaron en 35 a 40 días, con igual tiempo de incapacidad.

Decisión del tribunal: Rechaza recurso de nulidad de la defensa, estimando que existió robo con violencia calificado, previsto y sancionado en el artículo 433 N°2 en relación a los artículos 397 N°2 y 432 del Código Penal, además de reconocer la aplicación de artículo 450 inc. 2 del Código Penal, al registrar: “QUINTO: Que en efecto la descripción del tipo penal del robo con violencia no incluye de manera expresa, la utilización ni el porte de armas en la comisión del delito, de manera que la aplicación en la sentencia impugnada de la normativa del inciso 2° del artículo 450 ya referido, recientemente dictada ha sido ajustada a derecho...”; agregando que: “SEXTO: Que en el caso en análisis es menester tener presente que se trata de un delito pluriofensivo, en donde lo esencial es la protección brindada a la seguridad e integridad de las personas, además de constituir un atentado contra la propiedad el cual se produce en la especie por tratarse de dos individuos que intimidaron con un cuchillo a la víctima, intimidación en forma amplia como cualquier acto que infunda o cause miedo y que no requiere en su descripción típica de la utilización o uso de armas, sino que se basta en el acto de intimidación, luego lo maniataron y lo golpearon en diferentes partes del cuerpo, causándole lesiones graves”.

2. Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°622, de 24 diciembre de 2007¹²

Recurso y fundamento: Defensa recurre de nulidad del artículo 373 b) del Código Procesal Penal.

Síntesis de los hechos: El día 23 de marzo de 2007, premunido de un arma de fuego y un cuchillo con la finalidad de intimidar y sustraer especies, sorprende a la víctima exigiéndole que le entregara su vehículo, sin embargo frente a la resistencia de éste y produciéndose un forcejeo se dispara el arma

12 Redactada por el abogado integrante don Jorge Caro Ruiz.

causando a la víctima lesiones de carácter menos graves, sin llegar a producirse la apropiación del vehículo, ya que fue reducido y puesto a disposición de Carabineros por otros sujetos que prestaron apoyo a la víctima.

Decisión del tribunal: Rechaza recurso de nulidad de la defensa y condena al acusado como autor de robo con violencia, reconoce aplicación de artículo 450 inc. 2 del Código Penal, al reconocer que: “11.- Que, en el presente caso el arma de fuego se USÓ no sólo con fines intimidatorios, sino que el acusado al ver que no podía concretar su designio criminoso la USÓ con fines lesivos, como ha quedado descrito en el hecho reseñado en el motivo sexto del fallo impugnado, pues la víctima la víctima M.A.R.Q., fue herido en el muslo izquierdo al altura de la ingle, al haber accionado el acusado el revolver que portaba, lesiones que tuvieron el carácter de menos grave. Por ello el aumento de pena, según el artículo 450 inciso segundo del Código Penal no contra- viene el artículo 63 del mismo texto, ya que el uso de armas no es inherente al delito, como podría ocurrir en la situación del artículo 433 N°1 del código sustantivo.

3. Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°157, de 28 de febrero de 2008¹³

Recurso y fundamento: Defensa recurre de nulidad del artículo 373 b) del Código Procesal Penal.

Síntesis de los hechos: El 26 de abril del 2007 a las 23:40 horas aproximadamente, en circunstancias que transitaba por Calle Vicente Pérez Rosales al llegar a Calle Rudecindo Ortega, fue interceptado por tres sujetos, procediendo uno de ellos a intimidarlo por la espalda con un arma blanca, manifestándole –el acusado– que le hiciera entrega de sus pertenencias, huyendo del lugar.

Decisión del tribunal: Rechaza recurso de nulidad de la defensa y condena a los sujetos como coautores de robo con violencia, aplicando la norma del artículo 450 inc. 2° del Código Penal, reconociendo la corte: “3°.- Que, según lo ha enseñado el profesor Gustavo Labatut, independientemente de los elementos del delito existen factores, del todo ocasionales en cuanto pueden o no concurrir en un caso dado, que modifican la culpabilidad del agente en el sentido de atenuarla o agravarla, pero sin alterar la naturaleza jurídica del hecho punible”, complementando, “En otras palabras, el contenido de aquella disposición penal (450 inc. 2° CP) no es elemento que integre el tipo penal de robo previsto y sancionado en el artículo 436, inciso 1°, del Código Puni-

13 Ministros Sr. Julio César Grandón Castro, Sr. Archibaldo Loyola López y Ministro Interino Sr. Luis Torres Sanhueza.

tivo, figura que supone violencia o intimidación en las personas en el sentido amplio que entrega el artículo 439 del mismo cuerpo legal...”.

4. Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°334, 10 de noviembre de 2009¹⁴

Recurso y fundamento: Defensas recurren de nulidad (1er. rec. nul.) artículo 374 e) en relación con 342 c) y 297, todos del CPP; en subsidio 373 b) del mismo Código; (2° rec. nul.) artículo 373 b) del Código Procesal Penal, es decir, la errónea aplicación del derecho en relación con la aplicación del artículo 450 inc. 2°.

Síntesis de los hechos: “El día 18 de enero de 2009, alrededor de las 05:00 horas, en Avenida Costanera Norte, frente a la playa Socos de Tongoy, el acusado junto a otro imputado interceptaron a dos víctimas, intimidándolas con un cuchillo que colocaron en el cuello a la primera víctima, a quien sujetaron y registraron sus vestimentas, exigiendo, además, la entrega de las especies que ambas víctimas portaban, sustrayéndole y apropiándose de dos teléfonos celulares, un auricular de celular, una billetera con diferentes tarjetas de crédito, dos encendedores, un llavero, un monedero marca Casa Ideas, que contenía \$2.500 pesos en efectivo, dándose a la fuga en dirección desconocida. Agrega que el ente persecutor calificó los hechos descritos como constitutivos del delito de robo con intimidación previsto y sancionado por el artículo 436, inciso 1° del Código Penal, en carácter de consumado”.

Decisión del tribunal: Rechaza recurso de nulidad de la defensa y condena a los sujetos como autores de robo con intimidación, reconociendo la aplicación del artículo 450 inc. 2° del Código Penal. La Corte de Apelaciones sostiene en su considerando decimotercero: “...en relación al delito de robo con intimidación previsto en el inciso 1° del Código Punitivo, que un elemento corresponde a la intimidación como conducta necesaria para su configuración y otra cosa la constituye el mayor disvalor que el legislador establece para los casos en que los hechores hagan uso o porten armas en la perpetración de la conducta ilícita. En efecto, la intimidación puede existir sea que los sujetos activos porten o no armas, toda vez que lo exigido es una acción en orden a infundir temor o miedo en la víctima para doblegar su voluntad y compelerla para que entregue el bien mueble de que quiere apropiarse el delincuente; mientras que el uso o porte de armas es sancionado en forma especial, por la mayor peligrosidad que demuestra el hechor del delito y la mayor indefensión que sufre la víctima frente a la posibilidad de ser agredida o atacada con las armas, asegurando de esta forma una mayor impunidad del hecho. Por tanto, resulta posible que el delito de robo con intimidación puede ser perpetrado

14 Sólo refiere redacción del ministro titular don Fernando Ramírez Infante.

sin que se use arma alguna, esto es, mediante la utilización de otras formas de amedrentamiento, como el temor que provoca a la víctima la amenaza de ser golpeada o atacada por un sujeto activo de mayor envergadura física, que le impide oponerse a la exigencia de entregar sus especies, lo que revela que el uso de las armas no es inherente a la aludida figura penal”.

5. Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°275, 15 de septiembre de 2010¹⁵

Recurso y fundamento: Defensa recurre de nulidad del artículo 373 b) del Código Procesal Penal.

Síntesis de los hechos: “El día 4 de diciembre del año 2009, alrededor de las 6:15 horas, en circunstancias que la víctima de iniciales H.M.F. circulaba por Avenida Santa María al llegar a la Avenida Alameda, fue interceptada por un sujeto, quien la tomó por detrás y la tironeo para quitarle su cartera, amenazándola con una tijera que portaba en la otra mano, ante la negativa y la resistencia de la víctima se produjo un forcejeo entre ambos durante el cual el acusado, a fin de que la víctima le entregará la cartera procedió a lanzarla contra los vehículos que por ese momento transitaban por el lugar, en ese momento la víctima huyó del lugar frustrando el delito”.

Decisión del tribunal: Condena al imputado como autor de robo con violencia e intimidación, aplicando la agravante especial del art. 450 inc. 2° del CP. Razonando la corte en voto de mayoría: “...aún cuando existiera la infracción que se denuncia, esto es, la errónea aplicación del derecho al estimar que concurre el aumento de pena del artículo 450, inciso 2, del Código Penal, único error en que se funda el recurso, lo cierto es que tal vicio, por sí sólo, no trae consigo la nulidad del fallo, puesto que con o sin el concurso de esa regla especial, como ha quedado establecido, los jueces igual podían aplicar el castigo que impusieron, de manera que el error que se denuncia, al no influir en el quantum de la pena, conduce al rechazo del recurso, toda vez que no se configura la causal...” ni influyendo en lo dispositivo del fallo.

El voto de minoría indica que: “Que la amenaza ya descrita, el uso de la tijera de podar, ha sido considerada en el fallo recurrido, como una circunstancia inherente al delito, de tal manera que hace inaplicable la norma prevista en el artículo 450 inciso segundo del Código Penal, ya que de lo contrario un hecho sería sancionado doblemente. Circunstancia que vulnera el principio contenido en el artículo 63 del mismo estatuto normativo”.

15 Emanada del Ministro titular don Ricardo Pairicán García, la Fiscal Judicial doña Marcia Undurraga Jensen (voto de minoría) y la abogado integrante doña Francisca Álvarez.

6. Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°330, 7 de diciembre de 2010¹⁶

Recurso y fundamento: Defensa recurre de nulidad de la sentencia fundado en el artículo 373 letra b) CPP, por haberse infringido el artículo 450 inciso 2° en relación al artículo 63 inciso 2°, ambos del Código Penal.

Síntesis de los hechos: No fue posible rescatarlos, sin perjuicio de ello corresponde a dos delitos de robos con intimidación.

Decisión del tribunal: “Que por haberse establecido en juicio la utilización de un arma de fuego, la mayoría del tribunal estima concurrente la calificante especial establecida en el artículo 450 inciso 2° del Código Penal, ya que resulta posible lograr la intimidación con medios diversos al uso de arma de fuego, lo que únicamente aumenta la indefensión del ofendido y, consecuentemente, el desvalor de la conducta. En la especie atendido el número de hechos y la superioridad numérica sobre el ofendido, que era bastante para la intimidación, el uso del arma de fuego constituye un medio adicional destinado a obtener lograr la sustracción ilegítima, por lo que si ésta no hubiere concurrido, de todas formas se hubiese cometido el crimen, por lo que debe sancionarse, en este caso, en forma adicional, sin que ello importe una vulneración a lo establecido en el inciso segundo del artículo 63 del Código Penal”. Complementa el considerando tercero: “Que la circunstancia de hacer uso de armas o de que ellas sean portadas, en el caso de los delitos de robo y hurto, es de carácter objetivo, lo que implica, que basta tal uso o porte de armas para que se configure la agravante especial del artículo 450 inciso 2° del Código Penal, en análisis, lo cual quedó claramente establecido en el mensaje del Presidente de la República con que se inició el Proyecto de la Ley 19.975. Resulta importante en relación a este punto referirse a la historia de dicha ley en su relación con el artículo 450 del Código citado...”.

Finalmente es importante destacar que el tribunal de alzada reconoce que pudo no haber entrado a discutir el fondo del asunto ya que no alcanzaba al estándar del 373 b) CPP toda vez que no existía influencia en lo dispositivo del fallo: “Que en todo caso, debe dejarse dicho, que aún en el caso en que hubiera sido procedente prescindir de la aplicación de la agravante específica del artículo 450 inciso 2° del Código Penal, igual el tribunal a quo podía aplicar a los recurrentes las penas que les impuso...”.

7. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1434, 4 de agosto de 2011¹⁷

16 Sólo consigna al Ministro redactor don Jaime Franco Ugarte.

17 Ministro señora María Rosa Kittsteiner Gentile e integrada por la Fiscal Judicial señora Clara Carrasco Andonje y la Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik.

Recurso y fundamento: la defensa del condenado recurre de nulidad fundándose subsidiariamente en la letra e) del artículo 374 en relación con el artículo 342, letras c) y d) y por otra parte en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Síntesis de los hechos: El 1 de noviembre de 2009 alrededor de las 12:55 horas los acusados ingresaron al domicilio de la comuna de La Reina aprovechando que la víctima en compañía de su padre ingresaban a éste en su automóvil y habían dejado para ello el portón de acceso del inmueble abierto percatándose las víctimas del ataque, los acusados extrajeron armas de fuego efectuando disparos en varias oportunidades contra el vehículo.

Los acusados al salir huyendo detienen a un conductor, quien transitaba por Avenida Echeñique en dirección al poniente, quien además iba acompañado por su familia, uno de ellos apunta al vehículo para que se detenga, se acercó a la puerta del conductor abriéndola y ante la resistencia de la víctima el acusado efectuó dos disparos en las piernas dejándolo con heridas en ambas extremidades inferiores, logrando la sustracción de este móvil huyendo del lugar.

Decisión del tribunal: Se rechaza el recurso de nulidad de la defensa, fundado eminentemente en que: “se debe tener presente que ambos hechos, constitutivos de dos robos con intimidación en las personas, se hubieran podido cometer sin necesidad de que los imputados portaran armas, motivo por el cual los sentenciadores no infringieron el non bis in idem; y en el hipotético caso que no hubiese correspondido aplicar tal agravación, el recurrente no acreditó que el supuesto error influyó en lo dispositivo del fallo, pues debió probar que si se hubiese condenado al acusado, además, por el delito de porte de armas la pena hubiera sido más baja que la que resultó en definitiva, lo que no ocurrió”.

8. Sentencia Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N°313, 27 de diciembre de 2013¹⁸

Recurso y fundamento: El defensor de uno de los condenados recurre ante la Excma. Corte Suprema al estimar que se le privó de su derecho a la defensa, fundó su pretensión en el artículo 373 letra a) CPP. La Excma. Corte Suprema remitió los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Chillán, para conocer de la nulidad planteada en atención a estimar que la motivación estaba prevista en las causales de las letras c) y f) del artículo 374 del mismo Código.

Síntesis de los hechos: “El día 29 de enero de 2013, en horas de la tarde, los acusados previamente concertados, ubicaron a la víctima, quien se encontraba

18 Consignan al Ministro titular redactor y voto de minoría Claudio Arias Córdova y al Fiscal Judicial señor Solón Viguera Seguel.

en un local comercial, abordándola, para el acusado Jorge Sandoval proceder a sustraerle la cartera que portaba la víctima, percatándose esta y oponiendo resistencia, ante lo cual el acusado se la arrebató apropiándose de la misma y dándose a la fuga con dicha especie, siendo perseguido por la víctima quien logró darle alcance, instantes en los cuales, el acusado, con la finalidad de lograr escaparse de la víctima y obtener su impunidad, procedió a amenazar a ésta con un arma blanca, exigiendo que lo soltara; interviniendo la otra acusada, Ingrid Martínez, quien procede a violentar a la víctima empujándola, con la finalidad de lograr la escapada conjunta con el acusado, siendo detenidos en estos momentos por personal de Carabineros, portando Martínez un arma blanca”.

El Ministerio Público acusó por el delito robo con violencia, estimando concurrente la agravante (genérica) contenida en el art. 12 N°20 del CP, “Esto es ejecutarlo portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132”. Sin alegar la específica del artículo 450 inc. 2° del CP, la que en definitiva se aplicó, sin que hubiese precedido debate sobre ella.

Decisión del tribunal: Por mayoría se acoge el recurso de nulidad estimando que se infringió el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, esto es, el debido proceso, el artículo 341 inciso 2° del Código Procesal Penal y el artículo 450 inciso 2° del Código Penal. En efecto, el tribunal omitió realizar debate antes de la deliberación y de la audiencia de determinación de la pena sobre la concurrencia de la agravante especial y calificada prevista en el artículo 450 inciso 2° del Código Penal, por el uso o porte de armas blancas en la comisión de un hurto o robo, con lo cual justifica la subida en pena de un grado en el considerando décimo tercero, no obstante que la Fiscalía en su acusación había solicitado la aplicación de la agravante general del artículo 12 N°20, que por sí sola no permite subir la pena en un grado. Enseguida expresa que no consta en audio, ni tampoco en la sentencia, debate respecto de la agravante especial anteriormente señalada. En efecto, la Constitución Política de la República asegura a todas las personas que toda sentencia de un órgano jurisdiccional debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, ordenando al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa. Dicha disposición se encuentra en armonía con el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, que impone a los órganos del Estado no sólo la obligación de someter sus actuaciones a la ley, sino también garantizar su cumplimiento.

Destacable es el **voto de minoría** que aun en estas circunstancias señala: “... no concurre la causal de nulidad respecto de la sentencia, pues sea que se considere o no la agravante del artículo 450 inciso segundo del Código Penal, y siendo Ingrid Martínez responsable de un delito de robo con violencia, sin que concurren atenuantes en su favor, pero sí dos agravantes en su

contra, el tribunal se encontraba facultado para imponer la pena inmediatamente superior al máximo de los designados por la ley, la que de acuerdo al inciso 1° del artículo 436 del Código punitivo se extiende del presidio mayor en su grado mínimo al presidio mayor en su grado máximo, esto es, de cinco años y un día a veinte años, por lo que el quantum determinado por el tribunal oral de quince años y un día, se ajusta plenamente al marco legal permitido, lo que hace desaparecer la trascendencia del vicio que sirve de sustento de nulidad y, por ello, pierde toda eficacia, por lo que no existiría perjuicio en la aplicación de dicha sanción, razón por la cual el vicio alegado no puede constituir un error de derecho, que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

9. Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N°213, 30 de junio de 2011¹⁹

Recurso y fundamento: Defensas de los condenados presentan sendos recursos de nulidad fundados eminentemente en una supuesta infracción al 373 b) CPP, pues alegan se admitió erróneamente la aplicación del artículo 450 inc. 2° del CP.

Síntesis de los hechos: El 7 de noviembre de 2010, los acusados ingresaron al local La Hormigueta, intimidaron con una arma blanca y de fuego a la víctima, uno de los sujetos pasó sobre el mesón empujándolo y propinándole un golpe de puño en el rostro, sustrajo de la caja registradora dinero, cincuenta mil pesos en efectivo, 42 paquetes de cigarrillos de distintas marcas y 6 botellas de pisco, dándose a la fuga del lugar.

Decisión del tribunal: Rechaza los recursos de nulidad señalando que: “... preciso es consignar que el inciso 2° del referido artículo 450 del Código del ramo [...]expresamente obliga a los sentenciadores a aplicarla, por el solo ministerio de la ley, cuando se cumplen los requisitos idóneos para ello, como lo es la comisión de un robo, y si este se perpetra con el uso de armas o los hechores sean portadores de ellas”. El fallo más adelante agrega: “...lo resuelto no pugna con lo estatuido en el artículo 63 del Código Penal, toda vez que la normativa en cuestión es anterior a la contenida en el inciso 2° del artículo 450 del Código Penal, de manera que el legislador al consagrar esta última, sabía y conocía la existencia de la primera y el objetivo al disponer la aplicación del aumento de pena por el uso o porte de armas en los delitos de robo o hurto, se dio y tuvo lugar, para evitar el recrudecimiento de ese tipo de hechos con la concurrencia de elementos capaces de producir muerte, heridas y golpes a los afectados, esto es, disuadir con el agravamiento de los castigos, la comisión con armas en los robos y hurtos, e incluso se aclara en la dispo-

19 Pronunciada por el Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras, Ministro Sr. Patricio Abrego Diamantti, Ministra Srta. Ruby Alvear Miranda.

sición en estudio, cuando se produce el aumento de la pena en los delitos de hurto”.

10.Sentencia Corte Suprema, Rol N°1541, 2 de abril de 2012²⁰

Recurso y fundamento: Defensa recurre de nulidad fundado en el artículo 373 b) CPP, por errónea aplicación de los artículos 63 y 450 inciso 2° CP. Existiendo fallos discordantes en los términos del inciso 3° del artículo 376 del Código Procesal Penal.

Síntesis de los hechos: El 24 de junio de 2011, en horas de la madrugada, los acusados abordaron el taxi colectivo conducido por la víctima, y cuando circulaban sobre el puente San Pedro de la ciudad de Osorno, uno de los acusados, que viajaba sentado atrás del chofer, extrajo un cuchillo que puso en el cuello del conductor, mientras los demás acusados lo sujetaron y exigieron la entrega del dinero. Ante lo ocurrido el chofer aceleró el vehículo ingresando raudamente a la estación de servicio ubicada a unos 150 metros del lugar y frenando bruscamente se detuvo, descendió del vehículo y pidió ayuda, oportunidad en que los sujetos arrancaron del lugar aprovechando el que se encontraba sentado al lado del chofer de apropiarse de monedas por un total aproximado de \$2.000.-

Decisión del tribunal: Por voto de mayoría se acoge el recurso de nulidad sólo en relación a uno de los recurrentes, en virtud que en este caso: “El empleo del arma resultó ser el medio idóneo para producir la coacción física y psicológica de la víctima lo que, consecuentemente, permitió la sustracción del dinero por los hechos, configurándose entonces el tipo penal contenido en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, quedando excluida la circunstancia agravante erradamente considerada (Inc. 2° del Art. 450 del CP) en la sentencia del Tribunal Oral, la que no puede producir en este caso el efecto de aumentar la pena”.

Sin perjuicio de lo anterior resulta importante relevar el **voto de minoría** de los Exmo. Sres. Brito y Juica que estuvieron por rechazar también este recurso señalando que: “El error de derecho que se atribuye por el recurrente al pronunciamiento del Tribunal Oral en el sentido que los sentenciadores habrían efectuado una doble valoración de la circunstancia de de portar el acusado un arma cortante, tanto para la adecuación típica de la conducta como para agravar la pena, no existe, pues ha sido consecuencia de la modificación introducida al Código Penal por la Ley N°19.975, de 5 de octubre de 2004, que substituyó el inciso segundo del artículo 450 y tuvo como especial finalidad

20 Pronunciada por los Ministros Sres. Milton Juica (voto de minoría), Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito (voto de minoría) y el abogado integrante Sr. Luis Bates.

establecer mecanismos de agravación para delitos de robo o hurto que se cometan usando o portando armas –lo que excede los fines puramente intimidatorios–, de manera de sancionar esas conductas particularmente peligrosas en forma más enérgica, de modo que los jueces han procedido dando estricta aplicación a la ley para el caso en que el injusto cometido por el imputado reveló una mayor peligrosidad social”.

A mayor abundamiento están por rechazar al considerar que no se produce una alteración en lo dispositivo del fallo al prescindir de dicha circunstancia pues el tribunal se encontraba habilitado para recorrer la pena en toda su extensión.

11.Sentencia Corte Suprema, Rol N°7902, 18 de noviembre del 2013²¹

Recurso y fundamento: Las defensas recurrieron de nulidad sustentadas en la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, denunciando errónea aplicación de los artículos 63 y 450 inciso 2° del Código Penal, de conformidad y relacionado con lo dispuesto en el artículo 376, inciso tercero, del Código Procesal Penal.

Síntesis de los hechos: El 6 de noviembre de 2012, en horas de la noche, en circunstancias que la víctima transitaba por calle Acapulco de la ciudad de Osorno, al llegar a la altura del número 1952 fue interceptada por los cuatro acusados, quienes la rodearon e intimidaron con un cuchillo que le colocaron al cuello, amenazando con agredirla si no entregaba las especies que llevaba consigo ante lo que no pudo oponer resistencia.

Decisión del tribunal: Acogidos por mayoría con el voto disidente de los Ministros Sres. Brito y Lagos.

La mayoría fundamentó que en el caso particular “El empleo del arma resultó ser el medio idóneo para producir la coacción física y psicológica de la víctima lo que, consecuentemente, permitió la sustracción de especies por los hechos, configurándose entonces el tipo penal contenido en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, quedando excluida la circunstancia agravante erradamente considerada en la sentencia del Tribunal Oral, la que no puede producir en este caso el efecto de aumentar la pena”.

A su tiempo mediante el voto de minoría señalaron que: “El error de derecho que se atribuye por los recurrentes al pronunciamiento del Tribunal Oral en el sentido que los sentenciadores habrían efectuado una doble valoración de la circunstancia de hecho de portar uno de los acusados un arma cortante, tanto para la adecuación típica de la conducta como para agravar la pena, no existe,

21 Pronunciada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller, Haroldo Brito, Lamberto Cisternas y los abogados integrantes Sres. Emilio Pfeffer y Jorge Lagos.

pues ha sido consecuencia de la modificación introducida al Código Penal por la Ley N°19.975, de 5 de octubre de 2004, que sustituyó el inciso segundo del artículo 450 y tuvo como especial finalidad establecer mecanismos de agravación para delitos de robo o hurto que se cometan usando o portando armas –lo que excede los fines puramente intimidatorios–, de manera de sancionar esas conductas particularmente peligrosas en forma más enérgica, de modo que los jueces han procedido dando estricta aplicación a la ley para el caso en que el injusto cometido por el imputado reveló una mayor peligrosidad social”.

Concluyen que en caso alguno la existencia de dicha circunstancia influye en lo dispositivo del fallo pues pudo aplicarse una pena idéntica al prescindir o no de la recurrida circunstancia agravante.

III. Conclusiones

El Mensaje de la Ley N°19.975, que introdujo esta modificación, planteó como objetivo establecer mecanismos de agravación especial para los robos y hurtos que se cometan usando o portando armas, de modo de sancionar en forma enérgica dichas conductas.

Es preciso señalar que en los delitos de robo (con violencia o intimidación) no es *per se* inherente el uso de armas, pues no sólo se pueden cometer mediante su uso, en efecto la intimidación reconocida por el artículo 439 del Código Penal es un concepto amplio, al tener cabida en él los malos tratos de obra y amenaza.

Parece que el ejercicio más sensato para dilucidar la existencia de *doble valoración*, es realizar la supresión hipotética mental del arma y preguntarse en dicho escenario si pudo seguir siendo o no un robo el despliegue de dicha conducta.

Hacer uso o portar armas es un elemento objetivo, que implica que se basta en sí mismo usar o portar el arma para configurar la agravante especial del artículo 450 inc. 2° del Código Penal.

Desconocer la aplicación de esta agravante especial es hacer oídos sordos al mandato constitucional que nos otorga el resorte de la acción penal como Ministerio Público, siendo entonces imperativo solicitar siempre su aplicación.

Finalmente, para aquellos casos en que se desestime la aplicación de la agravante específica en comento por ser estimada inherente a la comisión del delito, los jueces no pueden sino tenerla presente para los efectos del artículo 69 del Código Penal, máxime si producto del hecho resultan personas heridas. Cometer el delito con armas aumenta el peligro del injusto, motivo por el que se generó –y se mantiene– esta agravante especial, de tal modo no parece proporcional la misma pena para quien intimida mediante número o amenazas verbales, respecto de quien lo hace con un arma de fuego.

LOS TRASTORNOS MENTALES Y SUS POSIBLES IMPLICANCIAS FORENSES

Francisco Maffioletti Celedón¹

*“La cultura espera prevenir los excesos más groseros de la fuerza bruta
arrogándose el derecho de ejercer ella misma una violencia sobre los criminales,
pero la ley no alcanza a las exteriorizaciones]
más cautelosas y refinadas de la agresión humana”².*

FREUD (1930)

Introducción

Si se considera al delito como una conducta humana que atenta contra el pacto social, en tanto a quien la ejecuta se le atribuye cierta capacidad de reconocer las prohibiciones, de distinguir entre el bien y el mal (en tanto consensos sociales) y de dirigir su conducta de modo coherente con dicha comprensión, entonces no podemos sino abocarnos al estudio serio y concienzudo acerca de las condiciones que algunos sujetos padecen, y que podrían constituirse en determinantes de su conducta social.

Los trastornos mentales han sido históricamente entendidos como alteraciones que implican un detrimento total de sus capacidades. En la Edad Media se consideraba a quienes los padecían como sujetos poseídos, víctimas de espíritus diabólicos (para la concepción cristiana imperante), o derechamente afectados por algún tipo de brujería. Lo cierto es que los trastornos mentales han existido desde siempre, seguirán existiendo, son bastante más comunes de lo que socialmente se imagina, y efectivamente pueden producir un importante menoscabo de las capacidades de las personas, pero no necesariamente implican una pérdida general de la posibilidad de seguir contactados con el mundo, y de actuar de una manera socialmente adecuada.

Este concepto de trastornos mentales es necesario definirlo de forma científica de un modo más claro y acabado, en tanto es utilizado de manera indiscriminada e inespecífica para hacer alusión a una serie de manifestaciones humanas que no necesariamente aluden a los cuadros psicopatológicos o conductas

-
- 1 Psicólogo, Subdirector Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
 - 2 FREUD, Sigmund. *32ª Conferencia. Angustia y vida pulsional* (1933), Buenos Aires, Argentina, Amorrortu Editores, 1993, Tomo XXII, p. 102.

que se pretenden describir y explicar con dicha nomenclatura. En el ámbito legal esta observación resulta aún más crítica, dado que se tomarán decisiones sobre la vida de las personas, su responsabilidad criminal y las formas más adecuadas de cumplir una pena o medida de acuerdo a como finalmente sea catalogado un sujeto, lo cual no admite ambigüedad, incerteza o falta de precisión científica. En este punto, los principios de la validez y la confiabilidad propias de la medición psicodiagnóstica resultan en extremo relevantes.

Con el propósito de definir de forma clara y precisa nuestro campo de estudio y los conceptos a utilizar en la presente investigación, se ha estimado necesario recurrir a las definiciones y categorías propuestas por los dos principales manuales internacionales sobre enfermedades o trastornos mentales, a saber:

- El Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM), de la Asociación Psiquiátrica Americana (APA).
- La Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE), de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Los objetivos de estos sistemas clasificatorios de los trastornos mentales son: facilitar la práctica médica y las acciones de salud pública a través de la construcción de un lenguaje común, consensuado por sus protagonistas (OMS, 2006); facilitar la comunicación sobre los trastornos mentales y poder tomar decisiones racionales sobre el cuidado de la salud; proveer un marco de trabajo para la investigación en la naturaleza de los trastornos mentales, y simplificar y mejorar la comunicación entre los técnicos, así como entre éstos y otros trabajadores involucrados en la asistencia y la evaluación de la salud mental.

Para ambos Manuales, el concepto de **trastorno mental** está definido de la siguiente forma: “es un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental. Habitualmente los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o una discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes. Una respuesta predecible o culturalmente aceptable ante un estrés usual o una pérdida, tal como la muerte de un ser querido, no constituye un trastorno mental. Un comportamiento socialmente anómalo (ya sea político, religioso o sexual) y los conflictos existentes principalmente entre el individuo y la sociedad, no son trastornos mentales salvo que la anomalía o el conflicto sean resultado de una disfunción del individuo, como las descritas anteriormente” (DSM-V, p. 5)³.

3 La definición de trastorno mental del DSM-IV-TR es muy similar, y para efectos ilustrativos, la reproducimos en esta nota: “síndrome o un patrón comportamental o

El DSM-IV-R hace una distinción importante en cuanto a este tipo de rótulos al aclarar que más que clasificar a las personas, en tanto sujetos, lo que pretende es clasificar los diversos cuadros que éstos pueden padecer, por tanto más que una clasificación de individuos, constituye una taxonomía de signos y síntomas que éstos pueden presentar, y de algún modo padecer. Asimismo, se debe tener en consideración que el término *trastorno mental* si bien posee una connotación de gravedad y afectación generalizada en el sujeto que lo padece, éste engloba afectaciones de muy diversa índole y de diversa gravedad. En este sentido, los referidos manuales internacionales describen bajo el concepto de trastorno mental afecciones tan diversas como por ejemplo: el retraso mental (discapacidad intelectual); las adicciones; los trastornos sexuales; los trastornos de personalidad; los trastornos del neurodesarrollo (en el DSM-IV-TR llamados trastornos de inicio en la infancia, niñez y adolescencia); los trastornos del estado del ánimo; los trastornos psicóticos (por ejemplo la esquizofrenia); los trastornos de ansiedad; etc.

Otra distinción relevante, que merece ser destacada acerca de la utilización del DSM-V, es que su principal objetivo consiste en “ayudar a los profesionales de la salud en el diagnóstico de los trastornos mentales de los pacientes... como parte de la valoración de un caso...”⁴, y, en este sentido, se desaconseja que sea utilizado por personas sin la formación adecuada. Si el objetivo del Manual se lo vincula con la advertencia de que “para establecer un diagnóstico de trastorno mental no basta con comprobar la presencia de los síntomas citados en los criterios de diagnóstico”⁵, queda manifiestamente claro que más que un conjunto de síntomas y criterios respecto de los cuales se debe constatar su existencia, el diagnóstico implica una tarea valorativa que sólo puede y debe ser realizada por un profesional de la salud, entiéndase psicólogo o psiquiatra, y que incluso para éste no pasa de constituir un dato relevante y un punto de partida para cualquier tipo de intervención posterior.

psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., dolor), a una discapacidad (p. ej., deterioro en una o más áreas de funcionamiento) o a un riesgo significativamente aumentado de morir o de sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad. Además, este síndrome o patrón no debe ser meramente una respuesta culturalmente aceptada a un acontecimiento particular (p. ej., la muerte de un ser querido). Cualquiera que sea su causa, debe considerarse como la manifestación individual de una disfunción comportamental, psicológica o biológica. Ni el comportamiento desviado (p. ej., político, religioso o sexual) ni los conflictos entre el individuo y la sociedad son trastornos mentales, a no ser que la desviación o el conflicto sean síntomas de una disfunción” (ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*. DSM-IV-TR, Barcelona, Masson, 2003, p. XXIX).

- 4 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2013, p. 3.
- 5 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, 2013, ob. cit., p. 3.

Del mismo modo, en el apartado “Declaración cautelar para el empleo forense del DSM-V”⁶, el Manual aclara que la definición de trastorno mental se redactó “para satisfacer las necesidades de los clínicos, los profesionales de la salud pública y los investigadores, antes que para las necesidades técnicas de los juzgados y los profesionales que prestan servicios legales”, insistiendo en que la aplicación del DSM-V debe ir acompañada de la advertencia sobre los riesgos y limitaciones de su utilización en cuestiones forenses, ya que al utilizar categorías, criterios y descripciones textuales del Manual con fines legales se corre el riesgo de que la información se use o entienda de forma incorrecta. Sin perjuicio de dicha explicación, el mismo documento señala que utilizando bien la información sobre el diagnóstico, esto podría ayudar a los profesionales de la ley en el proceso de toma de decisiones, en tanto permite la comprensión de las características relevantes de los trastornos mentales.

En el Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental (2006)⁷, específicamente el referido a Derechos Humanos y Legislación, se aclara que, para evitar problemas mayores inherentes al uso del término *enfermedad*, la mayoría de los documentos clínicos internacionales evitan el uso del término *enfermedad mental*, prefiriendo en cambio el de trastorno mental, en tanto éste se utiliza para “implicar la existencia de un conjunto de síntomas y conductas clínicamente reconocibles, asociado en la mayoría de los casos con el malestar y con la interferencia con el funcionamiento personal” (OMS, 2006, pp.23).

Para la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (FEAFES, 2008, p. 24)⁸, que agrupa desde 1983 a las federaciones y asociaciones de personas con enfermedad mental de todo España y a sus familiares, un trastorno o enfermedad mental es “una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o del comportamiento, en que quedan afectados procesos psicológicos básicos como son la emoción, la motivación, la cognición, la conciencia, la conducta, la percepción, el aprendizaje, el lenguaje, lo cual dificulta a la persona su adaptación al entorno cultural y social en que vive y crea alguna forma de malestar subjetivo”.

Como se puede observar, el que un sujeto padezca un trastorno mental no significa que presente una patología asimilable a la locura o a la enajenación

6 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, 2013, ob. cit., p. 13.

7 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*. Ginebra, Suiza, Biblioteca de la OMS, 2006.

8 Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (FEAFES). Guía de Estilo “Salud Mental y Medios de Comunicación” [en línea]. España: FEAFES, 2008. Disponible en: <http://feafes.org/wp-content/uploads/2011/01/GUIA-DE-ESTILO-SEGUNDA-EDICION.pdf> [fecha de consulta: 23 de octubre de 2013].

mental, dado que son muchos los síndromes que no implican una pérdida del juicio de realidad, vale decir, de la capacidad para juzgar de forma (socialmente) adecuada los hechos, la vida intrapsíquica y el entorno. En este sentido, en Psicología y Psiquiatría, el juicio de realidad es uno de los criterios centrales, si no el principal, para poder arribar a un diagnóstico de psicosis. Éste alude a la capacidad de percibir y diferenciar la realidad, en la medida en que el sujeto logra distinguir el origen interno y/o externo de sus vivencias, y diferenciar adecuadamente la fantasía de la realidad. Ambas capacidades, respectivamente, se expresan clínicamente en la posibilidad de distinguir el yo del no/yo, y en la ausencia de fenómenos positivos como las alucinaciones (percepciones sin objeto) o los delirios.

El *juicio de realidad* se elabora a partir de la percepción del mundo externo, pero el ser humano también convive con su mundo interno de fantasías, imaginaciones y ensueños. Un individuo sano, con el pleno uso de sus facultades, es capaz de delimitar con precisión y claridad las fronteras que separan la realidad interna y externa, aceptando integrar de forma dialéctica lo real y lo irreal. En otras palabras, el juicio de realidad es la capacidad de un sujeto para evaluar de forma consensual la realidad, tal como lo hace la mayoría de la población en la cual se encuentra inserto. En este sentido, implica la capacidad para mantener criterios de realidad socialmente aceptados.

Ahora bien, esta valoración no se limita a consignar la presencia, o no, de fenómenos psicóticos (alucinaciones, voces, ideas delirantes o bizarras), sino que en su presencia hay que establecer si efectivamente lo son, o más bien corresponden a fenómenos de similares características, sin la entidad suficiente o las cualidades para constituirse en verídicas muestras de pérdida del juicio de realidad. Esto lo podemos observar en las falsas/alucinaciones o en los pseudodelirios, en los cuales el sujeto “aparece” como si padeciera esas ideas, pero al ser auscultado diagnósticamente se puede determinar que ello no es así.

Mención aparte merecen los cuadros de simulación de patología mental, en los cuales el evaluado refiere padecer graves alucinaciones o delirios vinculados a los hechos (ej.: una voz que le ordena “mata!!!”), y que obedecen a esfuerzos o estrategias autoexculpatorias respecto de los hechos. La exageración de cuadros clínicos, la no concordancia con la sintomatología habitual o esperada, el correlato emocional o vivencial discrepante, son algunos de los indicadores de estar frente a este tipo de simulación de padecer una enfermedad que no es tal.

Por otra parte, existe la posibilidad de que un sujeto con un adecuado juicio de realidad, debido a poderosas influencias externas (drogas, intoxicación alcohólica, situaciones altamente impactantes o estresantes, entre otras), atraviese por un momento o período transitorio de “pérdida del juicio de la realidad”,

lo cual afectará su normal comprensión de las situaciones sociales y del valor de su propia conducta. Por ello, existen cuadros descritos por el DSM-IV-TR que incorporan esta causa externa como gatillante de una pérdida del juicio de realidad. Entre otras, las más típicas son: los *trastornos psicóticos secundarios*, producidos por el consumo de alguna sustancia (alcohol, anfetaminas, alucinógenos, cocaína, inhalantes, entre otros) o por los efectos del no consumo de las mismas en casos de dependencia, que genera el síndrome de abstinencia (ej.: delirium tremens); y el caso del *trastorno psicótico breve* (de causa reactiva) o *trastorno mental transitorio* (ej.: psicosis puerperal [postparto]).

Visto lo anterior, como marco general, y antes de pasar a revisar los principales cuadros psicopatológicos que pudiesen representar interés forense, abordaremos de forma sucinta la estructura y geografía de la clasificación internacional de los trastornos mentales propuesta por el DSM.

El DSM-IV-TR, de la Asociación Americana de Psiquiatría, es redactado por un destacado grupo de 27 miembros agrupados en el Comité Elaborador, cuya misión recibe el insumo de trece Grupos de Trabajo, compuestos por cinco o más miembros cada uno. Por tanto, la “participación de muchos expertos internacionales ha asegurado que el DSM posea la más amplia gama de información y pueda aplicarse y usarse en todo el mundo” (DSM-IV-TR, p. XXII, 2003), por psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros, terapeutas ocupacionales, consejeros y otros muchos profesionales de la salud.

En cuanto a sus antecedentes históricos, el propio DSM destaca el censo de 1840, con el registro de la categoría “idiocia/locura”; el censo de 1880, con la diferenciación de siete categorías de trastorno mental (manía, melancolía, monomanía, parestia, demencia, dipsomanía, epilepsia), y la primera recopilación de datos estadísticos de la APA en 1917 en diversos hospitales mentales. Luego de la Segunda Guerra Mundial, la APA y la OMS se vieron en la necesidad de generar nomenclaturas que englobaran las diversas enfermedades que padecían los veteranos, publicando esta última un apartado de trastornos mentales en la 6ta versión de la CIE (1952). La APA desarrolló una variante de este apartado de la CIE, publicando la primera edición del *Diagnostic and Statistical Manual: Mental Disorders* (DSM-I), siendo éste un glosario de diferentes categorías diagnósticas, que tenía una definida orientación psicodinámica, en tanto muchos trastornos aparecían allí como reacciones de la personalidad frente a situaciones conflictuales⁹.

9 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. *Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, segunda edición* (traducción argentina). Buenos Aires: Acta Fondo para la Salud Mental. 1969.

El año 1968, con la publicación del DSM-II, se marcará “un hito de singular trascendencia en la historia de la psiquiatría”¹⁰, ya que de aquí en adelante, el trabajo en torno al DSM se realizará en una mayor concordancia con el recientemente aparecido CIE-8, apostándose con ello a una mayor uniformidad en la nomenclatura y a una segura vía de acceso al conocimiento psicopatológico universal.

Hoy en día, luego de varias décadas de investigación científica multidisciplinaria, se cuenta con un Manual actualizado a mayo de 2013 (DSM-V) en inglés, y que el año 2014 fue publicado en español. Esta última versión ha recibido críticas desde el ámbito de la psicología clínica, en cuanto a que su fuerte componente categorial no daría adecuadamente cuenta de la variabilidad y especificidad de los cuadros clínicos, aún cuando aquello se pretende subsanar con la incorporación de una mirada dimensional complementaria de la clásica categorial.

En cuanto a su geografía, el DSM-V contiene tres grandes secciones¹¹: Pautas para el uso clínico y forense del Manual (sección I); Criterios diagnósticos para los diferentes trastornos que refiere (sección II), y Medidas dimensionales para la evaluación de síntomas (sección III). En rigor, el DSM es principalmente conocido por la sección II, que representa gran parte del libro, y en la cual se incluyen los diversos trastornos mentales codificados y organizados en las siguientes categorías:

10 ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. 1969. Ob. cit.

11 A mayor abundamiento ver: ECHEBURÚA, Enrique, SALABERRÍA, Karmele y CRUZ-SÁEZ, Marisol. “Aportaciones y limitaciones del DSM-5 desde la Psicología Clínica”. En: *Revista Terapia Psicológica*, Vol. 32, N°1, Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Psicología Clínica, 2014, págs. 65 – 74.

TABLA 1.
CATEGORÍAS DE TRASTORNOS MENTALES DEL DSM-V

Trastornos del neurodesarrollo
Espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos
Trastornos bipolares y relacionados
Trastornos depresivos
Trastornos de ansiedad
Trastornos obsesivo-compulsivos y relacionados
Trastornos relacionados con traumas y estresores
Trastornos disociativos
Trastornos de síntomas somáticos
Trastornos de la alimentación y de la conducta alimentaria
Trastornos de la eliminación
Trastornos del sueño
Disfunciones sexuales
Disforia de género
Trastornos disruptivos, del control de impulsos y conductuales
Trastornos adictivos y de consumo de sustancias
Trastornos neurocognitivos
Trastornos de la personalidad
Trastornos parafilicos
Otros trastornos

Fuente: DSM-V (2013).

Cada una de estas categorías agrupa a los cuadros que temáticamente o etiológicamente se encuentran relacionados, por lo que desglosarlos en este artículo sería imposible e inconducente.

Lo relevante desde el punto de vista psicolegal es determinar cuales son los trastornos mentales que podrían poseer alguna significación jurídica, en tanto permiten una mejor comprensión de los hechos investigados, aportan elementos determinantes del tipo penal, acreditan una determinada conducta o tienen implicancias penales, ya sea se trate de víctimas o imputados.

Sin duda esta nueva versión (revisión) del DSM incorpora importantes cambios a ser conocidos por los evaluadores, pero que en el contexto procesal penal resultan de interés también para los litigantes y quienes tienen la labor de juzgar los hechos. Sólo por poner un ejemplo, en el primer apartado, sobre los trastornos del neurodesarrollo (en el DSM-IV-TR llamado Trastornos de inicio en la infancia, niñez y adolescencia), al retraso mental ahora se le denomina *discapacidad intelectual*, ampliando la comprensión de este tipo de afectaciones, en cuanto no la limita exclusivamente a la determinación de la capacidad intelectual (C.I.), sino que incorpora en su evaluación y diagnóstico el grado de adaptación a la vida cotidiana del evaluado, disminuyendo con ello el asentado estigma social relacionado al antiguo concepto de retraso mental. Por razones de espacio, y de cumplimiento de los objetivos del presente artículo, en esta oportunidad nos limitaremos a señalar las características de los cuadros más frecuentemente invocados en los peritajes de imputados.

Aportes desde el marco referencial dogmático

Para el desarrollo del marco teórico desde la perspectiva psicojurídica, lo primero que debemos abordar es la definición legal de lo que se entiende teóricamente por una perturbación grave de las facultades mentales, que sea de tal entidad que produzca el efecto de eximir de responsabilidad criminal al sujeto que comete delito bajo una afectación de su capacidad cognoscitiva o volitiva.

Este marco es relevante en tanto implica ciertas exigencias a las disquisiciones desde el mundo de la salud mental, y por cierto a la vez traduce las propias orientaciones emanadas desde este ámbito al ámbito jurídico en sus definiciones.

Afortunadamente, en el derecho comparado existe una relativa concordancia a la hora de establecer que un trastorno mental grave no puede sino generar efectos en la valoración de la conducta criminal de quien lo padece. Así, se observa que mediante distintas expresiones y conceptos, cada legislación ha incluido como causal de exculpación de responsabilidad penal, aquellos cuadros psicopatológicos que se asocian con lo que coloquialmente se ha llamado la locura, y que desde el punto de vista médico-científico es definido como psicosis.

Como ya hemos señalado¹², en los casos en que dichas capacidades normales se encuentran ausentes en determinado sujeto, y éste incurre en conductas contrarias a la ley, la *incapacidad mental* constituye uno de los argumentos que esgrime la defensa de los imputados en investigaciones o juicios en los cuales se busca determinar la responsabilidad penal de los mismos. Al respecto, argumentar que el imputado sufre determinado trastorno es una cuestión que debe ser probada, en cuanto ésta no se presume. Asimismo, incluso en el caso de que el trastorno mental sea determinado por un perito del Servicio Médico Legal¹³ u otra institución pericial pública, la mera existencia de dicho trastorno *no* conduce necesariamente a una causal de exculpación o exención de la responsabilidad penal del acusado, en cuanto en todos los casos se debe

12 MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco. “Aproximación a la inimputabilidad penal por trastorno mental desde la perspectiva de la psicología jurídica”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público, N°51, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, págs. 217 – 249.

13 Sobre este punto, ver: SERVICIO MÉDICO LEGAL. Guía Normativa Técnica Pericial de Salud Mental en las áreas de Psiquiatría y Psicología Médico Legal [en línea]. Santiago, Chile, BCN, 2010 Disponible en: http://www.sml.cl/transparencia_activa/archivos_transparencia/RESOLUCIONES/NORMATIVA/Resoluci%C3%B3n_Exenta_10655-2009.pdf [fecha de consulta: 10 de noviembre de 2014]. En dicha Guía, se considera como parte integral de la estructura del informe psiquiátrico el pronunciamiento respecto de “la existencia o no de relación entre el estado mental del examinado y los hechos en los cuales está involucrado, dando respuesta a la(s) pregunta(s) médico-legal(es)”.

probar la afectación de las capacidades cognitivas y/o volitivas en el sujeto al momento de la comisión del hecho.

La definición de dicho concepto y su extensión comportan un acabado estudio, que dependerá de la realidad jurídica y los sistemas de justicia existentes en cada país. Algunas definiciones acerca de lo que el mundo jurídico considera como causal de inimputabilidad lo podemos observar en los códigos penales de los países de Latinoamérica. Éstos por lo general han adoptado y adaptado a su realidad las legislaciones provenientes de Europa (particularmente española y alemana)¹⁴, las que a la vez siguen fielmente la tradición jurídica del Derecho Romano.

Para ilustrar brevemente este punto, y establecer las concordancias con las realidades jurídicas que nos son más familiares, en tanto se encuentran inmersas en contextos sociales, culturales y políticos más afines al nuestro, haremos una revisión general del concepto de la inimputabilidad en los países de América latina¹⁵.

En **Brasil** el Código Penal, en su artículo 26, señala: “*É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*”

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Como se observa, los conceptos empleados dicen relación con la “enfermedad mental o desarrollo mental incompleto o retardado”. En este caso el término “enfermedad mental” resulta ambiguo e inexacto, no siendo posible ni siquiera hacer una referencia analógica a los principales manuales psicopatológicos internacionales.

En **Argentina**, el artículo 34 inciso 1° del Código Penal señala: “El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

14 Siguiendo la tradición del modelo europeo continental.

15 En cuanto a los códigos penales de los países de Latinoamérica, esta revisión toma como referencia esencial y literal el texto de VERA-GOMEZ, José, FOLINO, Jorge O. y TABORDA, José G.V. “O Conceito De Inimputabilidade Nas Legislações Latinoamericanas”. En: TABORDA, José G.V., ABDALLA-FILHO, E., CHALUB, M. Psiquiatria Forense. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed; 2012, p. 612.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

En este caso, el concepto central es la imposibilidad de comprender o dirigir las propias acciones a consecuencia de una alteración morbosa o insuficiencia de las facultades (entendemos mentales). Si bien resulta claro el criterio en cuanto a la exigencia de establecer una consecuencia en la capacidad cognitiva o volitiva, no lo es del todo en la referencia a la patología base que pudiese originar dicha consecuencia, en tanto los conceptos de “alteración morbosa” o de “insuficiencia” pueden resultar imprecisos y equívocos.

El Código Penal **boliviano** señala en su artículo 17 que: “Está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia, no pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión”. En este caso, de lo que se exige al sujeto es de la pena, y con ello, de la responsabilidad criminal asociada al hecho típico, por causa de una enfermedad mental, cuestión que resulta del todo imprecisa y de difícil delimitación incluso en el ámbito de la salud mental. Asimismo, los conceptos de *perturbación de la conciencia* y el de *grave insuficiencia de la inteligencia*, no corresponden a categorías psicopatológicas definidas, pero dicha dificultad se salva en la medida que cualquiera que sea dicha perturbación, debe afectar severamente la capacidad de comprensión del injusto o de guiar su propia conducta. Dicho código contempla además las causales imperfectas de exculpación, en la medida en que en su artículo 18 determina la atenuación de la pena cuando la referida capacidad de comprensión o de control de la conducta no esté del todo comprometida.

El caso de **Chile** no difiere mayormente de lo señalado, en tanto su Código Penal refiere que: “están exentos de responsabilidad criminal: 1. el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón” (artículo 10)¹⁶. Seguidamente, en el inciso siguiente, se contempla también el criterio

16 En la creación del referido artículo 10 se tomó como base el artículo 8° del Código Penal español, todo lo cual consta en la discusión parlamentaria de la sesión 6ª, de fecha 10 de mayo de 1870. A mayor abundamiento ver: Código Penal de la República de Chile

evolutivo, incorporando el inciso 2° al menor de catorce años¹⁷. En el caso del inciso 1°, la voz “loco” para designar al enajenado mental o psicótico sólo resulta justificable por el hecho que, en este punto, el texto legal ha permanecido invariable desde su creación el año 1874. A todas luces resulta evidente el carácter coloquial que posee la palabra loco, y que ella no existe en el lenguaje formal psiquiátrico ni psicológico, pero que tiene correspondencia con los conceptos de psicosis o de enajenación mental.

Algo similar sucedía en la legislación **mexicana** de 1931, que declaraba irresponsables (inimputables) a los “locos”, los “idiotas” e “imbéciles”, y a los que sufrían alguna “enfermedad o anomalía mental”, hasta que el año 1983, basándose en el Código Penal italiano, se planteó que el delito se excluye cuando: “Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible” (artículo 15). Cuando la referida capacidad se halle sólo disminuida, el Código Penal mexicano contempla la imposición de hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la imposición de una medida de seguridad, o ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

En **Colombia**, es inimputable “quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental” (artículo 33, Código Penal).

Nuevamente observamos que el código colombiano pone el acento en las consecuencias en las facultades del sujeto que incurre en una conducta delictual, las cuales en este caso serían la resultante de la “inmadurez psicológica” o de un “trastorno mental”, de la “diversidad cultural”, y agrega, para ampliar aún

y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, Santiago, Chile, Editorial EDEVAL, 1974.

17 Respecto del inciso 2°, hasta 1928 el texto decía “Al menor de diez años”, lo cual fue modificado por la Ley N°4.447, de 23 de octubre de 1928, la cual lo reemplazó por “El menor de dieciséis años”. Finalmente, a mediados del año 2007, con la entrada en vigor de la Ley 20.084 (publicada el 12 de diciembre de 2005), que “establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”, la edad de exención de responsabilidad penal quedó definitivamente bajo los catorce años, y entre los catorce años y los dieciocho años opera la referida Ley 20.084.

más el espectro, o de “estados similares”. Resulta muy difícil llegar a entender a qué cuadros concretos aluden dichas categorías, y más difícilmente llegar a determinar con precisión cuáles son los alcances de poseer una visión cultural discrepante dentro de un mismo territorio nacional.

Para el Código Penal de **Costa Rica**, en su artículo 42, es inimputable: “quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes”.

Se observa que se mantiene la alteración de la capacidad volitiva y cognitiva como efectos de la presencia en el sujeto de ciertas afecciones, que en definitiva le causarían una imposibilidad de actuar conforme a la norma. En este caso, se habla de una “enfermedad mental”, y de una “grave perturbación de la conciencia”. Lo interesante es que se insiste en el carácter necesariamente involuntario o accidental de dicho estado, y que se menciona expresamente a las drogas y el alcohol como posibles causantes de dicha incapacidad sobreviniente.

Por su parte, en **Cuba** el Código Penal expresa en su artículo 20 que: “está exento de responsabilidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas causas no posee la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta”.

Si bien se sigue en este código manteniendo las dos consecuencias de ciertos estados para el sujeto, la expresión “comprender el alcance” no puede sino resultar ambigua en cuanto a no precisar de forma clara qué es lo que implicaría que así fuese. Por otra parte, se introduce el término “enajenación mental” ya como una expresión más evidente del máximo nivel de perturbación a la cual puede estar sometido el sujeto, enajenado de sí mismo y del mundo que lo rodea. Quizás este concepto sea el que dé cuenta de forma más inequívoca que se trata de una persona que no es capaz de juzgar y valorar adecuadamente sus acciones y su entorno. A pesar de lo señalado, los conceptos de “desarrollo mental retardado” y “trastorno mental transitorio” poseen una cierta dosis de ambigüedad que hacen muy difícil asimilarlos a las categorías psicopatológicas existentes, en el primer caso porque se lo debiese asimilar a ciertos retrasos mentales (los más graves), y en el segundo porque dicha entidad nosográfica hoy en día se encuentra cuestionada, y resulta muy fácil recurrir a ella para intentar desvincularse de la responsabilidad de conductas que el sujeto ha cometido y no quiere reconocer como propias.

Posibles trastornos mentales de relevancia penal

Habiendo introducido y proporcionado un contexto en que los trastornos mentales son concebidos desde las disciplinas ligadas a la salud mental de las personas, y a la vez esbozado someramente el contexto legal en que dichos trastornos poseen relevancia, en tanto se encuentran presentes en los sujetos al momento en que se produce el delito, pasaremos a caracterizar los más frecuentemente vinculados a teorías del caso que buscan eximir o atenuar la responsabilidad penal de los imputados.

Trastornos de Personalidad según el DSM

Un *trastorno de la personalidad* es un “patrón permanente e inflexible de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, tiene su inicio en la adolescencia o principio de la edad adulta, es estable a lo largo del tiempo y comporta malestar o perjuicios para el sujeto” que lo padece (DSM-IV-TR, 2003, p. 765). En ese sentido, debemos diferenciarlo de los llamados *rasgos de personalidad*, los cuales sólo constituyen trastornos de la personalidad cuando son inflexibles y desadaptativos y cuando causan un deterioro funcional significativo o un malestar subjetivo.

La característica principal de un trastorno de la personalidad, en tanto patrón permanente de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto, se manifiesta en al menos dos de las siguientes áreas: cognoscitiva, afectiva, de la actividad interpersonal o del control de los impulsos. Este patrón persistente es inflexible y se extiende a una amplia gama de situaciones personales y sociales, provocando malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo. El patrón es estable y de larga duración y se puede descubrir que su inicio se remonta al menos a la adolescencia o al principio de la edad adulta. Es importante aclarar que dicho patrón no es atribuible a una manifestación o una consecuencia de otro trastorno mental, tampoco es debido a los efectos fisiológicos directos de una sustancia (p. ej., una droga, una medicación o la exposición a un tóxico) ni a una enfermedad médica (p. ej., traumatismo craneal). En tales casos, aun cuando se presenten las manifestaciones típicas de éstos, el trastorno de personalidad no puede ser diagnosticado.

Criterios diagnósticos generales para un trastorno de la personalidad (DSM -IV-TR):

- A. Un patrón permanente de experiencia interna y de comportamiento que se aparta acusadamente de las expectativas de la cultura del sujeto. Este patrón se manifiesta en dos (o más) de las áreas siguientes:
 - (1) cognición (p. ej., formas de percibir e interpretarse a uno mismo, a los demás y a los acontecimientos);
 - (2) afectividad (p. ej., la gama, intensidad, labilidad y adecuación de la respuesta emocional);
 - (3) actividad interpersonal;
 - (4) control de los impulsos.
- B. Este patrón persistente es inflexible y se extiende a una amplia gama de situaciones personales y sociales.
- C. Este patrón persistente provoca malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.
- D. El patrón es estable y de larga duración, y su inicio se remonta al menos a la adolescencia o al principio de la edad adulta.
- E. El patrón persistente no es atribuible a una manifestación o a una consecuencia de otro trastorno mental.
- F. El patrón persistente no es debido a los efectos fisiológicos directos de una sustancia (p. ej., una droga, un medicamento) ni a una enfermedad médica (p. ej., traumatismo craneal).

En otros términos, un trastorno de la personalidad es un patrón persistente de formas de pensar, sentir y comportarse que es relativamente estable a lo largo del tiempo. Algunos tipos de trastornos de la personalidad (especialmente los trastornos antisocial y límite de la personalidad) tienden a atenuarse o a remitir con la edad, lo que no parece ser el caso en algunos otros tipos (p. ej., trastornos obsesivo-compulsivo y esquizotípico de la personalidad).

Los trastornos de la personalidad deben distinguirse de los **rasgos de personalidad que no alcanzan el umbral para un trastorno de la personalidad**. Los rasgos de personalidad sólo se diagnostican como trastornos de la personalidad cuando son inflexibles, desadaptativos y persistentes, y ocasionan un deterioro funcional o un malestar subjetivo significativos.

El DSM-V ha mantenido relativamente similares los trastornos de personalidad del DSM-IV-TR, en tanto mantiene los tres clusters que los agrupan:

Cluster A: Los extraños o excéntricos.

- Paranoide
- Esquizoide
- Esquizotípico

Cluster B: Los inestables (conductas dramáticas, emocionales, erráticas).

- Antisocial
- Límite
- Histriónico
- Narcisista

Cluster C: Los ansiosos.

- Evitativo
- Dependiente
- Obsesivo-compulsivo

Como se observa claramente en su definición, los trastornos de personalidad de ningún modo implican la pérdida del juicio de realidad (capacidad para evaluar la realidad de forma realista), y en general resultan sobrellevables para quienes los padecen, sin perjuicio del malestar subjetivo asociado, y de la mayor o menor rigidez que presenten. En términos generales, un trastorno de personalidad no determina a un sujeto a cometer un delito, siendo capaces los sujetos que lo padecen de controlar su conducta y pedir ayuda a familiares o profesionales en momentos de mayor intensidad o malestar.

Ahora bien, en este punto resulta necesario sumarse a la crítica planteada por Esbec y Echeburúa (2011)¹⁸ en cuanto a que el modelo médico categorial¹⁹ representado por el modelo del DSM (ya que no cambia mayormente en el DSM-V), en el caso de los trastornos de personalidad, no permite registrar la frecuente comorbilidad observada entre estos distintos trastornos, viéndose obligado el evaluador a recurrir a la categoría “trastorno de personalidad no especificado” cuando un sujeto presenta más de uno de estos o no alcanza a cumplir con los criterios completos de alguno en particular.

18 ESBE, Enrique y ECHEBURÚA, Enrique. “La reformulación de los trastornos de la personalidad en el DSM-V”. En: Actas Españolas de Psiquiatría, N°39, Madrid, España, 2011, págs. 1 – 11.

19 Categorial: en éste la unidad de clasificación es la *categoría*, basada en la observación y el juicio clínico (diagnóstico).

La Psicopatía

La Asociación Psiquiátrica Americana (A.P.A), define al psicópata como “una persona cuya conducta es predominantemente amoral y antisocial, que se caracteriza por sus acciones impulsivas e irresponsables, encaminadas a satisfacer sus intereses inmediatos y narcisistas, sin importar las consecuencias sociales, sin demostrar culpa ni ansiedad”.

En términos diagnósticos o clínicos, algunos autores señalan que se la debe entender como un Trastorno de la Personalidad, que el DSM-IV-R y la CIE-10 han ubicado en esta categoría, dentro del Trastorno Antisocial de personalidad y dentro del Trastorno Disocial de la personalidad respectivamente.

Socialmente, se le ha llamado psicópata a todo sujeto que ha cometido un crimen brutal, ya sea por su frecuencia (asesinos en serie o abusadores sexuales con múltiples víctimas) o por su alto nivel de impacto social y alarma pública. Frente a esto, habría que decir que sólo los psicólogos forenses y psiquiatras forenses estarían en condiciones, después de evaluar directamente al sujeto e indagar en su historia vital (anamnesis), de señalar si es ese el diagnóstico acertado en cada caso particular. Sin perjuicio de que existan algunos síntomas o indicios en las características del delito que puedan hacer presumir u orientar este diagnóstico al profesional.

Las características más comunes descritas para este tipo de sujetos son:

- La utilización de la manipulación y el engaño como forma de obtener beneficios personales en su relación con los otros (instrumentalidad de los vínculos).
- La falta de empatía (insensibilidad) en las relaciones interpersonales.
- Locuacidad y encanto superficial.
- Mentira patológica.
- Impulsividad.
- Egocentrismo o narcisismo (sobreevaluación de las propias cualidades por sobre las de los demás).
- Irresponsabilidad.
- Incapacidad para aceptar las responsabilidades de las propias acciones.
- Varias relaciones maritales (sentimentales) breves.
- Versatilidad criminal.
- Falta de metas realistas a largo plazo (vivir el presente).
- Conducta sexual promiscua.

- Estilo de vida parasitario (dependiente de otro = vampirismo, sanguijuela).
- Problemas de conducta precoces.
- Superficialidad en los afectos.
- Falta de control conductual.

Debemos insistir en que efectivamente dicho concepto se ha vulgarizado por el uso común vinculado especialmente a crímenes seriales o violentos, pero que estos delitos podrían perfectamente responder a sujetos con otras patologías mentales que nada tienen que ver con el diagnóstico profesional de la psicopatía. Es más, para que un perito forense pueda llegar a diagnosticar acertadamente este cuadro, resulta exigible que posea una formación mínima específica en la comprensión y valoración de la psicopatía en el contexto penal, para lo cual se vienen realizando desde el año 2006 cursos de aproximadamente 50 horas pedagógicas que adiestran a los peritos en su detección y diagnóstico.

Por último, y en cuanto a la capacidad de comprensión del ilícito, se puede afirmar que, en todos los casos, y dado que responde a un criterio del diagnóstico diferencial de estos sujetos, el diagnosticado con una psicopatía no ha perdido el juicio crítico de la realidad, vale decir, sabe y conoce la distinción entre el bien y el mal, entre lo adecuado y lo inadecuado, pero, a pesar de ello, actúa de todos modos.

El Retraso Mental o Discapacidad Intelectual

Como ya se señaló anteriormente, el DSM-V reemplazó la categoría Retraso Mental por la de Discapacidad Intelectual, en tanto incorporó en su valoración no sólo la capacidad cognitiva (C.I.), sino también el grado de adaptación a la vida cotidiana. Esta ampliación de la concepción del retraso mental ya había sido planteada el año 1992 por la Asociación Americana sobre Retraso Mental (AARM), que propuso una definición que “supuso un cambio radical del paradigma tradicional, alejándose de una concepción del retraso mental como rasgo del individuo para plantear una concepción basada en la interacción de la persona y el contexto (Verdugo, 2003). La principal aportación de aquella definición consistió en modificar el modo en que las personas (profesionales, familiares, investigadores...) conciben esa categoría diagnóstica, alejándose de identificarla exclusivamente como una característica del individuo para entenderla como un estado de funcionamiento de la persona”²⁰.

20 VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel. Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la Asociación Americana sobre Retraso Mental de 2002 [en línea]. Madrid, España: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual, Vol. 34 (1), Núm.

En términos de su presentación, el Retraso Mental concierne a un funcionamiento intelectual significativamente inferior a la media, existente concurrentemente con déficit en la conducta adaptativa y manifestado durante el período de desarrollo.

El DSM-V define la *discapacidad intelectual* o el *trastorno de desarrollo intelectual*²¹ como un “trastorno que comienza durante el período de desarrollo y que incluye limitaciones del funcionamiento intelectual como también del comportamiento adaptativo en los dominios conceptual, social y práctico”, que debe cumplir los tres siguientes criterios diagnósticos:

- A. Deficiencias de las funciones intelectuales, como el razonamiento, la resolución de problemas, la planificación, el pensamiento abstracto, el juicio, el aprendizaje académico y el aprendizaje a partir de la experiencia, confirmados mediante la evaluación clínica y pruebas de inteligencia estandarizadas individualizadas.
- B. Deficiencias del comportamiento adaptativo que producen fracaso del cumplimiento de los estándares de desarrollo y socioculturales para la autonomía personal y la responsabilidad social. Sin apoyo continuo, las deficiencias adaptativas limitan el funcionamiento en una o más actividades de la vida cotidiana, como la comunicación, la participación social y la vida independiente en múltiples entornos tales como el hogar, la escuela, el trabajo y la comunidad.
- C. Inicio de las deficiencias intelectuales y adaptativas durante el período de desarrollo.

Junto con el diagnóstico de discapacidad intelectual, se debe especificar la gravedad actual de acuerdo a las siguientes categorías:

317	(F70)	Leve
318.0	(F71)	Moderado
318.1	(F72)	Grave
318.2	(F73)	Profundo

205, 2003, págs. 5 – 19. Disponible en: file:///D:/Documents%20and%20Settings/fmaffioletti/Mis%20documentos/Downloads/205_articulos1.pdf [recuperado el 10 de noviembre de 2014].

21 **Nota:** El término diagnóstico discapacidad intelectual es equivalente al diagnóstico CIE-11 trastornos del desarrollo intelectual. Aunque a lo largo del manual se utiliza el término discapacidad intelectual, en el título se usan ambos términos para facilitar la relación con otros sistemas de clasificación. Además, una cláusula federal de Estados Unidos (Public Law 111-256, Rosa’s Law) sustituye el término retraso mental por discapacidad intelectual, y las revistas de investigación utilizan el término discapacidad intelectual. Así pues, discapacidad intelectual es el término de uso habitual en la profesión médica, educativa y otras, así como en la legislación pública y grupos de influencia.

En el Manual DSM-V aparece una tabla con la *Escala de gravedad de la discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual)*, en la que se especifican las afectaciones en los dominios Conceptual, Social y Práctico, para cada una de las cuatro categorías anteriormente descritas.

TABLA 1 ESCALA DE GRAVEDAD DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL (TRASTORNO DEL DESARROLLO INTELECTUAL)

Escala de gravedad	Dominio conceptual	Domino social	Dominio práctico
Leve	<p>En niños de edad preescolar, puede no haber diferencias conceptuales manifiestas. En niños de edad escolar y en adultos, existen dificultades en el aprendizaje de aptitudes académicas relativas a la lectura, la escritura, la aritmética, el tiempo o el dinero, y se necesita ayuda en uno o más campos para cumplir las expectativas relacionadas con la edad. En adultos, existe alteración del pensamiento abstracto, la función ejecutiva (es decir, planificación, definición de estrategias, determinación de prioridades y flexibilidad cognitiva) y de la memoria a corto plazo, así como del uso funcional de las aptitudes académicas (p. ej., leer, manejar el dinero). Existe un enfoque algo concreto a los problemas y soluciones en comparación con los grupos de la misma edad.</p>	<p>En comparación con los grupos de edad de desarrollo similar, el individuo es inmaduro en cuanto a las relaciones sociales. Por ejemplo, puede haber dificultad para percibir de forma precisa las señales sociales de sus iguales. La comunicación, la conversación y el lenguaje son más concretos o inmaduros de lo esperado por la edad. Puede haber dificultades de regulación de la emoción y el comportamiento de forma apropiada a la edad; estas dificultades son apreciadas por sus iguales en situaciones sociales. Existe una comprensión limitada del riesgo en situaciones sociales; el juicio social es inmaduro para la edad y el individuo corre el riesgo de ser manipulado por los otros (ingenuidad).</p>	<p>El individuo puede funcionar de forma apropiada a la edad en el cuidado personal. Los individuos necesitan cierta ayuda con tareas de la vida cotidiana complejas en comparación con sus iguales. En la vida adulta, la ayuda implica típicamente la compra, el transporte, la organización doméstica y del cuidado de los hijos, la preparación de los alimentos y la gestión bancaria y del dinero. Las habilidades recreativas son similares a las de los grupos de la misma edad, aunque el juicio relacionado con el bienestar y la organización del ocio necesita ayuda. En la vida adulta, con frecuencia se observa competitividad en trabajos que no destacan en habilidades conceptuales. Los individuos generalmente necesitan ayuda para tomar decisiones sobre el cuidado de la salud y legales, y para aprender a realizar de manera competente una vocación que requiere habilidad. Se necesita típicamente ayuda para criar a una familia.</p>

Escala de gravedad	Dominio conceptual	Dominio social	Dominio práctico
Moderado	<p>Durante todo el desarrollo, las habilidades conceptuales de los individuos están notablemente retrasadas en comparación con sus iguales. En prescolares, el lenguaje y las habilidades preacadémicas se desarrollan lentamente. En niños de edad escolar, el progreso de la lectura, la escritura, las matemáticas y del tiempo de comprensión y el dinero se produce lentamente a lo largo de los años escolares y está notablemente reducido en comparación con sus iguales. En adultos, el desarrollo de las aptitudes académicas está típicamente en un nivel elemental y se necesita ayuda para todas las habilidades académicas, en el trabajo y en la vida personal. Se necesita ayuda continua diaria para completar tareas conceptuales de la vida cotidiana, y otros pueden encargarse totalmente de las responsabilidades del individuo.</p>	<p>El individuo presenta notables diferencia respecto a sus iguales en cuanto al comportamiento social y comunicativo a lo largo del desarrollo. El lenguaje hablado es típicamente un instrumento primario para la comunicación social, pero es mucho menos complejo que en sus iguales. La capacidad de relación está vinculada de forma evidente a la familia y los amigos, y el individuo puede tener amistades satisfactorias a lo largo de la vida y, en ocasiones, relaciones sentimentales en la vida adulta. Sin embargo, los individuos pueden no percibir o interpretar con precisión las señales sociales. El juicio social y la capacidad para tomar decisiones son limitados, y los cuidadores han de ayudar al individuo en las decisiones de la vida. La amistad con los iguales en desarrollo con frecuencia está afectada por limitaciones de la comunicación o sociales. Se necesita ayuda importante social y comunicativa en el trabajo para obtener éxito.</p>	<p>El individuo puede responsabilizarse de sus necesidades personales, como comer, vestirse, y de las funciones excretoras y la higiene como un adulto, aunque se necesita un período largo de aprendizaje y tiempo para que el individuo sea autónomo en estos campos, y se puede necesitar personas que le recuerden lo que tiene que hacer. De manera similar, se puede participar en todas las tareas domésticas en la vida adulta, aunque se necesita un período largo de aprendizaje, y se requiere ayuda continua para lograr un nivel de funcionamiento adulto. Se puede asumir un cargo independiente en trabajos que requieran habilidades conceptuales y de comunicación limitadas, pero se necesita ayuda considerable de los compañeros, supervisores y otras personas para administrar las expectativas sociales, las complejidades laborales y responsabilidades complementarias, como programación, transporte, beneficios sanitarios y gestión del dinero. Se pueden llevar a cabo una variedad de habilidades recreativas. Estas personas necesitan típicamente ayuda adicional y oportunidades de aprendizaje durante un período de tiempo largo. Una minoría importante presenta comportamiento inadaptado que causa problemas sociales.</p>

Escala de gravedad	Dominio conceptual	Domino social	Dominio práctico
Grave	Las habilidades conceptuales están reducidas. El individuo tiene generalmente poca comprensión del lenguaje escrito o de conceptos que implican números, cantidades, tiempo y dinero. Los cuidadores proporcionan un grado notable de ayuda para la resolución de problemas durante toda la vida.	El lenguaje hablado está bastante limitado en cuanto a vocabulario y gramática. El habla puede consistir en palabras sueltas o frases y se pueden complementar con medidas de aumento. El habla y la comunicación se centran en el aquí y ahora y dentro de acontecimientos cotidianos. El lenguaje se utiliza para la comunicación social más que para la explicación. Los individuos comprenden el habla sencilla y la comunicación gestual. La relación con los miembros de la familia y otros parientes son fuente de placer y de ayuda.	El individuo necesita ayuda para todas las actividades de la vida cotidiana, como comer, vestirse, bañarse y las funciones excretoras. El individuo necesita supervisión constante. El individuo no puede tomar decisiones responsables en cuanto al bienestar propio o de otras personas. En la vida adulta, la participación en tareas domésticas, de ocio y de trabajo necesita apoyo y ayuda constante. La adquisición de habilidades en todos los dominios implica un aprendizaje a largo plazo y ayuda constante. En una minoría importante, existe comportamiento inadecuado que incluye autolesiones.
Profundo	Las habilidades conceptuales implican generalmente el mundo físico más que procesos simbólicos. El individuo puede utilizar objetos dirigidos a un objetivo para el cuidado de sí mismo, el trabajo y el ocio. Se pueden haber adquirido algunas habilidades visuoespaciales, como la concordancia y la clasificación basada en características físicas. Sin embargo, la existencia concurrente de alteraciones motoras y sensitivas puede impedir un uso funcional de los objetos.	El individuo tiene una comprensión muy limitada de la comunicación simbólica en el habla y la gestualidad. El individuo puede comprender algunas instrucciones o gestos sencillos. El individuo expresa su propio deseo y sus emociones principalmente mediante comunicación no verbal y no simbólica. El individuo disfruta de la relación con miembros bien conocidos de la familia, cuidadores y otros parientes, y da inicio y responde a interacciones sociales a través de señales gestuales y emocionales. La existencia concurrente de alteraciones sensoriales y físicas puede impedir muchas actividades sociales.	El individuo depende de otros para todos los aspectos del cuidado físico diario, la salud y la seguridad, aunque también puede participar en algunas de estas actividades. Los individuos sin alteraciones físicas graves pueden ayudar en algunas de las tareas de la vida cotidiana en el hogar, como llevar los platos a la mesa. Acciones sencillas con objetos pueden ser a base de la participación en algunas actividades vocacionales con algo nivel de ayuda continua. Las actividades recreativas pueden implicar, por ejemplo, disfrutar escuchando música, viendo películas, saliendo a pasear o participando en actividades acuáticas, todo ello con la ayuda de otros. La existencia concurrente de alteraciones físicas y sensoriales es un impedimento frecuente para la participación (más allá de la observación) en actividades domésticas, recreativas y vocacionales. En una minoría importante, existe comportamiento inadecuado.

El DSM-IV-TR establecía los mismos niveles de retraso mental, pero con un énfasis primordial en la capacidad intelectual (CI), aun cuando también contemplaba ciertas capacidades sociales y adaptativas para su diagnóstico, tal como se grafica en el siguiente esquema:

Retraso mental leve

- CI 50-69.
- Adquisición retardada del lenguaje comprensivo y expresivo.
- Dificultades en actividades escolares (lecto-escritura), que pueden beneficiarse de una educación compensatoria.
- La falta de madurez emocional y social puede acarrear dificultades para afrontar la integración (matrimonio, crianza de los hijos, etc.).
- Logro más lento de la independencia para el autocuidado, actividades prácticas y domésticas.
- Capacidad para desempeñar trabajos semicualificados, de tipo práctico.
- Minoría con etiología orgánica reconocida.

Retraso mental moderado

- CI 35-49, con discrepancias en los perfiles de rendimiento.
- Dominio limitado del lenguaje comprensivo y expresivo, con nivel de desarrollo variable.
- Progresos escolares limitados y básicos en las áreas de la lecto-escritura y cálculo, que pueden desarrollar programas de educación especial.
- Adquisición retardada de la capacidad de autocuidado, con necesidad de supervisión permanente.
- Capacidad para realizar trabajos prácticos sencillos, con adecuada supervisión.
- Capacidad de movimientos, pero no independencia completa en la edad adulta.
- Desarrollo normal de la capacidad de relación social y de participación en actividades sociales simples.
- Mayoría con etiología orgánica reconocida.

Retraso mental grave

- CI 20-34.
- Adquisiciones de nivel más bajo.
- Marcado grado de déficit motor.
- Presencia de daño o anomalía en el desarrollo del sistema nervioso central.

Retraso mental profundo

- CI < 20.
- Lenguaje comprensivo y expresivo limitado a la comprensión de órdenes básicas y hacer peticiones simples.
- Movilidad muy restringida o inexistente.
- Capacidad de autocuidado muy limitada, que requiere ayuda y supervisión constante.
- Pequeña participación en tareas domésticas y prácticas con adecuada supervisión.
- Etiología orgánica, con déficits somáticos o neurológicos graves.

En cuanto a las implicancias forenses de este tipo particular de trastorno mental, si bien un 85% de las personas con discapacidad intelectual corresponden a la categoría “Leve”, el 10% a “Moderado”, el 4% a “Grave”, y el 1% restante a “Profundo”, este grupo de sujetos no tienden a cometer delitos, y la mayoría de las veces por su condición de vulnerabilidad, más bien tienden a ser víctimas de los mismos. En ese orden de ideas, la clasificación que hace el DSM-V resulta relevante y determinante en las causas por el delito de violación, en las que la exigencia de la circunstancia comisiva ligada al nivel de discapacidad intelectual en la víctima termina por definir el tipo penal en la franja de edad de 14 años en adelante, permitiendo discriminar si éste corresponde al tipo penal del artículo 361 N°3 o el del artículo 363 N°1, ambos del Código Penal chileno²².

La perspectiva de la psicología jurídica

Una vez analizados los principales cuadros psicopatológicos de interés penal, resulta conveniente ahondar en el enfoque disciplinar de la Psicología Jurídica respecto de sus posibles implicancias jurídico-forenses. En este sentido para la Psicología Jurídica, en tanto especialidad de la disciplina psicológica abocada a la comprensión, explicación, evaluación, pronóstico e intervención con personas que se desenvuelven en espacios regulados jurídicamente, la comprensión del trastorno mental es bastante más amplia que la delimitación respecto de cuando una persona que lo padece comete un delito.

22 A mayor abundamiento en este punto, remítase al artículo ANKER, Christian y MAFFIOLETTI, Francisco. Los tipos penales de los artículos 361 N°3 y 363 N°1 del Código Penal desde la perspectiva de la Psicología Forense. Boletín de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, N°7, Abril de 2006.

De hecho, para la Psicología Jurídica, resulta de suma importancia el cómo determinada sociedad concibe a las personas con trastornos mentales, cuál es el lugar que les asigna, y cuáles son los derechos y deberes que les reconoce. Este es un tema de una creciente complejidad social, en tanto se trata de sujetos que deben acceder al trabajo, a movilizarse y desplazarse dentro de un territorio, que tienen el derecho a establecer relaciones de pareja y mantener relaciones sexuales con otros, que deben poder optar a una vivienda, a establecer contratos sociales, recibir beneficios estatales, conducir vehículos motorizados, ejercer su voto en las elecciones populares, y en definitiva gozar de todos los beneficios de cualquier ciudadano común.

La excepción a lo señalado, en la mayoría de las sociedades modernas donde impera el Estado de Derecho, pasa por una evaluación profesional (psiquiátrica o psicológica) respecto de si determinado sujeto está efectivamente en condiciones de ejercer el dominio de sus derechos y someterse a todas las obligaciones vigentes. Así, incluso para poder internar contra su voluntad a una persona que presente un trastorno mental, se ha establecido la necesidad de que dicha acción coercitiva y coartadora de derechos fundamentales sea consecuencia de una decisión judicial, en la cual se haya contado con el asesoramiento de un experto en las ciencias relacionadas con la salud mental de las personas. Evidentemente, tratándose de una decisión judicial, el dictamen del perito no puede sino no ser vinculante de la decisión que en definitiva se adopte, pero si está contemplado que dicha decisión no se la pueda tomar sin la debida asesoría experta.

Un escenario particular se desarrolla cuando quien posee un trastorno mental comete delito, o bien en los casos en que un sujeto lo hace en un estado que de alguna forma resulte asimilable al trastorno mental. En este último caso se habla de los trastornos mentales transitorios, o bien de cualquier privación de razón por causa ajena a la voluntad del sujeto activo. Como se observa, para el legislador y para el Derecho Penal no resulta relevante el que quien comete delito padezca de forma permanente un trastorno mental, sino que éste haya estado presente al momento en que ejecutó la conducta típica. En el mismo sentido de lo anteriormente expuesto por el DSM-IV-R, en cuanto a que se clasifican los trastornos y no las personas, para el Derecho Penal lo que resulta reprochable penalmente es la conducta, y no la persona que la ejecuta. Es más, si así fuese, y efectivamente se buscara determinar y ejercer el reproche penal de acuerdo a la “personalidad” del delincuente, estaríamos ante lo que los juristas han denominado el *Derecho Penal de autor*, uno de cuyos riesgos es la criminalización de determinados grupos de personas o de ideas.

Ante esta problemática, compleja por cierto, en tanto involucra la conjunción de dos disciplinas, la de la regulación social de la conducta (el Derecho) y la que pretende la comprensión y tratamiento de la misma (Psicología), es necesario para avanzar hacia respuestas que nos permitan saber qué hacer cuando

un sujeto que padece un cuadro psicopatológico comete un delito. Para dilucidar dicha interrogante, sabemos que no basta la mera existencia de un trastorno mental al momento del hecho, sino que se debe además determinar el efecto que ha tenido el mismo en las capacidades del sujeto y que, de alguna forma, haya tenido como consecuencia la afectación de su capacidad para actuar de forma libre y soberana. Aun teniendo claro que el sujeto actuó bajo el influjo del referido trastorno, y que éste efectivamente afectó sus capacidades, ahora resulta imprescindible dilucidar el grado en que dicho trastorno afectó al sujeto, con el propósito de despejar si estamos ante una eximente de responsabilidad criminal, o sólo ante una circunstancia atenuante, que no tiene la fuerza suficiente para privar al sujeto de haber podido tomar otra alternativa que haya sido distinta y menos gravosa de la que ejecutó.

Indudablemente estas preguntas nos obligan a formular hipótesis de los posibles cuadros psicopatológicos que, presentes al momento del hecho, podrían llegar a eximir de responsabilidad criminal a un sujeto que comete delito. Más aún, ese análisis debe sortear además la ambigüedad, imprecisión, inexactitud y vaguedad de las definiciones legales (legislativas) de las causales de exculpación penal por trastorno mental, en tanto éstas no tienen una clara coincidencia con las principales categorías psicopatológicas internacionales existentes.

Por ello, resulta absolutamente comprensible que, de acuerdo a algunos autores y críticos del proceso penal, el mundo judicial haya delegado en los peritos, expertos en una ciencia, arte u oficio, la determinación de la decisión jurídica acerca de la inimputabilidad de un determinado sujeto, entregando a psiquiatras y psicólogos la definición de la exención de responsabilidad penal de éstos cuando presentan trastornos mentales, y cometen delitos en dicho estado. Esta psicologización o psiquiatrización de las decisiones judiciales en cuanto a la inimputabilidad, implica un abandono de la función jurisdiccional, y una inminente incertidumbre en esta área al interior del sistema de justicia.

Afortunadamente lo señalado es sólo una falsa ilusión, o si se quiere una falacia, ya que es el propio sistema penal quien se antepone a dicho riesgo, dejando en manos del juzgador la facultad exclusiva de valorar no sólo la circunstancia delictiva que ante él se expone, sino que también la propia ponderación del trabajo profesional del perito, no siendo en último término su opinión más que una apreciación profesional que éste deberá valorar con los principios que la propia ley le señala, no siendo vinculante de la decisión que adopte en el caso particular, aun cuando deba hacerlo de forma fundada cuando la descarte o considere.

La participación de peritos psicólogos en procesos penales

Un punto relevante a debatir resulta de la pregunta por la competencia de los peritos psicólogos para diagnosticar los trastornos mentales, y en ese sentido,

por ilustrar mediante un ejemplo, para poder arribar a conclusiones forenses respecto de la capacidad del imputado para ser responsable respecto de su conducta, específicamente referida a la investigada en el marco de un proceso penal, y que podría definir si efectivamente el autor de una conducta típica y antijurídica (en tanto no existen causales de exculpación legal) pudiera llegar a determinársele responsable criminalmente por sus actos, aun siendo un sujeto que presente un trastorno mental.

Tal ha sido la evolución de este debate, que ya el año 2004 el subdirector médico del Servicio Médico Legal de Chile solicitó formalmente²³ al Colegio de Psicólogos de Chile A.G. que se pronunciara respecto de “si un Psicólogo está capacitado para realizar exámenes de imputabilidad. Si está dentro de su ámbito el establecer diagnóstico médico de imputabilidad”. Ante dicha consulta, el Directorio del Colegio de Psicólogos derivó la inquietud a la Asociación Chilena de Psicología Jurídica y Forense²⁴ para que se hiciera cargo de la respuesta, en tanto comprendió que se trataba de una temática vinculada a aquella área de especialización.

La respuesta llegó en febrero de 2005, y la reproducimos íntegra, por el valor que tiene en la visión y definiciones que aporta, incluso más allá de la respuesta puntual a la pregunta inicial:

“Luego de realizar un extenso análisis de cómo es abordado este tópico en otros países, tanto latinoamericanos como europeos, tanto desde la perspectiva jurídica como de la Psicología Forense, consideramos que la evaluación pericial de la imputabilidad está dentro de las competencias del psicólogo, toda vez que esto implica la evaluación diagnóstica de variables que se hallan dentro de nuestro ámbito de experticia.

Entre estas variables, están aquellas relacionadas tanto con la estructura global de la personalidad, como aquellas que aluden al desempeño del sujeto evaluado en áreas específicas de funcionamiento, tales como las áreas intelectual, afectiva o interpersonal, entre otras. También es posible incluir aquellas variables que se refieren a aspectos puntuales del funcionamiento psicológico del sujeto, sea que estas muestren un comportamiento permanente o transitorio.

En relación al tema de la imputabilidad, es importante recordar que tanto en el Código Penal chileno, como el de las demás legislaciones internacionales, no se define el término “imputabilidad”, por tanto es

23 Mediante Oficio 13.415 del 12 de julio de 2004.

24 Oficio S/N de fecha 02 de Febrero de 2005, en respuesta al Oficio Of. 13.415 del Servicio Médico Legal de fecha 12.JUL.04. [en línea]. Disponible en: <http://www.achpsiju.cl/documentos/> [fecha de consulta: 16 de agosto de 2014].

necesario extraerlo a “contrario sensu” de las causas de su eximición, atenuación y agravamiento. En este sentido, resulta evidente que el concepto de imputabilidad/inimputabilidad es un concepto jurídico, y por tanto su valoración y calificación, por ley, es privativo y de exclusiva competencia de quien juzga.

Las condiciones legales que permiten establecer el grado de responsabilidad penal de un inculpado/imputado, se encuentran expresadas en los artículos N°10 y 11 del Código Penal. En dichos artículos se utilizan términos que aluden a variables psicológicas del estado mental del sujeto al momento de la comisión del delito, susceptibles de ser evaluadas por un profesional idóneo, tales como:

- Loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido.
- El que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.
- Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.
- El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño... y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.
- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.
- El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.
- La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

La pertinencia del psicólogo como profesional competente para la valoración de estos aspectos se debe a su formación especializada, orientada al desarrollo de conocimientos y habilidades para la evaluación, intervención e investigación de éstos y otros fenómenos relacionados al estado mental del evaluado. Específicamente, en relación a la valoración de la imputabilidad de un sujeto, se dispone de una serie de instrumentos de Psicodiagnóstico, tanto test proyectivo, como psicométricos, cuyo uso e interpretación son de exclusiva competencia del profesional psicólogo.

Lo anterior constituye sin duda la base de la capacitación del psicólogo para efectuar exámenes de imputabilidad, a la que se agregan posteriormente conocimientos específicos que faciliten el ejercicio profesional en el escenario que conforman las particularidades del sistema jurídico.

En relación a la segunda parte de la pregunta, en la que se consulta si está dentro del ámbito del psicólogo establecer diagnósticos médicos de imputabilidad, cabe hacer una aclaración previa a la respuesta.

Tal como se ha señalado, el Código Penal no define el término “imputabilidad”. En consecuencia, tal como puede observarse, el texto legal tampoco indica características de la imputabilidad que permitan asociarla necesariamente a un diagnóstico médico.

Es así, que consideramos que la evaluación de imputabilidad sólo implicará un diagnóstico médico cuando ése sea necesario dar respuesta a la pregunta que el Tribunal o Fiscalía/Defensoría hace al perito para la valoración de los hechos que se investigan.

Sin embargo, cuando la pregunta del Tribunal aluda a variables psicológicas, en virtud de lo planteado en el Código Penal acerca de los grados de responsabilidad penal del imputado, la evaluación de tales variables no implica necesariamente un acto médico, puesto que, como ya se ha señalado, esta evaluación cae dentro del ámbito de competencia profesional del psicólogo.

Finalmente, consideramos que compete y se encuentra dentro del ámbito de experticia del psicólogo la evaluación de aquellas variables asociadas a los indicadores de las condiciones eximentes, atenuantes o agravantes de imputabilidad”.

Si bien esta discusión se ha superado hoy en día en nuestra realidad nacional, sigue siendo objeto de debate actual en algunos países con un desarrollo más incipiente del rol que les corresponde jugar a los peritos en los procesos penales, y quizás también ello esté determinado por la ausencia de una instancia profesional de carácter técnico –como lo es el SML en nuestro país– al cual se le atribuya la facultad legal de definir desde el punto de vista técnico lineamientos que deben ser contemplados por todos aquellos peritos que realicen evaluaciones forenses de dicha naturaleza.

Al respecto, Carrasco y Maza (2005) señalan que cuando se realiza una valoración sobre la imputabilidad se deben tener en cuenta ciertos criterios básicos. Hay que preguntarse si la naturaleza del trastorno mental afecta realmente los elementos integrantes de la imputabilidad (aspecto cualitativo), si la intensidad y el grado de perturbación afectan la imputabilidad (aspecto cuantitativo), y por último, el más importante, si existe coincidencia temporal entre la presencia de un trastorno mental y los hechos que han sido sometidos a análisis (aspecto cronológico).

Es necesario advertir que este último criterio es uno de los puntos más polémicos en la valoración de la imputabilidad. Hay que preguntarse cómo el

perito estimó o infirió una conducta pasada, es decir, cómo demuestra que la persona al momento de los hechos carecía de las circunstancias que configuran la imputabilidad, en especial cuando se alegan trastornos mentales transitorios, cuyos síntomas no están presentes al momento de la evaluación. También hay que preguntarse cómo el perito descarta que el imputado haya simulado o dis-simulado algún trastorno mental en la entrevista (hay instrumentos específicos para descartar la simulación). Por último, siempre es útil objetar cuando un perito se pronuncia directamente sobre la imputabilidad / inimputabilidad, ya que éstos son conceptos jurídicos sobre los cuales debe pronunciarse el tribunal. El perito sólo puede dar cuenta de los elementos constituyentes de ella y nunca referirse directamente.

En esta práctica pericial se han observado dos tipos de valoraciones de la imputabilidad que a nuestro juicio son incompletas. La primera se refiere a aquellos sujetos que han sido diagnosticados alguna vez como portadores de un trastorno mental, amparándose en él para descartar su culpabilidad, pero no existe claridad de que al momento de la comisión del delito se cumplen los criterios anteriormente mencionados. Aquí se acude a un criterio puramente diagnóstico que en sí es insuficiente. En la segunda prima un criterio sólo sintomático o psicológico, es decir, sólo interesan las manifestaciones y síntomas psíquicos del sujeto al momento de la comisión del delito. Esta es una situación típica cuando se alega un trastorno mental transitorio.

Además, es posible que los síntomas no necesariamente sean indicio directo de un trastorno mental, es decir, que sean inespecíficos. Por ejemplo, las conductas agresivas o los pensamientos persecutorios aparecen en una amplia gama de trastornos mentales, por lo que deben ser valorados en su conjunto. Una vez identificado un síntoma siempre debe ser valorado con el resto de las manifestaciones vivenciales que aparecen en un sujeto, y tratar de encontrar una relación de sentido entre ellos, ya que no todos los síntomas tienen el mismo valor indiciario. Existen síntomas de rangos distintos. Los síntomas primarios, de primer orden o básicos, están francamente presentes, y los secundarios o de segundo orden sólo acompañan a los primeros, pero en general son los que se tienden a sobre interpretar o dificultan la valoración de los primeros.

Pero no sólo se pretende encontrar síntomas para elevar una presunción diagnóstica sino también lo opuesto, es decir, indagar síntomas indiciarios de cualquier otro proceso patológico que contradiga el más presumible. A esto se le llama diagnóstico diferencial.

Por lo tanto, se sugiere que cada vez que se realice una discusión respecto de la imputabilidad de un sujeto se haga desde una perspectiva mixta, es decir, una valoración de la presencia de un trastorno mental (grave) y las manifestaciones psicopatológicas, considerando los tres criterios anteriormente expuestos.

