

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº47 - JUNIO 2011

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°47 - Junio 2011

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

*Pablo Campos Muñoz
Coordinador*

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

María Cecilia Ramírez Guzmán

Manuel Zárate Campos

Colaboradora:

Andrea González Leiva

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

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

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

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 965 9693

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

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos

Recurso de queja acogido. Incumplimiento de acuerdo reparatorio: reanudación del procedimiento 9

Corte Suprema

Recursos de nulidad acogidos. Homicidio frustrado de fiscal, lesiones a personal policial. Dolo directo. Testigos protegidos 12

Corte Suprema

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS Y A LOS TESTIGOS

Artículos

Modelo de atención a víctimas y testigos 69

Equipo OPA, División de Atención a Víctimas y Testigos

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencias Comentadas

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica que condena por los delitos de falso testimonio y presentación de medio de prueba falso en juicio 87

José Luis Cortés Zepeda

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Justicia terapéutica y tribunales de tratamiento de drogas 133

Ximena Marcazzolo Awad

Sentencias Comentadas

Comentario del fallo dictado en contra de la agrupación “Los Gaetes” y su análisis para determinar los elementos que configuran una asociación ilícita para el narcotráfico 143

Renzo Figueroa Aste

Fallos

Exclusión de prueba. Valoración de la prueba por el tribunal oral. Validez de interceptaciones telefónicas. Trascendencia del vicio 169

Corte Suprema

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENTOS

Artículos

Aportes criminológicos al esclarecimiento de delitos cometidos por delincuentes sexuales en serie 179

Karen Guzmán Valenzuela

Aproximación fenomenológica de los delitos sexuales en Chile. La realidad nacional 191

Francisco Maffioletti Celedón y Sofía Huerta Castro

Fallos

Recurso de nulidad acogido. Abuso sexual y producción de material pornográfico infantil. Concurso de delitos. Ilicitud de la prueba. Principio de congruencia 211

Corte Suprema

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

Artículos

Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507 231

Tania Gajardo Orellana y Angélica Torres Figueroa

Entidades de gestión inmobiliaria social y defraudaciones en la postulación y obtención de subsidios habitacionales 252

Alejandro Litman Silberman

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Delito de desacato asociado a causas de violencia intrafamiliar y error de prohibición. Perspectiva de los tribunales con competencia en lo penal 267

María Cecilia Ramírez Guzmán

PRÓLOGO

En este nuevo número de nuestra Revista Jurídica ponemos a disposición de los lectores una variada selección de sentencias en torno a diversos temas, como una muestra de jurisprudencia actual, referidos a tópicos de relevancia jurídica y social, sea porque se trata de tipos aún nuevos dentro de nuestro quehacer jurídico penal, o de gran complejidad, o ya sea por el impacto social que pueden llegar a provocar.

Así es como se publica la sentencia dictada en un caso de agresión a un fiscal del Ministerio Público en una comitiva integrada por funcionarios de la Policía de Investigaciones, que investigaba hechos delictuales en la zona del conflicto mapuche, y en la cual la Corte Suprema se refiere a un tema tan relevante como el de las medidas de protección para testigos.

Del mismo modo, y en la línea anunciada, también se presentan sentencias dictadas por Tribunales de Juicio Oral en lo Penal en un caso de asociación ilícita para cometer delitos de narcotráfico, otra en un caso de falso testimonio y presentación de pruebas falsas, y una tercera en un caso de contexto de abuso sexual y producción de material pornográfico infantil.

Fiel a la costumbre de esta publicación, se presentan estudios realizados por profesionales especializados, relativos a materias de gran interés jurídico, criminológico y social.

En este último contexto, destacamos especialmente en este número artículos que profundizan en materias tan específicas como el delito de defraudación en la postulación y obtención de subsidios habitacionales, o en otras de gran sensibilidad social, como lo es el delito de tráfico de migrantes y la trata de personas.

También se publica un artículo que aborda materias del derecho penal general, en relación a un ilícito concreto, como es aquél que versa sobre el error de prohibición en el delito de desacato en contexto de violencia intrafamiliar, y otro que nos presenta aportes criminológicos en relación a delitos cometidos por delincuentes sexuales en serie.

Finalmente, se presentan en este número los aportes de dos de nuestras divisiones y unidades especializadas, concretamente de nuestra División de Atención a Víctimas y Testigos, que profundiza en el modelo que las distintas fiscalías del país siguen en la atención y servicios que prestan a sus usuarios, y de nuestra Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, cuya subdirectora aborda el tema de la Justicia terapéutica y los Tribunales de Tratamiento de Drogas.

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. INCUMPLIMIENTO DE ACUERDO REPARATORIO: REANUDACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El objetivo del acuerdo reparatorio es el sometimiento efectivo y responsable a la obligación contraída por el imputado con la víctima de satisfacer aquello a que se obligó; en el caso concreto, a pagar una suma de dinero, y no a formular un simple compromiso nominativo a cuya ejecución quedará luego obligado el ofendido.

Sin perjuicio del derecho que tiene la víctima de optar por ejecutar libremente el acuerdo ante el juez civil, le asiste también la facultad de pedir su revocación y de seguir adelante con el proceso penal, en cuyo decurso tiene también asegurada la indemnización de los daños civiles¹.

Texto Completo:

Santiago, siete de abril de dos mil once.

Vistos y teniendo presente:

1° Que a fojas siete, comparece el Fiscal Regional del Ministerio Público por la Región de las Araucanía, quien deduce recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, Sres. Leopoldo Llanos, Fernando Carreño y el Fiscal Luis Troncoso, por la resolución que dictaron el 18 de febrero del año en curso, por la cual confirmaron la sentencia de 31 de enero de este año, dictada por el juez de Garantía de Temuco, que rechazó la solicitud del ente persecutor en cuanto a revocar un acuerdo reparatorio incumplido y fijar nuevo día y hora para celebrar juicio simplificado, aceptando, en cambio, la posición de la defensa en

orden a que tal acuerdo era irrevocable y que lo procedente era el sobreseimiento definitivo.

Aduce que los jueces recurridos han infringido en forma grave el artículo 242 del Código Procesal Penal, puesto que el único efecto propio de esa norma, deriva del cumplimiento del acuerdo reparatorio, tras el cual, se procede a pronunciar sobreseimiento definitivo.

2° Que, informando los recurridos a fojas 19 señalan que tuvieron presente que el Código no regula la situación propuesta por el Ministerio Público, la que sí fue contemplada para el caso de la suspensión condicional del procedimiento, de modo que por tratarse de una medida que afectaría los derechos del inculpa-do y de acuerdo, además, a lo dispuesto en el artículo 5° de la compilación

1 Ver, en el mismo sentido, la sentencia citada en la Revista Jurídica N°46 de marzo de 2011, p. 31.

procesal penal, no es posible acceder a tal pretensión.

3° Que según han expresado los mismos intervinientes, se fijó audiencia para el día 28 de diciembre de 2010, en la que el inculcado pagaría a la víctima la suma de \$29.000 como acuerdo reparatorio, misma oportunidad en que se decretaría el sobreseimiento definitivo, pago que no se concretó en esa fecha, según ambas partes reconocen.

4° Que el alcance efectivo de las normas del artículo 241 y siguientes del Código Procesal en su texto modificado por Ley 20.074 de 14 de noviembre de 2005 consiste en suprimir brechas de impunidad existentes, como la que acá se advierte, de dejar al arbitrio del imputado el pago de una obligación. El objetivo del acuerdo reparatorio es el sometimiento efectivo y responsable a la obligación contraída por el imputado con la víctima de satisfacer aquello a que se obligó; en el caso concreto, a pagar una suma de dinero, y no a formular un simple compromiso nominativo a cuya ejecución quedará luego obligado el ofendido. Tal es la razón por la cual, sin perjuicio del derecho que tiene la víctima de optar por ejecutar libremente el acuerdo ante el juez civil, le asiste también la facultad de pedir su revocación y de seguir adelante con el proceso penal, en cuyo decurso tiene también asegurada la indemnización de los daños civiles.

La naturaleza de este tipo de acuerdo, está refrendada por la norma del artículo 247 del Código Procesal Penal, que -producto de la modifica-

ción, antes anotada- fija suspensión al plazo de la investigación, entre otros, en los casos en que se alcanza acuerdo reparatorio, mientras éste no se cumple o hasta que se encuentre debidamente garantizado.

5° Que, como se advierte, al resolver como lo han hecho, los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, han incurrido en grave falta que debe ser subsanada por este medio.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se acoge el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 7, por el Fiscal Regional Subrogante del Ministerio Público de la Araucanía y, en consecuencia, se deja sin efecto, la resolución impugnada de dieciocho de febrero de dos mil once, que en copia se agregó a fs. 2 de este legajo, y en su lugar se decide, que se revoca la resolución apelada de treinta y uno de enero de dos mil once, y en cambio se deja sin efecto el acuerdo reparatorio celebrado en la causa Rit 8901-2010 del Juzgado de Garantía de Temuco, debiendo fijarse audiencia para la continuación del procedimiento, en los términos solicitados por el Ministerio Público.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Jacob quienes estuvieron por rechazar el recurso de queja interpuesto, por considerar que se está denunciando como grave falta o abuso una cuestión de interpretación legal, lo que corresponde a una facultad privativa de los tribunales y respecto de cuyo ejercicio, no es posible decir que

se haya incurrido en la infracción que se reclama, al señalarse los razonamientos que la sustentan, tal como ya lo ha resuelto de forma uniforme y reiterada esta Corte.

Comuníquese lo resuelto a la Corte de Apelaciones de Temuco y al Juzgado de Garantía de Temuco.

Regístrese y archívese.

Rol N°1777-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Roberto Jacob Ch. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

RECURSOS DE NULIDAD ACOGIDOS. HOMICIDIO FRUSTRADO DE FISCAL, LESIONES A PERSONAL POLICIAL. DOLO DIRECTO. TESTIGOS PROTEGIDOS

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Lectura de registros en el juicio oral

El artículo 334 del Código Procesal Penal veda expresamente “incorporar o invocar” como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a registros u otros documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público. El precepto reza “no se podrá”, lo que encierra una prohibición y como tal, su desconocimiento deviene en un acto nulo, por encontrarse proscrito por la ley. No se trata de una norma facultativa, de suerte que no puede quedar entregada al libre albedrío de los litigantes la decisión acerca de si se acepta o no la valoración de un documento cuya incorporación no ha sido consentida por la ley.

Declaraciones del imputado y coacción

Desaparecido el ambiente hostil, un individuo con capacidad e inteligencia, pudo reclamar de inmediato por el trato vejatorio, por las lesiones, si alguna hubiese sufrido a propósito de la declaración, por el cansancio o las circunstancias en que pudo haber sido forzado para declarar, sin que nada de ello se advierta en el juicio, y no resulta convincente una querrela interpuesta con mucha posterioridad que no arribó a puerto y una lesión que no delató la defensa, sino que la reconoció la misma policía, producida al tiempo de la detención, no de la interrogación.

Consecuencias del exceso en la duración del período de detención

Resulta improcedente procurar obtener la nulidad del procedimiento con la finalidad de eliminar la declaración que un imputado prestó camino al Juzgado de Garantía, dado que de mediar exceso en el período de detención, se encuadra en el quebranto al N°7° del artículo 19 de la Constitución Política, pero sin alcanzar ineludiblemente la declaración del detenido, porque fue prestada en forma voluntaria y tal como en un instante aseguró que deseaba hacerlo porque no tenía participación en los hechos, también pudo negarse a proseguir hablando o alegar que prefería continuar en presencia de un abogado.

Denuncia de infracción de garantías en términos dubitativos

Cualesquiera sean las circunstancias, no es dable analizar ni emitir pronunciamiento respecto de una denuncia de infracción de derechos que se alza sobre cimientos dubitativos, como un “quizás”, un “tal vez”, un “a lo mejor”.

Sobre los testigos protegidos: normas aplicables, protección en la legislación común. Justificación de su uso. Colisión de derechos

El Código Procesal Penal reglamenta los testigos protegidos o con reserva de identidad en los artículos 307 y 308, y allí el legislador dispone que los dichos del testigo comienzan con su individualización completa, sin perjuicio de las excepciones contempladas en leyes especiales, para luego hacer una precisión relativa al domicilio del declarante y la necesidad de que siga en reserva si la revelación pública del mismo entraña peligro para él o para otra persona; y aun cuando el párrafo segundo se remite sólo al domicilio, el tercero, comprende también su identidad, al prohibir y penalizar la divulgación en cualquier forma de la individualización del sujeto cuando se ha hecho uso de ese derecho.

*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.*

La protección a los testigos no se restringe sólo a la etapa de la investigación, porque las normas 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, dicha protección se extiende tanto a los tribunales que funcionan colegiados, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como al unipersonal, el Juez de Garantía.

Las medidas de protección para testigos están reguladas en la legislación común que gobierna la materia y la sola circunstancia que el tribunal en definitiva haya resuelto descartar todas las acusaciones formalizadas sobre hechos tipificados en la Ley N°18.314, por considerar que se verificaron ciertas conductas carentes de la connotación necesaria para calificarlas en esa normativa, como lo requirió, en su momento el Ministerio Público, en nada altera en este nuevo escenario la evidencia incorporada al tenor de las prescripciones de esa ley especial, apegada como se dijo a las pautas generales de nuestro régimen jurídico, puesto que se pesquisarón ilícitos de carácter terrorista y se libró acusación por injustos de esa misma naturaleza, sólo que no se reunió prueba suficiente que la sustentara o el tribunal llamado a su valoración, consideró que ello no se había satisfecho.

La normativa general del Código Procesal Penal se abre a la comparecencia de testigos protegidos con la reserva de su identidad, aún después de prestado su testimonio y por períodos no determinados, pero sólo el necesario para su efectivo amparo después del juicio; de modo que ha quedado obsoleto proporcionar resguardo a los testigos con identidad protegida que depusieron en el litigio, al alero de la antigua Ley N°18.314, puesto que ya se declaró su improcedencia al caso concreto, pero subsistirá

la salvaguardia general que el artículo 308 del Código Procesal Penal les brinda, mientras subsistan las circunstancias que lo hagan aconsejable, más aún si se tiene en cuenta que las disposiciones especiales que rigen la prueba testifical protegida, en todo caso, se enmarca en el ámbito de la normativa común.

El lugar donde ocurrieron los hechos no es una comuna muy grande, ni cuenta con tantos habitantes, por lo cual las posibilidades de ubicar o identificar a una persona por su domicilio son bastante amplias, sobretodo, si como señaló el defensor, tenían sospechas de quien podría ser el testigo protegido. Lo mismo acontece, si se reduce el número de posibles declarantes al de imputados en la causa. En esa porción, no es posible sostener que el tribunal o el fiscal o la circunstancia de ser un testigo protegido, hayan impedido a la defensa ejercer las facultades que la ley le concede, ni menos, que se haya desconocido el derecho a defensa.

En cuanto a la supuesta inobservancia de normas de carácter internacional, cabe explicitar, que los testigos protegidos, secretos o anónimos, como quiera llamárseles, existen por imperativos de justicia y 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.

Esto se justifica aun más en un contexto donde no sólo parece producirse una escalada de violencia, sino que además, esta 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 conflicto.

En los mismos organismos internacionales se ha reconocido circunstancias en las cuales, tanto la investigación como el juzgamiento de ciertos delitos, incluidos los terroristas, pueden exponer a quienes participan en la administración de justicia a serios amedrentamientos contra su vida o su integridad física o psíquica o de las personas que constituyen su núcleo familiar. Y ocurre que el Estado tiene también la tarea de proteger a quienes administran justicia, tanto como a quienes coadyuvan al esclarecimiento de los ilícitos de que se trata.

El Ministerio Público está obligado a entregar protección a víctimas y testigos. En esos casos, las entidades y tribunales internacionales aceptan que debe brindarse amparo a esos testigos, sin perjudicar en su esencia el derecho a defensa, o sea, se admite que la colisión de los derechos existe y se zanja por consentir que alguno de ellos debe ceder ante el otro, siempre que no signifique romper la esencia misma del derecho.

Naturalmente, tan grave decisión sólo puede adoptarse en cada caso particular y con completo conocimiento de las circunstancias concretas del mismo. Son medidas excepcionales, para situaciones excepcionales y que se adoptan siempre con control absoluto de los intervinientes para evitar que los cotos a la práctica de alguno de los derechos que importa la defensa en juicio sea mínima y que en ningún evento entrase o limite el ejercicio del núcleo esencial de esa garantía.

El proceso de convicción de los sentenciadores y su impugnación

La convicción corresponde al proceso de resolución íntima de convencimiento que cada juez desarrolla con la prueba que ha podido percibir a través de sus propios sentidos y que los magistrados realizaron durante el largo tiempo que comprendió la audiencia de este juicio oral, proceso que no fue presenciado por este tribunal superior, de suerte que no están en condiciones de reproducir una valoración que los ponga en situación de descubrir la infracción que el recurrente denuncia por esta vía.

Necesidad y prueba del dolo directo

La doctrina enseña que los delitos especiales por los que se castigó a los imputados exigen para su comisión la concurrencia de dolo directo (Renato Astroza Herrera: “Derecho Penal Militar”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos setenta y cuatro, N°305, página 480).

El artículo 268 ter del Código Penal dispone que “El que mate a un fiscal del Ministerio Público... en razón del ejercicio de sus funciones...”, vale decir, requiere en el sujeto activo conocimiento y albedrío de matar a un individuo de quien debe saber se trata de un fiscal, al que, además, quiere matar en razón del desempeño de sus funciones.

El artículo 17 bis del DL N°2.460, prescribe: “El que hiriere, golpeare o maltratara de obra a un miembro de la Policía de Investigaciones de Chile que se encontrare en el ejercicio de sus funciones, será castigado: 2°. Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días” y al igual que en el tipo precedente, requiere de dolo directo: el autor debe conocer y querer lesionar a un ser que tenga la calidad de funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, de modo que es necesario que esté en conocimiento de esa calidad especial del sujeto pasivo.

Que por no haberse acreditado el conocimiento del sujeto calificado: fiscal del Ministerio Público en un caso y de funcionarios de la Policía de Investigaciones, por el otro, sino sólo que el grupo que integraban los acusados emboscó y disparó en forma persistente contra una caravana de vehículos que creían integraba Carabineros de Chile, no es posible calificar los hechos antes establecidos en la forma que lo fueron en la sentencia en examen y así se ha incurrido en una infracción de derecho a los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N°2°, del D.L. N°2.460, aplicados a situaciones improcedentes.

La sola circunstancia que los integrantes de la cuadrilla creyera estar disparando contra Carabineros, no es suficiente para hacer aplicables ninguno de los tipos singulares mencionados, porque se trata de sujetos pasivos calificados, que no admiten analogía, por muy parecidas que sean las labores que cumplan las autoridades de que se trata. No se está ante la presencia de una sanción general a quien atenta contra la autoridad, sino de quien ataca con conocimiento de ese hecho, a un fiscal y/o a funcionarios de la policía civil, determinados.

Texto completo:

Santiago, tres de junio de dos mil once.

VISTOS:

Ante el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, entre el ocho de noviembre de dos mil diez y el veintidós de febrero recién pasado, se llevó a efecto audiencia de juicio oral correspondiente al Rit 35-2010, que terminó con resolución de veintidós de marzo del año en curso, que rola de fojas 1 a 190 vuelta de estos antecedentes, mediante la cual se castigó a Héctor Javier Llaitul Carrillanca, Ramón Esteban Llanquileo Pilquiman, José Santiago Huenuche Reiman y Jonathan Sady Huillical Méndez, por su responsabilidad de autores del delito de robo con intimidación en la persona de José Santos Jorquera Rivas y su familia, de especies de propiedad de aquél, cometido en Tirúa el quince de octubre de dos mil ocho; como asimismo, se les reprimió en su calidad de autores del delito de homicidio frustrado en la persona de un fiscal adjunto del Ministerio Público y de lesiones graves inferidas al personal de la Policía de Investigaciones de Chile, perpetrados ambos en esa misma localidad al día siguiente del ilícito anterior.

Por el robo con intimidación, se infligió a Llaitul diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y a Llanquileo, Huenuche y Sady, cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a cada uno, más las accesorias legales pertinentes. Por el homicidio frustrado y las lesiones

graves, se impuso a cada uno de los mismos enjuiciados, quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, con las accesorias legales correspondientes.

Posteriormente, se absolvió a Víctor Llanquileo Pilquiman, Luis Menares Chanilao, César Parra Leiva, Juan Parra Leiva y Nolberto Parra Leiva de los cargos formulados en su contra como autores del robo con intimidación ya referido y amenazas terroristas, verificadas en Tirúa coetáneamente con el robo; y se absolvió a Víctor Llanquileo Pilquiman, Luis Menares Chanilao, Juan Parra Leiva y Carlos Muñoz Huenuman de los cargos librados en su contra como autores del homicidio frustrado del fiscal y de lesiones graves al personal de la Policía de Investigaciones; y se les absolvió de los delitos de incendio terrorista e incendio de objeto valorizado en más de cuarenta UTM; como igualmente, de los cargos por asociación ilícita terrorista y asociación ilícita común. Finalmente, se eximió a los encausados y a los querellantes del pago de las costas de la causa.

Contra esta decisión las asesorías letradas de los inculpados dedujeron sendos recursos de nulidad por diferentes causales, y requirieron la competencia de esta Corte Suprema, arbitrios declarados admisibles, por lo cual se fijó audiencia para conocer de ellos a fs. 655, incorporándose el acta de las audiencias celebradas los días doce, trece y dieciséis de mayo del presente año.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que las asistencias jurídicas de los convictos José Santiago Huenuche Reiman y Jonathan Sady Huillical Méndez, alegaron en su causal principal, así como las defensas de Ramón Esteban Llanquileo Pilquiman y Héctor Llaitul Carrillanca, en su inicial petición subsidiaria, **la motivación del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en consonancia con la seguridad de un proceso previo legalmente tramitado y el derecho a guardar silencio.**

Aunque no se trata de la causal principal promovida por Llanquileo y Llaitul, se analizarán en conjunto con la impetrada en forma principal por Huenuche y Huillical, sólo por razones de economía procesal y de orden y sistema del examen que se ha propuesto a esta Corte.

SEGUNDO: Que las normas que los recurrentes han sindicado como violentadas son las del artículo 19, N°3°, inciso 5°, y N°7°, letra f), de la Constitución Política de la República, en concordancia con las garantías aludidas, como los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 91, 93, 193, 194, 195 y 196 del Código Procesal Penal.

Explican que la participación de sus representados en los hechos se tuvo por acreditada con el mérito de la declaración del encartado Jonathan Huillical Méndez, prestada ante la policía y luego ratificada ante un fiscal del Ministerio Público, la que

fuera relatada en el juicio oral por el prefecto Alfredo Espinoza, en circunstancias que el referido Huillical fue detenido en Temuco, presentaba una lesión en el oído compatible con un golpe, más tarde fue trasladado a Concepción, sin permitirle comunicarse con su familia, y llegado a esa ciudad, se le interrogó de madrugada por espacio de cuatro horas, dejándose constancia sólo de las respuestas y sin que el prefecto que testificó recuerde siquiera si le leyó sus derechos. Proclaman que ese procedimiento se desarrolló fuera del marco constitucional y, en consecuencia, se conculcó el debido proceso de sus mandantes y su derecho a que el veredicto sea fruto de una investigación racional y justa. Traen en su apoyo jurisprudencia reiterada de esta Corte Suprema contenida en los autos N°s. 3666-05, 5435-2007 y 6112-2006.

Aducen también vulneración a la facultad de guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información, que constituye un derecho inalienable de todo ser humano, y señalan como hipótesis susceptibles de afectar la voluntariedad de la declaración, aquéllas de coacción física o moral (tortura, amenazas, el cansancio, la pérdida de la serenidad, cargos o reconvenciones, respuestas instadas perentoriamente). Aquí incorporan la denominada “coacción inherente”, creada en la jurisprudencia norteamericana del caso “Miranda vs. Arizona” (mil novecientos sesenta y seis), relativo al interrogatorio en sede policial, sin coacción en el sentido tradicional, pero donde la “atmósfera de inti-

midación” que rodea al individuo, lo saca de su entorno natural, lo somete a custodia policial, le impide comunicarse con los suyos y le priva de asistencia y consejo de un defensor técnico, incluso omitiendo darle a conocer su derecho a guardar silencio, todo lo cual termina por destruir la dignidad humana, socava la libertad hasta impedir su libre elección, por lo que el sujeto acaba por sucumbir, de modo que la declaración del imputado prestada ante la policía, aunque no se reclama su falsedad, lleva implícita –por el lugar donde se recibió y el estado psicológico del interrogado– la posibilidad que la manifestación de voluntad allí exteriorizada tampoco sea libre y, por ende, que no sea cierta en su contenido.

Concretan las transgresiones al artículo 19, N°3°, de la Carta Fundamental en la ausencia de voluntariedad y libertad en la declaración, porque no se acataron las exigencias del artículo 91 del compendio procedimental del ramo, ya que Huillical manifestó su intención de declarar seis horas después de su detención, mientras estaban en Temuco y en lugar de conducirlo a un tribunal, se le trasladó a Concepción, donde fue interrogado por la policía, no sólo acerca de los hechos que Huillical convino en declarar, sino que fue confrontado con antecedentes que supuestamente tenía la Policía de Investigaciones.

Tampoco se observó el artículo 193 del mismo estatuto adjetivo, en orden a comunicar la detención a la defensa, lo que quedó de mani-

fiesto en la audiencia de control de detención donde el fiscal se excusó que no era obligación suya hacerlo y que recién había dado la orden a la fiscalía de Cañete para tal aviso, lo cual también conduce a la nulidad de la declaración prestada por Huillical ante la policía. Ni se cumplió el artículo 196 de dicho cuerpo legal, debido a que fue detenido a las doce horas en Temuco y trasladado en la tarde a Concepción; interrogado de madrugada por al menos cuatro horas, para conducirlo posteriormente a Cañete donde declaró ante el Fiscal, sin que conste que se le haya dado descanso o algún receso que le permitiera recuperarse, lo que igualmente invalida la actuación.

Por último, censura la ausencia del defensor en la diligencia, puesto que Huillical prestó una declaración preliminar ante la Policía de Investigaciones durante la madrugada del catorce de abril de dos mil nueve y otra, a la mañana siguiente en la fiscalía de Cañete y en ninguna de ellas contó con asesor letrado, lo que configura inobservancia a la Carta Magna, y a los artículos 8°, inciso 1°, del ordenamiento procesal y 93, letra b), de la misma compilación, lo que corrobora con más jurisprudencia de esta Corte, que fluye de los números 6934-2009, 9758-2009 y 4001-2010. Reafirma la nulidad de los dichos de Huillical y de toda la prueba que de ellos deriva, incluido el testimonio del funcionario policial Alfredo Espinoza Ugarte, amén que también participaron en la detención las policías José Luis Gallegos Rabanal, José Luis López Leiva y Jorge Ogueda Fuentes, que aunque no depusieron

en la litis –y esto fue explicado en estrados– sí fueron ofrecidos como testigos, de manera que el vicio también se extiende a ellos.

La contravención es trascendente porque se valoró positivamente el atestado del policía Alfredo Espinoza, quien narra la declaración del inculcado Huillical, rendida en un procedimiento ilegal, violatorio del debido proceso y del derecho a no autoinculparse; así el tribunal omitió garantizar el orden institucional de la República que asegura que el laudo debe fundarse en un pleito legalmente tramitado, y de acuerdo al artículo 160 del texto procedimental de penas, el perjuicio concreto se produce porque en su testimonio, el policía Espinoza refiere dichos de Huillical que influyeron en la determinación de la participación de todos los recurrentes.

Aseguran la preparación sus recursos por haber impetrado en su oportunidad la exclusión de los testigos cuestionados; y piden se declare la nulidad del juicio y del fallo para que se retrotraiga el procedimiento a la celebración de una nueva audiencia preparatoria, dado que el daño sólo puede repararse con la supresión de los testigos de cargo, Alfredo Espinoza Ugarte, José Luis Gallegos Rabanal, José Luis López Leiva y Jorge Ogueda Fuentes. Las defensas de los procesados Llanquileo y Llaitul formularon peticiones, sin explicar el propósito de reproducir aquella audiencia, ni el primero, el específico desmedro sufrido por su parte con los abusos contra Huillical, lo que sólo podría colegirse de la cita que

hace del considerando 5° del edicto cuando los jueces dicen que contra todos los acusados obra el dicho de aquél.

TERCERO: Que la defensa de Huenuche rindió prueba para comprobar esta causal y su preparación, que describió en el N°1 del tercer otrosí del escrito de nulidad y que consistió en:

1.- Documental: copia de una querrela criminal de veinticinco de septiembre de dos mil nueve, en Rit 7576-2009, rol del Juzgado de Garantía de Temuco, con el proveído recaído en ella;

2.- Pistas de audio correspondientes al registro del juicio oral: de la pista 101220-00-17 y 21, atinente al interrogatorio de Lorena Muñoz, se escuchó entre los minutos: 03:15 a 03:35; 06:10 a 06:35; 03:45 a 04:15; y 16:04 a 16:28.

A la vez, se oyó la pista de audio 110121-03 que concierne al interrogatorio de Alfredo Espinoza, entre los minutos: 00:12 a 00:38; 08:50 y 09:03; 13:04 a 13:14; 17:26 a 17:56; 21:02 a 21:09; 21: 57 a 22:19; 22:18 a 23:18; 23:17 a 25:0; 025:42 a 26:18; y 26:17 a 26:35. De la pista 110121-04 se adicionaron los minutos 15:19 a 15:36; y 17: 30 a 18:07.

De la audiencia de control de detención, de catorce de abril de dos mil nueve, se atendieron los minutos 00:00 a 01:35 y 07:34 a 09:40.

En fin, de la audiencia de preparación de juicio oral se escuchó sólo 01:47 a 06:47, más el minuto 38:02 a 42:19. Renunció en la audiencia el

abogado Pelayo Vial Campos a la restante prueba de audio ofrecida y que le había sido aceptada, por considerarla innecesaria, y atendida la circunstancia que, preguntado por el Presidente de la Sala, el representante del Ministerio Público manifestó que no discutía la preparación del recurso en su oportunidad, como asimismo, que el examen de admisibilidad ya estaba clausurado. No obstante que esa pregunta fue sólo respondida por el representante del Ministerio Público, y de la presencia de los abogados que representaban a los otros intervinientes, sin que nadie alegare disconformidad, se tendrá entonces por confirmada una convención en el sentido que, efectivamente, el recurso fue preparado en lo que atañe a esta causal.

CUARTO: Que el letrado del Ministerio Público que compareció a estrados, solicitó autorización para rendir prueba nueva, lo que le fue permitido por el tribunal, y ofreció entonces el documento que se incorporó a la audiencia a través de su lectura resumida, el que consiste en el Informe Policial N°4106 de la Brissexme, con la intimación de la orden de detención a Huillical; el acta de lectura de sus derechos de detenido; la declaración voluntaria del mencionado; el acta de declaración ante el Fiscal, advertido de sus derechos; y la declaración de Huillical con mención de habersele dado lectura a sus derechos. Tanto la incorporación de ese documento, como su contenido, no fueron objetados por la defensa de Huenuche, ni por ningún otro interviniente.

QUINTO: Que el artículo 334 de la recopilación adjetiva penal, veda expresamente “incorporar o invocar” como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a registros u otros documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público. El precepto reza “no se podrá”, lo que encierra una prohibición y como tal, su desconocimiento deviene en un acto nulo, por encontrarse proscrito por la ley.

Sin embargo, ninguno de los profesionales defensores se opuso por este motivo a la incorporación pedida por el fiscal del oficio que da cuenta de los antecedentes relativos a la detención de Huillical, lo que pudo ocurrir, tal vez, porque al menos el apoderado de José Huenuche también incorporó registros de las pesquisas, para la demostración de otra causal –según se analiza más adelante-. Empero, no se trata de una norma facultativa, de suerte que no puede quedar entregada al libre albedrío de los litigantes la decisión acerca de si se acepta o no la valoración de un documento cuya incorporación no ha sido consentida por la ley, probablemente, porque puede considerarse prueba constituida por la parte que la presenta, en vista de lo cual, en estricto apego a la disposición legal citada, estos sentenciadores no asignarán mérito probatorio al documento incorporado como prueba nueva por el fiscal en la audiencia, consistente en el Oficio N°4106 con todos sus agregados, sin perjuicio que los hechos que por ese documento quiso probar el persecutor consten en algunas declaraciones reflejadas en la decisión repudiada.

SEXTO: Que no emerge como hecho controvertido, por no haberlo discutido en su esencia los contendientes, como igualmente, porque así se escuchó de la prueba rendida en la litis y algo se advierte, además, de la lectura de la resolución que conforma el legajo elevado a esta Corte, que el enjuiciado Jonathan Huillical Méndez fue detenido en una hora próxima al mediodía en Temuco por funcionarios de la Policía de Investigaciones, que lo hacían habilitados por una orden de detención emanada de autoridad competente, como lo es el juez de garantía de Cañete. Producida la detención y en algún momento de ésta, Huillical sufrió una lesión en su oído que sería compatible con un golpe. En horas de la tarde fue trasladado hasta Concepción por el personal involucrado y llegado a esa ciudad e ingresado al cuartel institucional, donde se procedió a tomarle una declaración, procedimiento que se habría prolongado algunas horas, tres a cuatro, durante la madrugada. Al día siguiente, fue llevado hasta Cañete donde compareció a la presencia del fiscal de la causa, ante quien ratificó su versión prestada a la policía, para posteriormente ser presentado al juez que libró la orden de detención, lo que se cumplió en horas de la mañana siguiente.

SÉPTIMO: Que las defensas tildan de ilegal este proceder policial, contrario al debido proceso y atentatorio, además, al derecho a guardar silencio y a no autoinculparse; y a fin de acreditar tales reparos parece relevante esclarecer los asertos del prefecto Alfredo Espinoza Ugarte en

el litigio, acerca de lo afirmado por Huillical ante la policía. Sobre este punto, como se lee del motivo 49° del dictamen que se revisa, ese funcionario reconoció haber trasladado a Huillical a Concepción por orden del fiscal a cargo, Álvaro Hermosilla, lo que cumplió de inmediato, junto al equipo de detectives que le acompañaba y que, “previa lectura de sus derechos”, le tomó declaración porque el detenido dijo que deseaba hacerlo porque no tenía participación en el atentado al fiscal y, advertido del derecho a ser asistido por un abogado, expresó el policía que Huillical no lo quiso pues no deseaba que se filtrara la información, de manera que procedió, delegado por el fiscal. Asevera que Huillical al principio dijo que no estaba siquiera en Puerto Choque cuando se produjo el atentado, entonces el declarante expresa que dispone de una interceptación telefónica que lo situaba en el lugar con un llamado a Llaitul. Ante esa evidencia, Huillical cambia su versión y admite su presencia en el sector, pero que no tuvo nada que ver en el hecho y le relata que el quince de octubre de dos mil ocho estaba con Llaitul cuando llegó un móvil con tres sujetos que no recuerda, quienes les dicen que Carabineros anda en las intermediaciones de la propiedad de Santos Jorquera y los invitan a pelear con los policías. Se suben y tropiezan con un vehículo policial al que le arrojan palos y piedras, en tanto otros individuos les disparan a los mismos funcionarios. Aclara el deponente que según Huillical esa misma gente se juntó en un cerro y quedó de acuerdo en ir a la casa de Santos Jorquera, lugar al que él

(Huillical) no entró y no conoce a las personas que arribaron al lugar, salvo a Huenuche a quien identifica como el que portaba uno de los cuatro celulares sustraídos a Santos Jorquera, amén del armamento que hallaron en poder de aquél.

Prosigue que acorde a Huillical, los autores de ese hecho asumieron que más tarde vendrían más Carabineros al sector. El detenido se fue a la casa de Ramón Llanquileo y se quedó dormido, al despertar ya no había nadie y entonces sintió disparos y vio bengalas, por lo que se fue hacia ese tramo del camino, encontrándose con Huenuche y otro al que no conocía, que traía una escopeta. Entonces llamó a Llaitul, produciéndose un diálogo entre esas personas (no queda claro a quienes se refiere) porque andaban medio perdidos y se dirigen a una especie de casucha donde se reúnen varios otros que llevaban escopeta y a los que no conocía. Finalmente, añade que Huillical después fue conducido a la presencia del fiscal Hermosilla, ante quien ratificó sus dichos prestados en el cuartel policial, pero niega haber golpeado a Huillical.

OCTAVO: Que por haberse formulado varios reproches en torno a esta actuación, conviene separarlos para su análisis.

En lo que incumbe a la infracción al debido proceso, en su esencia, se tacha de ilegal la declaración de Huillical y, por consiguiente, lo sería también la de Espinoza, que la reprodujo en la litis y que sirvió en definitiva para tener por demostrada la participación culpable de los imputados. Se

clama incumplimiento de una serie de normas legales, tales como el artículo 193 del Código Procesal Penal, que autoriza al fiscal para hacer llevar a su presencia al inculgado detenido o preso para los objetivos de la investigación, “*sin más trámite que dar aviso al juez y al defensor*”. Se rebate así el proceder de la policía porque no se llamó al defensor. Empero y según se colige de lo aseverado por el funcionario de la Policía de Investigaciones, Alfredo Espinoza Ugarte, Huillical no quiso ser asistido por un abogado porque quería evitar que se “filtrara la información”, hecho que no aparece en este momento controvertido por otro que resulte más verosímil en el contexto de los sucesos sometidos al conocimiento del tribunal y donde lo que la asistencia legal critica es que recién cuando fue puesto a disposición del Juez de Garantía, el fiscal habría reconocido que dispuso lo pertinente para que la defensoría pública brindara asesoría al detenido.

Tal como se desprende del recurso de nulidad del mismo Huillical (página 17 del recurso, fs. 277 del tomo II del legajo) éste “manifestó su decisión de declarar a las 18 horas del día 13 de abril de 2009”, misma situación que se destaca en el recurso de Huenuche Reiman (página 11 del recurso y fs. 196 del tomo II del legajo), cuando según expuso la fiscalía en estrados, ya no se encontraban en hora de audiencia y no disponen de cuartel en Cañete, en vista de lo cual y por orden del fiscal Hermosilla, lo trasladaron a Concepción, que contaba con recintos adecuados donde podían recibirle la declaración que

quería rendir el detenido, para, al día siguiente, dirigirse a la Fiscalía de Cañete, lugar donde Huillical ratificó su versión entregada a la policía, y finalmente fue puesto a disposición del tribunal, antes de expirar las veinticuatro horas desde su detención.

No se cuenta con antecedentes suficientes que permitan satisfacer las interrogantes que surgen en torno a las objeciones al artículo 196 del compendio procedimental, que plantean las defensas, ya que la disposición habla de mucho tiempo o de un número de preguntas tan considerable que provocará el agotamiento del deponente. Sólo se ha indicado que el procedimiento habría durado tres o cuatro horas y que el interrogatorio empezó después de la medianoche, pero sin que se sepa cuándo o cuánto durmió el detenido, ni tampoco cuántas preguntas se le practicaron o si ellas lo agotaron, sin que pueda este tribunal *suponer* que ello hubiese ocurrido, porque no consta queja en ese sentido al fiscal del Ministerio Público, ante quien compareció a la mañana siguiente, ni se ha mencionado similar sentir al Juez de Garantía de Cañete cuando realizó el control de detención. Todo el atropello a esta norma reposa en supuestos y si bien es posible elaborar algunas conjeturas sobre tópicos que obvios y naturales pueden extraerse del conocimiento o experiencia misma, no se trata precisamente de una de esas circunstancias.

Invocan también vulneración del derecho a no auto incriminarse, en circunstancias que, desde ya sólo corresponde alegarlo por el legiti-

mado para ello, esto es, quien ha sufrido el daño con esa conducta injusta que sólo pudo inferirse al propio Huillical porque auto incriminarse naturalmente significa culparse a sí mismo o declarar contra uno mismo. Carecen de legitimación para descalificar, las defensas de Huenuche, Llanquileo y Llaitul, porque la posible auto incriminación de Huillical no les alcanza. A mayor abundamiento, es menester resaltar que éste no declaró contra sí mismo, sino que sólo afectó con sus versiones a Huenuche y a Llaitul, toda vez que a ambos los situó en los hechos por los que resultaron condenados, pero a todo evento negó su intervención. En el robo con intimidación a Santos Jorquera dijo saber del hecho, pero se quedó afuera. Y en la emboscada sostuvo que los demás quedaron en juntarse y que calcularon que más tarde vendrían más Carabineros, pero asegura haberse retirado a la casa de Llanquileo, donde se quedó dormido, incorporándose al grupo después de los acontecimientos.

Otra cosa es que los jueces recojan ese relato y lo unan a otros antecedentes de que disponían, para considerar que mintió al negar su participación, desde que el resultado del procedimiento policial, por lo menos en lo que a Huillical incumbe, no fue de propia incriminación.

NOVENO: Que otro capítulo de ilegalidad en la detención de Huillical estriba en la participación de al menos dos funcionarios que habían resultado heridos en la emboscada que se indagaba, con lo cual revestían a la vez la calidad de ofendi-

dos y entonces, merced al ambiente que describen, se habría producido un clima de “coacción inherente”, determinante en la destrucción de la voluntariedad del atestado del sujeto, con el riesgo que fabule sucesos inefectivos. Se denota incluso por algunos defensores, el caso “Miranda v/s Arizona” de la jurisprudencia norteamericana, asentada en un proceso de mil novecientos sesenta y seis donde la denominada “Corte Warren” dejó de fundamentar en el quebranto al debido proceso la exclusión de la declaración obtenida por medio de coacción policial, y comenzó a hacerlo en virtud de haberse ignorado el derecho a no declarar contra sí mismo.

Como ya se adelantó, únicamente Huillical tendría legitimidad para reclamar contravención a ese principio, lo que se descarta porque este hechor no declaró contra sí mismo; además que en el referido proceso de “Miranda v/s Arizona”, la Corte concluyó que la fiscalía no podía usar declaraciones de un detenido, a menos que observaran ciertos requisitos, que en la especie aparecen cumplidos: advertencia de su derecho a guardar silencio; que lo que diga podrá ser usado en su contra; y que puede ser asistido por un abogado. La misma Corte precisó que todos esos derechos pueden ser abdicados, siempre que la renuncia sea *informada e inteligente*.

A su turno la defensa de Huillical, no controvertió el cumplimiento de tales formalidades (o que firmara una serie de documentos), es decir, no puso en duda que le leyeron sus

derechos, que sabía que podía guardar silencio y exigir asistencia legal y sólo insistió en reprobar un ambiente que lo privó de su entorno natural, rodeado de policías, sin comunicación con su familia ni abogado. Pero olvida aquello que la propia Corte Suprema norteamericana aceptó: la renuncia del detenido a sus derechos y conviene recordar que el detenido en el caso “Miranda v/s Arizona” era un indigente mejicano con alucinaciones o fantasías sexuales, mientras que Huillical es un estudiante de construcción de la etnia mapuche; por tanto, es una persona que posee adecuada instrucción, no se trata de un individuo mediocre, carente de un grado mínimo de cultura o enfermo, sino de uno en condiciones de abdicar sus derechos “informada e inteligentemente”, como se concluyó en el fallo citado por la defensa.

En lo atinente al supuesto ambiente coactivo que aducen las defensas, es necesario destacar que aún en el caso que hubiere sido efectivo, tal escenario cesó cuando el imputado fue transportado hasta la Fiscalía y allí tuvo la ocasión de prestar una nueva declaración que pudo ser diversa de la anterior, pero Huillical no la cambió, sino que optó por ratificarla. Ya no se encontraba bajo la hipótesis de coacción que develan las defensas, a pesar de lo cual mantiene sus dichos. Acto seguido es conducido al tribunal de garantía, sin ninguna protesta por no haberse declarado ilegal por el juez competente para ello. Tampoco se ha dicho que a esas alturas Huillical haya expresado haber sido víctima de apremios o de haberse sentido presionado para declarar o para hacerlo

en un sentido determinado u otro diverso, de modo que la denuncia de las defensas no encuentra correlato ni siquiera en la actividad posterior de Huillical. Desaparecido el ambiente hostil, un individuo con su capacidad e inteligencia, pudo reclamar de inmediato por el trato vejatorio, por las lesiones, si alguna hubiese sufrido a propósito de la declaración, por el cansancio o las circunstancias en que pudo haber sido forzado para declarar, sin que nada de ello se advierta en el juicio, y no resulta convincente una querrela interpuesta con mucha posterioridad que no arribó a puerto y una lesión que no delató la defensa, sino que la reconoció la misma policía (la funcionaria Lorena Muñoz), producida al tiempo de la detención, no de la interrogación.

DÉCIMO: Que de lo expuesto, no se advierte transgresión al derecho constitucional a no auto inculparse, como tampoco contravención concreta al debido proceso, ni violación a la normativa procesal penal en su esencia, lo que deja desprovista de asidero este motivo de nulidad.

UNDÉCIMO: Que, en forma subsidiaria, las asesorías jurídicas de José Santiago Huenuche Reiman, Jonathan Sady Huillical Méndez, Ramón Esteban Llanquileo Pilquimán y Héctor Javier Llaitul Carrillanca, instauraron **la causal del artículo 373, letra a), del estatuto adjetivo de penas, en conexión con el derecho a un proceso previo legalmente tramitado.**

Indican como violentados los artículos 19, N°s. 3° y 7°, letra b), de la Carta Política, en armonía con el derecho

a un proceso previo legalmente tramitado; 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 94 c), 125, 127, inciso 1°, 128, 131, inciso 1°, y 154 del Código Procesal Penal y 20 de la Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones de Chile.

Describen los requisitos y procedencia de la orden judicial de detención imputativa, que es distinta de aquella por incomparecencia y luego relatan que en el caso concreto, Huillical fue detenido el trece de abril de dos mil nueve, alrededor del mediodía, pero en lugar de cumplir el mandato judicial y ponerlo a disposición del tribunal, fue llevado a Concepción para ser interrogado por la policía y recién al día siguiente, a Cañete para su declaración ante el fiscal, todo antes de conducirlo al tribunal. En concepto de los recurrentes, lo obrado atropella toda la normativa legal mencionada, que obliga al traslado inmediato de Huillical al tribunal que ordenó su detención. En su apoyo citan resoluciones de esta Corte extendidas en los autos N°s. 678-2007 y 3003-2010, e infieren que como la policía desplegó actuaciones contrarias a la ley y violó el procedimiento legal vigente, por lo que el mérito que nace de esas diligencias ilícitas, no pueden ser considerados ni valorados en una sentencia.

Insisten en que la trascendencia de la inobservancia radica en la valoración positiva del testimonio del prefecto Espinoza y la abstención del tribunal de garantizar el orden institucional; como también, que el deterioro

concreto arranca de ese atestado ilegal sobre lo dicho por Huillical, que influyó en los jueces para determinar la participación de los enjuiciados, de lo cual, como pidieron su exclusión, en su oportunidad, quedaron preparados sus respectivos recursos. La defensa de Huenuche recaba como petición la misma que hizo de la causal anterior; mientras que los representantes de Huillical, Llanquileo y Llaitul, aunque impetran la nulidad del juicio oral y de la decisión, como también que se retrotraiga el procedimiento al estado de realizar una nueva audiencia de preparación, no explicitan cuál sería el objetivo de esta nueva audiencia de preparación.

DUODÉCIMO: Que para demostrar las circunstancias de esta motivación, así como la preparación del recurso en esta sede, la defensa de Huenuche Reiman produjo la siguiente prueba:

1.- Audio del juicio oral correspondiente a la pista 110121-01-03 del interrogatorio de Alfredo Espinoza desde el minuto 13:04 a 13:14; del 22:18 al 23:18 y del 26:17 al 26:35. De ese mismo testigo, pero de la pista 01-02, se escuchó el minuto 11:16 a 11:42. De la pista 101220-00-17 que atañe a la declaración de Lorena Muñoz: desde el minuto 03:10 a 03:45; y de la pista 00-21 se atendió la sección desde 06:10 a 06:35. A la vez, se estuvo al registro de audio de preparación, ya oído en la causal principal en relación a la preparación del recurso.

DÉCIMO TERCERO: Que el hecho en que se alza la anomalía ahora develada ya se dio por esta-

blecida sin objeciones de los intervinientes. Esta arista tiene que ver con la orden de detención proveniente del Juez de Garantía de Cañete, en virtud de la cual el detenido Huillical debió ser puesto de inmediato a su disposición, prescindiéndose del viaje hasta dependencias de la Policía de Investigaciones en Concepción y su posterior traslado hasta la Fiscalía de Cañete, porque de haberse acatado estrictamente esa orden de detención, Huillical no habría prestado la declaración que sirvió más tarde para asignar responsabilidad en los hechos investigados a los encartados.

DÉCIMO CUARTO: Que el artículo 131 del Código Procesal Penal, cuyo epígrafe reza: “Plazos de la detención”, estatuye que: “*Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del Juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas.*”

DÉCIMO QUINTO: Que es efectivo que fue detenido en una hora próxima al mediodía en Temuco, por lo que bien pudo ser conducido de inmediato a Cañete para ser puesto a disposición del Juez de Garantía de esa ciudad, autoridad que expidió la orden de detenerlo.

Sin embargo, una vez detenido se le llevó a verificar su estado o condi-

ción de salud preliminar a un centro de atención pública, ignorándose por estos sentenciadores la disponibilidad de vehículo de la unidad en ese momento, porque ningún dato sobre ese hecho se ha aportado y sólo se sabe que el prefecto Espinoza se reunió con Huillical recién cerca de las dieciocho horas, en que el detenido exteriorizó su deseo de declarar, lo que hizo voluntariamente; y que el prefecto recibió la instrucción del fiscal a cargo de llevarlo a la ciudad de Concepción, según se explicó en estrados, debido a que Cañete no contaba con cuartel para recibirlos y de Temuco a Cañete transcurrían no menos de dos horas o dos horas y media de camino.

Llevado a cabo el procedimiento descrito, se llegó ante el Juez de Garantía competente al día siguiente, alrededor de las diez de la mañana, o sea, antes de expirar las veinticuatro horas que precisa la disposición legal en estudio.

No obstante que las defensas han invocado otras reglas legales conculcadas, amén de la constitucional y de los tratados internacionales, la normativa procesal penal citada sólo fija un contexto, pues el artículo 131 antes transcrito -en lo pertinente-, que también se aduce como infringido, es el que resuelve el asunto y si bien es verdad que manda poner al detenido *de inmediato* a disposición del tribunal que hubiere expedido la orden, naturalmente ello se entiende dentro de lo posible y por eso el legislador permite prolongar la detención hasta por un máximo de veinticuatro horas.

En la situación sub judice se han conjugado una serie de eventos y circunstancias que llevaron a la policía a mantener a Huillical hasta el plazo mayor autorizado por el precepto legal, a pesar que ese lapso pudo ser inferior, pero el detenido sufrió una herida en su oído y era necesario trasladarlo al centro de salud a constatar la entidad de sus lesiones, antes de ponerlo a disposición del tribunal; fue detenido en una ciudad distinta del asiento del tribunal que libró la orden de detenerlo; manifestó su intención de deponer; el Fiscal a cargo de la investigación ordenó a la policía que lo trasladaran y le recibieran su declaración por delegación; la Policía de Investigaciones, encargada de cumplir la orden, no disponía de cuartel en Cañete, por lo que hubieron de trasladarse a otra ciudad geográficamente más próxima a aquella del lugar donde fue detenido.

En la suma de todos estos acontecimientos, es dable, como mera probabilidad, que Huillical fuera conducido con mayor agilidad o prontitud ante el Juez de Garantía, pero ello no deviene en atropello de garantías constitucionales como lo pretende la defensa. El fiscal tiene la facultad de interrogar al imputado tantas veces como lo estime conveniente y si se niega a comparecer, puede requerir su detención. Puede interrogarlo también mientras permanece detenido o en prisión preventiva y justamente Huillical estaba detenido cuando manifestó voluntariamente su decisión de declarar y el fiscal se interesó en que ello se realizara, para lo cual hizo uso del plazo legal de detención.

El interés de las asesorías profesionales procura obtener la nulidad de dicho procedimiento con el designio de eliminar la declaración que Huillical prestó camino al Juzgado de Garantía, pero resulta improcedente, dado que de mediar exceso en el período de detención, se encuadra en el quebranto al N°7° del artículo 19 de la Constitución Política, pero sin alcanzar ineludiblemente la declaración del detenido, porque fue prestada en forma voluntaria y tal como en un instante aseguró que deseaba hacerlo porque no tenía participación en los hechos, también pudo negarse a proseguir hablando o alegar que prefería continuar en presencia de un abogado.

En autos consta la existencia de testigos protegidos que han llegado lesionados a rendir su testimonio al tribunal y, sin embargo, se pretende que el acusado, de quien no se advirtió lesión alguna por el fiscal ni por el Juez de Garantía en la audiencia de control de detención, que es un estudiante de educación técnica superior, estuvo sometido a tal coacción, que no fue capaz de protestar tan pronto se vio libre de la supuesta presión, ante ninguna de esas autoridades.

DÉCIMO SEXTO: Que en mérito de estas disquisiciones la causal de nulidad en comento no puede prosperar.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en subsidio de las motivaciones precedentes, las defensas de José Santiago Huenuche Reiman y Jonathan Sady Huillical Méndez, invocan nuevamente **la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal**

Penal, en relación al derecho a un proceso previo legalmente tramitado, denunciando contravención al artículo 19, N°3°, inciso 5°, de la Carta Magna, esta vez señalan que en abril de dos mil diez, el Ministerio Público libró acusación contra sus representados y otros más en los autos Rit 1144-08 del Tribunal de Garantía de Cañete y en el tercer otrosí de ese libelo se adjuntó copia de la investigación fiscal contenida en un disco compacto, asilado en el artículo 260 del estatuto procedimental del ramo; tal CD comprende: escaneados dos archivos, uno con fotos y el otro con la indagación propiamente tal, que consiste en los archivadores 1 al 21 y luego 12b, 14-1, 13-1, 11-1, 10-1, 9-1, 8-1, 7-1, 6-1, 5-2, 4-2, 2-1, 1-1, otro llamado extractos, otro denominado denuncia de Eduardo Campos, otro, que es el archivador 1, robo con intimidación y, por último, el archivador 1-1, robo con intimidación.

La defensa interpuso reposición contra la resolución que proveyó la acusación, basada en la falta de entrega de antecedentes y el uso de testigos secretos.

Entre el dieciséis y el diecinueve de agosto último se realizó la audiencia de preparación de juicio oral ante el Juez de Garantía de Cañete, donde la asesoría legal pidió la exclusión de los testigos secretos o protegidos ofecidos en la acusación, “entre otras razones por el desorden en la entrega de los antecedentes por parte del Ministerio Público y la infracción de garantías constitucionales, específicamente la infracción al derecho a

defensa técnica...en atención a que la identidad de los testigos protegidos no fue revelada a los defensores de la causa”. Agrega haber fundamentado, tanto ante el Juez de Garantía como ante la Corte, que el Ministerio Público no cumplió con la obligación que le impone el artículo 260 del compendio adjetivo penal en orden a entregar junto con la acusación, los antecedentes acumulados durante las pesquisas. El magistrado excluyó a los testigos secretos o protegidos signados en la acusación fiscal bajo el acápite testimonial desde los N°s. 18 hasta el 53 correspondiente a los testigos protegidos desde los N°s. 1 al 36, por desconocimiento de garantías constitucionales, pero el Ministerio Público apeló del auto de apertura, recurso que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Concepción que reincorporó los testigos excluidos, así como la evidencia pericial y material que había sido suprimida.

Explica el recurrente que en la información entregada por el fiscal, sólo los testigos protegidos signados con los números 12, 13, 14, 8, 1 y 2 tenían una identificación en el encabezado del atestado, a pesar que en los N°s. 1 y 2 existían al menos 7 y 6 testimonios respectivamente, que claramente pertenecían a diferentes personas. También obran los antecedentes identificados 16, 10, 17, 15, D, 3, 4, 5 y testigos cooperadores AA, AA, 2A y 1ª que no aparecen mencionados en la acusación. En resumen, bajo el rótulo testigos protegidos en la acusación, se enumeraban del N°18 al N°53, treinta y seis personas que no guardaban correspondencia alguna con los antecedentes proporcionados

por el Ministerio Público, sin cumplir con un mínimo de certeza ni orden. Dado que la protesta judicial no prosperó, presentaron reclamo ante el fiscal, logrando la entrega de un dossier ordenado de acuerdo a la acusación, con los asertos de los testigos con reserva de identidad y precisándose que cuatro de ellos no tenían declaración ni policial, ni ante el fiscal. Sin embargo, de ese dossier surgieron nuevas piezas de investigación que jamás habían aparecido y sendos números en la sección superior de algunas de las declaraciones que adulteraban las mismas, contrariando el artículo 263 de la recopilación procesal del ramo.

Añade que en el largo juicio declararon en definitiva los testigos protegidos signados con los N°s 2, 3, 8, 9, 13, 14, 26 y 27, pero donde los antecedentes suministrados sobre aquéllos en conjunto con la acusación y, más tarde, en el dossier conseguido a instancias del reclamo, difieren de modo tal que afecta gravemente el derecho a defensa y el debido proceso en su aspecto adjetivo, a saber:

Testigo N°2: aparece con una declaración el 17/10/2008 a las 14:50 y consta en la carpeta original como anexo 6; y hay una segunda declaración de 12/01/2009 a las 12:45, sin identificación, porque fue tarjada. En el dossier posterior aparece como testigo protegido N°1, pero manualmente se corrige a 2.

Testigo N°3: tiene una declaración original prestada en Cañete el 28/01/2009 a las 09:50 identificada sólo como anexo 4. En el dossier va como testigo protegido N°3.

Testigo N°8: registra declaración prestada en Tirúa el 16/10/2008 a las 17:13, manuscrita y señalado como testigo protegido N°1, así acompañado a la acusación. En el dossier aparece manuscrito con el N°8, pero en el primer párrafo de la declaración sigue como testigo N°1.

Testigo N°9: en dossier surgen tres declaraciones: una en Cañete el 01/09/2009 a las 11:10; otra en Tirúa el 17/10/2008 a las 11:20 y la última en Tirúa el 14/01/2009 a las 17:30. Pero, las dos primeras no estaban en los antecedentes entregados conjuntamente con la acusación, sino que sólo aparecen después del reclamo. La última, originalmente no tenía identificación, sino sólo decía Anexo 3, pero incorporada al dossier, se la adulteró incorporándole un N°9.

Testigo N°26: en el adjunto a la acusación, sólo venían dos declaraciones, pero después del reclamo se descubren en el dossier cuatro declaraciones, incorporándose las de 09/04/2009 a las 12:00 horas y de 15/04/2009 a las 11:20 horas. La primera aparecía al principio como anexo 1 y después del reclamo se le incorporó a mano el N°26, en tanto que a la de dieciocho de mayo, que existía desde un comienzo, no tenía identificación y también se le incorporó manuscrito el 26 después del reclamo.

Testigo N°27: presenta dos declaraciones. La inaugural de 17/06/2009 a las 10:45 horas fue adjuntada a la acusación sin ninguna identificación y después surge con el N°27 incorporado arriba; la de 07/10/2009 aparecía como anexo 1 cuando se

acompañó a la acusación y sólo con el N°27 manuscrito después de la queja.

Concluye que faltaba individualización y por otra, hay antecedentes que aparecieron con posterioridad a la protesta de la defensa y de la acusación fiscal. Así la infracción se produce en la instrucción previa regulada por ley y que obliga al respeto de las normas propias del procedimiento, tanto en los plazos fijados por la ley, como en la forma de producir la prueba. Del modo que actuó el ente persecutor transgredió “los artículos 260 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 227 y 228 del mismo cuerpo legal y en relación al artículo 259 del cuerpo de enjuiciamiento procesal.”

Semejante quebrantamiento atenta contra las posibilidades de intervención de la defensa, porque la entrega efectiva de las copias le permite ejercer los derechos consagrados en la audiencia de preparación del juicio, a prestar prueba de descargo, interrogatorios, etc.

Dice haber preparado el recurso mediante los reclamos formulados, y solicita se declare la nulidad del juicio y de la decisión y se retrotraiga el procedimiento al estado de realizar nueva audiencia de preparación de juicio oral donde se excluyan los testigos protegidos 2, 3, 8, 9, 26 y 27.

DÉCIMO OCTAVO: Que solamente el recurrente Huenuche rindió prueba para acreditar esta causal, sus circunstancias y preparación, consistente en:

1.- Documental cifrada en copia de la acusación fiscal en el rit 1144-2008; copia del CD agregado a la acusación fiscal en estos antecedentes y que se exhibió en su índice en datashow; copia de la resolución del Tribunal de Garantía de Cañete que tuvo por presentada la acusación; copia de la reposición de la defensa contra esa resolución; copia del acta de audiencia de preparación de juicio oral en el rit 1144-2008; copia del recurso de apelación del Ministerio Público contra el auto de apertura de juicio oral en el Rit 1144-08; copia de la resolución de diez de septiembre de dos mil diez, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción en el ingreso N°427-2010; copia de la reclamación presentada ante la Fiscalía Regional del Bío Bío el quince de septiembre del mismo año; copia del correo electrónico del fiscal Andrés Cruz, de cinco de octubre de ese año, que ofrece copias de los dichos de los testigos protegidos; fotocopia del dossier de testimonios de los testigos protegidos entregados después del reclamo de la defensa; y copia impresa de las declaraciones de testigos sin identificación suministrados en conjunto con la acusación.

2.- Audios del alegato de seis de septiembre de retropróximo pasado, ante la Corte de Concepción en ingreso N°427-2010 pista 100906-00-11 que corresponde a las réplicas del Ministerio Público y de los querellantes del 02:22 al 02:30.

A su turno el fiscal Andrés Cruz ofreció prueba nueva en la audiencia de conocimiento de los recursos, la que le fue aceptada por la Corte,

escuchándose parte del audio de una audiencia de reposición, desde el minuto 08:10 a 08:55 donde consta que el defensor Vial se desiste de la reposición intentada por haber recibido ya la información corregida.

DÉCIMO NONO: Que en algunos pasajes de este episodio de nulidad, la alegación que se propone parece confundirse con la de los testigos protegidos, puesto que se esgrime la exclusión de aquéllos y su posterior reincorporación al proceso, merced a la decisión de la Corte de Concepción, pero lo cierto es que la supresión la decretó el Juez de Garantía por estimar que no se satisfacían las exigencias de los testigos para tener la calidad de protegidos o reservados, lo que configura otra causal que se analiza más adelante.

Aquí, se discute en síntesis el hecho que el fiscal a cargo proporcionó los antecedentes de la investigación –que iban en un CD anexo a la acusación– con tal nivel de desorden que la asesoría de Huenuche y Huillical protestan por lo dificultoso de su examen, sobretodo, el trabajo de unir determinados atestados sin ninguna identificación con cada testigo secreto ofrecido. Esto en definitiva se corrigió por el fiscal a cargo, quien luego del reclamo formal de las defensas, puso a su disposición un dossier con los testimonios ordenados. En este escenario, el defensor se encontró con más aseveraciones de las ofrecidas originalmente e incluso con más antecedentes probatorios hasta entonces desconocidos en la causa.

VIGÉSIMO: Que, desde luego, el asunto se encuentra superado, pues tal como lo reconoció la defensa, el fiscal corrigió la información entregada.

Para ese efecto, la prueba rendida por el apoderado Vial en la audiencia, de exhibición del CD que se aparejó a la acusación por el fiscal y que sólo se mostró en sus títulos, adolece del mismo defecto de que adolece la prueba nueva ofrecida por el fiscal consistente en un oficio de la Policía de Investigaciones, ya que se refiere a las actuaciones realizadas por la policía y a las declaraciones de los testigos protegidos, con lo que conculca el artículo 334 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo advertido, no sirve más que para demostrar la existencia de ciertas carpetas *grosso modo*, por cuanto no se tomó conocimiento del contenido de cada documento escaneado en ese soporte digital.

A este fin sólo pueden servir de parámetro de comparación los documentos impresos que se agregaron por el abogado defensor y cuyo contenido no fue objetado por los restantes intervinientes, pero del que vale también la limitación impuesta por la norma legal antes mencionada.

No es atendible la referencia que se hace por el defensor de haber el fiscal “adulterado” los instrumentos cuando les antepone un número con plumón. Lo que hace es precisamente, tratar de corregir su desorden y de hacer más claro para las defensas, qué dichos son los que ha vertido cada testigo secreto, que son los que

constituyen el punto más sensible del asunto.

El desbarajuste previo es cierto, tanto como lo es la corrección efectuada a instancias de las asistencias técnicas, empero no es factible inferir de ese solo hecho, ni de la aparición de nuevas declaraciones producto de la organización a que se vio compelido el Ministerio Público, que ello provocara perjuicio a la defensa. Esta expone que debió conocer bien los atestados antes de la audiencia de preparación para poder formalizar las solicitudes de exclusión de testigos y los interrogatorios y contra exámenes. No obstante, la eliminación de testigos la pidió igual y le fue acogida, aunque por otro motivo y luego, revocada por la Corte de Concepción; mientras que para preparar interrogatorios y examen de testigos, bastaba con conocer la información antes de la audiencia de juicio oral, lo que se cumplió y si bien después protesta –más adelante– por no haber podido ejercer adecuadamente sus derechos en cuanto al examen de los testigos protegidos, ello obedeció a otra razón: la identidad protegida, no al desorden primitivo en la carpeta de investigación.

Tampoco ha señalado de qué otro derecho concreto, diligencia o gestión precisa se vio impedida a consecuencia de la falta de prolijidad en la recopilación de información del fiscal a cargo, lo que conduce necesariamente a la imposibilidad de analizar la efectividad del desmedro que dice haber sufrido y, con ello, la real trascendencia de la irregularidad que denuncia.

Lo expresado conlleva el rechazo de la causal en estudio.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en forma subsidiaria a todas las causales en comento, la defensa de José Santiago Huenuche Reiman, aduce una vez más **la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal**, devela violentado el artículo 19, N°3°, de la Carta Política, en armonía con el debido proceso, por el derecho a una investigación racional y justa. Acude a la historia fidedigna de la Ley N°19.519, que reformó la Carta Fundamental e incorporó al Ministerio Público en la expresión “procedimiento e investigación, racionales y justos”, estampada en dicho artículo 19 y a los artículos 83 de la misma, que entroniza al Ministerio Público como órgano autónomo; y 53, inciso 2°, 77 y 166 del Código Procesal Penal, que consagran el principio de legalidad que impone al persecutor el deber de iniciar y sostener la persecución penal de todo delito de acción pública, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o cesarla a su antojo, sin perjuicio del aforismo de oportunidad reglado, lo que significa que no puede ejercerse en forma arbitraria, sino que en las conjeturas determinadas por la misma ley.

Expone que aunque la ley procesal autoriza la existencia de testigos protegidos, tal condición sólo subsiste hasta la etapa de juicio oral y que bajo ningún pretexto está prevista para eximir de responsabilidad al co-imputado que declara contra los demás. Sobre el punto la Ley N°18.314, a pesar que permite mantener la protección del testigo, sigue

respondiendo a la idea de resguardar la integridad de esa persona, pero en modo alguno se introdujo para dar inmunidad al imputado que declara contra otras personas.

Sostiene la defensa que el persecutor presentó como testigo de cargo al individualizado bajo el N°26 y consta de la misma acusación que hay varios imputados en la causa a quienes se favoreció con el artículo 248, letra c), del Código Procesal, que consagra la facultad de no perseverar en el procedimiento; y consta de la disidencia que, conforme depusieron los funcionarios policiales José Luis López Leiva y Alfredo Espinoza Ugarte, el testigo con reserva de identidad N°26 era uno más de los hechores que manifestó su voluntad de declarar y prestar colaboración, a quien se le asignó la calidad y protección de testigo. Ese testigo incluso reconoció su intervención en los hechos y disparó un arma de fuego.

Dice suponer quien podría ser este testigo protegido N°26, dado que en Cañete se ventiló otro juicio por el delito de robo en lugar no destinado a la habitación que se dividió en dos. En uno de esos litigios no se acusó a quien cree es el testigo 26, condenándose a todos los convictos; y en el otro pleito se acusó precisamente a quien piensa es el testigo 26, pero se decretó en su beneficio la suspensión condicional de procedimiento, improcedente en la especie, con arreglo al artículo 245 de la compilación adjetiva de penas.

Entonces se pregunta la defensa, si esa persona ya obtuvo una suspensión condicional improcedente y la

decisión de no perseverar en este procedimiento, ¿qué beneficios procesales obtuvo?, y ¿están ellos contemplados en la ley? Responde que esta situación no está dentro de las atribuciones del Ministerio Público y que ese accionar viola el derecho de su representado a una investigación y procedimiento racionales y justos.

Reconoce que en las leyes N°s. 20.361, 20.000 y 18.314 se contemplan especies de recompensas para el inculgado que declara contra sus copartícipes, pero no se considera la posibilidad de no persecución penal del imputado que coopera. Ello está prohibido también en la ley procesal, artículo 195, porción final, *“Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal...”*

Alega la preparación del recurso porque pidió la exclusión del testigo y en su momento, igual solicitó que no declarase bajo juramento. También le causó menoscabo porque la calidad de protegido que se le confirió, le impidió conocer su identidad para ejercer la defensa de sus derechos conforme a la ley para desacreditarlo e incluso para probar su interés en declarar si consiguió provecho de ello.

En definitiva, requiere se declare la nulidad parcial del juicio oral y del veredicto y se retrotraiga la litis a la etapa de celebrar audiencia preparatoria en la que habrá de suprimirse el testigo N°26.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que para comprobar la causal subsidiaria IV del artículo 373, letra a), y

su preparación, la defensa del acusado Huenuche Reiman aportó la siguiente prueba:

1.- Registro de audio del juicio oral pista 101207-02-02 que corresponde a los dichos del testigo protegido N°26, del minuto 06:00 al 09:40. De la pista 02-03 de ese mismo testigo, del minuto 01:03 al 04:31; de la pista 02-04, también de dicho testigo protegido, del minuto 01:33 al 02:14.

Luego se escuchó la pista 101207-01-01 incidente, desde 00:44 que si bien se ofreció hasta el 04:42, se interrumpió poco antes de terminar por el defensor, por considerarlo suficiente; y, después, en la pista siguiente, 01-02 desde el 00:01 al 01:33.

2.- Documental: copia de la acusación en rit 476-2009 del Juzgado de Garantía de Cañete; copia de la sentencia en rit 59-2009 del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, de veintisiete de enero de dos mil diez; copia del acta de audiencia de juicio oral en rit 59-2009 del Tribunal Oral de Cañete, de veintiocho de abril del mismo año; y, sobre con individualización del testigo con reserva de identidad N°26.

VIGÉSIMO TERCERO: Que como se advierte de la simple lectura del recurso, en este párrafo se impugna el proceder del Ministerio Público acerca de algunas prerrogativas que le son privativas y, además, en relación a un sujeto cuya identidad las defensas ignoran por habersele brindado protección, en su calidad de testigo y atendidas las especia-

les circunstancias que lo hicieron aconsejable.

La defensa estructura esta causal y las protestas que sobre ella construye sólo en hipótesis o conjeturas, porque al desconocer la identidad del individuo llamado “el testigo N°26”, presume que coincide con alguien que ya obtuvo una franquicia de suspensión condicional en un supuesto improcedente y en seguida aventura que sería un inculpado en esta causa que ahora logró otra gracia también ilegítima, como la opción de no perseverar que fue en su momento sometida al conocimiento del tribunal competente y del que no se dice cuál habría sido su resultado o si medió algún tipo de impugnación o reclamo jurisdiccional o administrativo.

Cualesquiera sean las circunstancias, no es dable analizar ni emitir pronunciamiento respecto de una denuncia de infracción de derechos que se alza sobre cimientos dubitativos, como un “quizás”, un “tal vez”, un “a lo mejor”.

Por otro lado, esta denuncia, en cuanto se yergue sobre meras especulaciones, resulta carente de fundamentos, de suerte que el tribunal que conoce la identidad del testigo secreto, no está forzado a revelar su identidad, por no encontrarse en esta queja comprometida garantía constitucional o derecho alguno que deba ser amparado, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá a propósito del examen de la reclamación formulada por el uso de un testigo protegido al asilo de la Ley N°18.314. Ello queda en descubierto por el divorcio

que se nota entre los fundamentos del recurso y su petitorio. El origen está en que al testigo se habría beneficiado con más de aquello que el fiscal tiene permitido conceder, en tanto en la solicitud pide su exclusión porque su calidad de protegido le impidió conocer su identidad para ejercer la defensa de sus derechos.

VIGÉSIMO CUARTO: Que las asesorías jurídicas de los acusados Ramón Esteban Llanquileo Pilquimán y Héctor Javier Llaitul Carrillanca, instauraron **como causal principal en sus recursos, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión con un procedimiento e investigación racionales y justos. Igual motivación, pero en forma subsidiaria fue impetrada por la defensa de Jonathan Sady Huillical Méndez.**

Develaron atropellados los artículos 19, N°3°, de la Constitución Política de la República, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14, apartado 1°, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 260, 266 y 307 del Código Procesal Penal, que obligan al acusador a individualizar a los testigos con nombre, profesión, domicilio y puntos sobre los que deberá recaer su testimonio.

Cimentan su disconformidad en que el Ministerio Público presentó testigos protegidos cuya identidad no pudo conocer la defensa, porque se refugió en la facultad contemplada en el artículo 307, inciso 1°. del Código Procesal, echando mano a la Ley N°18.314, sobre conduc-

tas terroristas. La defensa solicitó la exclusión de esos testigos, a lo que accedió el Juez de Garantía, pero más tarde fue revocado por la Corte de Apelaciones, en circunstancias que como había resuelto el juez de Cañete, la situación invocada por el persecutor para la protección de identidad tendiente a resguardar la vida y seguridad de los testigos, no cumplía el estándar suficiente como para contravenir la garantía constitucional de la defensa en detrimento de los inculcados.

Además, la asistencia legal alegó que los antecedentes acompañados por el persecutor a la acusación, en lo que toca a los testigos, imposibilitaron informarse del contenido de las declaraciones, por lo pronto, debido a la falta de individualización de los testigos (a consecuencia de la protección del mismo) y, a continuación, porque declararon en una sala contigua con sistema de circuito cerrado de televisión, sin que la defensa pudiera dirigirles las preguntas directamente. Así se desbarató el derecho a defensa porque se les impedía preparar adecuadamente las preguntas y el contraexamen, como asimismo, dirigirles directamente las preguntas, violándose de paso los adagios de inmediatez y oralidad.

Las declaraciones proporcionadas por el persecutor en varias secciones aparecen con texto borrado e inconexo e incluso no se cumplía la numeración de individualización asignada por el propio Ministerio Público. Sólo este último aspecto se corrigió después del reclamo que presentaron las defensas ante la Fis-

calía, pero subsistió el problema de los borrados en los atestados, lo que resulta de gran importancia, particularmente respecto del testigo N°26, cuya declaración sirvió de soporte al tribunal para establecer la participación de los cuatro acusados. Sobre el particular reprocha: 1° que se protege su identidad conforme al artículo 18 de la Ley N°18.314, sobre conductas terroristas, a pesar que el tribunal desestimó íntegramente las acusaciones cifradas en tales conductas, por lo que debió desaparecer la prueba derivada de esa normativa; y, 2° que esa prueba no estaba debidamente individualizada en la carpeta de investigación, pese a que así lo aseguró en estrados el fiscal de la causa ante la Corte de Apelaciones de Concepción, pues habían varios con los N°s 1 y 2, sin que hubiere identificación más allá del N°14, de manera que la defensa desconocía cuáles eran las declaraciones del testigo N°26 a esa fecha, lo que sólo se corrigió después de un reclamo, deficiencias que devienen en violación del derecho a un procedimiento racional y justo.

Finalmente, explican haber preparado sus arbitrios porque en su oportunidad pidieron la exclusión de los testigos con identidad protegida; e impetran se declare la nulidad parcial del juicio y del fallo, sólo respecto de los delitos por los que fueron condenados sus defendidos y se retrotraiga el procedimiento hasta la audiencia preparatoria que se realice nuevamente por tribunal no inhabilitado.

La defensa de Llaitul adicionó como conculcados, los artículos 1°,

5°, 19, N°s. 1°, 2°, 3°, 26° y demás pertinentes de la Carta Política, en consonancia con el debido proceso, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 259, letra h), del Código Procesal Penal. Si bien este ordenamiento admite los testigos protegidos, sólo lo son durante la investigación, pero tal privilegio no puede subsistir después al declarar en el juicio oral. Esa norma no estaba alterada por la Ley N°18.314, constituyendo una garantía básica de la defensa conocer la prueba de la acusación y ello abarca los nombres de los testigos y los puntos sobre los cuales van a deponer. La modificación posterior para permitir los testigos con identidad reservada, es inaplicable en la especie, porque afecta el derecho de defensa de su representado “privándolo de un derecho humano adquirido”.

Cita abundante jurisprudencia comparada sobre la procedencia y valor de los “testigos anónimos”.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, en forma subsidiaria a los motivos de competencia natural de esta Corte, la defensa del encartado José Huenuche Reiman promovió la **causal del artículo 374, letra c), del Código Procesal Penal, por no habersele permitido ejercitar las potestades que la ley le confiere.**

Destaca violentados los artículos 19, N°3°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, cuando asegura el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley indica, la que no puede ser impedida, restringida

o perturbada, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8°, apartado 1, del Pacto de San José de Costa Rica, y 14, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho a ser oído, a controvertir la prueba de cargo y a la defensa técnica.

En principio, esta defensa resalta el carácter adversarial de nuestro actual régimen procesal penal y luego precisa que ello entrega (en lo que interesa a la causal) la obligación de acreditar las inhabilidades de los testigos al contra examen que pueden hacer las defensas, el que de ser limitado, torna inexistente ese derecho. Trae a colación la historia fidedigna del establecimiento del texto adjetivo penal y la discusión suscitada con ocasión de permitir o no la existencia de testigos secretos y concluye que ello no fue querido por los legisladores.

Se refiere a la exclusión que su parte pidió en el Juzgado de Cañete de los testigos reservados y que se aceptó por razones ya detalladas, pero que revocó la Corte de Concepción, quien tuvo presente el lugar aislado donde viven las familias involucradas, la gravedad de los delitos por los que se libraron cargos y las prerrogativas establecidas en los artículos 307 y 308 del Código Procesal, y muy en particular, los artículos 15 y 16 de la Ley N°18.314, para cuyo efecto citó el fallo de esta Corte N°4423-2003. Amén que el secreto sólo cubre su identidad y no el contenido de sus

dichos, por lo que no se conculcaba el derecho de la defensa. Empero tales reglas de la Ley N°18.314 sólo se aplican a la investigación mas no al juicio oral y, en el hecho, se mermó el derecho del defensor a contra examinar a los testigos en el juicio oral, porque se les prohibió realizar preguntas sobre la credibilidad e imparcialidad del testigo N°26, lo que no era menor si se recuerda que se trata de un imputado a quien se dotó de un “*blindaje*” para que declarase contra los demás y se impidió luego a la defensa practicar las preguntas necesarias para descubrir sus motivaciones secundarias; como también la falta de móviles reales para otorgar reserva a su identidad.

Termina su recurso este defensor, solicitando se invalide el juicio y la sentencia y se reponga el proceso al estado de ejecutar nueva audiencia preparatoria en la que se excluya a todos los testigos protegidos por obstaculizar al defensor ejercer los derechos que la ley le franquea.

VIGÉSIMO SEXTO: Que esta última causal corresponde a una absoluta, pero en su esencia descansa en los mismos antecedentes fácticos que sirven a los defensores de Llanquileo y Llaitul para sostener vulneración a sus garantías constitucionales y a los derechos reconocidos en tratados internacionales vigentes, al punto que su mandatario denuncia señaló también infracción al artículo 19, N°3°, de la Carta Fundamental, razón por la cual estos tres motivos serán examinados conjuntamente.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que para demostrar las circunstancias

de su causal absoluta, la defensa del acusado Huenuche Reiman rindió la siguiente prueba en la audiencia de vista del recurso:

1.- Registros de audio del alegato del seis de septiembre de dos mil diez, ante la Corte de Concepción en el ingreso N°427-2010, pista 100906-00-02: del minuto 16:11 al 20:47.

De la audiencia de juicio oral, pista 101207-02-03, que corresponde al atestado del testigo protegido N°26: del minuto 04:07 a 07:40; del 13:23 al 16:17; y, en la pista 02-05, del minuto 06:12 al 09:07.

2.- Documental consistente en copia del acta de la audiencia de preparación de juicio oral en el rit 1144-2008, rol del Juzgado de Garantía de Cañete y, previamente incorporada, la copia de la resolución de diez de septiembre del año recién pasado, de la Corte de Apelaciones de Concepción recaída en el ingreso N°427-2010.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que los reparos de las asistencias profesionales contra el desorden de los antecedentes suministrados por el fiscal, de acuerdo al artículo 260 del Código Procesal Penal, ya han sido analizadas con ocasión de otra causal de invalidación, donde se acepta que semejante desbarajuste existió, pero tal como las defensas de Llanquileo y Llaitul lo admiten, ello fue corregido después de la audiencia preparatoria y antes de la audiencia de juicio oral, lográndose en aquella efectivamente la exclusión de los testigos protegidos y, dispuso para la otra, de los antecedentes ordenados, en términos

que no era la falta de acuciosidad del fiscal la que impedía el ejercicio del derecho a defensa.

Lo que ahora se rehúsa sobre la subsistencia de los borrones o tarjado con plumón, apunta a lo propio del alegato que esta vez se ventila sobre la existencia o autorización de los testigos protegidos.

VIGÉSIMO NONO: Que el cuerpo procedimental del ramo reglamenta los testigos protegidos o con reserva de identidad en los artículos 307 y 308, y allí el legislador dispone que los dichos del testigo comienzan con su individualización completa, sin perjuicio de las excepciones contempladas en leyes especiales, para luego hacer una precisión relativa al domicilio del declarante y la necesidad de que siga en reserva si la revelación pública del mismo entraña peligro para él o para otra persona; y aun cuando el párrafo segundo se remite sólo al domicilio, el tercero, comprende también su identidad, al prohibir y penalizar la divulgación en cualquier forma de la individualización del sujeto cuando se ha hecho uso de ese derecho.

El artículo 308 en tanto, regula expresamente la protección de los testigos y habilita al tribunal para que *“...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.”* En el inciso segundo se añade que el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, de igual forma, adoptará

las medidas necesarias para conferir al testigo antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.

De esta normativa común, el artículo 15 de la Ley N°18.314 recoge la noción al preceptuar que: *“Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal, si en la etapa de investigación el Ministerio Público estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, como asimismo de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos u otras personas a quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto, dispondrá, de oficio o a petición de parte, las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.”*

Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas: a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos...”

El artículo 16 de la misma ley consiente al tribunal para decretar la prohibición de revelar de cualquier forma la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación, incluido el impedimento de fotografarlos o captar su imagen a través de cualquier medio y el artículo 17 estatuye que de oficio o a petición

del interesado, “durante el desarrollo del juicio, o incluso una vez que éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el Ministerio Público o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesitare, de conformidad a lo prevenido en el artículo 308 del Código Procesal Penal.”

Similares salvaguardias adoptan los artículos 30 a 35 de la Ley N°20.000, de dos mil cinco, sobre tráfico de sustancias estupefacientes y drogas, por lo que semejantes medidas no son exclusivas ni novedades de la vilipendiada ley terrorista y no se sabe de alguien que pretexto ilegalidades o excesos en la legislación genérica y común.

TRIGÉSIMO: Que bajo este prisma y como tema preliminar a despejar, las últimas enmiendas a la ley especial sub lite datan del treinta y uno de mayo de dos mil dos, mientras que los hechos investigados y por los cuales resultaron condenados los comparecientes, se perpetraron recién el año dos mil ocho y la imputación más antigua se asienta en un hecho punible del año dos mil cuatro, que no se logró comprobar en definitiva, de modo que no parece exacta la afirmación de la defensa de Llaitul en el sentido que las transformaciones legales son posteriores y esa suerte de derecho adquirido que pretende sobre la disposición antigua, máxime si se opone al dogma que las reglas procedimentales rigen *in actum*, salvo plazo dilatorio fijado en la misma ley.

Sólo en el artículo 18 de la Ley N°18.314 se introdujo una corrección el ocho de octubre de dos mil

diez. Ese artículo se refiere a la forma de proceder para tomar la declaración del testigo protegido ante el Juez de Garantía y que puede extenderse al Tribunal Oral, así como la potestad del tribunal de excluir del debate cualquier alusión a la identidad que pudiera poner en peligro su protección. La rectificación legal adicionó al último inciso, las siguientes oraciones finales: “*El defensor podrá dirigir al testigo o perito protegido las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad. Lo expuesto en este inciso se aplicará a quien se encuentre en el caso del artículo 9°.*” De la simple lectura de lo incorporado por la modificación, se advierte que no se perjudicó a la defensa en la forma que alegó el abogado del acusado Llaitul, sino que se explicitó un derecho ya establecido, con una limitación también ya consagrada.

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 intervinieron en el proceso, así como lo realizado por el Ministerio Público en esta materia, se 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 dos 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.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que conviene insistir, como ya se anticipó, que la Ley N°18.314 contiene, entre los artículos 15 a 18, un elenco de cánones relativos al amparo de testigos, que comienza por prevenir: Artículo 15: “*Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código Procesal Penal...*”, para a continuación transcribir el artículo 308 de este texto normativo, cuyo inciso segundo, encierra una clara manifestación si se acepta que lo que se pretende es proteger la identidad de una persona: “*Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o alguna de las siguientes medidas: a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos.*”

Igualmente, los artículos 16 y 17 de esa ley especial, repiten dos dispo-

siciones de la recopilación procesal general, según ya se vio: “El tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.” Y, luego, la prerrogativa de mandar auxilio policial a quien lo necesitare.

Finalmente, el artículo 18, con las nuevas enmiendas incorporadas incluso, permite a los jueces disponer, también, que las declaraciones de los testigos protegidos se presenten por cualquier medio idóneo que impida su individualización física normal, para cuyo efecto le ordena al juez comprobar en forma previa la persona del testigo, en particular los antecedentes relativos a sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. En esas condiciones, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de éste.

Este es el marco legal que rige el tópico sometido al conocimiento de esta Corte, plenamente ajustado y concordante con la legislación común que gobierna la materia. Y la sola circunstancia que el tribunal en definitiva haya resuelto descartar todas las acusaciones formalizadas sobre hechos tipificados en la Ley N°18.314, por considerar que se verificaron ciertas conductas carentes de la connotación necesaria para

calificarlas en esa normativa, como lo requirió, en su momento, el Ministerio Público, en nada altera en este nuevo escenario la evidencia incorporada al tenor de las prescripciones de esa ley especial, apegada como se dijo a las pautas generales de nuestro régimen jurídico, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá. Puesto que se pesquisarón ilícitos de carácter terrorista y se libró acusación por injustos de esa misma naturaleza, sólo que no se reunió prueba suficiente que la sustentara o el tribunal llamado a su valoración, consideró que ello no se había satisfecho.

Sea como fuere y como ya antes se dejó en claro, la normativa general del Código Procesal Penal igual se abre a la comparecencia de testigos protegidos con la reserva de su identidad, aún después de prestado su testimonio y por períodos no determinados, pero sólo el necesario para su efectivo amparo después del juicio; de modo que ha quedado obsoleto proporcionar resguardo a los testigos con identidad protegida que depusieron en el litigio, al alero de la antigua Ley N°18.314, puesto que ya se declaró su improcedencia al caso concreto, pero subsistirá la salvaguardia general que el artículo 308 del Código Procesal Penal les brinda, mientras subsistan las circunstancias que lo hagan aconsejable, más aún si se tiene en cuenta que las disposiciones especiales que rigen la prueba testifical protegida, en todo caso, se enmarca en el ámbito de la normativa común.

Desde ya es oportuno aclarar que en esta litis se han aplicado las normas

del Código Procesal y las referencias que se han hecho a disposiciones de leyes especiales como la N°18.314, que se han mencionado, pero ello no importa más que reconocer al Código su carácter de ley general bajo cuyo imperio, no otro, se decide esta litis.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en lo que atañe a las motivaciones de los jueces del Tribunal Oral, de la Corte de Apelaciones en su momento o del fiscal del Ministerio Público, para conceder la protección solicitada por los testigos al margen de las alegaciones suscritas en otra causal basadas en simple conjeturas o supuestos de cierta connivencia ilegal entre un presunto imputado-testigo y la Fiscalía con favores irregulares obtenidos por aquél, las razones de peligro para su integridad física o psíquica o la de sus familiares cercanos, habrán sido mejor calificadas por quienes se hallaban inmersos en la realidad fáctica de los sucesos que sacudieron a la zona de la Araucanía en la época de los hechos averiguados. Al efecto, vale tener presente que en la litis no sólo se indagaron un robo con intimidación y una emboscada que terminó con un fiscal, varios detectives y otros tantos carabineros heridos, sino que también se pesquisarón varios actos incendiarios que en definitiva se acreditaron, pero sin lograr determinar la participación culpable que en ellos le cupo a cada imputado. También es menester tener en cuenta por estos sentenciadores, que conforme describió el experto de Carabineros de Chile, la emboscada que sufrieron el fiscal Elgueta y los demás funcio-

narios mencionados, se inscribe en la denominada “de aniquilamiento”, cuyo objetivo procura debilitar a la fuerza pública; una actividad propia de las guerrillas bastante recurrente en la zona. Pero, por sobre todo, suficiente para considerar la procedencia del auxilio requerido, corroborado por la comparecencia al juicio de un testigo visiblemente lesionado, según se dejó constancia en la misma sentencia, lo que le habría sucedido “por sapo”.

Los antecedentes reseñados resultan idóneos en opinión de estos jueces, para justificar la protección brindada a quien se atrevió a declarar contra los inculcados, por encima de las imputaciones de la defensa acerca de la obtención de provechos indebidos recibidos del Ministerio Público, y de lo que habrá de hacerse cargo el Fiscal Nacional, en su caso.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que las defensas de Llanquileo, Llaitul y Huenuche aseguran que se les impidió ejercer debidamente sus derechos, lo que dividen en dos acápite.

Uno tiene que ver con el hecho que, a consecuencia de la protección del testigo, éste declaró a través de un sistema de circuito cerrado de televisión que les imposibilitó apreciar sus reacciones ante las preguntas que se le formulaban, como también, se afectó la máxima de oralidad e inmediatez.

La otra se refiere a que el fiscal objetó a tal extremo sus preguntas y el tribunal acogió de tal manera sus protestas, que en definitiva, prácticamente no tuvieron derecho a realizar

contra examen alguno. Aquella se concilia con la protección de la identidad del testigo, sin que pueda verse su rostro, habiéndose confiado a los jueces disponer la forma en que reciben la declaración del testigo protegido para velar por la reserva de su individualización y entonces el tribunal optó por el sistema de circuito cerrado de TV, que parece apropiado para que aquél pueda testificar y mantener su salvaguardia de personalidad, que según fluye de la prueba aportada y lo sostenido por los abogados en estrados, se hizo de cara al tribunal, siendo éste quien se reservó la atribución de apreciar sus reacciones ante las preguntas, precisamente porque a la postre debe valorar sus dichos.

En lo que concierne a la inmediatez y oralidad, no se advierte la forma en que se habría perdido, toda vez que tanto el tribunal como el testigo, a pesar de estar separados por un vidrio, siguieron de cuerpo presente en la audiencia y percibieron de modo directo y a través de sus sentidos, tanto la recepción de la prueba como las intervenciones de los litigantes.

La restante recriminación sobre la imposibilidad de contra examinar a los testigos protegidos, se trata de un hecho que requiere prueba y sólo el abogado del imputado Huenuche la rindió y del audio que se escuchó correspondiente al contrainterrogatorio del testigo N°26, tanto por el profesional Vial, como por su colega Montiel, únicamente se captaron preguntas atinentes al domicilio o al lugar donde estuvo viviendo el tes-

tigo y si fue detenido con ocasión de los mismo hechos, las que fueron objetadas por el fiscal y acogidas tales impugnaciones por el tribunal y, con razón, desde que claramente ponían en riesgo la identificación del testigo. Tirúa no es una comuna muy grande, ni cuenta con tantos habitantes, por lo cual las posibilidades de ubicar o identificar a una persona por su domicilio son bastante amplias, sobretodo, si como señaló el defensor Vial, tenían sospechas de quien podría ser el testigo protegido. Lo mismo acontece, si se reduce el número de posibles declarantes al de imputados en la causa. En esa porción, no es posible sostener que el tribunal o el fiscal o la circunstancia de ser un testigo protegido, hayan impedido a la defensa ejercer las facultades que la ley le concede, ni menos, que se haya desconocido el derecho a defensa.

El fiscal Andrés Cruz en su alegato, explicó que el testigo con identidad protegida N°26, fue interrogado por aproximadamente una hora por la Fiscalía y que las preguntas del contra examen hecho por las defensas superó el doble de ese tiempo. De ser ello efectivo, descontando las posibles objeciones, efectivamente la defensa formuló preguntas, pero por falta de prueba, no es factible saber cuáles hizo y cuáles o por qué motivos le fueron desechadas.

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 conflicto.

El fiscal Cruz relató en su intervención en estrados, la necesidad de resguardar a los testigos que se habían atrevido a declarar contra los inculcados por diversas razones, entre las que enumeró el ataque armado a un testigo protegido ante el tribunal de Angol; que el testigo protegido N°2 de este pleito fue agredido por Víctor Llanquileo “por ser sapo de Santos Jorquera”; que, asimismo, los testigos protegidos N°26 y 27 denunciaron haber sido víctimas de amenazas, en actual investigación, debiendo uno de ellos ser reubicado; que dos de ellos fueron llevados por un abogado a una notaría para desistirse de sus dichos, lo que abrió un sumario por obstrucción a la justicia; que otro testigo protegido fue golpeado antes de prestar declaración y resultó con fractura de nariz; que a la salida de la Fiscalía se castigó a una persona porque se creyó que era un testigo protegido; que el ofendido del robo con intimidación, Santos Jorquera, fue asaltado justo después que algunos de los hechores obtuvieron su libertad; para terminar con una serie de pinturas con amenazas en las paredes en Puerto Choque.

Sólo el defensor Vial lo confrontó en dos casos en que arguyó que uno de los testigos acometidos, lo había sido por otro testigo protegido y que el ataque que sufrió el juez Landeros –de Garantía de Cañete– lo fue

por un hecho común, no vinculado a estos delitos.

En doctrina o en derecho comparado, repugna de los testigos protegidos la posibilidad de impedirle al enjuiciado examinar a los presentados en su contra y a su favor, en iguales condiciones, con el objeto de ejercer efectivamente su derecho a defensa; considerándose incluso como una violación a la garantía del carácter público de los procesos penales. Verbi gracia, se dice que no podrían saber cómo fue que los testigos tomaron conocimiento de los hechos debatidos.

Sin embargo, en los mismos organismos internacionales se ha reconocido circunstancias en las cuales, tanto la investigación como el juzgamiento de ciertos delitos, incluidos los terroristas, pueden exponer a quienes participan en la administración de justicia a serios amedrentamientos contra su vida o su integridad física o psíquica o de las personas que constituyen su núcleo familiar. Y ocurre que el Estado tiene también la tarea de proteger a quienes administran justicia, tanto como a quienes coadyuvan al esclarecimiento de los ilícitos de que se trata. A ello está obligado en nuestro país el Ministerio Público, a entregar protección a víctimas y testigos. En esos casos, las entidades y tribunales internacionales aceptan que debe brindarse amparo a esos testigos, *sin perjudicar en su esencia el derecho a defensa*, o sea, se admite que la colisión de los derechos existe y se zanja por consentir que alguno de ellos debe ceder ante el otro, siempre que no signifique romper la esencia

misma del derecho. En nuestro país, el mismo predicamento se consagra en el artículo 19, N°26°, de la Constitución Política de la República.

Naturalmente, tan grave decisión sólo puede adoptarse en cada caso particular y con completo conocimiento de las circunstancias concretas del mismo. Son medidas excepcionales, para situaciones excepcionales y que se adoptan siempre con control absoluto de los intervinientes para evitar que los cotos a la práctica de alguno de los derechos que importa la defensa en juicio sea mínima y que en ningún evento entrase o limite el ejercicio del núcleo esencial de esa garantía.

En el caso concreto, como se examina en otro acápite de este fallo, los sucesos que hicieron aconsejable dar protección a los testigos fueron reales, sin que en los recursos, ni en estrados se hayan expuesto razones poderosas que desvirtuaran tal aserto. Asimismo, se reconoce la restricción a la posibilidad de ver la cara del testigo, para apreciar sus reacciones corporales, deslinde que resulta obvio a la salvaguardia de su identidad; pero donde el fuerte del alegato se concentró en las limitaciones a las preguntas de los defensores o contra examen, lo que no fue probado a estos sentenciadores.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que en cuanto a los testigos protegidos, aunque hubo más de uno que prestó declaración en autos, las impugnaciones apuntan contra el denominado testigo N°26, ya que sus dichos sirvieron de fundamento para demostrar la participación de los acusados

en los hechos investigados, pero ocurre, además, que no fue el único antecedente tenido en cuenta para esa demostración.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que las defensas de Jonathan Sady Huillical Méndez y de Héctor Llaitul Carrillanca, **han intentado en forma subsidiaria a las demás causales, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en sintonía con el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial.**

Sindican contravenidos los artículos 19, N°3°, inciso 5°, de la Carta Magna, 10, 11 y demás pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los pertinentes del Código Procesal Penal. Sostienen que el juez Carlos Muñoz Iturriaga preguntó al testigo reservado N°26 si entendía lo que es una acusación, con lo cual lo que hizo fue “levantar la credibilidad del testigo”, excediendo las atribuciones que tiene para interrogar. A la vez que, en forma reiterada negó las peticiones de la defensa (de prueba nueva que detalla) y prácticamente no fundamentó las resoluciones con que desestimó las consultas u oposiciones a las interrogantes del fiscal, mientras que sí le permite proceder a su antojo. Sin desarrollar ningún fundamento de derecho, proclama preparación del reclamo según constaría en la audiencia de juicio -audio que no se le recibió como prueba-, y termina por impetrar se declare la nulidad parcial de la resolución y del

juicio y se reponga el proceso al estado de realizar nueva audiencia preparatoria, sin precisar su finalidad.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que basta para negar lugar al presente arbitrio la ausencia de fundamentos de hecho como de derecho, desde que no se explicita cómo se atropellaron las garantías constitucionales que se pretende y tampoco queda claro cómo una sola pregunta de uno de los jueces del tribunal sería indiciaria de la parcialidad que se le atribuye, apoyado por la prueba que se pretendió introducir en la audiencia de vista del recurso y que no era atingente a lo que ahora se censura porque entonces la parcialidad se hizo consistir en la calidad de relator que antes habría ostentado el juez redactor del fallo.

La sola pregunta formulada al testigo sobre si comprendía o no lo que significaba una acusación, no aparece a los ojos de esos jueces como parcial o efectuada con la intención de “levantar su credibilidad” como pretextan las defensas de Huillical y Llaitul. No hay probanza acerca de las preguntas de la defensa y que le habrían sido denegadas, como tampoco de las objeciones descartadas sin fundamento alguno. De idéntica manera no hay evidencia de los mismos hechos, pero respecto del fiscal, en otras palabras, de qué objeciones de la defensa no habrían sido aceptadas y qué preguntas inoportunas le habrían sido permitidas sin más.

La falta de acreditación de los presupuestos sobre los que descansa la denuncia, así como del desarrollo de la afectación de derechos que se

dice provocada, obstaculizan dar mayor análisis a esta causal; a lo que se suma el petitorio donde pide extender la nulidad hasta la audiencia preparatoria del juicio oral, lo que no se pormenoriza ni se advierte por estos juzgadores cuál pudiera ser su designio.

TRIGÉSIMO NONO: Que la **defensa de Ramón Esteban Llanquileo Pilquiman planteó en subsidio de las demás causales impetradas, la del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, en conexión a la igualdad ante la ley.**

Anota vulnerados los artículos 19, N°s. 2° y 3°, inciso 5°, de la Carta Política, 10, 11 y demás pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los pertinentes del Código Procesal Penal. Despliega las anomalías al absolver a cinco de los acusados por el robo con intimidación cometido en Tirúa el quince de octubre de dos mil ocho, cuando la prueba rendida para tener por demostrada la participación de aquéllos era la misma reunida para demostrar la de quienes resultaron condenados. Otro tanto ocurrió con el delito de homicidio frustrado en la persona del fiscal adjunto del Ministerio Público. Coyúntura en las cuales la declaración del testigo reservado N°26 involucró a todos los encausados, a pesar que los jurisdicentes dijeron ser especialmente rigurosos en su estándar de convicción, por lo cual estimaron que los elementos no les permitían formar convicción más allá de toda duda razonable acerca

de los hechos por los que resultaron absueltos.

No requiere preparación aduce porque el vicio se produjo en la sentencia y solicita se declare la nulidad parcial del juicio y del veredicto y retrotraer el proceso al estado de realizar nueva audiencia preparatoria por juez no inhabilitado, pero no expresa su propósito.

CUADRAGÉSIMO: Que, claramente, esta impugnación exige a estos sentenciadores una valoración de elementos de cargo que les está vedado, pues se trata de una labor privativa de los jueces del tribunal oral.

La convicción corresponde al proceso de resolución íntima de convencimiento que cada juez desarrolla con la prueba que ha podido percibir a través de sus propios sentidos y que los magistrados realizaron durante el largo tiempo que comprendió la audiencia de este juicio oral, proceso que no fue presenciado por este tribunal superior, de suerte que no están en condiciones de reproducir una valoración que los ponga en situación de descubrir la infracción que el recurrente denuncia por esta vía. Si lo que critica es que con unos mismos motivos los jueces condenaron a unos y absolviéron a otros, entonces su causal debió corresponder a una absoluta del artículo 374, letra e), del estatuto procesal de penas, más no a esta de contravención de garantías constitucionales.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, las defensas de José Santiago Huenuche Reiman y de Jonathan

Sady Huillical Méndez, Ramón Llanquileo Pilquimán y Héctor Llaitul Carrillanca, dedujeron en forma subsidiaria, la **causal del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, por haberse omitido en la sentencia los requisitos del artículo 342, letras c) y d)**, de dicho compendio.

Al respecto, afirman que el tribunal dio por establecidos los hechos en las reflexiones 78ª y 79ª, para cuya demostración tuvo presente los medios de prueba a que se refieren los racionios 25º y 35º a 44º; mientras que la participación culpable de José Santiago Huenuche Reiman, se acreditó con los elementos de cargo que constan entre las elucubraciones 45ª a 53ª del fallo refutado, que en cada caso pormenoriza. Acto seguido distingue lo que ha de entenderse por la motivación de la sentencia y la forma en que se satisface el requisito del artículo 342, letra c), de la recopilación adjetiva del ramo, para alegar que en la especie se omitió la exposición de los hechos y accidentes con los que estimó probada la participación culpable de Huenuche en los ilícitos por los que fue condenado, ya que no basta con enunciar los medios de prueba y valorarlos, sino que es imprescindible indicar la “conclusión” que determina la atribución de la norma penal y sus colofones jurídicos, tramo éste que no se cumplió porque no se dice cómo intervino, ni las circunstancias de su participación. Tampoco describe “el contenido de los medios de prueba”, sino que se contenta con “parafrasearlos”, vale decir, acomoda la información, la modifica y así ter-

mina por asignar certeza a un hecho que el testigo no afirmó con seguridad, como acontece, por ejemplo, con Eladio Quiroz y con el testigo reservado N°26, de quienes explica latamente el “parafraseo”.

También el tribunal incurre en abstención de la información derivada del contra examen de las defensas, lo que establece con algunos extractos que copia en el recurso. Y develan que los jueces prescindieron derechamente del contenido completo del medio probatorio, como sucedió con la testigo Lorena Muñoz Vidal (funcionaria de policía), que sólo fue mencionada en el razonamiento 69°, pero sin que se reprodujera el sentido de su atestado.

Agrega que el tribunal debe consignar las razones en cuya inteligencia confiere preeminencia a un medio de prueba frente a otro, pero entre los basamentos 46° a 49° no especifica las premisas que le permiten dar crédito al funcionario Espinoza y al testigo N°26, ni por qué prefiere sus dichos y descarta los argumentos y probanzas de la defensa en orden a que el testigo N°26 mintió durante la investigación y que Espinoza obtuvo información en un proceso irregular. Amén que por lo que toca, al requisito de la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, el tribunal no señala razones legales para reprimir como autor a Huenuche en los injustos, ni la calidad de autor que le atribuye (15, N°s. 1°, 2° ó 3°, del Código Penal).

Termina por pedir se declare la nulidad del juicio y del laudo y que se

determine el estado en que deberá quedar el procedimiento.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:

Que para la demostración de esta motivación, la defensa de Huenuche ofreció prueba del registro de audio de la audiencia de juicio oral, atinente a la declaración del testigo reservado N°26, con acuerdo del fiscal Cruz presente y sin oposición de los demás intervinientes a que lo ofrecido pertenece exactamente a lo transcrito en el recurso, de suerte que no se escuchó; como asimismo, ofreció varias secciones de audio del testimonio de Lorena Muñoz, manifestó el letrado Vial que no era el contenido de sus aseveraciones lo que le interesaba, sino que el hecho de que esa persona depuso efectivamente por el tiempo mencionado en su libelo y que responde aproximadamente a una hora y once minutos.

CUADRAGÉSIMO TERCERO:

Que el defecto de haberse suprimido describir en forma precisa la participación de los imputados en los hechos atribuidos en el dictamen, procede tener presente que en los fundamentos 78° y 79°, al darse por establecidos los delitos de autos se estampó respecto de los intervinientes, lo siguiente: “...un grupo de sujetos dentro de los cuales se encontraban Héctor Llaitul Carrillanca, Ramón Llanquileo Pilquimán, José Huenuche Reiman y Jonatahn Huillical Méndez, armados con escopetas y otros elementos, concurrieron hasta dicho lugar, para luego dividirse en grupos, uno de los cuales se ubicó realizando labores de vigilancia en las inmediaciones, en tanto que otro grupo, procedió a...”; y,

en el otro delito, se estableció que “... fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las cercanías del cementerio, en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente... procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada...”.

Luego, entre los fundamentos 45° y 60°, bajo el rótulo “Participación de los acusados en los hechos signados como primer grupo de delitos” los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal, examinaron todos los antecedentes que tuvieron en cuenta para tener por establecida la participación de los inculpados en los delitos por los que resultaron condenados, analizan en ese pasaje los dichos del testigo con identidad reservada N°26, del prefecto Alfredo Espinoza Ugarte –que se refirió a lo declarado por Huillical y a algunos antecedentes más-, las escuchas obtenidas de la interceptación del teléfono que usaba Llaitul y a las que aludieron los testigos López Leiva, Núñez Fernández y Araneda Peña, además de la constancia en un documento; también lo aseverado por el ingeniero acústico Sáez Elgueta y el técnico cartógrafo Erick Lenz Alcayaga apoyado en otros documentos y el perito Alvaro Saavedra del Laboratorio de Criminalística en relación a un informe planimétrico; y lo que se logró de la interceptación del teléfono móvil que portaba Huenuche y que fue uno de los sustraídos desde el domicilio de Santos Jorquera, cuestión que explicó el detective Rodríguez Sáez con un informe policial y el tráfico de comunicaciones de ese número; más la intervención del teléfono de

un tercero, Oscar Caniupan, donde se constató un llamado del inculminado Llaitul Carrillanca, y el de la pareja de Ramón Llanquileo que registra dos avisos de este último en una hora próxima al ataque al fiscal, con sus correspondientes registros y explicaciones de la Policía; y, finalmente, la incautación de una moto-sierra Husqvarna desde el domicilio de Llanquileo, con el informe del perito y las fotografías de rigor.

CUADRAGÉSIMO CUARTO:

Que aun cuando no se indicó en el veredicto que se revisa la posición precisa que cada uno de los hechos asumió en cada uno de los dos ilícitos por los que resultaron sancionados, como tampoco el uso directo o naturaleza de las armas empleadas en cada injusto, ello no obsta al establecimiento de su participación y de las circunstancias de las mismas, lo que no ha podido ser afinado de mejor manera por las dificultades implícitas en la forma de comisión de los hechos, pero que en ningún caso varía la intervención de autores que a cada uno de ellos competente y que se enmarcó en el artículo 15, N°1°, del Código Penal, conforme se aprecia de las citas legales del edicto en estudio, sin perjuicio de la autoría que cada tipo penal sindicada cuando castiga “al que” lesiona o procura matar.

Tampoco altera la adecuada fundamentación del pronunciamiento, la mayor o menor síntesis de los asertos de cada testigo o perito, por cuanto no están obligados a consignar íntegramente sus dichos, sino basta una reseña de sus explicaciones. Lo que

se les repara acerca de un supuesto “parafraseo” no es más que un desacuerdo con la redacción o resumen asumido por el encargado de la escrituración y con la que ha manifestado su conformidad el tribunal al suscribirla, pero no implica que haya falsado la información, sino que, a lo sumo, alguna falta de acuciosidad. Si bien se ha tildado de falta de rigor la reproducción de alguno de los dichos de los testigos, no se constata adulteración en sus afirmaciones, sino que se ha dotado de mayor énfasis, lo que sólo se pretendió probar con el análisis íntegro de cada testimonio comprendido en el reproche. No se advierte tampoco la existencia de perjuicio alguno si, como ya se ha destacado, para demostrar la participación de los inculpados se ha tenido en consideración más de una sola declaración.

Lo que desaprueba a la testigo Lorena Muñoz, parece irrelevante, porque se trata de una funcionaria policial y no se sostiene algún aporte concreto a la defensa cuya supresión le infiera deterioro, y también porque sus dichos fueron valorados por el tribunal en el considerando 69° al hacerse cargo de ciertas peculiaridades de la detención de Huillical, en particular una lesión en su oído, único detalle relevante de su versión, sin que aparezca otro dato de la detención no abordado por los restantes deponentes.

Cuando la defensa representa al tribunal no haber explicado su preferencia por un medio de prueba por sobre otro, alega que se optó por los dichos del prefecto Espinoza y del

testigo protegido N°26, en lugar de lo probado por la defensa en el sentido que ese testigo mintió y que Espinoza obtuvo información en un procedimiento ilegal. Pero ambos argumentos resultan equivocados porque no es efectivo que Espinoza obtuviera información en un procedimiento viciado, como ya se concluyó; y, que la defensa haya “probado” que el testigo N°26 mintió, no pasa de ser una impresión completamente personal del oponente. Tal vez demostró que un hecho o circunstancia específica entró en contradicción o se retractó, pero ello no envuelve embuste. El resultado global de su declaración es un tema cuya valoración íntegra incumbe al tribunal.

CUADRAGÉSIMO QUINTO:

Que la defensa de Huenuche Reiman también invocó en forma subsidiaria, una vez más, la **causal del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, relativa a la falta de requisitos del artículo 342 de esa compilación, acerca de la valoración de los medios de prueba y fundamentación que permite reproducir el razonamiento.**

Expone que los jueces enunciaron los medios de prueba relevantes en que fundan el hecho que los agentes sabían de la presencia del fiscal adjunto del Ministerio Público en el lugar de los hechos: ello se afirmó sólo a partir de los dichos del testigo N°26 cuando sostiene haber oído a Héctor Llaitul Carillanca invitar a los demás “a darle al Fiscal” lo que significaría dispararle.

El artículo 297 del código del ramo obliga al tribunal a realizar una

valoración completa de las pruebas y ocurre que, según la comparación de versiones que hace el recurrente de lo afirmado por el Fiscal, el testigo N°26 y los funcionarios López Leiva, Pino Moreno y Sáez Rebolledo, se notan inconsistencias entre las horas de las decisiones tomadas por la policía de concurrir al sitio del suceso y lo relatado por el testigo 26 al punto que era imposible enterarse con antelación que el fiscal integraba el grupo.

Pide se declare la nulidad del juicio y del dictamen y se determine el estado del procedimiento para la realización de un nuevo juicio.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que esa asistencia legal rindió prueba en la audiencia de juicio para acreditar esta causal, de la siguiente forma:

Registro de audio del juicio, pista 101125-00-02 que corresponde al interrogatorio del fiscal Elgueta entre los minutos 07:10 a 07:50 y 08:20 a 09:18; como asimismo de la pista 101207-01-04 del contra examen del testigo N°26, del minuto 04:55 a 07:37; también la pista 101118-03-11 del testigo Jorge Pino, minuto 04:30 a 05:23; y, pista 101126-01-04, del minuto 13.35 a 14:50.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que en el hecho que se tuvo por probado y se calificó luego de homicidio frustrado y lesiones simplemente graves, se especificó que los sujetos activos procedieron “...con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público, resultando lesionados como consecuencia de ello, el Fiscal Adjunto antes mencionado, con un impacto de

perdigón en su mano derecha, de carácter leve, y asimismo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones...”.

Lo que se procuró fundamentar en los raciocinios 61° y siguientes del fallo en revisión, donde el tribunal aseguró la concurrencia del dolo directo de tipo homicida, esto es, la intención positiva de causar la muerte de la persona objeto del ataque, toda vez que las escopetas utilizadas a corta distancia, “las máximas de la experiencia enseñan que sus consecuencias pueden ser devastadoras en el ser humano..., no obsta a que continúen siendo uno de los elementos más frecuentemente utilizados para privar de la vida a un individuo”. En el razonamiento 62° se refuerza nuevamente la idea del dolo directo de matar en las fotografías de la camioneta que conducía el fiscal, donde se aprecia que recibió repetidamente impactos de ese tipo de armas, a una distancia aproximada de ocho metros, dirigidos principalmente a la cabina, “siendo aquella particular concentración de disparos, lo que denota claramente un ánimo homicida por parte de quienes lo ejecutaron...”.

En el ordinal 63° de la decisión, los jueces descartan la posibilidad que los hechos ignoraran la presencia del fiscal, en la creencia que sólo disparaban contra Carabineros porque la teoría del caso de la defensa era la inocencia; e igualmente, resulta reprochable disparar contra personal de Carabineros en servicio que hacerlo contra un fiscal del Ministerio Público, pues revela no sólo desprecio por la vida humana del ofendido, sino que de la autoridad

que aquél inviste, lo que pareció evidente a los magistrados del tribunal oral de la comparación de las normas que reprimen la agresión a uno u otro.

A estos datos añaden la declaración del testigo reservado N°26, quien refirió que Llaitul invitó a los demás copartícipes a “darle al Fiscal”, que como él mismo explicó, “no es otra cosa que dispararle a aquél”, dicen los sentenciadores. Y suman que el robo que sufrió Santos Jorquera el quince de octubre de dos mil ocho, hacía previsible la asistencia de un fiscal adjunto en la zona, el que además se constituyó con un importante contingente de móviles que incluía un carro Mowag, lo que permitía concluir necesariamente que se había incorporado una autoridad importante en materia investigativa en el sector; e infieren que no podía ser casual la ubicación y distancia de los proyectiles que se concentraron en los rodados del fiscal y del GOPE que le antecedió y que eran los únicos dos de la caravana que no tenían logos distintivos y donde la camioneta del fiscal presenta mayoritariamente disparos en forma perpendicular, lo que supone que los tiradores se ubicaron frente a ese vehículo.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que como surge de la sola relación de todos los antecedentes que los jurisdicentes consideraron para establecer el dolo directo, así como del conocimiento de la presencia del fiscal en la zona, aparece que el fundamento de hecho de la causal no es efectivo, puesto que los jueces no se atuvieron sólo a los dichos

del testigo protegido N°26, sino que formularon otras disquisiciones y analizaron otras probanzas, de donde se sigue que las inconsistencias que el recurrente repudia, apuntan sólo a uno de los antecedentes, mas no a los restantes, lo que resta asidero a la censura, sin perjuicio de lo que se resuelve en la causal siguiente frente a la protesta que aquí se ha hecho.

CUADRAGÉSIMO NONO: Que las defensas de José Santiago Huenuche Reiman, Ramón Esteban Llanquileo Pilquimán y Héctor Llaitul Carrillanca, en subsidio de todas las motivaciones anteriores, han deducido **la del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal.**

Claman transgresión al artículo 268 ter del Código Penal, desde que su finalidad no sólo consiste en preservar la persona del fiscal, sino la investidura de la función persecutora de delitos en un Estado de Derecho democrático, de modo que el fundamento de la especificación o cualificación de la norma está dada por la autoridad, víctima del delito, lo que implica, a su vez, que en la faz subjetiva del tipo sea indispensable el dolo directo, en cuanto al conocimiento del sujeto activo, que sepa con certeza quién es la persona contra quien dirige su acción criminal, porque de lo contrario, ante la duda, sería procedente a lo sumo el dolo eventual, suficiente para el tipo común de homicidio, más no para el calificado de que se trata.

Acude a la historia de la ley para sostener que la mayoría legal, estimó concurrentes todos los elementos de la figura especial en el motivo 61° del

laudo, pero apoyado en los medios que describen en el razonamiento 63°: que era igual de reprochable atender contra Carabineros que contra el fiscal; y que lo afirmado por un testigo reservado y otros indicios hacían del “todo previsible” la presencia de un fiscal en el sector. Tales reflexiones, sólo confirman que no se probó dolo directo y que la conducta de los acusados no se dirigía directa y ciertamente contra un fiscal, desde que la “previsibilidad” encierra incertidumbre, jurídicamente incompatible con la certeza y realidad que exige el dolo directo.

Demandan se declare la nulidad parcial de la sentencia y que se emita la de reemplazo que les imponga por el delito de homicidio simple frustrado y las lesiones graves a los funcionarios de la Policía, la pena única de cinco años y un día, con el reconocimiento de la atenuante del artículo 11, N°6°, del Código Penal.

La defensa de Llanquileo agrega que, en lo que atañe a los homicidio frustrado del fiscal adjunto del Ministerio Público y lesiones simplemente graves al personal policial, previstos en los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N°2°, de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, aquél exige dolo directo, que supone la existencia de un ingrediente intelectual como es el conocimiento de las circunstancias objetivas y subjetivas del tipo, acompañado de la voluntad de realizarlo, es decir, el componente volitivo. Se requiere, por consiguiente, dolo directo, conciencia plena que atacaban a un fiscal del Ministerio Público y a miembros

de la Policía de Investigaciones de Chile en ejercicio de sus funciones y que, en ese entendimiento, quisieron atender contra su integridad física.

Mas no fue posible demostrar que los procesados sabían que en la caravana de aproximadamente quince coches de Carabineros, se desplazara uno guiado por un fiscal del Ministerio Público y cuatro miembros de la Policía de Investigaciones de Chile.

Esta errónea aplicación del derecho influyó en lo dispositivo de lo resuelto porque significó la imposición de una penalidad improcedente. Cita en aval de su pretensión el voto de minoría.

Arguye también infracción de los artículos 432, 436, inciso 1°, y 439 del Código Penal, en torno al robo con intimidación por el que se le condenó adicionalmente, desde que no se acreditó que las especies sustraídas fueran de dominio de Santos Jorquera o de alguien de su familia, como a la vez ausencia de prueba de la participación de Llanquileo en ese injusto, por falta de reconocimiento de los ofendidos.

Acogido al artículo 385 del Código Procesal Penal, impetra se anule parcialmente la decisión y se extienda otra de reemplazo ajustada a derecho.

La asesoría letrada de Llaitul en tanto, enumera violentados los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N°2°, del Decreto Ley N°2.460, de mil novecientos setenta y nueve, con idéntica fundamentación de los anteriores recurrentes sobre que-

brantamiento al artículo 268 ter del Código Penal, que ahora se extiende al delito de lesiones simplemente graves causadas a la Policía de Investigaciones que describe su Ley Orgánica. Se remite a la historia de la ley en ambos eventos y a la falta de comprobación del dolo directo acerca del conocimiento de la presencia de un fiscal y cuatro funcionarios policiales en la comitiva que circulaba ese día por el lugar y el deseo de querer matar a aquél y lesionar a éstos.

Termina por solicitar se declare la nulidad de la resolución y se suscriba otra de reemplazo con arreglo a derecho.

QUINCUAGÉSIMO: Que desde luego y en relación a la supuesta infracción a los artículos 432, 436, inciso 1° y 439 del Código Penal, que formuló sólo la defensa de Llanquileo, respecto del delito de robo con intimidación, la que hizo consistir en el hecho que no se probó, que las especies sustraídas fueran de propiedad de Santos Jorquera o de alguien de su familia, el solo hecho que no se haya contenido un razonamiento concreto sobre el cumplimiento de esa circunstancia, no constituye un vicio de nulidad, desde que en varios pasajes del fallo se da por afirmada la calidad de legítimo poseedor o propietario de ese ofendido respecto de las especies sustraídas, lo que se subraya incluso al tenerse por acreditado el segundo ilícito por el que fueron condenados, donde se asevera que los imputados hicieron uso de las armas de fuego que sustrajeron de ese domicilio y de alguno de los celulares del mismo ofendido Santos

Jorquera. Por lo demás, la exigencia legal en este sentido consiste en que el bien sustraído sea ajeno respecto del ladrón, lo que consta en autos y se reafirma con la circunstancia que ninguno de los imputados se ha atribuido ese dominio.

Luego, en la parte que se reclama por la falta de reconocimiento de las víctimas de ese ilícito, del acusado Llanquileo, en ese párrafo el recurso adolece de manifiesta falta de fundamentación, desde que se ha reclamado en las mismas otras causales, el hecho que Huillical involucró a los demás acusados en el hecho, lo mismo que ocurrió con el testigo protegido signado con el N°26, de modo que la falta u omisión de una diligencia probatoria para el establecimiento de la intervención del acusado, que se demostró, además, por otros medios, carece de trascendencia alguna.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Que la doctrina enseña que los delitos especiales por los que se castigó a los imputados exigen para su comisión la concurrencia de dolo directo (Renato Astroza Herrera: “Derecho Penal Militar”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos setenta y cuatro, N°305, página 480).

El artículo 268 ter del Código Penal dispone que “*El que mate a un fiscal del Ministerio Público... en razón del ejercicio de sus funciones...*”, vale decir, requiere en el sujeto activo conocimiento y albedrío de matar a un individuo de quien debe saber se trata de un fiscal, al que, además,

quiere matar en razón del desempeño de sus funciones.

El artículo 17 bis del DL N°2.460, prescribe: “El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a un miembro de la Policía de Investigaciones de Chile que se encontrare en el ejercicio de sus funciones, será castigado: 2°. Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días” y al igual que en el tipo precedente, requiere de dolo directo: el autor debe conocer y querer lesionar a un ser que tenga la calidad de funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, de modo que es necesario que esté en conocimiento de esa calidad especial del sujeto pasivo.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO:

Que como ya se dijo antes, para establecer la existencia del dolo directo de matar, el Tribunal Oral en lo Penal tuvo presente que se usaron escopetas, que utilizadas a corta distancia, según “las máximas de la experiencia” serían “uno de los elementos más frecuentemente utilizados para privar de la vida a un individuo”.

Empero, ponderó las fotografías de la camioneta que gobernaba el fiscal, y resalta que fue repetidamente blanco de balas de esa clase de armas, a una distancia aproximada de ocho metros, dirigidos principalmente a la cabina, “siendo aquella particular concentración de disparos, lo que denota claramente un ánimo homicida por parte de quienes lo ejecutaron...”.

Estas son los únicos dos razonamientos jurídicos vertidos en el proceso para dar por probado el dolo directo de matar.

Después, para tener por demostrado el conocimiento del sujeto calificado que exigen las dos disposiciones especiales por las que han sido juzgados los impugnantes, los jueces anotan en el considerando 63° que no es dable que los convictos ignorasen la presencia del fiscal y que actuaran creyendo que sólo atacaban a carabineros, ya que resulta igual de reprochable atentar contra personal de Carabineros en servicio que hacerlo contra un fiscal del Ministerio Público, porque representa no sólo desprecio por la vida humana del sujeto, sino que de la autoridad que aquél inviste.

También tuvieron en cuenta la declaración del testigo reservado N°26, quien refirió que Llaitul invitó a los demás coparticipes a “darle al Fiscal”, que como él mismo explicó, no es otra cosa que dispararle a aquél; además, que el robo que sufrió Santos Jorquera el día anterior hacía previsible la presencia de un Fiscal Adjunto en el sector; y que éste se apersonó con un importante contingente de vehículos que incluía un carro Mowag, lo que necesariamente permite presumir la presencia de una autoridad importante. A eso agregaron que tampoco puede ser casual la ubicación y distancia de los proyectiles que se concentraron en los móviles del fiscal y del GOPE que le antecedió y que eran los únicos dos de la caravana que no tenían logos distintivos y donde el rodado

del fiscal presenta mayoritariamente impactos en forma perpendicular, lo que supone que los tiradores se ubicaron frente a ese coche.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO:

Que, sin embargo, cuando los sentenciadores dicen “que resulta igual de reprochable disparar contra personal de carabineros en servicio que hacerlo contra un fiscal del Ministerio Público”, parten reconociendo que los acusados atentaban contra Carabineros, no contra un fiscal y algunos funcionarios de Investigaciones y pretenden equiparar la gravedad de ambos hechos, al sostener que pueden ser igual de reprochables, pero desde el punto de vista estrictamente jurídico no satisface las exigencias de un tipo penal especial que contempla dolo directo y sujeto calificado.

A continuación se refugian en un testimonio que en esta sección resulta singular (puesto que no se incorporó el dicho de Huillical reproducido por Espinoza) y que es el testigo protegido N°26 cuando oyó la invitación a “darle al Fiscal”, expresión no explicada por quien la profirió, sino por el auditor, que la interpretó cómo dispararle a aquél.

A ello sumaron el robo que sufrió Santos Jorquera el día anterior y que, en concepto de los jueces, hacía previsible la presencia de un fiscal adjunto en la zona, avalado por el contingente de vehículos que incluía un carro Mowag, lo que permitía concluir necesariamente la presencia de una autoridad importante.

En este apartado reconocen los jueces que sólo pueden especular sobre la

presencia del fiscal en la zona, tanto porque hubo un robo, como porque había una caravana de rodados. Tales razonamientos no dan cuenta de dolo directo, sino sólo dolo eventual. Más tarde, los jueces agregaron que no podía ser casual la ubicación y distancia de los impactos concentrados en la camioneta del fiscal y la del GOPE que le antecedía y que eran las únicas dos de la caravana que no lucían logos distintivos y donde el móvil del fiscal presenta mayoritariamente huellas en forma perpendicular, lo que supone que los tiradores se ubicaron frente a ese coche.

Nuevamente se trata de suposiciones que pudieran ser naturales, pero que en ningún caso se refieren a la concurrencia del dolo directo que exige la especialidad de los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N°2°, del DL N°2.460.

En efecto, de la sola lectura del motivo 79° de la sentencia que se revisa, aparece que los jueces del Tribunal, Oral en lo Penal se limitaron a sostener que los acusados trataron de matar al fiscal adjunto, “resultando lesionados, como consecuencia de aquella acción, ... los funcionarios policiales...”, de donde deriva como necesaria conclusión que en ese considerando, la faz subjetiva del tipo que se atribuye a los imputados en ese injusto se advierte como dolo eventual, como un resultado previsto como posible de atentar contra la vida del fiscal y que se acepta como tal. No es dolo directo y tampoco es dolo eventual de la figura específica por la cual han resultado condenados los recurrentes, sino del dolo homi-

cida supuestamente desplegado contra el fiscal Elgueta.

Esa cuestión resulta de la mayor trascendencia, puesto que en parte alguna de la sentencia se aprecia que se haya razonado acerca del dolo de lesionar con el que habrían actuado los acusados contra los funcionarios de la policía de Investigaciones, a partir de los hechos que se tuvieron por establecidos y que constituye otro motivo de anulación del dictamen en examen.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO:

Que en la descripción del hecho concreto, de lo expresado resulta manifiesto que en la sentencia no se ha contenido el razonamiento que habilite sostener la existencia del dolo directo de matar o lesionar y de sujeto calificado que requiere la peculiar normativa en que se insertaron los cargos formulados a los sentenciados, como a la vez, se desprende del motivo 79°, párrafo tercero, que no se ha especificado dolo alguno en la acción desplegada contra los funcionarios de la Policía de Investigaciones.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO:

Que en la descripción del hecho concreto que se tuvo por probado –como hecho A2– se ha dicho lo siguiente: “Que el día 16 de octubre de 2008, aproximadamente a las 00:30 horas, y luego que el Fiscal Adjunto del Ministerio Público Mario Elgueta Salinas, junto a personal de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile, todos en el ejercicio de sus funciones, habían ingresado al sector Puerto Choque en la comuna de Tirúa, a objeto de verificar una denuncia por el delito

de robo con intimidación, y realizar las primeras diligencias en el domicilio del afectado José Santos Jorquera Rivas, una vez que la caravana de vehículos que trasladaba al referido Fiscal Adjunto, hacía abandono por la ruta del mismo sector, al pasar por el Cementerio Local, fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las cercanías del cementerio, en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente, prevaleciendo de lo aislado del lugar, la oscuridad reinante, las condiciones del terreno, y al hecho que la caravana tuvo que detenerse debido a la presencia de árboles cortados en el camino que impedían el paso, procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada en contra del Fiscal Adjunto Mario Elgueta Salinas, como asimismo, en contra de los demás funcionarios policiales que lo acompañaban, con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público, resultando lesionados como consecuencia de ello, el Fiscal Adjunto antes mencionado, con un impacto de perdigón en su mano derecha, de carácter leve, y asimismo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones Subcomisario Jorge Ogueda Fuentes, Inspector Walter Oyarce Vergara, y el Inspector Alejandro Rojas Rifo, todos ellos con lesiones de carácter grave, con un tiempo de incapacidad superior a treinta días, además de resultar lesionados los efectivos de Carabineros Sargento Primero Jorge Sepúlveda Sáez y Sargento Segundo Eladio Quiroz Silva.”

QUINCUAGÉSIMO SEXTO:

Que por no haberse acreditado el conocimiento del sujeto calificado: fiscal del Ministerio Público en un

caso y de funcionarios de la Policía de Investigaciones, por el otro, sino sólo que el grupo que integraban los acusados emboscó y disparó en forma persistente contra una caravana de vehículos que creían integraba Carabineros de Chile, no es posible calificar los hechos antes establecidos en la forma que lo fueron en la sentencia en examen y así se ha incurrido en una infracción de derecho a los artículos 268 ter del Código Penal y 17 bis, N°2°, del DL N°2.460, aplicados a situaciones improcedentes.

La sola circunstancia que la cuadrilla creyeran estar disparando contra Carabineros, como en parte indican los sentenciadores, no es suficiente para hacer aplicables ninguno de los tipos singulares mencionados, porque se trata de sujetos pasivos calificados, que no admiten analogía, por muy parecidas que sean las labores que cumplan las autoridades de que se trata. No se está ante la presencia de una sanción general a quien atenta contra la autoridad, sino de quien ataca con conocimiento de ese hecho, a un fiscal y/o a funcionarios de la policía civil, determinados.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO:

Que la deficiencia detectada conduce a la invalidación de la sentencia y de conformidad a lo ordenado en el artículo 385 del Código Procesal Penal, por haberse aplicado una pena superior a la que legalmente corresponde, a consecuencia de la errada calificación de los ilícitos investigados, procede anular parcialmente el fallo y reemplazarlo por otro ajustado a derecho.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 360, 373, 374, 378 y 385 del Código Procesal Penal, **SE ACOGEN** los recursos de nulidad interpuestos de fojas 191 a 260, 369 a 480, y 481 a 610, en representación de los condenados José Santiago Huenuche Reiman, Ramón Esteban Llanquileo Pilquimán y Héctor Llaitul Carrillanca, sólo en cuanto a la causal **del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal** entablada en forma subsidiaria al resto de las motivaciones propuestas, las que se rechazan, pero, en todo caso, **anulándose la sentencia en forma parcial** sólo en lo que respecta a los delitos de homicidio frustrado en la persona del fiscal del Ministerio Público y lesiones simplemente graves inferidas a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, segmento que se reemplaza por la sentencia que se dicta a continuación, sin nueva audiencia y en forma separada.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°2921-11.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, 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.

En Santiago, a tres de junio de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

De conformidad a lo decidido en la resolución que antecede y a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta el siguiente fallo de reemplazo.

Santiago, tres de junio de dos mil once.

VISTOS:

Se reproducen los basamentos 1° a 60°, 64° a 114°, 119° a 125°, 127° y 128° de la decisión anulada con esta misma fecha y en este mismo rol.

Asimismo, se repiten los razonamientos 116° y 117° de la misma.

Del considerando 115° se elimina “y ha sido un importante fundamento para considerar la concurrencia de un específico de tipo homicida” y se le copia en lo demás.

Se reproduce el motivo 118°, pero en su párrafo segundo se sustituyen las locuciones “del Homicidio Frustrado” por “de las lesiones menos graves” y se suprimen más adelante en ese mismo acápite los vocablos “la vida y”; y, en el enunciado tercero, se reemplaza la frase “en contra del representante del ente persecutor” por “en contra de Carabineros”.

En la enumeración se segregan las referencias a los artículos 7°, 21, 28, 30, 68 y 70 del Código Penal.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que como ya se dejó establecido en el dictamen de nulidad precedente, las transgresiones de derecho que han movido a estos jueces a acoger la causal de nulidad del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, esgrimida por algunos de los recurrentes, se produjo en la calificación jurídica que los sentenciadores del tribunal oral en lo penal asignaron a los hechos que tuvieron por establecidos, en los términos que más adelante se señala.

SEGUNDO: Que, en efecto, el tribunal tuvo por acreditadas determinadas circunstancias que en caso alguno constituyen dolo directo, sino a lo sumo, dolo eventual, en la producción del resultado dañoso y al conocimiento que los agentes habrían tenido de la calidad de las víctimas de los ilícitos.

El tema no es menor, desde que tanto el artículo 268 ter del Código Penal como el 17 bis, N°2°, del Decreto Ley N°2.460, de mil novecientos setenta y nueve, Orgánico de la Policía de Investigaciones de Chile, describen sendos sujetos pasivos calificados respectivamente: un fiscal (o un defensor) y tres funcionarios de la Policía de Investigaciones, todos en el ejercicio de sus funciones; de modo que no basta con que los jurisdicentes supongan o presuman que los atacantes “no podían menos que saber” de la presencia del fiscal, puesto que

esa lucubración denota exactamente lo que reclama la defensa: dolo eventual, pero no dolo directo, propio de estos ilícitos con sujetos pasivos calificados. No hay atisbo en sus disquisiciones jurídicas que los agresores conocieran efectivamente la permanencia del fiscal y de los policías de Investigaciones en la caravana y que disparasen contra la fila con el ánimo de matar al primero y de lesionar a los detectives y aceptando –con dolo eventual– que también pudieran resultar heridos los Carabineros que los acompañaban, que reconocen era su intención. Por el contrario, cuando el tribunal dice que es tan grave atentar contra Carabineros de servicio que contra un fiscal, admite que los asaltantes arremetían contra este personal del orden público y si dentro de su proceso mental aceptan el riesgo de magullar a alguien más, el dolo eventual emerge con claridad respecto de esos otros, que en la especie no son otros que el fiscal y los detectives, pero ese ánimo no satisface las exigencias de los tipos penales calificados por los que resultaron condenados.

Sólo se ha dado por establecido por el Tribunal Oral la etapa objetiva de la tipicidad, cual es la presencia del fiscal y de los funcionarios de la policía de Investigaciones en el sitio del suceso, pero prescinden de todo desarrollo del razonamiento jurídico acerca de la fase subjetiva, el conocimiento de la permanencia de esos sujetos pasivos calificados al ser emboscados por los acusados y que éstos niegan.

TERCERO: Que cabe objetar todavía, que no parece lógico pretextar que los sujetos activos hayan observado una intención distinta frente a los ofendidos que integraban una hilera compuesta por varios móviles que transitaban en orden aleatorio y en la oscuridad; y, peor aún, para cinco personas que viajaban juntas en el interior de un coche, al extremo de sostener que en estas condiciones tan adversas para los ejecutores pudieran discernir a cuál de los ocupantes matarlo y sólo herir a los restantes pasajeros instalados en el asiento trasero, lo que no se concilia con ese animus neccandi directo inherente a la figura especial de homicidio sub iudice.

CUARTO: Que bajo este prisma, y al no hallarse fehacientemente concurrente dicho dolo directo sobre el conocimiento de la investidura de los sujetos pasivos calificados de los ilícitos por los encausados sólo subsiste el dolo genérico de lesionar propio de los injustos comunes descritos en el Código Penal, como lo solicita la defensa.

QUINTO: Que a pesar que la asesoría jurídica de Jonathan Huillical Méndez no planteó la causal de infracción de derecho acogida y que motiva el pronunciamiento de reemplazo, así como sólo la defensa de Llaitul pidió la recalificación tanto del ilícito cometido en la persona del fiscal como de los agentes policiales, de conformidad a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 360 del Código Procesal Penal, “...la decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás, a menos que los funda-

mentos fueren exclusivamente personales del recurrente, debiendo el tribunal declararlo así expresamente” y como no se trata de motivos particulares, sino que, por el contrario, de un elemento subjetivo que incide en el tipo penal por el que fueron todos condenados, se favorecerá también con la decisión, al referido Huillical y a los demás sentenciados en lo que concierne a la nueva calificación jurídica de los hechos punibles investigados.

SEXTO: Que se asentó en el fallo: “Que el día 16 de octubre de 2008, aproximadamente a las 00:30 horas, y luego que el Fiscal Adjunto del Ministerio Público Mario Elgueta Salinas, junto a personal de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile, todos en el ejercicio de sus funciones, habían ingresado al sector Puerto Choque en la comuna de Tirúa, a objeto de verificar una denuncia por el delito de robo con intimidación, y realizar las primeras diligencias en el domicilio del afectado José Santos Jorquera Rivas, una vez que la caravana de vehículos que trasladaba al referido Fiscal Adjunto, hacía abandono por la ruta del mismo sector, al pasar por el Cementerio Local, fueron atacados con armas de fuego del tipo escopeta, por un grupo de sujetos, los cuales se ubicaron, un grupo en las cercanías del cementerio, en tanto que el otro, justo antes del cruce de caminos allí existente, prevaleciéndose de lo aislado del lugar, la oscuridad reinante, las condiciones del terreno, y al hecho que la caravana tuvo que detenerse debido a la presencia de árboles cortados en el camino que

impedían el paso, procediendo a disparar de forma sostenida y reiterada en contra del Fiscal Adjunto Mario Elgueta Salinas, como asimismo, en contra de los demás funcionarios policiales que lo acompañaban, con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público, resultando lesionados como consecuencia de ello, el Fiscal Adjunto antes mencionado, con un impacto de perdigón en su mano derecha, de carácter leve, y asimismo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones Subcomisario Jorge Ogueda Fuentes, Inspector Walter Oyarce Vergara, y el Inspector Alejandro Rojas Rifo, todos ellos con lesiones de carácter grave, con un tiempo de incapacidad superior a treinta días, además de resultar lesionados los efectivos de Carabineros Sargento Primero Jorge Sepúlveda Sáez y Sargento Segundo Eladio Quiroz Silva.”

Si bien en este hecho se contempló la expresión “con el objeto de dar muerte al representante del Ministerio Público”, lo cierto es que ella se inserta en el estadio objetivo del tipo que no es suficiente para la correcta calificación jurídica del hecho punible, pues resulta imprescindible el análisis del período subjetivo del tipo, que el veredicto impugnado no desarrolló, en aquél ingrediente objetivo y aquí radica el error con influencia sustancial en la decisión que autoriza la invalidación.

SÉPTIMO: Que las lastimaduras sufridas por el fiscal fueron sólo leves en concepto del médico que las examinó, razón por la cual se comprenden en la noción general y resi-

dual de menos graves, pero pese a no haberse demostrado por los jueces del Tribunal Oral en lo Penal que los enjuiciados sabían que atentaban contra un fiscal, sí estaban conscientes que lo hacían contra Carabineros, y era su voluntad declarada, de modo que, sea como fuere, resultó ofendida una autoridad pública distinta, pero magistratura finalmente, circunstancia que impide calificar el injusto en el tipo especial del artículo 268 ter, que realiza la acusación, aunque de acuerdo con el artículo 1°, inciso tercero, del Código Punitivo, inscribe la conducta ilícita en la figura del artículo 401 del mismo estatuto, que reprime a los autores de ese delito con presidio o relegación menores en su grados mínimos a medios.

En cambio, las heridas recibidas por los funcionarios de la Policía de Investigaciones, Ogueda, Oyarce y Rojas fueron simplemente graves, con un tiempo de incapacidad superior a treinta días, y entonces hallan su correcta calificación en el artículo 397, N°2°, del Código Penal, castigadas con presidio menor en su grado medio.

OCTAVO: Que por haber incurrido los encartados en reiteración de simples delitos de la misma especie, a saber: lesiones simplemente graves a tres detectives y menos graves al fiscal, se regulará la penalidad en la forma señalada en el artículo 351 del Código Procesal Penal, por resultarles una condena menor que con el sistema de la acumulación aritmética y dado que las heridas sufridas por los funcionarios de Investigaciones tienen asignadas una sanción mayor,

se tomará como base cualquiera de éstas, consistente en presidio menor en su grado medio, reconociendo la modificatoria de responsabilidad que beneficia a los imputados Huenuche, Huillical y Llanquileo y sin modificatorias para Llaitul, para luego elevarla en un tramo, en virtud de la reiteración y así se obtiene el castigo corporal y temporal único de presidio menor en su grado máximo a aplicar en definitiva por los cuatro delitos de lesiones de que se trata.

Más, dentro de la extensión permitida, se determinará la penalidad así lograda teniendo en cuenta la minorante que obra a favor de tres sentenciados.

Por estas consideraciones y visto, además lo previsto en los artículos 24, 26, 29, 47, 67, 397, N°2°, y 401 del Código Penal y 360, 373 y 385 del Código Procesal Penal, **se declara, que se condena** a los acusados Ramón Esteban Llanquileo Pilquimán, José Santiago Huenuche Reiman y Jonathan Sady Huillical Méndez a la pena única temporal de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, y a Héctor Javier Llaitul Carrillanca, a la pena única de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, por su respectiva responsabilidad de autores de los delitos reiterados de lesiones simplemente graves inferidas a los funcionarios policiales Jorge Ogueda Fuentes, Walter Oyarce Vergara, y Alejandro Rojas Rifo y menos graves causadas al fiscal Mario Elgueta Salinas.

Se les impone también las accesorias de inhabilitación absoluta per-

petua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de cada condena.

La sanción principal aplicada deberán purgarla a continuación de aquella que se les infligió por su responsabilidad de autores del delito de robo con intimidación que sufrieron por la sentencia que se anuló parcialmente.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados y prueba rendida en esta instancia.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°2921-11.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el abogado integrante Sr. Mauriz, 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.

En Santiago, a tres de junio de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

MODELO DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Equipo OPA

División de Atención a Víctimas y Testigos¹

Presentación

De manera creciente la complejidad del trabajo que le corresponde realizar a las fiscalías ha ido aumentando, no sólo en su dimensión cuantitativa, sino también cualitativa. La diversidad de variables que influyen en los fenómenos delictuales y de victimización, han tornado altamente compleja la intervención, especialmente en los delitos cometidos en contextos como la violencia intrafamiliar, o en casos de crimen organizado. Esto ha llevado a la necesidad de repensar la forma en que se organiza la intervención con los principales usuarios, es decir, las víctimas y testigos.

La atención de víctimas y testigos se caracterizó desde un principio, por un modelo de “atención integral”, con una perspectiva de intervención que iba más allá de la satisfacción de necesidades susceptibles de abordar por la Fiscalía. Esta situación dificultó la adecuada focalización de la acción institucional con estos usuarios y la utilización racional de los recursos existentes, entregando una atención especializada sólo a un porcentaje menor de víctimas y testigos, quedando la gran mayoría de los usuarios sin la posibilidad de recibir servicios especializados y ajustados a sus necesidades.

Por otro lado, diversos estudios (DAVT, 2003, Adimark, 2005 y 2006, IPSOS 2007, ENUSC 2008), sitúan la información y la protección como dos de las necesidades centrales para la ciudadanía en el contexto de su paso por el proceso penal, el cual puede generar altos niveles de estrés y reticencia a participar. La satisfacción de estas necesidades resulta estratégica, dado que aborda los requerimientos del usuario, facilitando su participación en el proceso penal y beneficiando al sistema en su conjunto.

Al hacer este diagnóstico, la Fiscalía pone de manifiesto que la temática de la atención a víctimas y testigos está en el centro de las preocupaciones institucionales, siendo incorporada como uno de los temas centrales en el Plan Estratégico Institucional 2009-2015.

El diseño de un modelo de atención que sea capaz de precisar cuáles son los servicios que a la Fiscalía le corresponde entregar, la definición de los procesos de trabajo para la implementación de los mismos y el establecimiento de protocolos de atención que garanticen su eficiencia y calidad, se transforma en los

1 Conformado por Marcela Abarca, psicóloga, María Loreto Cuadra y María Araya, técnicos; Enrique Zelaya, sociólogo, y Sergio Fuentes, ingeniero en control de gestión.

objetivos centrales del Modelo de Atención a Víctimas y Testigos propuesto por la División de Atención a Víctimas y Testigos (DAVT) de la Fiscalía Nacional. Si bien los servicios incluidos en este modelo son los que tradicionalmente el Ministerio Público ha brindado a sus usuarios, lo nuevo que se plantea es fijar estándares para la entrega de estas prestaciones, unificando a nivel nacional la forma y el contenido de las mismas, centrándose no sólo en la eficacia y eficiencia sino también en la calidad de éstos, a través del diseño de procedimientos claros tanto al interior de la institución como con los organismos externos.

Este documento contiene la propuesta conceptual y operativa del nuevo Modelo de Atención a Víctimas y Testigos, que reestructura los procesos de trabajo al interior de las Fiscalías y redefine los roles que cada funcionario deberá cumplir, para la entrega de los servicios definidos. Se definirá el Modelo General, siendo necesario señalar que se han desarrollado procedimientos especializados para grupos de usuarios con mayor riesgo y vulnerabilidad, como es el caso del Modelo de Atención Inmediata a Víctimas de Violencia Intrafamiliar, expuesto en el número anterior de esta revista, y el Modelo de Atención Especializada para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar.

Modelo de atención a víctimas y testigos

I. Antecedentes

El diseño organizacional que la Fiscalía asumió desde el inicio de la Reforma, situó la atención de víctimas y testigos en las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT), unidades especializadas, cuya función se desarrolló respecto de usuarios con un alto grado de vulnerabilidad y riesgo, estando caracterizada por los siguientes aspectos:

- a. La URAVIT se abocó a la atención de víctimas y testigos con mayor grado de vulnerabilidad y riesgo, correspondiendo a alrededor de un 3% del total de usuarios. Esta función, de gran especialización y focalización, se comenzó a desarrollar de manera aislada del resto de la Fiscalía. Este modelo, que estableció una forma estandarizada de atención, no logró generar procesos de trabajo diferenciados respecto de los delitos o de las necesidades de las víctimas o testigos. Para el resto de los usuarios (97%), no existían modelos o procesos de trabajo para conocer y responder a sus necesidades de orientación, protección o apoyo.
- b. Uno de los objetivos principales de las URAVIT fue evitar la victimización secundaria. De esta forma, su trabajo consistió también en protegerla de “los males del proceso penal”, incluyendo aquellos de responsabilidad de la

- Fiscalía. Esto llevó, en algunas ocasiones, a dificultades en la compatibilización de sus objetivos con los de la persecución penal.
- c. Debido a las características de las víctimas atendidas por las URAVIT, y considerando la escasa red de reparación existente, se subsidió la atención en este ámbito, haciéndose cargo a través de la atención directa (atención integral) o con el pago de este servicio a la red privada.
 - d. El modelo de atención desarrollado por la DAVT y las URAVIT, tenía como fundamento la integralidad, comprendiendo atención psicológica y social. Esta atención implicaba un fuerte despliegue de recursos humanos, interviniendo muchas veces en aspectos más allá de los requerimientos de participación en el proceso penal, por la necesidad de subsidiar la falta de servicios públicos para atención de reparación de los daños médicos, psicológicos y sociales.
 - e. Si bien todas las fiscalías en la práctica atienden cotidianamente a los usuarios, y muchas de ellas desarrollan modelos, procedimientos o incluso metas en materia de atención a usuarios, no se puede decir que la Fiscalía de Chile contara con un sistema único de atención a usuarios.

II. Marco referencial

1. Plan Estratégico para el Ministerio Público

Dentro de la visión y misión institucional definidas por el Fiscal Nacional en el Plan Estratégico del Ministerio Público, se establece la relevancia de alcanzar estándares respecto de eficacia y eficiencia en la atención a víctimas y testigos, adoptando las medidas que sean necesarias para ello.

Teniendo esta perspectiva como inicio, el Plan Estratégico establece dentro de sus lineamientos estratégicos el *potenciar la Atención y Protección a Víctimas y Testigos*, generando políticas que faciliten la participación de estos usuarios en el proceso penal, a través de la entrega de servicios de orientación, protección y apoyo, y gestiones conducentes a la evaluación oportuna de las necesidades de estos usuarios desde el inicio del proceso, favoreciendo una entrega de servicios eficiente.

Se busca lograr una mayor confianza por parte de la ciudadanía, garantizando gestiones que promuevan el pleno ejercicio de sus derechos, lo que se plasma en el segundo *Objetivo Estratégico* definido en el Plan, y que busca “*mejorar la percepción y satisfacción de los usuarios, a través de la implementación y consolidación de un modelo orientado a una atención oportuna y que genere canales de comunicación recíproca entre la institución y sus usuarios, especialmente a las víctimas y testigos*”. Este modelo de atención implica el desarrollo de modelos organizacionales, de trabajo y tecnológicos que apoyen y faciliten la atención de los

usuarios y generen crecientes niveles de confianza en ellos, fundamentalmente con el propósito de obtener su máxima colaboración en la persecución penal.

La comprensión de la relevancia de las víctimas y testigos en el proceso penal, y la visibilización de las necesidades diversas que estos usuarios tienen dentro de las distintas etapas del proceso, se aborda dentro del Plan como una estrategia de acción general, buscando superar las limitaciones de cobertura y de atención especializada existente previamente, estableciendo como Proyecto Estratégico para toda la institución, el asegurar un contacto oportuno y permanente con las víctimas, satisfaciendo sus necesidades de atención, protección y apoyo.

Así, el modelo de atención a víctimas y testigos, busca, en coincidencia con el Proyecto Estratégico definido, la elaboración de un modelo de atención general a todas las víctimas y testigos, entregando servicios de atención, protección y apoyo, adecuados a la etapas del proceso en que se encuentran, y el desarrollo de modelos de atención especializados y diferenciados de acuerdo a las necesidades de las víctimas y testigos que se evalúen más vulnerables, favoreciendo con ello la optimización de los recursos existentes en función de la misión y objetivos institucionales. Con esto se acentúa la transversalización de la función de atención y protección de víctimas y testigos, el aumento de cobertura de atención, la estandarización de los servicios ofrecidos y de su calidad, y una atención diferenciada en situaciones de vulnerabilidad.

Dentro de esta línea, el Plan Estratégico releva la utilización de sistemas tecnológicos que faciliten los objetivos planteados, considerando la implementación de una plataforma de comunicación a nivel nacional (*call center*), favoreciendo con ello un flujo oportuno y permanente de información entre víctimas y testigos y la Fiscalía, mejorando, uniformando y estandarizando la comunicación y recolección de información con los usuarios.

2. Marco normativo

Cuerpos normativos diversos, enmarcan y especifican el rol que la Fiscalía asume respecto de su vinculación con las víctimas y testigos, teniendo como eje central el mandato constitucional que nuestra carta fundamental le entrega, esto es, el deber de protección, consagrado en el artículo 83, inciso primero de la Constitución Política de la República, al señalar: “*le corresponderá (al Ministerio Público) la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos*”.

Coherentemente con este cometido, existen otras disposiciones de nuestro ordenamiento, pero de distinto nivel jerárquico, que reafirman este deber de protección de manera explícita. Además, existen normas que se refieren a otras obligaciones que el Ministerio Público tiene respecto de las víctimas y

testigos, tales como las de atención e indemnización, según las necesidades de cada caso en particular.

A. LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO – LEY 19.640

En el marco de la Ley Orgánica 19.640, tres son los artículos que aportan para encuadrar su accionar, el artículo 1° que define al Ministerio Público y sus funciones, en particular aquella función que dice relación con la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos; y los artículos 20 letra f) y 34 letra e), que se refieren a la creación y objeto de la División Nacional de Atención a Víctimas y Testigos y de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos, cuya función es velar y dar cumplimiento respectivamente, a las tareas que, concernientes a víctimas y testigos, la ley procesal penal encomienda al Ministerio Público.

B. NORMAS INTERNACIONALES

Distintos tratados internacionales ratificados por Chile, sirven de sostén a la labor y quehacer de la Fiscalía, dentro de los más relevantes se cuentan la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que establece el deber de protección de niños y niñas, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará). Además, existen declaraciones y recomendaciones adoptadas por organismos internacionales y dirigidas a los Estados (soft law) que abordan los derechos de las víctimas y testigos de delitos y las responsabilidades que debieran asumir los Estados frente a ellas. Si bien no son jurídicamente vinculantes, tienen gran peso en la comunidad internacional. Sin duda, la de mayor importancia es la Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, de 1985, que trata específicamente el tema.

C. NORMAS CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El actual sistema de justicia penal otorga a la víctima un rol de mayor preponderancia y participación, señalando expresamente sus derechos y la forma de impetrarlos, así lo evidencia el artículo 109 del Código que entrega un catálogo de derechos a su favor. A su vez, el sistema coloca al Estado y al Ministerio Público en particular, ante un deber de protección frente a víctimas y testigos que participan en el proceso penal.

Es así como los artículos 6°, 78° y 308° inciso segundo del Código Procesal Penal se refieren a este deber de protección, circunscribiendo en los dos primeros tal obligación exclusivamente a las víctimas de delitos durante todas las etapas del procedimiento penal y, el último, a los testigos antes o después de prestada su declaración.

Tal como se señalara anteriormente, este deber de protección no es la única obligación para con las víctimas y los testigos que tiene el Ministerio Público, existen también otras normas al interior del mismo cuerpo legal, tales como aquellas que se refieren al deber de facilitar a las víctimas su intervención en el proceso penal o de indemnizar a los testigos la pérdida que les ocasione su comparecencia al juicio, contenidas en el artículo 78° y 312°, respectivamente.

Especial mención merece el nuevo artículo 191 bis, incorporado al Código Procesal Penal con ocasión de la última modificación contenida en la Ley 20.253, referida a la anticipación de prueba de menores de edad, cuando éstos fueran víctimas de delitos sexuales.

III. Principios orientadores

1. Excelencia en la atención. Este principio rector de la actuación de la Fiscalía de Chile, requiere para su cumplimiento que la atención a los usuarios sea:

- a. **De calidad:** La atención debe tomar en cuenta los requerimientos específicos del usuario y estar organizada para satisfacer los mismos en el contexto propio de la misión institucional y marco legal, considerando sus derechos y deberes, tanto en el trato como en las actividades propias de su quehacer cotidiano. Para lo anterior, la institución definirá estándares de calidad posibles de entregar en la atención al usuario y sus fiscales y funcionarios garantizarán el cumplimiento de tales compromisos.
- b. **Oportuna.** La atención o el servicio entregado por fiscales y funcionarios debe ser dentro de plazos razonables, establecidos previamente, conocidos por el usuario y definidos según el tipo de requerimiento.
- c. **Eficaz.** La atención o servicio entregado por fiscales y funcionarios debe estar orientado a satisfacer, dentro del marco regulatorio institucional, el requerimiento del usuario.
- d. **Trato digno.** Los fiscales y funcionarios deben brindar una atención amable, respetuosa y empática a los usuarios teniendo siempre presente la dignidad de la persona.

2. Estandarización. En virtud de este principio, la atención que se brinde a usuarios de similares características, para los mismos servicios (productos), independientemente de la fiscalía de que se trate, deberá considerar procesos homogéneos con el mismo estándar de calidad en todo el país.

3. Transversalidad. La atención de usuarios debe ser responsabilidad de la fiscalía en su conjunto y asumida así por cada uno de los fiscales y funcionarios de acuerdo al tipo de servicio entregado y el proceso definido para el mismo, con lo cual cada área actúa en el marco de su responsabilidad, pero

siempre de forma coordinada, con el fin de que estas acciones tengan resultados óptimos.

4. Atención no discriminatoria. Los fiscales y funcionarios deben considerar en su trato a todas las personas como iguales indistintamente de su sexo, condición social, raza, credo, nacionalidad, profesión, actividad u oficio, del grupo o sector social a que pertenezca u otro factor distinto de su calidad de usuario de la Fiscalía de Chile.

5. Transparencia. De acuerdo a este principio cualquier ciudadano que lo requiera, dentro de la normativa legal vigente, pueda tener acceso a los actos de la institución, excluyéndose aquellos que tengan el carácter de reservados, según la misma normativa.

IV. El nuevo modelo

1. Características

Considerando lo anteriormente descrito, se hizo necesario diseñar un nuevo Modelo de Atención, que permitiera –mediante una intervención diferenciada y transversal–, contribuir a la satisfacción de las distintas necesidades que los usuarios experimentan en su paso por el sistema penal, focalizando la intervención en el aspecto proteccional. Se espera de esta forma que los usuarios mantengan su interés por participar en el proceso penal, mejoren su desempeño en las diversas instancias judiciales y todo ello, redunde en una positiva evaluación del servicio que presta la Fiscalía.

Esto implica lo siguiente:

- a. Transversalización de la función de atención y protección de víctimas y testigos*, extendiéndola a los operadores de la Fiscalía (fiscales, administrativos, técnicos y profesionales), cada uno con distintas funciones, niveles de especialidad y responsabilidad; ésto en el entendido que todos comparten la misma misión y funciones inherentes al Ministerio Público: la investigación, la persecución penal y la atención y protección de víctimas y testigos, funciones igualmente importantes y complementarias, que deben ser equilibradas en cada caso concreto.
- b. Atención diferenciada y especializada*, pensada para víctimas y testigos, de acuerdo a sus necesidades concretas en relación al tipo de delito y a la etapa del proceso que enfrentan.
- c. Estandarización de los servicios ofrecidos* y de la calidad de los mismos, que el Ministerio Público entrega a víctimas y testigos, ésto a través del diseño de procedimientos claros y de protocolos de interrelación entre los diferentes actores.

d. *Cobertura total de atención*, es decir, la entrega de servicios a la totalidad de las víctimas y testigos, siempre de acuerdo a sus necesidades y a la etapa del proceso.

2. Objetivos

Los objetivos del Modelo son los siguientes:

A. OBJETIVO GENERAL:

Incentivar la participación de víctimas y testigos en el proceso penal, mejorando los sistemas de atención.

B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- i. Orientar a víctimas y testigos, mediante la entrega de información requerida por ellos, en concordancia con la etapa del proceso penal en que se encuentran.
- ii. Proteger a víctimas y testigos, en función de los resultados de evaluaciones de intimidación y/o riesgo.
- iii. Apoyar a víctimas y testigos durante el proceso penal y, especialmente, en su participación en Juicio Oral.

3. Descripción

El Modelo General de atención a víctimas y testigos de la Fiscalía, se organiza en una serie de *servicios* que se ofrecen a los usuarios que participan en el proceso penal, orientados a responder a sus necesidades específicas en cada etapa del mismo, con el fin de incentivar su participación, los que se encuentran estructurados en la denominada “**Ruta del usuario**”.

Los servicios ofrecidos se pueden agrupar en servicios de **orientación, protección y apoyo** a víctimas y testigos, que engloban las funciones que debe cumplir la Fiscalía a su respecto, de acuerdo a lo establecido en la ley y a los instrumentos internacionales que abordan el tema.

4. Los servicios

A. ORIENTACIÓN

Para la mayoría de las personas, los aspectos penales y procesales penales les son desconocidos y esta percepción se agudiza al momento de enfrentarse con el sistema penal, provocando incertidumbre y resistencias a participar. Por lo tanto, una de las principales necesidades de las víctimas y testigos es *la información*. Sin embargo, la sola entrega de contenidos no es suficiente

para que la persona se sienta satisfecha, requiriendo información específica, que responda a sus necesidades. Por ello, se hablará de orientación, entendiéndola como “Informar a alguien de lo que ignora y desea saber, del estado de un asunto o negocio, para que sepa mantenerse en él” (RAE), es decir, la entrega de la información específica, que le ayude a conocer el proceso en el cual debe participar, que lo guíe en la toma de decisiones y que disminuya la incertidumbre².

Esta orientación debe responder a las necesidades de la víctima o testigo, en concordancia con la etapa del proceso en la que se encuentra, requiriendo orientación más específica en la medida que aumenta su nivel de participación. De esta forma, la orientación requerida al inicio, por ejemplo, cuando la víctima o testigo es llamado a declarar a la Fiscalía, es menor y más general que la que requiere cuando debe participar declarando en un Juicio Oral.

Incluye además, la entrega de información respecto de la oferta de atención existente en la red de instituciones públicas o privadas que puedan responder a las necesidades de reparación de las consecuencias del delito.

B. PROTECCIÓN

Una vez ocurrido un delito existe la posibilidad que los imputados o familiares de éstos realicen acciones para intimidar o amenazar con causar daño a víctimas y testigos, con el fin de hacerlos desistir de la denuncia, de su participación en el proceso de investigación, o de su declaración en un Juicio Oral. También existen delitos que, por formar parte de procesos psicosociales de mayor complejidad, implican la probabilidad de que esas víctimas sean afectadas por un nuevo atentado en un futuro próximo.

Para proteger a las víctimas y testigos, es necesario evaluar la situación en que se encuentran y, considerando sus resultados, implementar oportunamente las medidas de protección que sean necesarias.

C. APOYO

Participar en un proceso penal puede ser difícil para los usuarios, no sólo por el impacto emocional que conlleva, sino también por la inversión de tiempo y de recursos. Considerando la importancia que para la administración de justicia tiene el rol que cumplen las víctimas y testigos, es necesario entregar un servicio tendiente a facilitar su participación, de acuerdo a las necesidades que surjan en su paso por el proceso penal, como por ejemplo, la entrega de recursos para movilización necesaria en el desarrollo de diligencias, cuando el usuario no tiene recursos para ello.

2 El Código Procesal Penal establece que los fiscales están obligados a entregar información a la víctima acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debe realizar para ejercerlos.

5. Funcionamiento

La prestación de los servicios de orientación, protección y apoyo es transversal, es decir, todos los operadores de la Fiscalía los entregan, teniendo, de acuerdo a su función, un momento diferente en *la ruta del usuario* donde realizar esta tarea. La implementación de los servicios es diferenciada, ya que responderá a las necesidades específicas de cada víctima o testigo. A continuación, se describen las etapas en que se operacionaliza la entrega de los servicios:

A. DENUNCIA³

La gran mayoría de las denuncias de delitos son realizadas en carabineros, existiendo procedimientos regulados para este proceso, que incluyen la incorporación de los antecedentes básicos en el parte, las acciones a realizar dependiendo del tipo de delito, el riesgo, etc., como su remisión a la Fiscalía en tiempos predeterminados.

Siendo la puerta de entrada más frecuente al sistema penal, se evalúa altamente pertinente que sea en esta instancia en que se entregue orientación a víctimas y testigos respecto de los servicios que entrega la Fiscalía y la forma de acceder a ellos. Para este objetivo se requiere que las Policías entreguen la Cartilla “Mantengámonos en Contacto”. Los funcionarios policiales deben, junto con la entrega de este material, orientar respecto de las posibles acciones de protección previas a la intervención de la Fiscalía (funcionamiento del Plan Cuadrante, por ejemplo) e incentivar la utilización del *Call Center* como forma prioritaria de contacto con la Fiscalía.

La Fiscalía, en conjunto con las policías le entrega
Orientación, Protección y Apoyo

Luego de 48 horas hábiles, usted podrá obtener, llamando al Call Center:

RUC de la Causa: _____

Para recordar
N° Plan Cuadrante de Carabineros o Unidad Policial

www.fiscaliadechile.cl

Mantengámonos en contacto...
su colaboración es importante

Call Center
600 333 0000

Luego de 48 horas hábiles de haber realizado la denuncia Ud. podrá contactarse telefónicamente con la Fiscalía al 600 - 333 0000, para solicitar:

- Datos de la causa
- Estado y avance de la causa
- Orientación general sobre el proceso penal
- Copia de documentos
- Información sobre retiro o reconocimiento de especies
- Hora de citación o su modificación
- Aportar información sobre una causa

DATOS DE LA DENUNCIA

N° de Parte _____

Unidad Policial _____

Fiscalía Local _____

Dirección _____

Call Center
600 333 0000

Horario de Atención
Lunes a Viernes • 08:30 a 18:30 hrs.

3 En los casos de violencia intrafamiliar, la entrega de servicios es especializada, centrada en el contacto prioritario con las víctimas para la evaluación de riesgo oportuna y la implementación de medidas de protección efectivas, por lo que considera procedimientos específicos.

B. ETAPA TOMA DE DECLARACIÓN O DENUNCIA EN LA FISCALÍA

La toma de declaración es, en la mayoría de los casos, el primer contacto formal y personal que el usuario tiene con la Fiscalía, siendo por ello necesario priorizar en este momento la entrega de los servicios que el Modelo define.

El funcionario o fiscal que tome la declaración al usuario, le hará entrega de la Cartilla “Guiamos sus pasos”, la que se espera lo acompañe durante su participación en el proceso penal. Además de entregar la Cartilla, le explicará sus contenidos, en un lenguaje claro y preciso. Se utilizará su gráfica para explicar el proceso penal en el cual el usuario está participando, sus etapas y posibilidades de término. Además, le informará de la función del call center y le entregará el número de teléfono de Carabineros (Plan Cuadrante o Comisaría) correspondiente al domicilio, o reiterará esta información si la denuncia se realizó previamente en las Policías.

Con la información obtenida en la declaración, se completará la “Pauta de evaluación de intimidación”⁴ y según sus resultados, se implementarán las medidas de protección pertinentes. En los casos de intimidación “alta”, el sistema informático informa de manera inmediata a la URUVIT para que esta Unidad evalúe el riesgo e implemente las acciones de intervención especializada.

Respecto al servicio de apoyo, se evaluarán las necesidades que en este ámbito cada usuario manifieste, tales como necesidades de traslado, alimentación, u otras, reguladas en sus requisitos y procedimientos por el Reglamento de Aportes Económicos (RAE)⁵.

Además, en los casos en que el usuario requiera atención de la red social, se procederá a referenciar al usuario, es decir, a entregarle información de la red de apoyo social a la que puede acceder.

La infografía está dividida en varias secciones:

- Denuncia:** Incluye íconos de la Fiscalía, PDI y Carabineros.
- Investigación:** Lista acciones como 'Toma de declaración', 'Órdenes de Investigar', 'Peritaje', 'Diligencias de Investigación' y 'Otras Diligencias'.
- Tipos de Término:** Muestra opciones como 'Principio de oportunidad', 'Activa Prescripción', 'Acción Reparatoria', 'Suspensión Condicional del Procedimiento', 'Subsistencia', 'Exclusión de No Persecución' y 'Procedimiento Monitorio'. También incluye botones para 'AJUD', 'Almudado', 'Simplificado' y 'Dud'.
- Guiamos sus pasos...:** Incluye un formulario con campos para 'RUC' y 'Fiscal', y el número de 'Call Center 600 333 0000'.
- Como víctima tiene derecho a...:** Lista 10 derechos: 1. Ser atendida, 2. Recibir un trato digno, 3. Denunciar el delito, 4. Ser informada, 5. Solicitar protección, 6. Obtener reparación, 7. Ser escuchada, 8. Interponer querrela, 9. Participar en el proceso, 10. Reclamar.
- Testigo es la persona que tiene conocimiento de los hechos...** Explica los deberes de un testigo, como asistir a las citaciones y declarar la verdad.
- Como testigo tiene, entre otros, los siguientes derechos:** Lista derechos como 'Ayuda a las citaciones del fiscal', 'Ser protegido en caso de mediar una situación de riesgo', 'El pago de traslado y habitación para acudir al juicio oral', y 'Informar a la Fiscalía de cualquier cambio de situación'.
- Infórmese:** Menciona que la Fiscalía cuenta con un centro de consultas (Call Center) y proporciona el número 600 333 0000.
- Anotaciones:** Incluye una tabla con columnas para 'Fecha' y 'Actividad'.

- 4 Que permite evaluar niveles de intimidación, para la definición de medidas de protección y la derivación a la URUVIT.
- 5 La Fiscalía cuenta con un Fondo de Recursos para el Financiamiento de Prestaciones de Protección y Apoyo, tales como transporte, terapia privada, caracterizaciones, arriendos, alarmas personales, etc.

C. ETAPA INTERMEDIA

Posterior a la denuncia, es posible que sea necesaria la realización de diversos procedimientos y diligencias como parte del proceso de investigación, que requieran la participación del usuario. Durante este proceso la Fiscalía debe hacer entrega de los servicios en el momento en que se requieran. Por ejemplo, existen procedimientos para orientar a los usuarios que acuden al Ministerio Público (respecto del proceso penal y de los servicios que la red de atención pueda entregar), así como también para evaluar el nivel de intimidación y tomar las medidas de protección pertinentes durante esta etapa. Cuando la realización de las diligencias o procedimientos requieran del apoyo para lograr la participación de víctimas y testigos, se entregan las prestaciones del FAE que correspondan (traslado, alimentación, atención médica, apoyo social, etc.), de acuerdo al reglamento del Fondo.

En esta etapa cumple un rol fundamental el *call center*⁶, cuya utilización debe ser promovida por los atendedores. Los agentes del centro de llamados están capacitados para responder a las preguntas de los usuarios, y para solicitar en las Fiscalías Locales, según corresponda, la información que no tengan disponible. Además, las agentes seniors⁷ recogerán información para completar la “Pauta de evaluación de intimidación” y “Pauta de evaluación de riesgo” en los casos pertinentes, transfiriéndolos a las Fiscalías Locales para la toma de las medidas de protección requeridas.

D. JUICIO ORAL

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 sólo reticencia e intimidación, sino que también situaciones reales de riesgo. En este sentido, se establecieron 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, actividad que realiza un funcionario capacitado para ello, de manera telefónica o presencial. En este momento, se le entrega información respecto de la realización del juicio oral, y se orienta respecto de su participación. Se evalúa la necesidad de implementar medidas de protección, antes o durante el juicio, y se establecen las necesidades de apoyo (preparación, traslado, alimentación, indemnización, etc.).

6 Actualmente, el *Call Center* es administrado por la empresa Atento, que se adjudicó este contrato a través de una licitación pública. Los agentes que atienden los llamados son técnicos jurídicos, que fueron capacitados por profesionales de la Fiscalía en los aspectos penales.

7 Los agentes seniors son funcionarios de la Fiscalía Nacional.

La intervención se hará efectiva desde la realización de la Audiencia de Preparación de Juicio Oral ante el Tribunal de Garantía, ya que inmediatamente después de conocer que testigos serán presentados por el fiscal en el juicio oral, todos los usuarios deben ser contactados para la evaluación de sus necesidades. Se mantiene un flujo de información permanente con los testigos hasta la realización del juicio, y se coordinan las acciones pertinentes. Terminado el proceso penal, se informa a las víctimas y si es posible también a los testigos que hayan participado de la audiencia, la sentencia respectiva.

V. Proceso de implementación regional

En el año 2008, la Fiscalía Regional de Coquimbo inició la implementación piloto del Modelo. El año 2009, ya con procesos de trabajo definidos y con un sistema inicial de apoyo informático, cinco regiones se unieron en el desafío de mejorar la atención de víctimas y testigos a través de la entrega de servicios OPA.

La experiencia de implementación de estas regiones fue fundamental para mejorar las condiciones en que las regiones de Tarapacá, Atacama, Aysén y Magallanes, iniciaron este proceso en el año 2010.

Paralelamente la DAVT, en conjunto con la División de Administración y Finanzas (DAF) y la División de Informática (DINF), comenzó la elaboración de un nuevo sistema informático de apoyo al modelo, que facilitara la acción de los operadores de la Fiscalía, y que permitiera unir en un mismo sistema, las acciones de atención (toma de declaración, entrega de cartilla, registro de pautas de intimidación y riesgo, registro de contactos y medidas de protección), y la solicitud, autorización, entrega y pago de prestaciones del Fondo de Aportes Económicos a Víctimas y Testigos (prestaciones de protección, como entrega de alarmas, celulares, traslados, mejoramiento en las condiciones de seguridad de las viviendas, pago de arriendo, etc. y de apoyo, como pago de indemnización de lucro cesante, traslados, alojamiento y alimentación para la participación en juicio oral o diligencias de investigación, entre otras). Este sistema informático se probó desde abril de este año en las Fiscalías Oriente, Los Lagos y Aysén. En octubre iniciarán su utilización todas las regiones que han implementado el proyecto OPA a partir del 2008-2009, así como la región de Valparaíso y la Metropolitana Occidente, que iniciarán el proyecto utilizando este sistema.

Cabe señalar que un hito importante para la implementación a nivel nacional, fue la extensión del *Call Center* en marzo del año 2011 a todas las regiones del país.

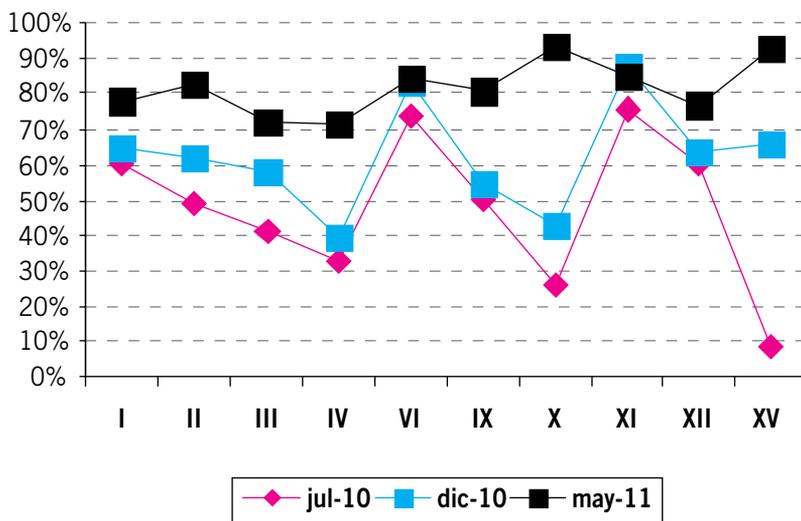
Se ha programado para el mes de diciembre el inicio del proyecto con el uso del sistema, en las cinco regiones restantes: las metropolitanas Centro Norte y Sur, Maule, Bío Bío y Los Ríos.

La implementación de este modelo consideró un proceso de sensibilización inicial en las Fiscalías, a cargo de los equipos directivos. El proyecto OPA requiere de un nuevo modo de enfrentar la atención de víctimas y testigos, ya que cada funcionario debe asumir responsabilidades en este ámbito, considerando su rol y funciones determinadas por la organización regional. Además, requirió de procesos de capacitación inicial realizados por la DAVT y DAF, para la implementación del proyecto, que se centró en la formación de monitores o replicadores que posteriormente traspasaron los procesos de trabajo a los funcionarios locales. De igual forma, la implementación del nuevo sistema informático requirió de una capacitación intensiva a líderes regionales, con el fin de que conocieran cabalmente el sistema, de manera que pudieran replicar los contenidos a los operadores Locales. Este proceso de capacitación fue realizado por funcionarios de la DAF y de la DAVT, además la DAVT elaboró una serie de herramientas con fines educativos que permitirán apoyar las capacitaciones regionales, como por ejemplo una nueva intranet que contiene videos explicativos, presentaciones, documentos, preguntas frecuentes, entre otros. Todas estas iniciativas, junto con el apoyo de los directivos de la Fiscalía Nacional y la excelente disposición de las regiones, ha sido un factor crítico de éxito en el proceso de la implementación.

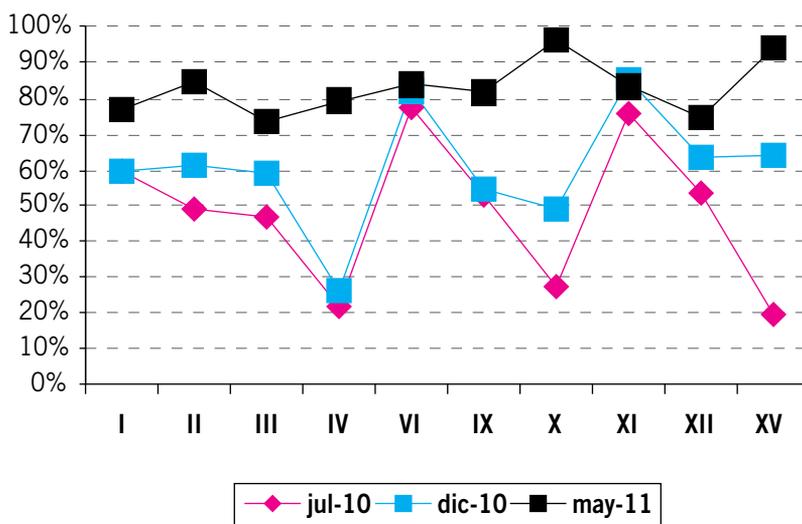
Sistema de control y seguimiento

Una de las funciones de la DAVT consiste en asesorar a las fiscalías en la implementación de los proyectos. En este ámbito, la División se ha hecho cargo del seguimiento, así como de proveer información para el control de las acciones consideradas en el modelo. De esta forma, se definieron indicadores de gestión operativa, que permitieron a las fiscalías tener información del cumplimiento de las principales acciones definidas, esto es entrega de cartilla, aplicación de la Pauta de Intimidación o Riesgo, según corresponda, para las víctimas y testigos que declaran en la Fiscalía, la implementación de medidas de protección en casos de intimidación alta y el tiempo de respuesta de las fiscalías locales a los requerimientos escalados por el *Call Center*. Al inicio de la implementación en el año 2009, no estaba la posibilidad de levantar estos datos, desconociendo, la mayoría de las regiones, sus resultados. Esto generó la imposibilidad de aplicar estrategias de retroalimentación para los operadores, lo que resultó en un bajo desempeño en todas las regiones que no implementaron sistemas internos de control. Una vez que la DAVT inició la entrega de información mensual, cada Fiscalía comenzó a implementar acciones para mejorar los indicadores, prioritariamente centradas en profundizar la capacitación a los operadores. Sólo cuando se pudo entregar información detallada por funcionario, se presentó un mejoramiento considerable en los resultados, ya que las estrategias se centraron en la retroalimentación y apoyo directo a los funcionarios que no cumplían con las acciones de entrega de los servicios.

Los gráficos que se presentan a continuación muestran los principales resultados en la implementación de las actividades más importantes del modelo, de las 10 fiscalías que han implementado el proyecto OPA.



Respecto a la entrega de cartilla, vemos que todas han mejorado su desempeño, llegando a entregar este servicio a más del 70 % de las víctimas y testigos que declaran en las fiscalías locales, obteniendo algunas de ellas, resultados de más del 90%.



En cuanto a la aplicación de las pautas de intimidación, el mejoramiento del desempeño también ha sido notable, tal como se puede observar en el gráfico.

Igual que respecto a la entrega de cartilla, todas las regiones están por sobre el 70% de evaluaciones realizadas.

Podemos decir que esta propuesta está en proceso de consolidación. Los resultados, no sólo para los usuarios, sino que también para los funcionarios, han sido positivos. Al interior de la Fiscalía, se ha ordenado y estandarizado la forma de entrega de los servicios, contando los operadores con herramientas que facilitan su desempeño en este ámbito, así como la toma de decisiones. Por otra parte, la satisfacción de los usuarios con los servicios entregados por la Fiscalía ha sido positiva. Dos veces al año, a través de una consultora, se realiza una evaluación de la percepción de usuarios atendidos en la Fiscalía en el marco del proyecto OPA.

Los resultados de la segunda evaluación del año 2010 pueden resumirse de la siguiente forma:

- El 81% de las víctimas y testigos encuestados se siente satisfecho con la atención y servicio entregado por la Fiscalía. Se les preguntó además, si estarían dispuestos a declarar nuevamente en la Fiscalía, respondiendo positivamente el 81,6%.
- Respecto al servicio de orientación, el 81,1% de los encuestados evalúa positivamente la calidad de la información general entregada, un 81,7% su claridad y el 79,6% su utilidad. La cartilla "*Guiamos sus pasos*" también fue evaluada por los usuarios, los que en un 92% indicaron estar satisfechos con su utilidad y el 94,8% con su claridad.
- Respecto al servicio de Protección, el 35,2% de los usuarios responde haber sentido miedo antes de asistir a declarar a la Fiscalía, porcentaje que disminuye al 16,9% después de declarar. El 47,5% de los encuestados indica que recibió alguna medida de protección, estando el 77,9% de ellos satisfechos con esta medida.

Estos resultados muestran que la Fiscalía está respondiendo a las necesidades de protección y orientación de las víctimas y testigos. Esto debiera impactar en los usuarios, contando con víctimas y testigos con mayor disponibilidad para participar en el proceso penal, dando cuenta además, del esfuerzo de todos los funcionarios de las fiscalías, que han mejorado la calidad de su trabajo, entregando los servicios de acuerdo a las necesidades específicas de cada usuario.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

SENTENCIA TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ARICA QUE CONDENA POR LOS DELITOS DE FALSO TESTIMONIO Y PRESENTACIÓN DE MEDIO DE PRUEBA FALSO EN JUICIO

José Luis Cortés Zepeda¹

1. La sentencia

La sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica² de fecha 16 de noviembre de 2010 condenó a dos acusados por los delitos de falso testimonio y de presentación de testigo falso en juicio. Los hechos acreditados en juicio acaecieron el mes de febrero de 2008, en un juicio oral por el delito de tráfico de drogas seguido ante el mismo tribunal, en el cual uno de los acusados, quien intervenía como abogado defensor, presentó como testigo –con el fin de obtener la absolución de su representado y a sabiendas de la falsedad de la declaración que prestaría– al segundo acusado, quien a su vez faltó a la verdad en la declaración testimonial prestada, de acuerdo a lo que le había instruido previamente el abogado defensor condenado, señalando que no era pariente de uno de los acusados en aquella investigación, que mantuvieron relaciones de carácter laboral y que no habían tenido contacto dos días precisos del mes de enero anterior, todo lo cual resultó ser falso³.

Además del carácter particular que de suyo tienen las sentencias condenatorias por delitos vinculados a las falsedades en el proceso, es de especial interés el hecho de que ella haya recaído en un abogado por un hecho vinculado con el ejercicio de la profesión, la presentación de un testigo falso en juicio. A pesar del interés que ofrecen las consideraciones deontológicas que una sentencia como esta sugiere y de los razonables cuestionamientos acerca de la suficiencia de las sanciones a la luz de las exigencias de prevención especial (magnitud de la pena privativa de derechos), no nos es posible abordar estos aspectos aquí, debiendo dejar, asimismo, fuera de este comentario otras cuestiones de interés procesal, como el análisis de la prueba, particularmente en relación con la participación del abogado. Por ende, en lo que sigue, se concentrará la atención

- 1 Abogado de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Se agradece sinceramente al Fiscal Adjunto de Arica, don Carlos Eltit O. (quien sostuvo la acción penal pública) por las valiosas observaciones que le dirigió a este trabajo, particularmente en el acápite relativo al bien jurídico y a la calificación del delito, en el cual he seguido sus comentarios de muy cerca.
- 3 Considerando noveno.

en la exposición y el análisis de algunos de los criterios jurídicos contenidos en la sentencia, con el objeto de darles difusión⁴.

2. Análisis del delito de falso testimonio

La sentencia identifica el tipo objetivo del falso testimonio con “*el haber faltado a la verdad objetiva, esto es, entre lo que el declarante sabe y lo que expresa en la causa*”, entretanto que la faz subjetiva es asociada con “*el dolo, saber que está mintiendo y querer hacerlo frente al tribunal*”⁵.

En cuanto a la **faz objetiva del tipo**, lo que describe la sentencia es propiamente la conducta, que si bien está en el núcleo de aquélla, no la agota (pues la componen también el sujeto activo, el proceso como presupuesto, etc.).

Así, la conducta se entiende, con apego al texto legal, como “*faltar a la verdad*”. Pero el juzgador califica la verdad de “*objetiva*”, con lo cual pareciera tomar una postura doctrinaria según la cual se falta a la verdad cuando lo declarado no se condice con la realidad y no cuando contradice el conocimiento del testigo, como propugna el criterio subjetivo⁶. Las expresiones del tribunal, con todo, no dejan de ser confusas, pues, seguidamente, agrega que se falta a la verdad objetiva cuando no concuerdan lo que el sujeto *sabe* y lo que expresa en la causa, que se corresponde más bien con el criterio subjetivo. Sin embargo, esta confusión proviene de la fuente de que se sirve el sentenciador, que tampoco es del todo clara, pero que también parece inclinarse por un criterio objetivo⁷. Así, aunque no es categórica, la postura del tribunal no carece de relevancia, si se piensa que existen autores que abrazan el criterio subjetivo⁸.

4 En la audiencia prevista en el artículo 343 inciso final del Código Procesal Penal se planteó la alegación de una eximente incompleta fundada en el artículo 10 número 9 en relación con el artículo 11 número 1º, y aunque sea de bastante interés no será objeto de análisis.

5 “*Este delito requiere haber faltado a la verdad objetiva, esto es, entre lo que el declarante sabe y lo que expresa en la causa y en lo subjetivo está constituida por el dolo, saber que está mintiendo y querer hacerlo frente al tribunal*” (considerando décimo).

6 Vid. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ OSSANDÓN WIDOW, M^a Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 251.

7 Se trata de GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo IV, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 113, quien describe la conducta de una manera igual de confusa que el tribunal: “La acción prohibida consiste en declarar en una causa judicial faltando a la verdad **objetiva**... debe existir discordancia entre lo que el sujeto **sabe** y lo que expresa en la causa”. Sin embargo, ÉL MISMO, *op. cit.* p. 114, no parece dejar lugar a dudas en cuanto a su adscripción a la tesis objetiva cuando escribe que “la fase objetiva se da únicamente si lo que expresa ante la autoridad **no concuerda con la realidad de la situación**” (los destacados fueron agregados). Coincidentes, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 252, nota 45, consideran que Garrido adopta un criterio objetivo.

8 Concretamente, LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, Tomo II, 7ª edición (actualizada por Julio Zenteno Vargas), Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 63: “La falsedad... no radica en la contradicción entre lo ocurrido y lo afirmado o negado por el

La opción por el criterio objetivo no quiere decir que el delito se configure por el solo hecho de faltar a la verdad objetiva, pues es necesario que se obre con dolo, tal como se preocupa de relevar la sentencia cuando explicita que este elemento subjetivo exige saber que se está mintiendo. Así, sólo satisfarán las exigencias típicas la falsedad en que se incurra cuando el sujeto sepa que su declaración difiere de la realidad y no cuando ello se deba a un simple error del testigo, incluso si es fruto de su negligencia (dado que no se sanciona hipótesis culposa)⁹. La sentencia, con todo, no toma postura explícita respecto de la admisibilidad del dolo eventual, sin embargo, tampoco lo limita al dolo directo, como lo hace en el caso del delito de presentación de pruebas falsas. En este tema, en todo caso, existen opiniones divergentes¹⁰.

3. Análisis del delito de presentación de medio de prueba falso en juicio

La faz objetiva del tipo es descrita en la sentencia como “*la acción de presentar testigos o documentos falsos en un proceso civil o criminal*”. El aspecto subjetivo, ahora bien, “*está constituido por el dolo directo, lo que se desprende de la expresión empleada ‘a sabiendas’ por lo que la comparecencia del testigo debe haber sido llevada a cabo con pleno conocimiento del sujeto que lo presenta, por lo que debe conocer que el testigo mentiría en el tribunal en aspectos substanciales*”¹¹.

testigo, sino en la discrepancia entre sus dichos y el conocimiento o el recuerdo que tiene de los hechos sobre los cuales declara”. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo IV, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 190, en cambio, defiende el criterio objetivo.

- 9 Destacan la exigencia subjetiva, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.* p. 251, al señalar que el planteamiento del criterio objetivo es “sin perjuicio de que la conciencia de que se expresa algo falso resulte siempre exigible, como parte del dolo propio de este delito”. En idéntico sentido, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 190 y GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 113. En este entendido, el criterio objetivo exige que la declaración, además de falsa subjetivamente (que se conozca que se falta a la verdad por exigencia del dolo típico), también lo sea de manera objetiva (por faltar la coincidencia con la realidad).
- 10 Admite dolo eventual, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 190. Se contentan sólo con dolo directo, POLITOFF/MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PE, p. 539; GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 115. RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 254, al parecer sin tomar postura, consignan que “la doctrina [es] prácticamente unánime al entender punible sólo el testimonio con dolo directo”.
- 11 “*A su vez, el delito de presentación de testigo falso o prueba falsa en juicio se encuentra tipificado en el artículo 207 del Código Penal, y el tipo objetivo se conforma por la acción de presentar testigos o documentos falsos en un proceso civil o criminal. El tipo subjetivo está constituido por el dolo directo, lo que se desprende de la expresión empleada ‘a sabiendas’ por lo que la comparecencia del testigo debe haber sido llevada a cabo con pleno conocimiento del sujeto que lo presenta, por lo que debe conocer que el testigo mentiría en el tribunal en aspectos substanciales. El delito se consume por la sola presentación del instrumento o del testigo, y como es un tipo de mera actividad, no parecen concebibles los estados imperfectos (tentativa y frustración) la Corte Suprema así lo ha declarado. (Mario Garrido M., ob. cit. pág. 123 y 124.) Que en relación a la teoría del caso de la defensa de Reinaldo Bertón, de que ignoraba lo que iba a declarar el testigo, estos sentenciadores la rechazan y han llegado a la convicción más allá de toda duda razonable de conformidad a los medios de prueba ya referidos en el considerando anterior apreciados de*

En cuanto a éste, baste con afirmar que la admisión exclusiva del dolo directo y la exclusión del dolo eventual que realiza la sentencia parece acertada y encuentra extendido apoyo¹². Esta exigencia no fue obstáculo para que el tribunal en el caso concreto considerase acreditado el nivel necesario de conocimiento.

Ahora, en relación con la faz objetiva del tipo, el fallo destaca que la conducta consiste sólo en presentar las probanzas falsas¹³, sin que sean admisibles las formas imperfectas de ejecución, interpretación que cuenta con bases de apoyo¹⁴, pero que podría ser objeto de revisión, creemos, en algunas hipótesis, con todo, alambicadas¹⁵.

4. Bien jurídico y clasificación del delito (falso testimonio)

Tuvo lugar entre una de las defensas y el Ministerio Público una discusión acerca de la exigencia de relevancia de la declaración del testigo en función de la posibilidad de afectar o influir en la decisión judicial¹⁶. A este respecto, el tribunal sostuvo que, si el delito es de acción que se configura por el solo hecho de prestar declaración falsa, poniéndose con ello en peligro el bien jurídico de la recta administración de justicia, no se requiere que haya tenido éxito. Habiendo concluido que el testigo no era uno “de conducta” y que, de no haberse presentado “prueba sobre prueba” en el juicio, la teoría del caso de la defensa (que el imputado por delito de drogas ejercía una actividad lícita a

conformidad al artículo 297 del Código Procesal Penal, que éste sabía lo que iba a declarar el testigo Egaña, ya que había participado en su preparación al menos por vía telefónica” (sic) (considerando décimo).

- 12 Sólo dolo directo sobre la base del elemento “a sabiendas” y su vinculación con el medio comisivo de falsedad, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 264; POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PE, p. 545. Sólo el primer argumento, BULLEMORE/ MACKINNON, *op. cit.*, t. IV, p. 199; GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, pp. 127-128.
- 13 Siguiendo a GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, pp. 126-127, quien sostiene que este delito “no requiere para su consumación la provocación de un resultado específico, aparte del hecho mismo de la presentación del testigo...”.
- 14 En este sentido, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, pp. 264-265, y GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 128, quien cita una SCS del año 1958.
- 15 Por ejemplo, si una parte ofrece en una audiencia preparatoria –en los procedimientos que la contemplan– un medio probatorio con conocimiento de su falsedad para que sea presentado en la audiencia de juicio, caso que reconocemos discutible, mas ameritaría un análisis más detenido, máxime si se ha sostenido que es autor quien suscribe el escrito que presenta al testigo (GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 128; ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 197), cuestión que ocurrirá, necesariamente, antes que el imputado declare.
- 16 Las alegaciones del Ministerio Público, en la réplica del señor fiscal (reproducidas en el considerando cuarto) y en la clausura y réplica de la defensa (extractada en el considerando séptimo).

la que se referiría en las interceptaciones telefónicas acompañadas en juicio) pudo haber tenido éxito¹⁷.

En primer lugar, conviene destacar que el fallo recoge el consenso doctrinario en cuanto a tener al recto funcionamiento de la administración de justicia como bien jurídico protegido¹⁸. Debe tenerse presente que la doctrina nacional entiende que el falso testimonio es un delito de peligro abstracto, conclusión que impresiona como coherente con las reflexiones que realiza el tribunal en cuanto al carácter de delito de mera actividad y a la irrelevancia del efecto de la declaración mendaz en el proceso¹⁹.

Ahora bien, aun entre quienes califican de esta manera al tipo penal del falso testimonio, la sola declaración mendaz no es suficiente, sino es necesario que ella sea verosímil, descartándose, por ende, aquellas que no sean creíbles por no ser peligrosas para el bien jurídico²⁰. De este modo, la literatura pareciera hacer eco de los reparos a que están sujetos los delitos de peligro abstracto²¹.

17 “*Que en relación con la teoría del caso de la defensa de Luis Egaña Cortéz quien solicitó la absolución de su defendido porque su declaración no había sido relevante en la causa rit 264-2007, debe tenerse presente de acuerdo a la doctrina que es un delito de acción y que se configura por el solo hecho de haber dado una declaración falsa y con ello se ha puesto en peligro el bien jurídico de la recta administración de justicia, no se requiere que la teoría del caso de la defensa haya tenido éxito, y en el caso sub-litis, si bien el abogado Bertóin y su testigo Jaime Mardones señalan que eran testigos de conducta, ello queda desmentido por el hecho de que fueron presentados durante el juicio y no en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, además en su teoría del caso solicitó la absolución de su representado lo que se condice con lo que declararon los testigos de que Raúl Mardones se dedicaba a una actividad lícita relacionada con motores, para hacer creer que las escuchas de la policía no se referían a droga y si no hubiera sido por la prueba sobre prueba presentada por el fiscal Francisco Ganga, que dejó en evidencia la falsedad de la declaración de Egaña, además esa teoría del caso pudo haber tenido éxito, por lo que el bien jurídico protegido fue puesto en riesgo. Mario Garrido Montt afirma que: ‘La declaración mendaz prestada en causa criminal es castigada aunque no tenga consecuencias en el proceso penal. En consecuencia, la declaración mentirosa se reprime en general sin considerar los efectos que su falsedad provocó en el proceso penal, la conducta se sanciona por el solo hecho de presentarse, se trata de un delito de mera actividad’ (Mario Garrido Montt, *Derecho Penal, T. IV parte especial* pág. 114. Edit. Jurídico de Chile, año 202)” (considerando décimo).*

18 Afirman RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 237, que “[a]unque nuestro Código Penal incluye esta figura entre los delitos contra la fe pública, la doctrina se muestra unánime al considerar que protegido es la Administración de Justicia”. Así también, POLITOFF L., Sergio MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, 2^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 525; ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV., p. 185; al parecer de *lege ferenda*, LABATUT, *op. cit.*, p. 62; y, no del todo categórico, GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, pp. 106-107.

19 Entienden que este es un delito de peligro abstracto, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 238; GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 107.

20 Cf. RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 253.

21 POLITOFF L., Sergio/ MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, 2^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 213, entienden que si el peligro “resultara exclud[o] de modo absoluto... podría impugnarse consecuentemente la tipicidad del hecho o, siquiera, la culpabilidad de su autor”. Para otros, como CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 7^a edi-

Hasta donde entendemos, empero, no se sostiene que los delitos de peligro abstracto deben ser interpretados como delitos de lesión, esto es, que exijan un efectivo menoscabo del bien jurídico²². La sentencia, acompañada de la dogmática, niega que tal cosa sea exigida por este tipo penal, es decir, no exige, en el caso concreto, la absolución al acusado en cuyo favor se presentaba la declaración mendaz²³. No es tampoco lo que parece haber pretendido la defensa, quien limitó su argumentación a sostener que la declaración mendaz no había sido peligrosa, pues no habría existido posibilidad de que los jueces consideraran la declaración. Y esto fue lo que, precisamente, el tribunal negó al estimar que el bien jurídico estuvo en peligro porque la teoría del caso de la defensa bien pudo haber tenido éxito si el fiscal adjunto no hubiese presentado prueba sobre prueba²⁴.

En efecto, es posible entender –incardinado en la lógica y dinámica del proceso penal– que si el testimonio falso contribuye a acreditar la teoría del caso de la parte que lo presenta, constituye una acción peligrosa para el bien jurídico. Ello fue lo que ocurrió en el caso concreto, pues la declaración del testigo falso pretendía acreditar que éste y el acusado tenían vínculos por una actividad comercial lícita (reparación de motores), de modo de probar, a su vez, que el imputado era comerciante, con lo cual se buscaba justificar, por último,

ción, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 293, “la cuestión no radica en la prueba del peligro, sino en la de la *peligrosidad intrínseca de la acción*”. Se ha sostenido incluso que “los delitos de peligro abstracto **formales**, en los que se contienen conductas que no afectan a bien jurídico protegido alguno, que **deben ser declarados inconstitucionales**” mientras que “los **delitos de peligro abstracto materiales**, en los que la peligrosidad de la conducta justifica la intervención penal, siempre que se adecuen, por vía interpretativa, a los principios de un estado de derecho, como los delitos de... falso testimonio...” (BULLEMORE G., Vivian R./ MACKINNON R., John R., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, 3ª edición, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 21, parafraseando a TORIO LÓPEZ, A). Afirma la constitucionalidad de estos delitos, sosteniendo que deben ser interpretados como delitos de peligro concreto, STC, Rol 739-07, 21/8/2007 (considerando décimo octavo).

- 22 La solución de la STC, Rol 739-07, 21/8/2007 exige considerar que es “un elemento del tipo su peligrosidad concreta y, por ende, dicha circunstancia debe ser acreditada” (considerando décimo octavo). No lo hacen tampoco POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PE, p. 538, quienes exigen la verosimilitud y la relevancia de la declaración, sólo citando jurisprudencia en el sentido de exigir la influencia en el fallo de la declaración mendaz, mas no parecen hacer suyo este criterio jurisprudencial.
- 23 Niegan que la declaración falsa debe tener efecto en la sentencia, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 191; citando un SCS de 1939; LABATUT, *op. cit.*, p. 63; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, pp. 252-253 y p. 257; y, en relación con el grado de afectación del bien jurídico, GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, pp. 106-107. En la misma línea, declaran que el delito se consuma con la declaración, cumplidas que sean las solemnidades, POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PE, p. 540.
- 24 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PG, p. 210, sostienen que “[s]on de *peligro concreto* aquellos que requieren una *efectiva* sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido (el cual que impedido por un factor con el que no era seguro contar)” (las cursivas en el original).

la presencia del acusado en Iquique el día de los hechos, descartando que ella estuviera motivada por el tráfico de drogas que se le había imputado.

De este modo, no es relevante que la teoría del caso, a cuya justificación contribuye la declaración mendaz, sea buena, en términos de que haya tenido altas probabilidades de éxito, sino que basta que el testimonio contribuya a acreditarla, obligando al tribunal a someterla a análisis. Ello por cuanto “la cuestión no radica en la prueba del peligro, sino en la *peligrosidad intrínseca de la acción*”²⁵.

Esta alegación dice relación directa con una supuesta ausencia de relevancia del testimonio, la que los sentenciadores descartan, argumentando que el testigo no era de conducta, siendo su testimonio coherente con la teoría del caso de la parte que lo presentó, máxime si solicitó la absolución del defendido, en la misma línea de las consideraciones recién expuestas²⁶.

5. Posibles concursos (presentación de pruebas falsas)

Luego de describir los hechos que tuvo por acreditados, la sentencia les dispensa la calificación jurídica de delito de presentación de testigo falso del artículo 207 del Código Penal, justificando esta apreciación en que “*el testigo fue presentado e instruido por el abogado... a sabiendas que era un testigo falso*”²⁷.

La pregunta que podría plantearse –que no fue formulada en el juicio– es la relación entre la inducción al falso testimonio y el delito de presentación de testigo falso en juicio. Esto supone, primeramente, que el abogado, al haber instruido al testigo, pudiera haber incurrido en actos constitutivos de instigación, prevista en el artículo 15, número 2º, segunda parte, del Código Penal, cuestión que deliberadamente no será abordada aquí, pues probablemente exigiría revisar cuestiones fácticas. Por el contrario, la atención se centrará en las relaciones concursales entre la presentación de medios de prueba falsos en juicio y la inducción al falso testimonio, supuesto que esta tenga lugar, desde una perspectiva más bien abstracta.

25 Como ha dicho en general respecto de los delitos de peligro abstracto, CURY, *op. cit.*, p. 293. Exigir que la teoría acreditada con probanzas espurias tenía altas probabilidades de ser acogida por el juzgador, equivale a exigir el peligro (concreto), desconociendo la diferencia que el legislador ha introducido al configurar delitos de peligro concreto y abstracto.

26 Por la relevancia, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 253 y POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PE, p. 538.

27 El considerando décimo, en su primer párrafo, señala textualmente: “*DÉCIMO: Que los hechos establecidos en el considerando anterior configuran el delito de falso testimonio y presentación de testigo falso, establecidos en el artículo 206 y 207 del Código Penal, en grado de consumado ya que el acusado Luis del Carmen Egaña Cortéz dio una aclaración falsa ante el Tribunal de juicio oral en lo Penal de Arica, en la causa rol 264-2007, a favor del imputado Raúl Ángel Mardones Alcayaga, y el testigo fue presentado e instruido por el abogado Reinaldo Bertón Feliú, a sabiendas que era un testigo falso*”.

Evidente es la existencia de una relación entre ambas figuras, mas no puede decirse, como consecuencia de la configuración que ellas presentan en nuestra ley, que exista total coincidencia²⁸. No sólo difieren cuando “el testigo falso no ha sido forzado o inducido por la parte, sino que presta declaración en forma espontánea y voluntaria”²⁹, sino en varias otras hipótesis. En efecto, habrá casos en que sólo exista inducción al falso testimonio (como cuando el inductor no tiene incidencia alguna en la presentación del testigo, sino que se limita a formar en él la resolución de faltar a la verdad objetiva en el juicio, a la espera que sea presentado por la parte), pero los habrá también otros en que sólo exista presentación de testigos falsos en juicio (paradigmáticamente aquellos en que no será punible la inducción por haberse dado principio de ejecución a la declaración mendaz³⁰). Así, las figuras se comportan como dos conjuntos que se intersectan, pero no en todos sus elementos, de modo que ninguno es subconjunto del otro.

Ahora bien, lo anterior supone algunas cuestiones vinculadas con la autoría del falso testimonio. Al sujeto activo se le exige una cualidad especial (testigo), por ende el delito ha sido calificado de especial³¹. Dudas pueden plantearse, entonces, respecto, de la comunicabilidad de la calidad de testigo al que lo presenta. Si entendemos que se trata de un delito especial propio (que no tiene un correlato común), la tendencia mayoritaria en doctrina se pronunciaría por la comunicabilidad³² y lo mismo se concluiría con arreglo al criterio de la comunicabilidad estricta. Sólo quienes permanezcan aferrados a la incomu-

28 En relación a los testigos, se ha sostenido que “las conductas aquí incriminadas serían de todos modos sancionables según las reglas generales... como participación en un delito de falso testimonio” (RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 262), no obstante lo cual, es correcto que “no ha sido superflua la creación de esta figura autónoma y separada, con carácter más amplio, pues a veces las reglas generales no serían suficientes para sancionar todos los casos” (ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 196).

29 ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 196.

30 CURY URZÚA, Enrique/ MATUS ACUÑA, Jean Pierre (colaborador), *Título III De las Personas Responsables de los Delitos, Artículos 14 a 17*, En: POLTIOFF LIFSCHITZ, Sergio/ ORTIZ QUIROGA, Luis (directores), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, p. 2003, p. 243 que el instigador o inductor “no es un autor en el sentido amplio de inducción, sino un partícipe en el delito de otro, regido por tanto por los principios de *convergencia, accesoriedad, exterioridad y comunicabilidad*”, de modo que, con arreglo al tercero de los anteriores, “la conducta de los partícipes sólo es punible si el autor ha dado principio de ejecución al hecho típico y antijurídico en que se participa, esto es, si ha incurrido cuando menos en una tentativa” (*ibid*, p. 234).

31 Sólo lo primero, GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 109, declarando que es un delito de propia mano; lo segundo también en RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 262.

32 A la conclusión parecen llegar RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 262, aceptando la posibilidad de partícipes *extranei*, pero niegan, al parecer fundado en el carácter de propia mano del delito y su calificación como delito de infracción de deber, que puedan ser coautores.

nicabilidad extrema llegarían a la conclusión opuesta³³. De modo que la cuestión de la posibilidad de inducir al falso testimonio debería ser más o menos pacífica, y de hecho se ha resuelto que “se considera sujeto activo del delito en cuestión, según la calidad especial que exige el tipo penal... al que declara ante el tribunal falsamente..., sin que ello signifique que si en el delito se verifica la intervención de otra u otras personas, sin reunir las calidades especiales que exige el tipo penal y toma o toman parte en el hecho para producir la situación de falso testimonio compartiendo o colaborando con el sujeto calificado, es o son responsables en el sentido que lo da el epígrafe del Título II del Libro I del Código Penal, artículo 15, por cuanto se realiza una conducta accesoria, sin ejecutar de manera directa la conducta punible”³⁴.

Aunque se trata de figuras de construcción y alcances diferentes, estimamos que entre ellas se producirá un concurso aparente de leyes penales, solucionado en favor de la presentación de testigos falsos, lo que no descarta que pueda resurgir la ley desplazada (la inducción al falso testimonio) en ciertas eventualidades³⁵.

En este orden de ideas, entonces, es del todo plausible la ausencia de análisis sobre el punto en la sentencia por claras razones de economía procesal, lo mismo que no se pretendiese probar acciones propias de inducción al falso testimonio, ni discutir si ellas satisfacen los requisitos del tipo subordinado de inducción, pues, aun si la respuesta a estas cuestiones hubiese sido afirmativa, en el caso concreto habría correspondido sancionar únicamente por el artículo 207 del Código Penal.

33 La incomunicabilidad extrema postulaba que nunca resultaba aplicable una figura especial a los partícipes *extranei*, ya fuera aquella propia o impropia, frente al cual el criterio de la comunicabilidad sostiene la postura diametralmente opuesta: es aplicable la figura especial a los extraños, tanto en delitos especiales propios como impropios; distingue el criterio de la incomunicabilidad limitada, haciendo aplicable a los terceros no calificados la figura especial sólo cuando no exista correlato común (delito especial propio). Cf. CURY, *op. cit.*, p. 643 y ss., quien recientemente ha abandonado la incomunicabilidad extrema, que todavía defendía en CURY/ MATUS, *op. cit.*, pp. 234-235.

34 SMF (Manuel Valderrama), Rol 17.495-2004, 4/5/2006 (considerando séptimo), en que se condena como “coautor” porque “indujo en forma directa las acciones que perpetró” la testigo (considerando décimo tercero), citada en BULLEMORE/MACKINNON, *op. cit.*, t. IV, p. 213.

35 Podría sostenerse que el objeto de protección es el mismo y que el legislador ha asumido, para el caso que se produzca, que quien presenta al testigo mendaz lo indujo previamente a mentir, quedando desplazada por aplicación del principio de absorción. De otro lado, tendría lugar el “*resurgimiento*” porque “indujo en principio preferente no se aplica, como sucede significativamente en los casos de los *delitos especiales impropios*, donde se admite sin problema castigado a los distintos partícipes por las distintas normas en juego, aunque la especial sea preferente”, dicen POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *op. cit.*, PG, p. 464 (las cursivas en el original), dando cuenta de la tesis de la incomunicabilidad limitada.

6. Texto de la sentencia

Arica, a dieciséis de noviembre de dos mil diez.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha diez y once de noviembre del año en curso, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, presidido por el juez don Mauricio Javier Petit Moreno, e integrado por los jueces, don Carlos Gabriel Rojas Staub y Mauricio Vidal Caro, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral en la **causa Rol Único N°0800139147-0, y Rol Interno del tribunal N°160-2010**, seguida por el delito de falso testimonio y presentación de testigo falso en juicio, en contra de **Luis Del Carmen Egaña Cortéz**, 56 años, natural de Of. Saliterra Victoria, casado, electromecánico en minera, cédula de identidad N°6.624.973-5 domiciliado en calle Hernán Fuenzalida N°1070, Iquique, representado por el defensor penal público Ricardo Sanzana Oteíza, domiciliado en calle Baquedano 785, Arica; y en contra de **Reinaldo Romelio Bertón Feliú**, 42 años, natural de Iquique, casado, cédula de identidad N°9.758.376-5, técnico en mecánica y abogado, domiciliado en Patricio Lynch N°91, dpto. 901, Edificio Ticnamar Iquique, los que se encuentran en libertad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público representado por el fiscal adjunto don Carlos Eltit Ortega, con domicilio en calle Manuel Rodríguez N°363, de Arica.

La defensa del acusado Bertón Feliú estuvo a cargo del mismo, en su calidad de abogado.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, son los siguientes:

“Entre los días 5 y 7 de febrero de 2008 se llevó a cabo ante el Tribunal Oral en lo Penal de Arica en causa RUC N°0710000903-4 RIT N°264-2007, juicio oral por tráfico de drogas en contra de los acusados José Luis Cejas Mardones, Fabián Cisternas Vega, Freddy Mardones Orrego, Jessica Valenzuela Manzano y Raúl Ángel Mardones Alcayaga. Fue así que el abogado patrocinante de este último, el acusado Reinaldo Bertón Feliú, a sabiendas de la falsedad del contenido de su declaración, y con el fin de obtener la absolución de su representado, presentó al acusado Luis Egaña Cortez como testigo en el juicio; quien faltó a la verdad en su declaración, señalando que no tenía ninguna relación de parentesco con el acusado Mardones Alcayaga, que mantuvieron relaciones de trabajo y que no habían mantenido contacto los días 13 y 18 de enero de 2008; todo lo cual era falso, habiendo sido instruido en forma previa para ello por el acusado Bertón.”

Los hechos descritos precedentemente a juicio de la fiscalía constituyen respecto del acusado LUIS EGAÑA CORTEZ, delito de falso testimonio, previsto y sancionado en el artículo 206 del Código Penal; y respecto del acusado REINALDO BERTÓN FELIÚ, el delito de presentación de testigo falso en juicio,

previsto y sancionado en el artículo 207 del Código Penal.

El delito fundante de esta acusación se encuentra en grado de desarrollo consumado.

Se atribuye a los acusados, en los hechos que se le imputan, participación en calidad de autores, toda vez que ha tomado parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N°1, del Código Penal.

A juicio del Ministerio Público no concurren las siguientes circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que analizar.

Respecto del acusado REINALDO BERTÓN FELIÚ el Ministerio Público solicita la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, y multa de 30 Unidades Tributarias Mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena; y a la accesoria especial de suspensión de profesión titular de abogado mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

Respecto del acusado LUIS EGAÑA CORTEZ, el Ministerio Público solicita la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, y multa de 30 Unidades Tributarias Mensuales, más las accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para

cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa.

TERCERO: Que, en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes no acordaron convenciones probatorias:

CUARTO: Que en su alegato de **apertura** el Ministerio Público expresó, que es primera vez que se trae a juicio la presentación de prueba falsa y respecto de falso testimonio ya habían tenido otras, y que dice relación con un juicio oral el año 2008 en la que el acusado Bertón Feliú en relación a la presentación de prueba falsa en juicio y este tipo de conductas en este tribunal no han sido vistas, este caso como lo señala el auto de apertura dice relación con un juicio oral realizado el 2008 donde el abogado Reinaldo Bertón Feliú como acusado y abogado defensor de sí mismo, asume la representación de don Raúl Mardones Alcayaga, ese juicio de tráfico de drogas era un juicio bastante complejo contra una organización criminal donde se había acusado e incluso se había solicitado una circunstancia agravante especial y fue un juicio bastante extenso y con muchas diligencias intrusivas, con muchas escuchas telefónicas, y el señor Raúl Mardones Alcayaga era sindicado como uno de los cabecillas y organizador de este tráfico de drogas donde en un principio se le atribuía funciones de coordinación ya que no se le encontró con la droga en su poder y se le atribuían otro tipo de labores en el tráfico, asociadas a la organización, y dirección en ese tráfico, para poder asumir y poder sos-

tener una teoría del caso que en el principio del juicio el Sr. Bertón señala que la fiscalía no iba poder conseguir el estándar de convicción, un poco para fortalecer la teoría del caso que mantenía la defensa del acusado decide presentar un conjunto de testigos tanto de conducta como de supuestas actividades comerciales que ejecutaba el Sr. Raúl Mardones Alcayaga en la ciudad de Iquique, todo ello con miras a justificar con el fin de justificar la adquisición de un conjunto de vehículos motorizados, también para justificar en cierta medida los contactos que tenía con otros imputados con la idea de optar a la absolución de su representado según la teoría del caso que el mismo señaló y se presenta en la audiencia de preparación del juicio oral como testigo a don Luis Egaña Cortéz, que resultó ser un tío de Raúl Mardones Alcayaga, ya que éste es sobrino de la señora de Egaña a quien le solicita el Sr. Bertón supuestamente, como se va a ver en este juicio intermediado por un egresado de derecho cuyo nombre va a salir en este juicio en incontadas ocasiones porque lo que se ha podido apreciar en la investigación y en las audiencias que se han sostenido en el tribunal de Garantía el Sr. Bertón va a tratar de transformar este juicio de Reinaldo Bertón Feliú al señor Gliciano Amador Plaza, que es un procurador de lo auxiliaba y que le colaboraba precisamente en la gestión de este caso; sostiene estas conversaciones preliminarmente el Sr. Gliciano Plaza con el señor Egaña, y el señor Egaña es citado a este juicio contra Raúl Mardones y cuando es citado a ese juicio este señor comienza

a tener algunas dudas sobre el contenido de su declaración y decide contactarse con Raúl Mardones Alcayaga que en esos momentos se encontraba en prisión preventiva y se consigue un teléfono celular que usaba al interior de la cárcel y se comunica en dos oportunidades y se contacta vía celular los días 13 y 18 de enero de 2008 y ahí Raúl Mardones le señala el contenido de su declaración y claramente le da instrucciones y más claramente aún le dice que todos esos detalles tiene que conversarlos con el abogado, no dice el nombre del Sr. Bertón, pero se va a ver con el contexto de la prueba que fue el Sr. Bertón quien orquestó esto, que tenía conocimiento y que iba presentar un testigo que iba dar una declaración falsa, y ocurrió lo que es muy poco probable que vuelva a ocurrir en lo sucesivo y es que en otra investigación por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes respecto de la persona que era dueña de ese teléfono celular en la cárcel se hizo escuchas de ese teléfono que no era Mardones Alcayaga y ese teléfono fue interceptado por un funcionario de la Brigada Antinarcoóticos don Edison Araneda Fica, que va a declarar en este juicio, que justamente era testigo en el juicio de Raúl Mardones Alcayaga, y días antes de ese juicio haciendo el trabajo de análisis de las escuchas logran descifrar ello y se dan cuenta que se había preparado a ese testigo para mentir, esa información se la lleva al fiscal Francisco Ganga, quien iba a tomar el juicio oral y le entrega un Pendrive y eso fue en enero del 2008 y fue una prueba que no fue ofrecida en su oportunidad y el día del juicio oral

según lo que declara el fiscal Francisco Ganga y la reproducción de los audios que fueron ofrecidos comienza a declarar el Sr. Egaña quien declara al tenor de las preguntas que le hace el Sr. Bertón, que curiosamente van a coincidir con las instrucciones que le dio el Sr. Mardones y que debían ser ratificadas por el abogado y hecho eso comienza el contra examen del fiscal Ganga y le consulta si ha tenido algún contacto y específicamente le dice las dos fechas y el imputado le dice que no, se utiliza el mecanismo de la prueba sobre prueba para verificar la credibilidad del testigo, el tribunal da lugar, se reproducen los audios y evidentemente que el Sr. Egaña no pudo seguir declarando, en aquella oportunidad el Juez Presidente le advierte de su derecho a guardar silencio respecto de hechos que puedan auto incriminarlo y la declaración se pone término en esa oportunidad; el Sr. Bertón siguió en ese juicio presentó a sus demás testigos expuso su alegato de clausura y en definitiva el Sr. Raúl Mardones Alcayaga fue condenado a la pena de quince años, luego de ello se hace la investigación a través de un funcionario de la Bridec de Iquique el Sr. Esteban González que va a declarar el día de hoy y le toma declaración al Sr. Bertón, al Sr. Gliciano Plaza, al señor Egaña y las conclusiones que saca respecto de esas declaraciones son bastante categóricas y claras en orden a entender que el Sr. Bertón tenía claramente conocimiento de la falsedad del testimonio y por otra parte el Sr. Egaña tenía claridad de que lo que iba a declarar en esa oportunidad no era acorde con la verdad. Entiende la situación del Sr. Egaña,

que es pariente de Mardones, uno puede no justificarlo pero puede entender que dentro de ciertos grados de parentesco la persona intente de una muy mala manera intentar ayudar a un familiar, pero lo que no concebible es que un abogado con ejercicio de la profesión en esta ciudad y con ejercicio de la profesión en innumerables juicios orales en Iquique se preste para realizar este tipo de maniobras, y así utilizar el sistema en esta jurisdicción que se rige por el principio de la buena fe, la rectitud y el cuidado que hay que tener respecto del ejercicio de esta profesión y el respeto a la administración de justicia y a la fe pública lo que como se verá en este juicio fue absolutamente infringido sin ninguna justificación con el único afán de obtener una absolución que a ningunas luces tenía forma de hacer. La prueba que presentará en su concepto superará el estándar de la duda razonable, es una prueba que los obligará a hacer un ejercicio de contexto, a realizar un ejercicio, lo que significó cómo se llevaron las cosas durante el juicio y el ejercicio de la profesión en forma racional y razonable y cómo la lógica debiera ser, se escuchará muchas veces el nombre de don Gliciano Plaza, el Sr. Bertón intentará sin ninguna duda transformar este juicio en contra del Sr. Plaza, intentará escamotear su responsabilidad diciendo que él presenta un testigo, dirá que no tiene idea de lo que va a declarar, un testigo que jamás vio, que él jamás conversó, y que la primera vez que lo vio fue cuando se sienta en el estrado, con la prueba que rendirá se verá que claramente que ello no tiene ningún asidero y si

ese es el nivel de negligencia en el ejercicio de una profesión ese nivel de negligencia no puede ser considerado como un argumento lógico y plausible al efecto de no hacerse responsable de lo que significa presentar un testigo que va a prestar una declaración falsa; la prueba que rendirá llegará a ese estándar y mantiene su requerimiento de condena manifestada en la acusación.

En su alegato de clausura el fiscal ratificó lo dicho en su alegato de apertura, y no es concebible como los litigantes utilizan todos los medios para obtener la absolución de sus representados; se han observado dos situaciones, primero la de don Luis Egaña quien ha dado muestras de cómo puede llegar a ser convencido y prestarse para dar una declaración totalmente falsa; falta a la verdad al menos en tres hechos sustanciales de cómo conoce a don Raúl Mardones en su trabajo y que habla de una actividad económica inexistente y lo que lo desenmascaró fueron las escuchas presentadas por el fiscal Ganga, y se verá si se comete el delito de falso testimonio, él tenía la calidad de testigo, hubo un llamamiento judicial y el juramento o promesa y hubo falsedad que es una discordancia entre lo declarado y lo que es, hubo una discordancia a la verdad ya que él sí era familiar de Raúl Mardones y él no realizó jamás una actividad y el 13 y 18 de enero de 2008, sí se comunicó y esa falsedad está acreditada; y no cualquier falsedad va a ser constitutiva de delito, debe tener una cierta relevancia, aquí se dijo que había una teoría del caso, y ahí está asociada la relevancia, la relevancia

dice relación con que la declaración que emite el testigo es o no atingente para sustentar la teoría del caso de la defensa, no dice relación con que en definitiva logró acreditar la teoría del caso, no dice relación con que en definitiva se absolvió o tuvo una condena más baja, el punto es si esa declaración mendaz en mayor o menor medida sirvió para sustentar la teoría del caso al interviniente que lo presenta y en este caso sin duda que lo era; por eso la fiscalía reprodujo el alegato de apertura del Sr. Bertón, qué es lo que quería acreditar el Sr. Bertón que en la época de las escuchas telefónicas su representado estuvo preso y segundo que él tenía una actividad económica para justificar las escuchas, buena o mala teoría del caso, la carta Gant de toda navegación de todo litigante es su alegato de apertura, y en su alegato de apertura dijo que iba a acreditar la actividad económica de su representado, y el testigo Egaña le iba a servir para eso y además iba a justificar la actividad económica, las escuchas y los llamados que habían en su contra, aquí no hay una defensa tan pasiva, él se comprometió a probar con sus testigos y pide que declaren antes de la oportunidad que le correspondía y él tenía absoluta claridad de lo que iba a presentar, en consecuencia se dan los requisitos legales y en el fondo lo que significa el falso testimonio en un juicio criminal, tampoco un punto no discutido el testigo está absolutamente claro desde el punto subjetivo de la falsedad de su testimonio, por lo que la participación y el hecho en ese delito está acreditado; en cuanto a la presentación de testigo falso en juicio, estima que está acreditado

más allá de toda duda razonable, este delito lo comete quien presenta un testigo falso a juicio, según Rodríguez Collao el que lo presente por escrito, en este caso a la audiencia de preparación de juicio oral es el Sr. Bertón, es un delito de acción, basta con que se presente un testigo o prueba falsa; y el punto y centro neurálgico es si se presentó a sabiendas, que es el requisito del artículo 207, estima que el Sr. Bertón sabía que era un testigo falso, por varios aspectos que se vieron este juicio bien lo dijo el Sr. Esteban González, quien escuchó tres versiones, la del Sr. Bertón que delega toda responsabilidad en Gliciano Plaza y éste en Bertón, y el acusado Luis Egaña quien señala que lo preparaba el Sr. Gliciano Plaza y fue reafirmado por los testigos todo fue bajo el conocimiento y dirección del Sr. Bertón, cuando habla con Raúl Mardones le dice que hable con el abogado y que éste le iba a dar los detalles, y cuando hablaba con Gliciano Plaza el Sr. Bertón le daba las instrucciones de que tenía que decir, el Sr. Luis Egaña sabía que el Sr. Bertón era abogado de su sobrino, y la versión del Sr. Bertón le parece inverosímil en un litigante que lleva 60 juicios orales que tenga un doble estándar y que no tenga idea de lo que el testigo va decir y además que no es cierto porque su propio testigo el Sr. Jaime Mardones afirma que las preguntas que le hizo el Sr. Bertón eran atinentes a las que le había hecho el Sr. Gliciano Plaza, qué significa eso, que sabía lo que iban a decir los testigos, es de toda lógica, no tiene asidero pensar a estas alturas si le hizo preguntas atinentes es porque

sabía lo que iba a declarar ya que o se lo dijo el Sr. Plaza o se lo dijo el mismo abogado al testigo, y eso lo dijo el Sr. Egaña, el Sr. Luis Egaña es por qué estamos acá, cometió el delito y arrastra una mochila de credibilidad y en esta clase de delitos nunca se van a cometer en forma abierta, nunca se va a tener a un abogado que en medio de una plaza va a preparar a un testigo frente a diez personas que puedan declarar sobre eso, si se va a preparar un testigo para que mienta se va a hacer de esta manera a través de intermediarios, en forma indirecta para que eso no se pueda probar, pero en este caso es una oportunidad única, se tienen las escuchas telefónicas, a don Luis Egaña que ha decidido decir la verdad, la declaración del fiscal Ganga y están en condiciones de afirmar categóricamente que han superado el estándar de duda razonable y es el momento de evitar que este tipo de prácticas ocurran o sigan ocurriendo en esta jurisdicción. **Replica del fiscal**, respecto al alegato de clausura del abogado Sanzana sólo tiene un punto, ya que se ha tocado doctrina sólo dos puntos doctrinarios respecto de don Luis Rodríguez Collao, que sostiene una doctrina un tanto distinta de la que ha citado el abogado Sanzana respecto al bien jurídico protegido de la administración de justicia y respecto a la visión del abogado Sanzana en orden a decir que tendría que existir una afectación relevante, que el testimonio del Sr. Egaña no habría afectado el bien jurídico de la administración de justicia; Rodríguez Collao estima que el delito de falso testimonio es un delito de peligro abstracto en contra

de la administración de justicia, en la práctica significa que en la configuración del ilícito no se requiere que se compruebe una efectiva lesión o puesta en peligro de la función jurisdiccional estima que es un delito de peligro, y un segundo punto de la relevancia respecto de la sustancialidad o cuando una declaración puede incidir para la comisión de este delito, y se refiere a que lo sustancial de la falsedad se refiere, o radica en que no sea una enorme alteración de la verdad y se configura sólo por recaer en extremos de la declaración que constituyen esencialmente su contenido, la alteración de la verdad cuando recae sobre hechos o circunstancias en los que el testimonio sea medio idóneo de prueba, es decir, hechos o circunstancias que puedan alterar la comprensión en quien los estime con fines decisorios aunque se trate de aspectos accidentales de los mismos, o sea ratifica lo que señalaban, que se plantee una información al tribunal que sea falaz o mendaz, el tribunal decidió no tener en cuenta esa prueba; pero puso en peligro el bien jurídico que es lo que señala Rodríguez Collao; en cuanto a lo que dijo el Sr. Bertón en un delito de esta naturaleza es difícil que exista una prueba directa, pero sí se van a dar una serie de circunstancias que indican que sí el Sr. Bertón sabía y recuerda visualizar todas las conductas posteriores, el recurso ante ante la Corte Suprema, le pidió dinero al Sr Egaña, le pidió cambiar su declaración en una notaría, lo que indica que el Sr. Bertón sí sabía.

QUINTO: Que con el objeto de acreditar la existencia del delito y la

participación del acusado, el Ministerio Público rindió las siguientes probanzas:

I.- TESTIMONIAL:

1.- Prestó declaración don **Francisco Ganga Dinamarca**, fiscal adjunto del Ministerio Público de Arica, testigo común de las partes y expuso que sabe el motivo de su citación a este juicio, y los hechos dicen relación con una situación de una audiencia en un juicio oral en el mes de febrero de 2008, en la causa RUC 0710000903-4, por tráfico de drogas y le correspondió representar al Ministerio Público, y dentro de la prueba que presentó don Raúl Mardones Alcayaga que era uno de los causados se presentó al testigo don Luis Egaña, y había tomado conocimiento con una semana anterior a ese juicio oral, se recibió una información de don Edison Araneda Fica que decía relación con uno de esos testigos, esa información estaba vinculada con unas interceptaciones telefónicas que eran de otra causa, no con el juicio oral por unas conversaciones captadas en otra causa y que podrían corresponder a la voz de Raúl Mardones Alcayaga y el tío Lucho y que el tenor de esas conversaciones guardaban relación con lo que se iba decir en el juicio oral, y en esas conversaciones había una cierta preocupación de esa persona que se identificaba como tío Lucho con lo que podría pasar en ese juicio oral; Edison Araneda tenía las pistas de audio en un pendrive y le pide que se las entregue y las graba en un pendrive y las escucha y esas conversa-

ciones eran del 13 y 18 de enero de 2008, entre el Rulo y el tío Lucho, el 13 de enero el tío Lucho le pregunta qué tiene que declarar y el Rulo le dice que tiene que declarar que él le compra motores y el tío Lucho le pregunta si no le va a pasar nada y él le dice que no le iba a pasar nada y que su declaración le va a servir para que salga en libertad; en la conversación del 18 el tío Lucho le reitera su miedo de si podía pasar algo, y le dice Rulo que no le va a pasar nada y que con esa declaración podía quedar libre, y tú te puedes hacer pasar por un tal Lucho porque hay una conversación con un tal Lucho que a él lo incrimina y como tú te llamas igual te puedes hacer pasar como la persona que aparece en ese audio como Lucho. Cuando analiza esas escuchas de audio habían temas que le llamaban mucho la atención, primero en la carpeta de investigación Raúl Mardones Alcayaga se identificaba como Rulo, revisó el listado de personas que iban a declarar como testigos de la defensa en el juicio oral por Raúl Mardones ya parecía una persona de nombre Luis, el que podía corresponder a Luis Egaña, y en el desarrollo del juicio oral que se inició el 05 de febrero de 2008, se presenta por la defensa de Raúl Mardones a Luis Egaña, él declara que conocía a Raúl Mardones, contesta algunas preguntas que le estaba haciendo la defensa, estaba el colega Bertón que le hacía las consultas y cuando le toca al Ministerio Público hace las preguntas y le hace consultas de cuánto costaban los motores y le pregunta cuándo fue la última fecha que conversó con Raúl Mardones Alcayaga y Luis Egaña contesta que

la última vez que conversó fue en enero de 2007, (este procedimiento tiene relación con hechos que ocurrieron en enero de 2007 cuando fueron las detenciones) le pregunta si había conversado los días 13 y 18 de enero de 2008 con Mardones y le dice que no, en ese momento estimó que el tribunal debía conocer esas pistas de audio para establecer la veracidad del testigo, y se presentó una prueba sobre prueba la que se acogió y se presentó esa prueba nueva que consistió en reproducir esas dos pistas, y vio incómodo al Sr. Egaña, y le pregunta si conversó con Mardones el 13 y 18 de enero de 2008 con Raúl Mardones y allí el Sr. Egaña se reserva su derecho a guardar silencio y ahí terminó el interrogatorio, luego se sigue el juicio. Le manifestó esa situación al fiscal jefe Manuel González Zapata y se decidió por el fiscal jefe abrir una carpeta de investigación; entiende que durante el período probatorio mientras estaba rindiendo la prueba la fiscalía se pidió que declarara (Egaña) un testigo de la defensa lo que se aceptó y entiende que fue una petición expresa del S. Bertón, no recuerda qué problemas había, y luego siguió la prueba de la fiscalía. Edison Araneda estaba citado como testigo y declaró como tal en el juicio oral. Entiende que respecto de Raúl Mardones se estaba pidiendo la absolución y que él tenía una actividad de compraventa de vehículos o de repuestos de vehículos, se reproduce archivo N°3, y se reproduce desde el minuto 19:40: (declaración de don Luis Egaña,) dice que no tiene ninguna relación de parentesco con ninguno de los acusados, que es electromecánico

en maquinaria pesada, electricidad automotriz en empresas mineras, en alta y baja tensión, embobinado de motores eléctricos, que conocía a don Raúl Mardones Alcayaga y lo conoce trabajando juntos, reparando motores, reacondicionando motores, se hacía el embobinado de motores de combustión interna y eso lo hacía regularmente, Mardones pedía asesoría técnica en base a electricidad, se la daba y trabajaban juntos, él le pedía asesoría para armar alternadores y armar motores de arranque, él le llevaba los vehículos, autos camioneta o jeep, él conseguía esos vehículos en Zofri, o autos chocados, en mal estado y reacondicionados. Contra interrogado por el fiscal expuso que por embobinar un motor de 12 kilowatts 380 volt 20 amperes cobraba \$30.000.-, más o menos; fue a hacer tres o cuatro veces esas actividades ya que le llevaba a veces los alternadores y los embobinados los hacía en su casa y cuando había que intervenir un vehículo había que ir a un taller de Genaro Gallo; él los compraba para revender y los reacondicionaba; fue como en enero de 2007 que se juntó con él, y de ahí no lo vio ya que cayó y ahora ve que se metió en problemas, que no se ha comunicado por teléfono y no lo llamó el 18 de enero ni el 13 de enero de 2008. Efectivamente reconoce su voz en la audiencia. Era prueba de la defensa de Raúl Mardones y se le hicieron preguntas por la defensa y luego el contra interrogatorio de la fiscalía. Se ofrece prueba sobre prueba y se reproduce la escucha de 13 y 18 de enero de 2008. En el primer audio se refería a lo que tenía que decir que era sobre compras

y ventas de motores y en su declaración se hizo mención a ello y en dos ocasiones se menciona la palabra abogado y el abogado defensor era el colega Bertón presente en esta sala y no había otro abogado, y no se hizo cargo de esto el abogado Bertón en su alegato de clausura ya que tocó otros puntos.

Interrogado por el abogado Sanzana, la prueba que tenía el ministerio público era contundente para condenar a Mardones, pero este caso era complejo para Mardones ya que no se le había encontrado con droga y la prueba era de escuchas y en esas interceptaciones telefónicas estaban los funcionarios que le daban contexto a las grabaciones; el tribunal no señala si la declaración del Sr. Egaña era relevante o irrelevante, sí sobre la convicción del tribunal respecto de las actividades de Raúl Mardones.

Interrogado por el abogado Bertón, en la última conversación el Rulo pregunta por el arraigo de Egaña, le pregunta por ese problema del manejo y le dice que no hay inconveniente y reitera su temor de que con su declaración va a pasar algo y Raúl Mardones le dice que su declaración le va a servir para que salga libre o una cosa así.

2.- Concurrió el testigo don **Edison Araneda Fica**, testigo común de las partes y expuso que conoce el motivo de su citación a declarar en este juicio, en el año 2008, en el mes de enero estaba realizando una investigación en contra de unos narco traficantes que operaban esta ciudad y uno de ellos se encontraba recluido en la cárcel de Acha, y tenían intervenidos

varios teléfonos, y con relación a este caso existía en dicho módulo otro interno apodado Rulo, Raúl Mardones, que había sido detenido el año anterior en Iquique, y en parte de la detención de ese grupo participó él por lo que tenía conocimiento de esa persona; en el mes de enero grabó unas conversaciones el 13 y 18 y el Rulo que iba a ser enjuiciado en el mes de febrero de 2008, mantuvo unas conversaciones con el tío Lucho y el Rulo le dice que tiene que declarar y hacer mención sobre unos motores y que hable con su abogado defensor quien le iba a dar mayores instrucciones para beneficiarlo en el juicio oral que se iba a efectuar en esta ciudad y esas conversaciones las grabó en un pendrive o CD y el día de la preparación del juicio se las pasó al fiscal ya que estaba llevando a cabo esa investigación con él y para que supiera lo que estaba pasando; esas interceptaciones estaban autorizadas por un juez de garantía, y en ese juicio prestó declaración y recuerda haber declarado sobre ese hecho y sobre su participación en la detención de las personas; en parte de las conversaciones el Rulo le dice al tío Lucho que tiene que decir algunas cosas y que se contacte con el abogado defensor quien le iba a dar mayor detalles sobre lo que tiene que decir el día del juicio, y en otras conversaciones en la investigación anterior, el Rulo había utilizado la palabra motores reemplazando la palabra droga y era necesario en este caso que el testigo justificara ese término “motor” y en cierta forma para que desvirtuara que ellos estaban hablando de droga en ese momento.

3.- Compareció el testigo **Esteban González Fuentes**, funcionario de la Policía de Investigaciones, testigo común y expuso que lleva trece años de carrera policial y tiene el grado de inspector y durante ocho años se desempeña en la Brigada de delitos económicos de Iquique, fue citado a este juicio de acuerdo a una orden de investigar que llegó a Iquique en marzo de 2009 por el delito de falso testimonio, a raíz de un falso testimonio de un testigo en un juicio oral sobre tráfico ilícito de estupefacientes y en la cual el fiscal Francisco Ganga interpuso la denuncia y a él le correspondió una investigación; la orden de investigar llegó en marzo del año pasado por falso testimonio, hecho que no es habitual, por lo que empieza a asesorar por gente del área penal de mayor grado y además conociendo como se hacen las investigaciones, se hace un marco para hacer una investigación lo más objetiva posible, los hechos investigados se basaron en el testimonio que presentó en su oportunidad el Sr. Luis Egaña respecto a un juicio oral que se desarrolló acá en Arica el año 2008, de acuerdo al audio que le proporcionó la fiscalía declaró sobre un tema de un parentesco y una relación laboral con un imputado en esa causa por tráfico de estupefacientes se entrevistó al Sr. Egaña, se entrevistó al abogado Reinaldo Bertón que presentó a declarar a ese testigo, y a una tercera persona don Gliciano Plaza que trabajó paralelamente con el abogado Bertón que actuó en la preparación de esos testigos en la causa por tráfico; el Sr. Egaña señaló que su declaración no tuvo una iniciativa de parte de él, él recibió ins-

trucciones de declarar de esa manera de acuerdo al audio que se facilitó por la fiscalía, y de esa manera los hechos que relató fueron hechos de acuerdo a un trabajo previo que realizó con el abogado Bertón Feliú y con el Sr. Gliciano Plaza; el abogado Bertón dice que no conoció al testigo sólo lo que ocurrió al día del juicio, y que toda la responsabilidad recaía en su ayudante el Sr. Gliciano Plaza; a su vez el Sr. Plaza dijo que ubicaba al testigo pero que él tampoco lo había preparado y que él cuando era contactado por el testigo o familiares él les entregaba datos del estado de la causa, pero que derivaba las personas al abogado Bertón que era el abogado defensor; el Sr. Egaña dijo que la preparación la había tenido de parte del Sr. Bertón y Gliciano Plaza y de acuerdo a las tres versiones señaladas en el informe policial resulta más coherente la versión dada por don Luis Egaña, y las conclusiones señaladas en el informe policial ninguna de las personas se responsabiliza de las preparaciones del testigo y se concluye que el Sr. Egaña fue inducido a prestar esa declaración en el juicio que se desarrolló en febrero de 2008 y que los hechos estaban en conocimiento de las personas que lo prepararon sin perjuicio de que no lo hayan manifestado o reconocido y la declaración calumniosa no nació del Sr. Egaña sino que fue inducida. De acuerdo al audio el Sr. Egaña manifiesta no tener ninguna relación familiar con el imputado Sr. Raúl Mardones y que sólo tenía una relación laboral con el Sr. Mardones y cuando le pregunta si esa declaración era de él señala que tomó contacto con el abogado Sr. Bertón y

paralelamente con su ayudante Gliciano Plaza; el Sr. Bertón dice que no conocía al testigo hasta el día del juicio, lo que no resulta lógico que un abogado presente pruebas o testimonio en un tribunal sin conocer la versión que va a entregar esta persona previamente, y al entrevistar a Bertón y Gliciano Plaza, manifestaron desconocer lo que iba a declarar el testigo y el Sr. Bertón responsabilizaba al Sr. Plaza en preparar al testigo y paralelamente el Sr. Plaza responsabilizaba al abogado; no resulta lógico que no supieran lo que tenía que declarar y de ello se deduce que ellos le dieron instrucciones de qué y cómo tenía que declarar; y el Sr. Egaña el día del juicio dijo que no estaba en condiciones anímicas de declarar y se le dijo por el Sr. Bertón que tenía que declarar que no tenía ninguna relación de parentesco con el acusado y que tenían una relación laboral entre ambos. Cuando toma contacto con el Sr. Egaña, le dio a conocer sus derechos como imputado y él decidió declarar sin abogado, prestó declaración en forma tranquila y en forma natural sin haber interrupciones. Respecto a que el abogado Bertón conocía al acusado, en el juicio del año 2008 se presentó por el abogado Ganga unas llamadas telefónicas entre el Sr. Luis Egaña y su sobrino apodado El Rulo que ya estaba recluido y en esa ocasión el Sr. Luis Egaña le da a conocer que ya había conversado con su abogado sin dar el nombre y que ya sabía lo que tenía que declarar, otro aspecto importante es que el Sr. Bertón antes del juicio viajó a Arica en dos o tres oportunidades donde habló con el Sr. Raúl Mardones y el

Sr. Egaña dijo que su intención era declarar por escrito y no verbal y que no fue correcto el haber sido citado a declarar en el juicio el año 2008, y según lo que entiende el deponente es que quien presenta las pruebas en un tribunal es el abogado defensor y no resulta lógico que no conociera al testigo, y que no sabía su declaración al momento del juicio oral y además teniendo en cuenta que en la conversación del Sr. Egaña con Mardones queda establecida la forma cómo se debía trabajar y lo que tenía que declarar al momento del juicio oral y que la declaración de Egaña iba a servir para que el Sr. Mardones pudiera salir en libertad. Este año en febrero hubo una nueva orden de entrevistar a otras personas y recuerda haber entrevistado a Jaime Mardones y citar a otras personas; el Sr. Jaime Mardones declaró que sabía que su hermano trabajaba en un taller de vehículos y que su contacto era esporádico y que declaró sobre su conducta.

Interrogado por el abogado Sanzana, señala que Bertón y Plaza, ambos se responsabilizan en la preparación del testigo, que uno hacía una cosa y otro hacía otra cosa, y el abogado Bertón señaló que cuando trabajaba con egresados de derecho asumía la parte logística, su rol era el de participar en las audiencias y Plaza en ubicar a los testigos y peritos y pruebas documentales; señaló el testigo Plaza que todo le correspondía a Bertón, porque no tenía el carácter de abogado, en ningún momento se hicieron responsables en la preparación del testigo y Egaña dice que ambos lo prepararon; y concluye que

recibió preparación de ambas personas y Egaña fue inducido a declarar en el juicio oral y es importante y relevante la declaración de Luis Egaña.

Interrogado por Reinaldo Bertón, expuso, que Egaña le dijo que en el transcurso del 2007 comenzó a tomar contacto con el abogado Bertón y Gliciano Plaza, a raíz de unos números telefónicos que le entregaron familiares de Raúl Mardones, para que se contactara y preguntara sobre la causa de su sobrino. El Sr. Egaña no le manifestó que tuvo contacto telefónico personal en Enero de 2008 y manifestó que tomó contacto personal con el abogado Bertón y Plaza durante el 2007 y el 2008 el mismo día del juicio oral, y antes del juicio y se le instruyó que no tenía parentesco y que no había tenido contacto con el imputado los días 13 y 18 de enero de 2008.- El Sr. Egaña le manifestó que tuvo una reunión antes de haber viajado al juicio, pero no recuerda si manifestó que estaba o no el abogado Bertón y desde que tomó contacto con el Sr. Bertón se le dieron instrucciones por éste para que declarara en el juicio, que se le señaló la forma en que debía declarar y el mismo día del juicio recibió instrucciones del abogado Sr. Bertón para que declarara como lo hizo el día del juicio. El Sr. Plaza manifestó que tomaba contactos con el Sr. Egaña o familiares y a él le preguntaban sobre el estado de la causa y sobre otros aspectos y los derivaba al Sr. Bertón; manifestó que se dirigió a la oficina del Sr. Plaza, no recuerda haberle preguntado si había ido a la oficina del Sr. Bertón. Hay un párrafo en sus

conclusiones en que se señala que el Sr. Plaza tiene participación en una causa por estafa en un tribunal de la Primera Región.

Preguntado por un juez, expuso que el abogado Bertón en dos oportunidades viajó a hablar con el imputado Raúl Mardones, antes del juicio oral, no sabe la fecha ya que es una información que da el Sr. Bertón y que fueron realizados antes del juicio. No recuerda para qué trámites.

II.- Documentos:

A los que se dio lectura resumida.

1.- Copia autorizada de sentencia definitiva en causa RUC N°0710000903-4 RIT N°264-2007, del Tribunal Oral en lo Penal de Arica.

2.- Certificado de matrimonio del acusado LUIS EGAÑA CORTÉS con ISABEL MARDONES ORREGO.

3.- Certificado de Nacimiento de ISABEL ANGELICA MARDONES ORREGO, hija de José Segundo Mardones y Pabla Orrego Angulo.

4.- Certificados de Nacimiento de RAÚL ANGEL MARDONES ALCAYAGA, hijo de Raúl Osvaldo Mardones Orrego y de Luisa Carmen Alcayaga Miranda y de RAÚL OSVALDO MARDONES ORREGO, hijo de José Segundo Mardones y de Pabla Orrego Angulo.

Que en cuanto a estos documentos acreditan que el acusado Luis

Egaña Cortéz, prestó declaración en la causa RIT: 264-2007, y en el considerando vigésimo se estimó irrelevante la prueba rendida por la defensa de Raúl Mardones Alcayaga, y con los certificados acompañados se acredita el vínculo de parentesco entre Luis Egaña y Raúl Mardones Alcayaga, ya que la cónyuge del acusado Egaña es tía del acusado Raúl Mardones Alcayaga.

IV. EVIDENCIA MATERIAL Y OTROS MEDIOS DE PRUEBA:

1.- Un disco compacto contenedor del registro de audio del juicio oral, RUC N°0710000903-4 RIT N°264-2007, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.

2.- Un disco compacto que registra conversaciones telefónica de fechas 13, y 18 de enero de 2008, entre el acusado LUIS EGAÑA CORTÉZ y RAÚL MARDONES ALCAYAGA.

SEXTO: DECLARACIÓN DE LOS ACUSADOS: Que el acusado **Luis del Carmen Egaña Cortéz**, renunciando a su derecho a guardar silencio y a modo de defensa prestó declaración en la siguiente forma:

Por intermedio de su sobrino que cae en un delito de tráfico, él se da cuenta de ello por la prensa y al tiempo van los familiares de Raúl Mardones, la mamá los hermanos y la pareja que estaba gordita como de seis meses, le piden que fuera testigo de conducta y les señala que iría como testigo de conducta solamente y luego le llega una citación del juzgado de que tenía

que presentarse a un juicio oral como testigo y los nervios no lo dejan declarar ahora y el hecho de estar acá es muy complicado; todo eso le ha acarreado muchos problemas de índole familiar en su trabajo de alta tensión se electrocutó dos veces; cuando le llega la citación supo que tenía que declarar en un juicio oral por lo que se fue donde los familiares recriminándoles el hecho y que él no debía ni quería estar y le dieron los teléfonos de don Reinaldo Bertón y Gliciano Plaza, a don Reinaldo Bertón lo llamó en dos ocasiones y le dijo qué pasaba con él, qué por qué lo habían metido en ese problema y el abogado le dijo que tenía que contactarse con Gliciano Plaza, en segunda instancia lo vuelve a llamar a él preguntándole por su situación, intuía que algo estaba mal y el Sr. Bertón le contesta el teléfono y se enoja y le corta el teléfono, empieza a contactarse con Gliciano Plaza y lo llama a él y le dice que lo atiende un día en la tarde, va donde Gliciano Plaza y le dice por qué iba a un tribunal y llama al abogado Bertón por teléfono y le pregunta qué pasa con Luis Egaña, cómo va, y ahí le hace ver que Raúl Mardones trabajó con él y le hace ver a Gliciano Plaza que eso no era verdad, que Raúl Mardones no ha trabajado conmigo y Gliciano Plaza le dice la investigación del juicio está cerrada y la fiscalía no tiene como saber qué va a decir y un día antes le iban a preparar para la declaración, a él le tienen que haber dicho que trabajaba en la reparación de motores eléctricos los sobrinos, los hermanos de Raúl Mardones o éste y con la declaración suya el Raúl sale libre, porque es lo que falta y le

dijeron que no podía negarse porque la pareja estaba gordita y la mamá es sordita entera y depende de él, y que no podía darle la espalda al sobrino; después, antes de empezar el juicio oral cuando estaba afuera y como es hipertenso esta situación lo deja muy mal, y a Gliciano Plaza le dijo que en Investigaciones se había equivocado y que en vez de Gliciano Plaza coloca Reinaldo Bertón, y fue a Gliciano Plaza que le dijo que no podía declarar porque es falso, y él le dijo que no fuera cobarde y que declarara, y que con su declaración su sobrino va a salir sino va a quedarse quince años adentro, qué va a pasar con su mamá, qué va a pasar con su señora que tiene gordita, le insistió que lo que iba a declarar era falso y él le dijo que la fiscalía no tenía cómo saber porque la investigación estaba cerrada, y tuvo que declarar.

Interrogado por el fiscal, señala que no recuerda mucho lo que declaró en el juicio, que su trabajo era reparar motores eléctricos, embobinarlos, es eléctrico en maquinaria pesada, que repara camionetas, camiones y que Raúl Mardones trabajó con él, eso era falso y se lo declaró al funcionario de Investigaciones, y negó que era familiar de Raúl Mardones, y el Sr. Gliciano Plaza en dos ocasiones le dijo que tenía que negar que era familiar de Raúl Mardones, y eso fue lo que más lo motivó a no declarar ya que es familiar de Raúl Mardones, su señora es tía de él, se llama Isabel Mardones Orrego. Se le pregunta si había tenido contacto con Raúl Mardones y contestó que no, en una ocasión había llamado a Raúl Mardones, en el sentido de qué

iba a pasar, porque tenía el temor de en qué lío estaba por declarar, lo que tenía que declarar, se puso en contacto como dos o tres veces con Raúl Mardones, y él le decía que iba a declarar que trabajaba con él para que saliera porque el abogado le dijo que con su declaración él iba a salir, le hace un alcance que tiene que portarse bien porque ya estaba bueno de que anduviera metido en leseras, y él le dice que sí que cuando salga se iba a portar bien, y en el juicio escuchó una grabación en la que aparece su voz; el fiscal solicita la reproducción del disco compacto respecto de las conversaciones telefónicas del 13, 15 y 18 de enero de 2008: Archivo Rulo tío Lucho, 13.01.008, 19:27 horas: que el abogado iba a conversar bien contigo que él le mandaba motores eléctricos, no eso no que después va a conversar personalmente, con él, con su declaración está más o menos bien y que cuenta con él, que no corre ningún riesgo, que el abogado conversó con él. El segundo audio: Rulo tío Lucho.18.01 008 19.21 horas. ¿No me va a pasar nada a mí?, que no se preocupe, que es un favor para él, y que tiene una orden de arraigo por manejo en estado de ebriedad que arregló, que es un favor para que él de repente se vaya para la calle, y que él lo va a sacar. Esto que se escuchó es verdad esto se reprodujo en el juicio y él se contactó con él. Tenía que contactarse con Gliciano Plaza y después con Reinaldo Bertón, esos nombres se lo dieron los sobrinos y que estaban los dos a cargo del juicio de Raúl Mardones. En las dos ocasiones que habló con el señor Bertón en la segunda ocasión el Sr. Bertón no lo atendió, se contactaba con

Gliciano plaza y éste hablaba por teléfono y recibía todo lo que había que hacer. Lo llama Gliciano Plaza a Raúl Bertón y le pregunta cómo va y le dice que va como conducta y Plaza le dice que va como conducta y tiene que declarar que ha trabajado con Raúl Mardones y el abogado Bertón sabía lo que iba a declarar el día del juicio piensa que sí porque era el abogado titular, eso se lo dijo Plaza y él tenía el juicio y el Sr. Gliciano Plaza era el ayudante. Decide ayudar a Raúl Mardones ya que la mamá es sordita total y cuando pololeaba con su señora hace 38 años la señora Luisa estaba recién casada y tenían al Rulito y siempre había cariño hacia él y Gliciano Plaza le decía que la pareja estaba gordita de seis meses y que si Raúl quedaba preso quién iba a atender a la mamá y como es sordita le daba mucha pena, no así los hermanos que lo metieron en eso y lo engañaron. Fue citado después por la policía de Investigaciones y fue de inmediato y en la fiscalía accedió a que le hicieran la prueba de voz en Investigaciones ya que estaba dispuesto a colaborar. En su declaración le explicaron de qué se trataba, falso testimonio en un juicio de Arica, lo que no le dijeron que tenía derecho a un abogado, y habría pedido ayuda al abogado involucrado o de un abogado ya que estaba muy apremiado, y no recuerda bien. Para efectos de refrescar memoria se le exhibe y el acusado da lectura a una parte de su declaración: en este acto se me da a conocer en forma detallada de los hechos que se me imputan como también de los derechos que le confiere la ley de acuerdo al artículo 94 y 97 y 131 del Código pro-

cesal Penal, en especial el derecho a guardar silencio y ser asistido por abogado defensor, a lo cual renuncia en forma libre y voluntaria; recuerda ahora lo del abogado defensor. Fue con la intención de contar lo que verdaderamente ocurrió, no recuerda la fecha de la declaración, opta por decir la verdad y estaba un poco confuso por su sistema nervioso, estuvo toda la tarde en esa declaración, fue en la tarde y salió como a las siete, fue una declaración extensa y dijo lo mismo que hoy día ha contado. Antes del juicio el día anterior los citó Gliciano Plaza en su oficina de Patricio Lynch y les explicó con los testigos lo que tenían que declarar y le insistió que cómo podía negar que era familiar de Raúl Mardones ya que eso era falso, y el volvió a insistir que era porfiado que no entendía que la investigación estaba cerrada; en el juicio oral siempre se mantuvo afuera se paseaba por su sistema nervioso y pone ahí que sale el Sr. Bertón, pero salió el Sr. Gliciano Plaza para afuera y le dice que no quería declarar y le vuelve a decir que tiene que declarar, que la investigación estaba cerrada y le vuelve a sacar que por la familia. No ha sufrido amenazas y ha tenido contacto con el Sr. Bertón, él ha ido a su casa a hablar con él, que estaban pidiendo tres años y un día, que iba a hacer una gestión para dejar nulo el juicio que iba a ir a la Corte Suprema, porque había una abogada que no estaba certificada, él iba a su casa, fue como tres veces y cuando es citado a declarar a Investigaciones y los cita a ellos también el Sr. Gliciano Plaza lo va a amedrentar, que tenía que cambiar su versión, que tenía que ir a una notaría a echarse

la culpa él, ir a firmar una declaración jurada y que se echara toda la culpa, que don Reinaldo Bertón se iba a querrellar por lo que le dijo que no, porque estaba diciendo toda la verdad, que ya está bueno mentir; él fue después cuando se empezaron las preparaciones del juicio. Le pidió dinero el Sr. Bertón para ir a la Corte Suprema y le dio \$10.000. Hay una parte que no corresponde de la declaración fue don Gliciano Plaza quien salió y le dijo tiene que declarar sí o sí, que Rulo dependía de él, de su declaración y que iba a salir de inmediato. De que don Reinaldo es el abogado no va a cambiar para nada, cree que están los dos, piensa que los dos llevaban el juicio, sabían lo que tenían.

Interrogado por el abogado Bertón, señaló que los familiares del Raúl Mardones le dan dos números de celulares el de él y de Gliciano Plaza, que en dos oportunidades llama al Sr. Bertón, en la primera le dice que tiene que declarar y le dice que no va a declarar, en la segunda lo llama Bertón, se enoja y le corta, en ninguna de esas llamadas el Abogado Bertón le dice que no es pariente ni que no ha tenido contacto con Raúl Mardones. No tiene contacto personal y no conoce al abogado Bertón, hasta el día del juicio, llega un momento del juicio y sale el abogado Bertón y le dice a Gliciano Plaza están bien los testigos que van a declarar; estaba afuera el día del juicio, nunca había tenido contacto físico con el imputado Reinaldo Bertón. Para evidenciar contradicciones: fue así que a partir del mes de enero de 2008 tomó contacto permanente

personal y telefónico con el abogado Reinaldo Bertón y con su ayudante, con el Sr. Gliciano Plaza hizo los contactos que se hacían por teléfono, se equivocó en esa declaración. Tuvo reuniones con Gliciano Plaza y el día antes no estuvo el abogado Bertón, las reuniones las tuvo con el Sr. Plaza, lo relativo a que no era familiar y que trabajaba en motores eléctricos con el Sr. Mardones, todo eso fue con el Sr. Plaza. No conoció la oficina del Sr. Bertón antes del juicio oral, no había ido nunca y tampoco lo conocía físicamente, y se vinieron en un furgón y los trajo don Jaime Mardones, y vinieron los testigos. Llegaron a Arica en la madrugada a las 06:30 o 07:00 y el juicio era a las 08:30 horas, en ese momento no se acercó el abogado Bertón a intimidarlo, y que si no declaraba lo iban a tomar preso por desacato. Después del juicio, no recuerda si llamó al abogado Bertón cuando estaba citado a declarar a Investigaciones; ya que en ese momento quedó mal por el hecho de ir a Investigaciones después va a su casa el abogado Bertón a hablar sobre el juicio de falso testimonio, en lo que estaban involucrados, no lo intimidó. El Sr. Gliciano Plaza lo fue a apremiar que cambiara la declaración y que tenían que ir a la notaría a cambiar la declaración, concurre después a la oficina del abogado BERTÓN, lo llama y ahí concurre al departamento. El día de su declaración se va del tribunal, se va a Iquique en bus y no tiene contacto con su grupo familiar. Don Reinaldo Bertón no le dio instrucción para declarar en juicio, las conversaciones con su sobrino se refieren a Gliciano Plaza.

Interrogado por Ricardo Sanzana, el abogado de Raúl Mardones era Reinaldo Bertón, habla con Gliciano Plaza y recibe las instrucciones de Reinaldo Bertón, y ahí le comunican lo que tiene que declarar; el día del juicio Reinaldo Bertón preguntó si estaban claros los testigos de lo que tenían que declarar y Gliciano Plaza dijo que sí, el día anterior estuvieron reunidos, el responsable de la defensa de su sobrino era Reinaldo Bertón y Gliciano Plaza y supo que no era abogado después del juicio. Quedó de acuerdo con el Sr. Bertón para ir a la notaría para cambiar la declaración, después del juicio de Raúl Mardones, piensa que fue cuando los cita Investigaciones a declarar; Gliciano Plaza le dijo que tenía que ir a la notaría después que declaró en Investigaciones, El Sr. Bertón fue a su casa, la primera vez fue para decirle lo que estaba pidiendo la fiscalía tres años y un día y después a pedirle que la única manera de salvarlo de esta situación era chuteando la pelota, aplazando el juicio, pidiendo licencias, necesito tiempo y se chuteó el juicio bastante como cuatro o cinco. Esa citación para juntarse en la notaría se la hizo don Reinaldo Bertón, y fue a su casa para ir a la notaría y ese cambio de versión no lo vio; pero su señora le aconsejó que no fuera. Raúl mardones es su primer sobrino y su madre es sorda total la señora Luisa, y la pareja de Raúl estaba gordita, cuando decide declarar tuvo esos tres elementos; Rulo es Raúl Mardones, hijo de Luisa, es su sobrino y lo conoció desde que nació y a la madre la conoce desde que pololeaba con su Sra. unos 39 años, no sabe si la pareja tuvo el bebé, ya que ella desapare-

ció, no la vieron nunca más. Quería negarse a declarar por el temor a caer en delito ya que sus padres le inculcaron buenos valores en la pampa, lo pusieron en un colegio don Bosco, y eso es muy traumático para él y para su padre ya que de hecho está muy enfermo con esta situación, tenía opción de negarse a prestar declaración y le iban a dar quince años de presidio a Raúl Mardones, y él era quien mantenía a su madre.

Preguntado por un juez expuso que Gliciano Plaza le dijo que si no declaraba le iban a dar quince años a Raúl Mardones y problemas familiares.

Prestó declaración el imputado **Reinaldo Bertón Feliú**, quien renunciando a su derecho a guardar silencio y a modo de defensa manifestó que: Este caso parte el año 2007, tiene su departamento como oficina, ya que queda a 40 metros del tribunal, y un colega le presenta a don Gliciano Plaza, que estaba en 4º año de derecho, él llevaba casos a varios abogados y a la vez en P. Lynch tenía oficina de corretaje de propiedades y le dijo que tenía un amigo preso en Arica, y le dice que no tenía ningún problema en atenderlo, y quedaron de acuerdo en participar 50% y 50%, se sacó la carpeta de investigación y la primera diligencia es una revisión de la medida cautelar de prisión preventiva que no prosperó; él reunió las pruebas y documentos, llega a Arica a hacer la preparación del juicio oral, llega la audiencia del juicio que se hace el 5 al 7 de febrero de 2008, y es la primera vez que conoce al testigo, y que declaren sobre los que estimen conveniente y que eran testigos de

conducta, y no participó en ninguna de las reuniones y no dio instrucciones y el Sr. Egaña olvida algunas cosas, y declara el Sr. Egaña que no es familiar, y su representado es condenado; cuando terminan el juicio, estaban los familiares y les dice que la situación estaba bastante complicada ya que sólo podía tratar de que se le aplicara el mínimo de la pena, por las escuchas, y como tenía antecedentes anteriores la pena era alta, y era irrisorio que declararan tres familiares de que trabajaba, don Jaime Mardones Alcayaga, la pareja y el Sr. Egaña, pasan los meses, pasa más del año y un día lo llama el Sr. Egaña y le dice que está citado a declarar al otro día a la Policía de Investigaciones y le dice que hable con Gliciano Plaza, pasan varios días y le llega la citación de Investigaciones, no dio ninguna instrucción ya que en la parte logística estaba Gliciano Plaza y estima que en forma descarada mienta de nuevo ya que no tuvo contactos con Gliciano Plaza ni le dio instrucciones, después fue a su casa el Sr. Egaña, y le explica la situación, la acusación; después va el Sr. Egaña a su casa y estaba su señora y ahí él le dice no sé para qué lo metí en esto, eso fue cuando hablaron por teléfono, fue a su casa como 35 minutos, y no lo ha intimidado, ya que ni siquiera lo conoce ni a ninguno de los testigos, y él reconoce que no tuvo contactos personales, no está seguro si lo llamó en enero de que estaba como testigo, y si no se equivoca le dijo que tenía que declarar en el juicio oral. Al tiempo cortó las relaciones con Gliciano Plaza, ya que una señora le dijo que contrató al abogado Gliciano Plaza y le estaba cobrando de más.

Interrogado por el fiscal expuso que es técnico mecánico y abogado, terminó el liceo en el año 1985 e ingresó a INACAP, antes de ser abogado ya que trabajó hasta el 2002 como técnico mecánico; el 1992, conoce a unos bolivianos y se va a Oruro, y ahí le dan la oportunidad de estudiar, aprueba el preuniversitario y yacimientos petrolíferos le da una beca, y el 2003 empieza a ejercer como abogado en Iquique, y su especialidad es penal, derecho de familia y civil, ha tenido varios juicios penales, hasta la fecha unos 60 juicios, y nunca ha tenido problemas, es cuidadoso y estudia la teoría del caso y los medios de prueba que va a presentar, se ha dedicado a la actividad pública también como abogado de la Municipalidad de Iquique y otros servicios públicos, cuando tramita en la calle, prestaba su firma para causas civiles, lo que ahora no hace, y en los juicios criminales se sienta en el juicio en las audiencias, y cuando el caso lo toma solo, si viene un estudiante o un egresado se comparte la plata y se ponen de acuerdo sobre los medios de prueba, en este caso la otra persona se en cargó de los medios probatorios y se sabía que Raúl Mardones venía complicado y le dijo que iba a tratar de rebajar la pena lo más posible; no eran testigos presenciales, eran testigos que habían trabajado o no; ese día se sienta en este juicio sin saber quiénes eran los testigos y qué iban a declarar; el caso era súper complejo recuerda que habían un sinnúmero de llamadas telefónicas, como 36 y se hablaba de kilos, de millones y le dijo que viera testigos al procurador, y su misión era rebajar la pena; generalmente no presenta tes-

tigos, salvo en homicidios o lesiones cuando hay testigos presenciales; en este caso los testigos se iban a remitir a la conducta; no recuerda cuál fue su teoría del caso en ese juicio oral, se reproduce el CD relativo a la carpeta audio del juicio oral 264-2007, la carpeta se encuentra en el N°1 de los audios, minuto 22: “es de carga del Ministerio Público probar que su representado tuvo alguna participación, y pone de relevancia llamadas telefónicas, que no ha tenido ninguna participación, su representado tiene un tráfico hace muchos años atrás y desde hace cinco o seis años no ha delinquido. Cuando se entrevista con él, él le dice soy mecánico y por eso se tendrá que acreditar que él es mecánico, aunque sepa que es culpable él siempre va a tratar de que se le condene a la menor pena, y es muy raro que el acusado diga soy culpable y condénenme. Era importante para la teoría del caso que su representado no tenía participación, que no se iban a acreditar las conversaciones y que él tenía una actividad económica. Fue a la audiencia de preparación de juicio oral, los testigos que trajo este juicio, eran para acreditar que él tenía una actividad económica, que trabaja como mecánico. Recuerda que don Luis Egaña se presentó, que trabajaba como mecánico en la parte eléctrica y que trabajaba con su sobrino y le preguntan si es familiar y dice que no, y niega que hizo llamados a Raúl Mardones, y le parece que no se hizo cargo de ello en el alegato de clausura. Todos los otros testigos declararon sobre hechos ciertos. Le pareció grave lo que declaró el Sr. Egaña e increpó al Sr. Gliciano Plaza, y estima que ha estado tranquilo.

Presentó un recurso de nulidad por Raúl Mardones y otros dos acusados y un familiar se enteró de que doña Paula Orellana Vega no era abogado, y se fue de vacaciones y le dijo que le trajera el recorte del diario, el que posteriormente se lo llevó, se comunicó con el fiscal preguntándole si se podía beneficiar con esto e incluso le planteó salidas alternativas, como llegar a un abreviado lo que no fue posible; se contactó en tres ocasiones con el Sr. Egaña, y él lo ha llamado varias veces, se dilataron bastante las audiencias de preparación del juicio oral, por presentación de licencias médicas tanto de él como del Sr. Egaña.

Interrogado por el abogado Sanzana, expuso que G. Plaza se preocupaba de la parte logística del juicio, esto es, reunir los testigos, la documental, buscaba esos antecedentes él, y lo que ocurría en el juicio era de cargo de él, quién decide como se lleva el juicio, la teoría del caso se conversó con él, que estaba muy complicado Raúl Mardones y que iba a ir a Arica a conversar con él y vuelve y le dice que estaba muy complicado y ambos deciden lo que se iba a exponer en juicio, pero los alegatos de apertura y testigos y clausura lo decide él; a su juicio la prueba que iba a presentar era irrelevante y Gliciano Plaza le dice afuera que los testigos iban a declarar que el Rulo trabajaba como mecánico, quien decide incorporar la prueba al juicio es el deponente; los dichos de los testigos eran para acreditar conducta, se refirieron a que se habían enterado que estaba procesado, si sabía que los testigos eran de conducta los presentó en el juicio

ya que en Iquique se presentan en la audiencia de preparación los testigos de conducta, y tenían que presentarse para decir que era mecánico. Sabía que los testigos iban a declarar sobre la actividad de mecánico. Luis Egaña aportaba a la conducta del acusado y era un testigo irrelevante ya que eran familia los testigos, ellos no hablaron nada de tráfico de drogas.

SEPTIMO: El defensor Sanzana señala en su alegato de apertura, que como lo ha planteado el fiscal, efectivamente no podrán justificar la actitud que se le atribuye a su representado y otras tantas que en este juicio van a verificarse, lo importante es saber desde ya, al momento de iniciarse este juicio que su representado tiene un grado de parentesco con la persona respecto de quien fue presentado en el juicio de quien se le atribuye el falso testimonio, y desde ese contexto y de un contexto familiar anterior y que relatará su representado es que tratarán de explicar al tribunal cuales fueron las motivaciones, las condiciones, las presiones a que se vio expuesto su representado y lo que posteriormente ha significado para él en su salud, en su trabajo y en su familia; nada bueno de so resultó y su representado explicará latamente esa situación y estará en condiciones de hacer su alegato de clausura y señalar cuál es su teoría del caso finalmente.

En su alegato de clausura el defensor Ricardo Sanzana señaló, por qué hay que absolver a Luis Egaña Cortéz, porque es un buen hombre, buen vecino, buen ciudadano y es un buen esposo, es un hombre trabaja-

dor, pero eso no sirve para ello porque la conducta que tuvo en un juicio que se siguió en este tribunal no han sido trascendentes, su discrepancia con el Ministerio Público, por muy buena o muy mala teoría del caso que presente un litigante lo cierto es que de la calificación de buena o mala o del resultado que pueda obtener esa teoría del caso, y si esa información que se aporta está atacando el bien jurídico protegido, la recta administración de justicia, se van a asilar en la sentencia en que en el considerando vigésimo se dice que se va a descartar toda la prueba del Sr. Mardones, por ser intrascendente, prueba que es irrelevante y que no lleva al convencimiento ni ataca el fondo de la acusación presentada en contra de Raúl Mardones, y la recta administración de justicia nunca tuvo peligro de ser menguada, nunca se vieron los jueces en la posibilidad de considerar esa declaración, para tomar una decisión de absolución, al efecto Politoff, Matus “una declaración que no tiene la más ínfima posibilidad de afectar la decisión judicial debiera considerarse como no peligrosa para el bien jurídico tutelado y por tanto no comprendida en el tipo penal, pues aquí no se protege la sacralidad del juramento, ni el tiempo del juez, sino la recta administración de justicia que no se ve potencialmente afectada por esa clase de manifestaciones” lo que hay que tener en consideración si la declaración de Egaña iba a tocar en lo más mínimo el fondo de la acusación, se estaba acusando a un sujeto por tráfico de drogas, que haya sido trabajador, que haya tenido una actividad, que haya sido el mejor padre y eso haya sido declarado por

un testigo en ningún caso apuntan a desvirtuar su responsabilidad penal; el fiscal Francisco Ganga dijo que tenían una prueba contundente y no van a traer a juicio un caso en que no tengan prueba suficiente para condenar, no había ninguna posibilidad para absolver y no se atacó en lo absoluto puntos que no estaban discutidos, cabe la absolución, cita jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Rancagua, en el delito de falso testimonio en juicio como en falso testimonio en negocios no contenciosos es parte del tipo la exigencia de que la falta a la verdad se refiera a hechos sustanciales, ello porque lo accidental, todavía más lo ajeno a lo discutido en el juicio o a probar en la gestión no forma parte del testimonio en cuanto a medio de prueba; una declaración falsa en lo relativo a un punto ajeno a lo discutido no puede afectar el bien jurídico protegido cual es la recta administración de justicia, y en ese sentido faltaría la antijuricidad material en la conducta; concordante con la doctrina y con el bien jurídico que se pretende proteger, por esa vía solicita la absolución de su representado.

Réplica del abogado Sanzana, que pueden o no compartir la tesis planteada por el autor citado por el colega fiscal, el Sr. Rodríguez Collao ya ha presentado la doctrina y jurisprudencia y no sólo los acompaña la doctrina y jurisprudencia y los acompaña el mismo fallo que sigue la línea que ha plantado el fiscal, y basta con sólo leer el considerando vigésimo en su primera parte que dice: “En relación a toda la prueba presentada por la defensa dice relación única y

exclusivamente con acreditar que el acusado Raúl Mardones ejercía una actividad lícita, tal situación no era un hecho discutido en la causa, ningún testigo depuso algún hecho que pusiera en duda que el acusado no participó en el delito de tráfico.” Lo que dice el tribunal oral es que ningún testigo depuso algún hecho que pusiera en duda que el acusado no participó, no se puso en peligro el bien jurídico protegido. No cualquier cosa puede significar que el tribunal fue vulnerado en su raciocinio y se desecha toda la prueba de Raúl Mardones este abogado ha desplegado un sinnúmero de prueba y más allá de que hay sido verdad o mentira lo señalado por el Sr. Egaña no tiene ninguna trascendencia.

El abogado Reinaldo Bertón, en su alegato de apertura señaló que es carga del Ministerio Público demostrar que su representado ha incurrido en el delito que se le imputa por el Ministerio Público, pero los juicios consisten en prueba viva, el día de hoy se podrá ver la prueba viva de cómo sucedieron los hechos y en base a eso ver si el estándar de prueba corrobora lo que dice el Ministerio Público o el estándar es tan bajo que no corrobora los hechos que ha afirmado con lo cual la defensa va a guardar los antecedentes para el alegato de clausura cuando el tribunal haya podido presenciar y los dos defensores y el fiscal la prueba lata y completa y ahí hará las alegaciones que correspondan en base a la prueba viva que se va a dar en este juicio.

En su Alegato de clausura el acusado Bertón Feliú, señaló que la

prueba tiene que ser viva para ver cuál ha sido su participación, y el fiscal señala que Esteban González señala que toma declaración a tres personas y que hay contradicciones y la declaración del Sr. Egaña es la que debe ser considerada y se ha visto como a pedazo a pedazo se empieza a caer lo que dice el Sr. Esteban González, el 11 de marzo de 2009 se presenta el Sr. Egaña ante el funcionario y dice cosas irreales y que mintió ante ese policía, primera mentira “fue que a contar del mes de enero de 2008 comencé a tener un contacto permanente en forma personal y telefónica con el Abogado Reinaldo Bertón y su ayudante”, repreguntado el Sr. Egaña dice que conoció al abogado Bertón en la puerta de este tribunal el día del juicio y anteriormente no lo había visto; él dice que en el mes de enero tiene constantes llamadas telefónicas con el abogado Bertón y preguntado dice que sólo tuvo dos llamadas una en que consulta por qué estaba en la lista de testigos y le dice que se contacte con el Sr. Gliciano Plaza porque él lo tiene incorporado en la lista y en la segunda que lo llama al abogado y no lo recibió, se enoja y le corta el teléfono; el Sr. Egaña dice que en ningún momento el abogado Reinaldo Bertón le dijo lo que tenía que declarar y lo que tenía que declarar se lo dijo el Sr. Plaza, y la segunda pregunta que le hace si él había recibido llamadas de que dijera que no era familiar y que Mardones trabaja con él en motores y dijo que nada de eso se lo dijo el Sr. Bertón. El Sr. Egaña dice que se comunica dos veces con su sobrino que estaba en la cárcel el 13 y 18 de enero de 2008, y él le dice que ya había hablado con

el abogado y en esas llamadas el Sr. Egaña se refiere al Sr. Plaza porque fue el que me dio las instrucciones y esas se las comuniqué a mi sobrino, y Egaña dice que se refiere al Sr. Plaza, y que ninguna participación tiene el Sr. Bertón; por lo que se refiere al abogado como el Sr. Plaza. El policía también lo dijo que participó el Sr. Egaña, Jaime Mardones en una reunión en la Galería Lynch y en la que no participó el Sr. Bertón; en su declaración aquí y dice que se había equivocado y que lo había atemorizado el Sr. Plaza, y lo dice Jaime Mardones y él dice una cosa en la policía y otra en el tribunal. El Sr. Egaña dice que no conoce su oficina ni lo conoce personalmente, con el testimonio de Egaña y Jaime Mardones queda claro que el Sr. Plaza era el que hablaba con ellos. El Sr. Egaña no estaba claro quién era el abogado, eso quedó en el audio, y en las llamadas telefónicas en la segunda de 18 de enero su sobrino ocupa esta palabra, que declare que no tenga problemas ya que su declaración es capaz o tal vez para que le ayude y en ningún momento el Sr. Mardones le dice que va a quedar en libertad. Con todo este tipo de contradicciones el Sr Plaza le dijo lo que tenía que decir y él llamaba al Sr. Bertón lo que tenía que decir, por qué lo va llamar. Estima que la prueba de la fiscalía no cumple el estándar suficiente y sólo trajo la declaración del policía que dice que el abogado Bertón instruyó e indujo a declarar al testigo y como el abogado no tenía el conocimiento de lo que iba a declarar por lo que debe ser absuelto.

Réplica del abogado Bertón, le llama la atención lo que dice el fiscal de que éste abogado ha desplegado un sinnúmero de actividades tendientes a buscar su impunidad, o inocencia tratando incluso de llevar a una persona a la notaría, lo vuelve a repetir, en este juicio el Sr. Egaña fue trascendental al decir primero el abogado Bertón fue a conversar conmigo y después dijo no vino el Sr. Plaza; el abogado Bertón señaló que fuéramos a la notaría, no el Sr. Plaza, y hay una pregunta del Sr. Fiscal si sabía lo que iba a declarar en notaría, no, nunca lo supe, cae dentro de la situación que eso no se ha acreditado en juicio, y el fiscal trata de introducirlo de una u otra forma ya que no han sido capaces de buscarle una alternativa a la declaración que prestó el Sr. Egaña en la Policía de Investigaciones y la que prestó en este tribunal la que indujeron a un policía a declarar y que por su propio peso se fue desmoronando. Al final dice que en su calidad de imputado declaró la verdad que declaró en la Policía de Investigaciones de Iquique y en ninguna ocasión se le dijo que aclarara y siempre ha declarado lo mismo, no ha tenido ninguna participación y esto le pasó por confiado, por estúpido y por necio y esto le ha servido por esta amarga experiencia ya que nunca indujo a decir lo que tenía que decir el testigo.

OCTAVO: Que la defensa de Egaña rindió prueba testimonial común con el Ministerio Público, y que se consigna en el considerando quinto de esta sentencia.

PRUEBA DOCUMENTAL:

Incorpora copia autorizada de la sentencia dictada en la causa Rit 264-2007 de fecha 12 de febrero de 2008, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica y se da lectura resumida a la sentencia y del considerando vigésimo: Que en relación a toda la prueba presentada por la defensa que dice relación con acreditar única y exclusivamente que Raúl Mardones ejercía una actividad lícita, tal hecho no era un hecho discutido de la causa, ningún testigo depuso algún hecho que pusiera en duda que el acusado no participó en el delito de tráfico y en otro orden de ideas no habiéndose acreditado por la fiscalía que los autos incautados fueran adquiridos por dineros provenientes de la venta de la droga tampoco han resultado relevantes en ese punto las declaraciones de éstos, por lo expuesto este tribunal le restará todo valor probatorio tanto a la testimonial como documental de la defensa.

PRUEBA DE LA DEFENSA

De Reinaldo Bertón Feliú: Que, aparte de los testigos comunes cuyos relatos constan en el considerando quinto de esta sentencia, presenta a los siguientes testigos autónomos: 1.- Compareció **Jaime Alberto Mardones Alcayaga**, quien expuso que el acusado Luis Egaña es su tío político ya que su tía es hermana de su papá, compareció en el juicio contra su hermano Raúl MARDONES Alcayaga como testigo de conducta y ahora hace poco le llegó una citación de Investigaciones para verificar una declaración suya y que declarara lo mismo que había declarado acá

y qué persona se había contactado con él como abogado, y una persona fue al taller donde trabajaba como en diciembre de 2007 y se identificó como abogado de su hermano Gicliano Plaza y si le podía servir como testigo, ya que tenía algunas personas como testigo y que necesitaba más testigos, que le indicara otro testigo y le dijo que le podía indicar a su jefe ya que su hermano llevaba vehículos al taller, y llevaba vehículos para desarmarlos como tenía conocimientos de mecánica, para arreglar o desabollar y él vendía y compraba repuestos eso era esporádico, su jefe le tenía un espacio y cuando llevaba vehículos le pagaba el momento que estaba trabajando, no sabía si su hermano se dedicaba a otra actividad ya que vivían separados desde que salió antes se dedicó a vender vehículos y al principio su hermano le pidió apoyo para comprar vehículos y además declaró en Investigaciones sobre el joven Plaza qué había hecho él para presentarse ante él y venir para acá, le dijo que era abogado y se presentó como abogado de su hermano; hubo una reunión donde asistió don Luis y la niña que convivía con su hermano Marjorie y los citó a una oficina que tenía en la galería Lynch y le dijo qué podía decir sobre su hermano y le dijo que su hermano llevaba vehículos al taller y hacía pegadas, al taller de su jefe el Sr. Raúl Escudero que no pudo ir a la reunión ya que como trabajan los dos en el taller o iba él o iba el deponente y luego se fue y se quedó don Luis y la Srta. Marjorie; en esa reunión no estuvo el abogado Bertón ya que nunca el Sr. Plaza mencionó a otro abogado, siempre se presentó él como abogado, a esas

alturas no conocía al abogado bertón ya que siempre se presentó como el abogado de su hermano; se vinieron a Arica el día antes, se consiguió un furgón para venir a Arica al juicio oral llegaron de amanecida, vino él, su mamá, su tío, y la señora de su tío y se presentó este caballero y a todos les pidió el carné y entraron al tribunal y su tío no quería declarar y el Sr. Plaza le hizo un comentario que si no declaraba le iba a ir mal, y declaró don Luis y su jefe y se alargó el juicio y lo dejaron para el otro día y don Luis cuando declaró y su jefe se fueron de inmediato; cuando se sienta a declarar se da cuenta que la persona que se había identificado como abogado no era y apareció don Reinaldo y creyó que el que lo iba a defender era el Sr. Plaza, era la primera vez que tenía contacto y que veía al Sr. Bertón como tenían que quedarse el sr. Plaza los reunió en un hotel a la entrada de Arica y que declararan lo mismo que habían conversado ya que a su tío le había ido mal con la declaración y en Iquique su tío le dijo que le había ido mal y que lo había presionado que lo iba a meter preso; su tío sabía que el abogado era Gliciano Plaza y no le señaló cómo conoció al abogado Bertón.

Contra Interrogado por el abogado Sanzana, expuso que el Sr. Plaza cuando llegaron conversó con don Luis y a él le pidió el carné, ellos estaban a un lado conversando, y le dijo que si no declaraba le iba a ir mal, estaban conversando fuerte; el Sr. Egaña cree que no tenía intención de declarar ya que estaba nervioso y no sabe qué más conversaron y luego su tío le dijo que Plaza le dijo

que lo iba a meter preso y le parecía creíble esta amenaza y cree que también al Sr. Egaña le pareció creíble la amenaza; en la reunión en Iquique estaban los tres y al Sr. Plaza le dijo que iba a decir lo que hacía su hermano en el taller como testigo de conducta; se reunieron todos él habló primero y escucharon todos los testigos e iban a hablar por la conducta de su hermano y se fue, no sabe qué dijeron los otros; no sabe quien contactó a Luis Egaña, tiene que haber sido Plaza, su hermano tenía una pareja y por ahí puede haber indicado a Egaña y Plaza llegó al taller y todos los testigos venían a declarar por la conducta de su hermano y no sabe por qué se puso tan nervioso; la pareja que tenía él no sabe si ni siquiera los veía, no sabe si su hermano fue padre en esa fecha.

Contra interrogado por el fiscal, señaló que fue a una reunión con el Sr. Plaza y se retiró; el día del juicio lo trajo la defensa de su hermano Raúl Mardones, y habían más testigos y unos pasaron antes que él y cuando pasó a declarar se encontró con el Sr. Bertón, y le hizo algunas preguntas parecidas a las que se habían hablado con el Sr. Plaza; el Sr. Luis Egaña es su tío y no sabía mayores detalles de su declaración y él dijo que iba como testigo de conducta y no habló en detalle con él ni cuantas veces lo prepararon.

Preguntado por un Juez: Las preguntas que le hizo el Sr. Bertón eran relacionadas con lo que hacía su hermano, que dónde vivía su hermano, si vivía cerca o si tenían harta relación con él.

2) Declaró **Ana del Carmen Carrasco Estica**, esposa de Reinaldo Bertón, vive en un departamento con el abogado Reinaldo Bertón, y ese departamento se usa como vivienda y como oficina del abogado, y en la primera quincena de mayo que don Luis fue al departamento y ahí se enteró que iba a hablar con su esposo por una situación y su esposo le había comentado algo que se había suscitado un problema en un juicio en Arica y que estaba involucrado el Sr. Plaza ya que el día del juicio supo que el abogado no era Gliciano Plaza sino el abogado Reinaldo Bertón, se enteró que Gliciano Plaza había presionado a don Luis y que no quería declarar ya que lo que se le había dicho eran cosas falsas; don Luis solamente se refiere a Gliciano Plaza y acá en el juicio se enteró que el abogado era Reinaldo Bertón, y que si no declaraba lo iban a meter preso por desacato y que lo iban a condenar a quince años a su sobrino; don Luis le pide disculpas a Reinaldo y que no fue su intención de meterlo en esto, que se siente arrepentido que es una persona muy cristiana y que lo ha afectado mucho en su salud y que bajo presión lo hizo don Gliciano; a su esposo lo ha visto con problemas físicos de salud, está intranquilo en la casa, el año pasado se habían pensado radicarse en Quilpué, también han tenido problemas familiares, como que lo metieron en este saco y no ha podido demostrar, lo ha visto desanimado, ha tenido problemas de salud, estomacales, al colon gastritis y a la columna, lo ha visto deteriorado y ha bajado más de diez kilos.

Contra interrogada por el abogado Ricardo Sanzana expuso que es la cónyuge del Sr. Bertón, es dueña de casa y quien aporta al hogar es su esposo, y aporta a sus padres a su hermano que está en la universidad y quiere que no lo condenen.

Contra interrogada por el fiscal expuso que es una situación muy compleja y de su marido dependen varias personas y está acá para que se aclare y eso sucedió la primera quincena de febrero y él le dijo que declarara la verdad, su marido en febrero no la llevó a la fiscalía ni a Investigaciones.

Que, analizando y valorando la prueba rendida por la defensa del abogado Bertón Feliú, el tribunal llega a la conclusión de que el testigo Jaime Mardones, había sido preparado para declarar antes del juicio, lo que atribuye al Sr. Gliciano Plaza, ayudante del abogado Bertón y el día del juicio le hizo preguntas “parecidas a las que se habían hablado con el Sr. Plaza” como quedó establecido en el contra interrogatorio del fiscal, por lo que el abogado Bertón sabía lo que iba a declarar don Luis Egaña Cortéz, no teniendo la declaración de este testigo mayor relevancia para acreditar la teoría del caso de la defensa.

En cuanto a la declaración de doña Ana del Carmen Carrasco Estica, estos sentenciadores estiman que por ser la cónyuge del acusado Bertón, su declaración es interesada, parcial y por ende va a tratar de favorecer a su cónyuge y se refiere a una situación posterior en la que el acusado Egaña le pide disculpas a su marido, pero esa situación en nada altera la convicción

de estos jueces en el sentido de que el abogado Bertón sabía lo que iba declarar ya que en este mismo juicio fue enfático en señalar el Sr. Egaña que las instrucciones se las daba por teléfono al Sr. Plaza para los efectos de que prestara declaración en el juicio y en el juicio mismo el abogado le hizo preguntas similares a las que se conversaron con el Sr. Plaza, por lo anterior se resta valor probatorio a la declaración de la testigo.

NOVENO: Que con el mérito de la prueba rendida por el Ministerio Público, no desvirtuada, especialmente con los testimonios del fiscal adjunto del Ministerio Público de Arica don Francisco Ganga Dinamarca quien afirmó que en la causa rit 264 -2007, el abogado defensor don Reinaldo Bertón Feliú, presentó a declarar como testigo a don Luis Egaña Cortéz, quien en su declaración faltó a la verdad puesto que afirmó no ser pariente de su defendido Raúl Mardones Alcayaga, y además que él había trabajado con él en la reparación de motores y que tenía una relación de trabajo con éste, lo que resultó ser falso puesto que los días 13 y 18 de enero de 2008 se había grabado una interceptación telefónica en la que el testigo había conversado por teléfono con el acusado Raúl Mardones y en la que se le instruía que declarara como testigo y se pusiera en contacto con su abogado, lo que se probó mediante la técnica de prueba contra prueba para verificar la verosimilitud de la declaración del testigo, reproduciéndose en la audiencia un pendrive con la grabación de las escuchas telefónicas obtenidas en otra investigación por

tráfico ilícito de estupefacientes en la que se utilizó por parte de Raúl Mardones el teléfono de un imputado en otra investigación; posteriormente el testigo Egaña se acogió a su derecho a guardar silencio para no auto incriminarse; con la declaración del funcionario de la Policía de Investigaciones Edison Araneda Fica que grabó las conversaciones captadas el 13 y 18 de enero de 2008 en las que Raúl Mardones le señala a su tío Lucho (el encausado Luis Egaña Cortéz) lo que tenía que declarar a su favor y que con ello podría quedar libre y que tenía que contactarse con su abogado, proporcionando el pendrive con las escuchas al fiscal Francisco Ganga Dinamarca; con lo declarado por el funcionario de la Briedec de la Policía de Investigaciones de Iquique don Esteban González Fuentes quien tomó declaraciones tanto al acusado Egaña Cortéz quien señala que fue inducido a declarar falsamente en el juicio seguido contra su sobrino Raúl Mardones y que fue instruido por Reinaldo BERTÓN Y Gliciano Plaza, a Gliciano PLAZA quien afirma que el testigo fue preparado por el abogado Bertón, y a Reinaldo Bertón que niega participación en la preparación del testigo y que sólo lo conoció y supo lo que declaró el día del juicio oral, concluyendo que de acuerdo a la lógica que el testigo Egaña fue preparado tanto por el abogado Bertón Feliú como por Gliciano Plaza; y con la prueba documental incorporada en la audiencia consistente en

a) Copia autorizada de sentencia definitiva en causa RUC N°0710000903-4 RIT N°264-2007,

del Tribunal Oral en lo Penal de Arica.

b) Certificado de matrimonio del acusado LUIS EGAÑA CORTES con ISABEL MARDONES ORREGO

c) Certificado de Nacimiento de ISABEL MARDONES ORREGO.

d) Certificados de Nacimiento de RAÚL MARDONES ALCAYAGA y de RAÚL OSVALDO MARDONES ORREGO; *a lo que se suma* la evidencia material y otros medios de prueba consistentes en un disco compacto contenedor del registro de audio del juicio oral RUC N°0710000903-4, Rit: 264-2007 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica y un disco compacto que registra conversaciones telefónicas de fechas 13 y 18 de enero de 2008, entre el acusado Egaña Cortéz y Raúl Mardones Alcayaga; antecedentes todos que, apreciados libremente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, permiten a este tribunal tener por acreditada, más allá de toda duda razonable, la existencia de los hechos contenidos en la acusación y la participación culpable de los acusados en los mismos, esto es: Entre los días 5 y 7 de febrero de 2008 se llevó a cabo ante el Tribunal Oral en lo Penal de Arica en causa RUC N°0710000903-4 RIT N°264-2007, juicio oral por tráfico de drogas en contra de los acusados José Luis Cejas Mardones, Fabián Cisternas Vega, Freddy Mardones Orrego, Jessica Valenzuela Manzano y Raúl Ángel Mardones Alcayaga. Fue así que el abogado patrocinante de este

último, el acusado Reinaldo Bertón Feliú, a sabiendas de la falsedad del contenido de su declaración, y con el fin de obtener la absolución de su representado, presentó al acusado Luis Egaña Cortez como testigo en el juicio; quien faltó a la verdad en su declaración, señalando que no tenía ninguna relación de parentesco con el acusado Mardones Alcayaga, que mantuvieron relaciones de trabajo y que no habían mantenido contacto los días 13 y 18 de enero de 2008; todo lo cual era falso, habiendo sido instruido en forma previa para ello por el acusado Bertón.”

e) De lo anterior se desprende que el acusado Luis Egaña, ha reconocido tanto en la etapa de investigación y en este juicio oral que faltó a la verdad en su declaración prestada en el juicio oral Rit 264-2007, consistente en afirmar que no era pariente de Raúl Mardones, que trabajaba con él en motores y que no había tenido contacto telefónico los días 13 y 18 de enero de 2008, y que esta declaración fue inducida por el acusado Bertón y su ayudante Gliciano Plaza, declaración a la que se le da pleno valor probatorio, ya que fue importante para acreditar su participación en el delito de falso testimonio y la del coacusado; que la declaración del funcionario de la Policía de Investigaciones Esteban González Fuentes, quien realizó la investigación también tiene pleno valor probatorio para acreditar los hechos y la participación de los acusados, puesto que analizando las declaraciones de Bertón, Plaza y Egaña llega a la conclusión lógica que el relato de Luis Egaña Cortéz es el más fidedigno,

puesto que los otros se culpan mutuamente de la preparación del testigo y no es concebible que un abogado con 60 juicios orales no sepa lo que van a declarar sus testigos, si las preguntas que hizo en el juicio fueron similares a las que se hicieron en la preparación del mismo, lo que revela que tenía conocimiento de lo que iba a declarar. Que los demás medios probatorios tales como la declaración del fiscal Francisco Ganga, del oficial de la Policía de Investigaciones Edison Araneda Fica, los CD que contienen los audios sirvieron para acreditar que el acusado faltó a la verdad en su declaración en el juicio Rit 264-2007 de este tribunal de Juicio Oral.

Que en cuanto a la declaración del abogado Reinaldo Bertón, éste niega toda participación en la preparación del testigo Egaña, y que sólo lo conoció al llegar al tribunal el día del juicio, no sabiendo lo que iba a declarar, lo que desmiente el testigo Egaña quien dice que a lo menos, por teléfono le dio las instrucciones por intermedio del Sr. Gliciano Plaza, en circunstancias que al oficial investigador le dijo que conocía personalmente al abogado Bertón y que éste se las había dado, como consta de la declaración en este juicio del policía, y no resulta concebible que un abogado con experiencia no supiera lo que iba a declarar y por ende qué preguntas debía hacerle en la audiencia de juicio oral. Que a mayor abundamiento el abogado Bertón ante su formalización presentó un recurso ante la Corte Suprema con el objeto de invalidar el fallo al saber que la abogada Paula Orellana no había acreditado o no estaba legalmente

habilitada para ejercer la profesión de abogado, y se trató de obtener una declaración jurada ante notario con el fin de cambiar la declaración de Egaña Cortéz, y con ello derribar la acción penal del Ministerio Público, lo que lógicamente no haría una persona que no ha tenido participación alguna en los hechos investigados.

DECIMO: Que los hechos establecidos en el considerando anterior configuran el delito de falso testimonio y presentación de testigo falso, establecidos en el artículo 206 y 207 del Código Penal, en grado de consumado ya que el acusado Luis del Carmen Egaña Cortéz dio una declaración falsa ante el Tribunal de juicio oral en lo Penal de Arica, en la causa rol 264-2007, a favor del imputado Raúl Ángel Mardones Alcayaga, y el testigo fue presentado e instruido por el abogado Reinaldo Bertón Feliú, a sabiendas que era un testigo falso.

Que el delito de falso testimonio se encuentra tipificado en el artículo 206 del Código Penal en la siguiente forma: El testigo, perito o interprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tarare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Este delito requiere haber faltado a la verdad objetiva, esto es, entre lo que

el declarante sabe y lo que expresa en la causa y en lo subjetivo está constituida por el dolo, saber que está mintiendo y querer hacerlo frente al tribunal.

A su vez el delito de presentación de testigo falso o prueba falsa en juicio se encuentra tipificado en el artículo 207 del Código Penal, y el tipo objetivo se conforma por la acción de presentar testigos o documentos falsos en un proceso civil o criminal. El tipo subjetivo está constituido por el dolo directo, lo que se depende de la expresión empleada “a sabiendas” por lo que la comparecencia del testigo debe haber sido llevada a cabo con pleno conocimiento del sujeto que lo presenta, por lo que debe conocer que el testigo mentiría en el tribunal en aspectos substanciales. El delito se consuma por la sola presentación del instrumento o del testigo, y como es un tipo de mera actividad, no parecen concebibles los estados imperfectos (tentativa y frustración) la Corte Suprema así lo ha declarado. (Mario Garrido M. ob. cit.pág 123 y 124.) Que en relación a la teoría del caso de la defensa de Reinaldo Bertón, de que ignoraba lo que iba a declarar el testigo, estos sentenciadores la rechazan y han llegado a la convicción más allá de toda duda razonable de conformidad a los medios de prueba ya referidos en el considerando anterior y apreciados de conformidad al artículo 297 del Código Procesal Penal, que éste sabía lo que iba a declarar el testigo Egaña, ya que había participado en su preparación al menos por vía telefónica.

Que en relación a la teoría del caso de la defensa de Luis Egaña Cortéz, quien solicitó la absolución de su defendido porque su declaración no había sido relevante en la causa rit 264-2007, debe tenerse presente de acuerdo a la doctrina que es un delito de acción y se configura por el solo hecho de haber dado una declaración falsa y con ello se ha puesto en peligro el bien jurídico de la recta administración de justicia, no se requiere que la teoría del caso de la defensa haya tenido éxito, y en el caso sub-litis si bien el abogado Bertón y su testigo Jaime Mardones señalan que eran testigos de conducta, ello queda desmentido por el hecho de que fueron presentados durante el juicio y no en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, además en su teoría del caso solicitó la absolución de su representado lo que se condice con lo que declararon los testigos de que Raúl Mardones se dedicaba a una actividad lícita relacionada con motores, para hacer creer que las escuchas de la policía no se referían a droga y si no hubiera sido por la prueba sobre prueba presentada por el fiscal Francisco Ganga, que dejó en evidencia la falsedad de la declaración de Egaña, además esa teoría del caso pudo haber tenido éxito, por lo que el bien jurídico protegido fue puesto en riesgo. Mario Garrido Montt afirma que: “La declaración mendaz prestada en causa criminal es castigada aunque no tenga consecuencias en el proceso penal. En consecuencia, la declaración mentirosa se reprime en general sin considerar los efectos que su falsedad provocó en el proceso penal, la conducta se sanciona por el

solo hecho de prestarse, se trata de un delito de mera actividad.” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, T. IV parte especial pág 114. Edit. Jurídica de Chile año 2002).

UNDECIMO: Que cuanto a la participación del acusado **Luis del Carmen Egaña Cortéz**, ha resultado establecida en este juicio mediante el testimonio del funcionario de la Policía de Investigaciones don Esteban González, quien dio cuenta pormenorizada de las declaraciones prestadas en la investigación y en las que se atribuyó por parte del acusado Egaña y por Gliciano Plaza responsabilidad a Reinaldo Bertón Feliú en la preparación y en lo que tenía que decir el testigo a favor de Raúl Mardones Alcayaga, en la causa Rit 264 -2007, esto es, que no tenían parentesco, que trabajaban en motores y que no habían tenido contacto telefónico los días 13 y 18 de enero de 2008, reconociendo el imputado Egaña que faltó a la verdad en esa declaración, y en el juicio señaló que las instrucciones se las dio Plaza mediante lo que señalaba el Sr. Bertón en forma telefónica, que se corrobora lo anterior con la declaración el fiscal Francisco Ganga Dinamarca quien en el mes de enero de 2008 se enteró de unas conversaciones telefónicas entre Egaña Cortéz y Raúl Mardones, relativas a lo que tenía que declarar, por lo que se le entregó por el funcionario de investigaciones Edison Araneda Fica un pendrive con el cual se realizó la diligencia de prueba contra prueba en la que quedó de manifiesto la falsedad de la declaración del imputado Egaña, por lo que de conformidad al artículo 15 N°1 del código Penal

ha quedado acreditada más allá de toda duda razonable la participación en forma inmediata y directa en los hechos del acusado ya mencionado.

DUODECIMO: Que la participación del acusado Reinaldo Romelio Bertón Feliú en el delito de presentación de testigo falso en juicio ha quedado establecida más allá de toda duda razonable con la prueba rendida por la fiscalía consistente en la declaración del funcionario de la Policía de Investigaciones don Esteban González Fuentes quien de acuerdo a las declaraciones dadas por el acusado Egaña le atribuye conocerlo en forma personal y que fue quien lo preparó para declarar en el juicio Rit: 264-2007; con la declaración del acusado Egaña Cortéz en el juicio que señala que las instrucciones se las dio el abogado Bertón en forma telefónica cuando se reunía con el Sr. Gliciano Plaza, y por último el día del juicio el abogado Bertón presentó al testigo a declarar en el juicio oral ya mencionado, y le hizo preguntas similares a las que se hicieron durante su preparación, por lo que estos sentenciadores han llegado a la convicción, más allá de toda duda razonable de que el abogado Bertón sabía lo que iba declarar el testigo Egaña Cortéz, de tal manera que se estima que ha tenido participación inmediata y directa en los hechos de la acusación, en los términos establecidos en el artículo 15 N° del Código Penal, esto es, haber presentado a juicio un testigo falso a sabiendas.

DECIMO TERCERO: Que de conformidad a lo dispuesto en el

artículo 343 del Código Procesal Penal, luego de pronunciada la sentencia de deliberación, se llamó a las partes a debatir sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal ajenas al hecho punible y de factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena.

El defensor Sanzana propone se reconozca la circunstancia eximente del artículo 10 N°9, del Código Penal ya que su representado actuó impulsado por una fuerza o miedo insuperable, ya que se le amenazó por el Sr. Gliciano Plaza ya que si no declaraba se le causarían una serie de males primero a su sobrino al que se le podría condenar a 15 años y como él aprecia mucho a su sobrino y a su madre y en dependencias de este tribunal el Sr. Gliciano Plaza le amenazó que si no declaraba iba a quedar preso, es una exigencia que no se puede aplicar a una persona que obra por móviles sentimentales y fue amenazado y en esas condiciones se puede configurar la eximente del 11 N°9, en el caso de que no se acoja la eximente se aplique la del artículo 11 N°1, del mismo cuerpo legal y su representado de conformidad al art. 11 N°9 colaboró sustancialmente al esclarecimiento de los hechos y estima que debe reconocerse en forma calificada y se rebaje la pena en un grado y estima que es posible llegar a una condena de 61 días ya que su representado como tiene antecedentes por manejo en estado de ebriedad, y que se pueda cumplir on reclusión nocturna. Se exima del pago de las costas de la causa y de la multa. Su alegación va más por la eximente incompleta.

El abogado Bertón, señala que debe considerarse la atenuante del 11 N°6 el cual se acredita con su certificado de antecedentes que no registra antecedentes, considera que en mérito del informe presentencial en el que se ha visualizado el desarrollo que ha tenido el condenado, y egresó de enseñanza media, posteriormente aprueba curso en el área mecánica en Inacap, el año 1993 es trasladada a Oruro y desde el año 94 a marzo de 99 termina su carrera, se titula de abogado, espera su revalidación de abogado y desde el 23 de abril de 2003 ejerce como tal, y ha participado activamente en varias actividades deportivas y sociales, ha constituido una familia y tiene cuatro hijos y se ha hecho cargo de su yerna y nietos y además ayuda a sus padres. Ha tenido una conducta en el tiempo que con su propio esfuerzo ha conseguido sus logros y considera que ha sobresalido en su comunidad tanto en el folclor y en sus actividades deportivas y el presentencial debe ser considerado para que se califique la atenuante del artículo 11 N°6, de acuerdo al artículo 68 bis y en mérito a ello que tiene dos atenuantes se le rebaje la pena en un grado y se aplique la pena de presidio menor en su grado mínimo, incorpora el informe presentencial N°1354 de fecha 05 de noviembre de 2010, y para ratificar el informe presentencial incorpora cédula nacional de identidad que señala técnico en mecánica, aparte trajo el certificado de título que en copia que incorpora, otorgado el 23 de abril de 2003 por la Corte Suprema de Justicia. En mérito al informe presentencial y que ayuda a su extenso grupo familiar que la

pena pecuniaria sea rebajada bajo el mínimo legal, en relación al presentencial se aplique una medida alternativa a la reclusión ya que el informe señala que se recomiendan medidas alternativas a la reclusión.

El fiscal señala que respecto de don Luis Egaña Cortéz acompaña extracto de filiación y antecedentes que registra dos condenas por manejo en estado de ebriedad; en cuanto a la eximente incompleta en cuanto a entidad del temor lo deja a criterio del tribunal, para estimar que hubo un temor que vició su voluntad para prestar declaración en este tribunal. En cuanto a la colaboración sustancial estima que fue relevante lo declarado. En cuanto a Bertón Feliú se opone a calificar la atenuante ya que sólo se ha invocado el informe presentencial y ha sido el desarrollo de su vida que no difiere del común de las personas y de acuerdo al hecho que ha denostado la profesión de abogado y que se mantenga la pena de multa en su máximo dada la actividad de abogado del acusado.

DECIMO CUARTO: Que en relación a la petición de la defensa de Reinaldo Bertón Feliú de rebajar la multa más allá del mínimo legal, estos sentenciadores darán lugar a ello, porque se ha acreditado y acompañado antecedentes calificados que fundamenten la solicitud de la defensa, ya que se ha podido establecer a través del informe presentencial que éste tiene una familia con cuatro hijos, y además que debe ayudar a sus familiares directos como su hijo, nuera, nieto y padres, por lo que se fijará la multa en el quantum

que se dirá y se le darán parcialidades para su pago. Que igual rebaja de la multa, más allá del mínimo legal se extenderá al sentenciado Luis del Carmen Egaña Cortéz, por cuanto se estima que su actividad laboral no le permite pagar una multa elevada.

Que se acoge la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, invocada por el encausado Bertón Feliú como muy calificada, ya que éste ha acreditado conforme al informe presentencial incorporado que ha tenido una destacada participación en la sociedad, ya que no sólo logró obtener un título técnico como es el de técnico en mecánica, como consta de su cédula de identidad incorporada, sino que ha obtenido el título de abogado como consta de su certificado de título otorgado por la Secretaría de la Excma. Corte Suprema, y también entre otras actividades ha participado en actividades artísticas, deportivas, y ha ejercido diversos cargos públicos.

DECIMO QUINTO: Que, la defensa de Luis Egaña Cortéz ha solicitado la eximente contemplada en el artículo 10 N°9 del Código Penal, como lo fundamentó en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal, la que no se acogerá puesto que el acusado tuvo la posibilidad de negarse a prestar declaración, por lo que no concurre el requisito de obrar violentado por una fuerza irresistible o un miedo insuperable. Sin embargo, se acogerá la eximente incompleta del artículo 11 N°1 del Código Penal, ya que ha faltado el requisito ya señalado, pero la presión moral a la que fue some-

tido no le permitían asumir otra conducta, y finalmente se acogerá atenuante de responsabilidad del artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, por cuanto el acusado prestó declaración en el juicio oral y reconoció su participación en los hechos y esta declaración fue importante para establecer la responsabilidad del coimputado como lo reconoce el fiscal.

DECIMO SEXTO: Que, la pena aplicable al delito de falso testimonio y de presentación de testigo falso en causa criminal es la de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, y los abogados que incurrieren en la conducta descrita en el art. 207, sufrirán, además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena, esto es, consta de dos grados de una divisible y concurriendo en favor del acusado Egaña Cortéz dos atenuantes y ninguna agravante se rebajará la pena en un grado fijándose en el quantum que se dirá en la parte resolutive; a su vez concurriendo una atenuante muy calificada respecto del encausado Bertón Feliú se rebajará la pena en un grado y se la fijará en el quantum que se dirá en la parte resolutive.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°1, 11 N°6, 11 N°9, 14 N°1, 15 N°1, 24, 26,30, 50, 68 inciso 3°, 68 bis. 70, 206 y 207 del Código Penal; y, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 468 del Código Procesal Penal; se declara:

1°.- Que se condena a **Luis del Carmen Egaña Cortéz** ya individualizado a sufrir la pena de **sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo**, además, se le condena a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, al pago de una **multa de dos unidades tributarias mensuales** y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autor del delito de Falso testimonio perpetrado en esta ciudad entre los días 5 y 7 de febrero de 2008.

2°.- Que se condena **Reinaldo Romelio Bertón Feliú**, ya individualizado, a sufrir la pena de **sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo**, además, se le condena a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, al pago de una **multa de dos unidades tributarias mensuales**, y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autor del delito de presentación de testigo falso en juicio, perpetrado en esta ciudad entre los días 5 y 7 de febrero de 2008.

3°.- La multa anteriormente impuesta a los condenados, deberá ingresarse en arcas fiscales dentro del término de cinco días contados desde la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia; si no la pagaren, sufrirán por vía de sustitución, la pena de reclusión, regulándose ésta en un día por cada quinto de UTM, sin que ella pueda exceder de diez días.

Sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, habida consideración de que el monto de la multa impuesta aparece alzado en relación con los

recursos económicos aparentes de los condenados, se les autoriza para pagarla en diez mensualidades, bajo apercibimiento de que la falta de pago de una sola de dichas cuotas hará exigible de inmediato el total del saldo de la multa o su sustitución de la manera indicada en el párrafo anterior.

4°.- Que, se **suspende** al condenado **Reinaldo Romelio Bertón Feliú**, por el término de sesenta y un días **para el ejercicio de la profesión titular de abogado**.

5°.- Atendida la extensión de la pena privativa de la libertad impuesta al condenado Reinaldo Romelio BERTÓN Feliú, y por reunir los requisitos de la ley 18.216, se le concede la medida alternativa de la remisión condicional de la pena, contenida en la ley citada, quedando sujeto por el término de un año a la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile del lugar de su residencia. Para el caso de que el beneficio le fuere revocado o dejado sin efecto, deberá entrar a cumplir efectivamente la pena aplicada, no habiendo abonos que considerar.

6°.- Se concede al sentenciado Luis del Carmen Egaña Cortéz, el beneficio de la reclusión nocturna, por lo

que deberá cumplir la pena privativa de libertad de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo bajo dicha modalidad, computándose una noche por cada día de privación o restricción de libertad.

Devuélvanse los demás documentos, evidencia material y otros medios de prueba acompañados por los intervinientes en el juicio.

En su oportunidad, cúmplase por el Juzgado de Garantía de esta ciudad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y notifíquese.

Redactada por el juez don Carlos Rojas Staub.

RUC N°0800139147-0.

RIT N°160-2010.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA DON MAURICIO JAVIER PETIT MORENO, DON CARLOS GABRIEL ROJAS STAUB Y DON MAURICIO VIDAL CAR

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

JUSTICIA TERAPÉUTICA Y TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE DROGAS

Ximena Marcazzolo Awaad¹

I. Descripción

En este artículo revisaremos el concepto de *Justicia Terapéutica o Therapeutic Jurisprudence*, su evolución y efectuaremos algunas referencias acerca de su influencia en algunas instituciones nacionales.

La Justicia Terapéutica no es una nueva rama del derecho o lo resultante de la mezcla de lo jurídico con las áreas de la salud, más bien es una nueva forma de enfrentar los conflictos de carácter jurídico y de asumir roles acorde a esta nueva perspectiva.

Sus orígenes se encuentran en el sistema jurídico americano y se deben a la búsqueda de soluciones a ciertos conflictos legales para los cuales el sistema tradicional no resulta eficaz. No obstante ello, la justicia terapéutica supera la contingencia del caso y se erige como un modelo para concebir el sistema normativo.

Esta nueva visión de la ley y de la resolución de los conflictos ha traspasado el sistema anglosajón expandiéndose a países como el nuestro, los que no obstante su raigambre europea continental han demostrado ser un espacio donde estas nuevas tendencias paulatinamente han recibido acogida.

Quienes han construido y promovido los basamentos de esta doctrina, declaran que ésta no se circunscribe al área criminal, sino que por el contrario es plenamente predicable a todas las disciplinas o áreas del derecho.

Al amparo de este estado de situación hemos considerado oportuno destinar unas breves líneas a esta temática, reconociendo que nuestras expectativas se circunscriben a un mero acercamiento con el tema.

II. Concepto

La justicia terapéutica ha sido definida como el “*estudio del rol de la ley como agente terapéutico*”, en el mismo sentido se enfatiza que ésta se centra en “*el impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas*”³.

1 Abogada, Subdirectora de la Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Wexler (1999), p. 1.

3 Ob. cit., p. 1.

Siguiendo a Wexler, lo que caracteriza a la justicia terapéutica no es la ley en sí misma sino que el enfoque que se le da, es decir, las mismas leyes pueden ser aplicadas de una manera terapéutica o no dependiendo de la perspectiva que se le otorgue. Por ello afirma que *“por lo tanto, la justicia terapéutica es el estudio de las consecuencias terapéuticas y antiterapéuticas de las ley”*⁴. A continuación el autor aclara que por ley debe entenderse aquella que se aplica, no la que se encuentra en el papel, haciendo presente que esta perspectiva permite diferenciar los aspectos no queridos de las normas, los cuales pueden generar efectos no terapéuticos.

La justicia terapéutica se erige como el fundamento o la base doctrinaria de una nueva forma de resolver los conflictos judiciales⁵.

Winick y Wexler⁶ refieren haber observado durante las últimas décadas un cambio en el rol de los tribunales de justicia, el cual se ha traducido en un nuevo paradigma: desde un modelo de impartir justicia de carácter imparcial y neutral a un sistema que repara en la problemática social y psicológica de los individuos. Esta nueva perspectiva emana de la constatación que además de la resolución del conflicto que produce la intervención de la judicatura, también resulta necesario enfrentar la dificultad que subyace y que en definitiva es la que origina el problema.

Lo expresado se traduce en la creación de los *juzgados de resolución de problemas*, que en palabras de los autores en referencia: *“son juzgados especializados para tratar problemas específicos que, a menudo implican a sujetos que necesitan servicios de tratamiento social, de salud mental o abusos de sustancias. Incluyendo casos penales que implican a sujetos con problemas de drogas o alcoholismo, problemas de salud mental o problemas de violencia familiar o conyugal”*⁷.

Estos juzgados de resolución de conflictos sitúan su ámbito de competencia en distintas áreas del derecho, siendo lo que los caracteriza su identificación con un tema específico como por ejemplo: tribunales de drogas, de violencia doméstica o familiar, de salud mental, entre otros. Desde la perspectiva orgánica, algunas veces son tribunales especialmente creados con esas finalidades o en otros casos funcionan bajo una lógica terapéutica. Como veremos más adelante, este es el caso chileno.

La doctrina considera que el primer tribunal especializado en resolución de problemas fue el Juzgado de Menores, que comienza a funcionar en Chicago en 1899 y como antecedente más actual de esta tendencia se encuentra el Juzgado de Tratamiento de Drogas de Miami de 1989⁸.

4 Ob. cit., p. 2.

5 Winick y Wexler (2003), p. 1.

6 Ob. cit., p. 1 y ss.

7 Ob. cit., p. 1.

8 Ob. cit., p. 1 y ss.

Los tribunales de tratamiento de drogas son una especie de tribunal de resolución de conflictos bastante difundido en Estados Unidos y también en otros países, dentro de los cuales se encuentra el nuestro. Su origen se debe a la constatación que respecto de ciertos delitos de narcotráfico u otros ilícitos menores, la aplicación de una sanción penal no permite la rehabilitación y/o reinserción social de quienes los cometen, lo cual se traduce en un reingreso de estas personas al sistema penal una y otra vez⁹. De esta forma el tribunal de tratamiento de drogas es una alternativa de solución al problema mediante la atención del conflicto que subyace a la infracción penal, junto con la tramitación judicial del caso o infracción.

Además, de la consideración sobre la problemática que subyace al conflicto jurídico, la cual puede ser de índole psicológico, social, económico, etc., lo que llama la atención respecto del surgimiento de este tipo de tribunales, es el carácter práctico que los caracteriza, es decir, la búsqueda de una solución eficaz al problema de la reincidencia, sin perjuicio del castigo por el hecho cometido. En este sentido Winick ha señalado: *“...la revolución de los juzgados de resolución de problema ha sido ampliamente ateorica. Creció a partir de planteamientos experimentales usados en los juzgados de tratamiento de drogas para facilitar el proceso de tratamiento de abuso de drogas y, como consecuencia de su éxito, se transplantó a otros ámbitos judiciales. Parece que estos programas tienen éxito aunque la investigación empírica sobre su eficacia se encuentra en sus prolegómenos y está a menudo viciada metodológicamente. Sin embargo, no se han examinado las razones por las que estos programas parecen funcionar”*¹⁰.

Ahora bien, la justicia terapéutica es más amplia que los tribunales de resolución de conflictos o, expresado en otros términos, es la base doctrinaria sobre la que se instalan dichos tribunales. En este sentido Winick ha señalado literalmente: *“La JT comienza a finales de los años 80 como un planteamiento intelectual interdisciplinar en el área de la ley de salud mental”*¹¹.

De esta forma, el movimiento va identificando los efectos terapéuticos y no terapéuticos de la ley, pero además, se van definiendo roles que deben asumir los actores que se enfrentan al sistema judicial y que van a dar la particular impronta que predica este sistema.

Producto de esta nueva perspectiva que aporta la justicia terapéutica, pasa a ser mucho más relevante el rol que asumen el juez, los fiscales, los defensores y en general quienes se enfrentan al sistema judicial, los cuales tenderán a lograr un mayor bienestar psicológico de quien se somete al sistema, es decir, no sólo es relevante solucionar el problema o conflicto jurídico, sino que además el satisfacer los objetivos terapéuticos, los cuales pueden ser de distinta índole.

9 El fenómeno se denomina “puerta giratoria”.

10 Winick, pp. 5 y 6.

11 Ob. cit., p. 6.

Ahora bien, no obstante las características comunes y las relaciones que existen entre los juzgados de resolución de problemas y la justicia terapéutica, no son lo mismo. En este sentido, el mismo autor ha señalado: “... así, se puede pensar que los juzgados de resolución de problemas están relacionados con la JT, pero conceptualmente no son idénticos. Los juzgados de resolución de problemas utilizan a menudo principios de la JT para mejorar su funcionamiento (...) Estos principios incluyen “la integración de servicios de tratamiento con el proceso judicial de los casos, intervención judicial continua, control próximo y una respuesta inmediata a la conducta, implicación multidisciplinaria y colaboración con organizaciones gubernamentales y con base comunitaria”¹².

Los miembros del equipo jurídico, juez, fiscales abogados, etc., que se desempeñan en estos tribunales de resolución de conflictos son formados en el área específica del conflicto que ellos enfrentarán; problemas de adicciones, violencia, de salud mental, de menores, etc., pero además también sobre el cómo asumir un rol terapéutico en el desempeño de una función que en su vertiente tradicional no trae aparejado este tipo de rol. En este sentido, inclusive se refiere que estos actores devienen en verdaderos *agentes terapéuticos*¹³.

La justicia terapéutica además de buscar el mayor bienestar de la persona sometida al sistema judicial mediante la resolución del conflicto subyacente al caso, persigue la reinserción social y rehabilitación del individuo, lo cual a la postre es beneficioso para el sistema jurídico en su conjunto. Esta finalidad, bastante pragmática, resulta ser positiva y deseada para el Estado, la sociedad y la familia porque va en la línea de buscar la paz social.

¿Cómo opera la justicia terapéutica?

Funciona en el marco de un tribunal de resolución de conflictos especializado creado especialmente al efecto o cuando un juez otorga una postura terapéutica en su manera de impartir justicia o los intervinientes o partes en un proceso penal adoptan esta perspectiva al momento de enfrentar el caso, etc. Ahora bien, a nuestro juicio para que estemos en presencia de este mecanismo es menester que concurren los siguientes factores:

- 1.- Debe existir un conflicto que subyazca al caso o la infracción, el cual además debe ser detectado a fin que ponga en movimiento el sistema.
- 2.- Debe existir voluntariedad: el individuo no sólo debe estar de acuerdo con someterse a un tratamiento y con sus términos, sino que además debe darse cuenta que requiere someterse a él para solucionar el conflicto. A este respecto se ha señalado: “... el juez del juzgado de resolución de problemas no puede sim-

12 Ob. cit., p. 7.

13 Ob. cit., p. 7.

*plemente ordenar al sujeto que reconozca la existencia del problema y a seguir un tratamiento. La gente debe llegar a darse cuenta de esto por sí mismo*¹⁴.

3.- Agentes terapéuticos: la asunción de un rol terapéutico de parte del juez es fundamental ya que justamente a través de esta interacción se produce la delimitación del conflicto real y por ende la finalidad de recuperación y rehabilitación.

Para esto es fundamental la capacitación o formación del juez y también el contar con apoyo especializado que le permita enfrentar de manera adecuada el caso.

Además, Winick¹⁵ agrega las siguientes prescripciones para los jueces:

- Mejorar habilidades interpersonales.
- Evitar el paternalismo y mejorar la autonomía.
- Usar la persuasión y provocar motivación.
- Aumentar la conformidad.

4.- Tratamiento bajo supervisión judicial: debe existir un tratamiento o programa de trabajo con metas y etapas claras, las cuales deben ser cumplidas y sujetas a seguimiento judicial.

5.- Finalidad terapéutica, es decir, propender a la rehabilitación y reinserción del individuo.

III. Justicia terapéutica y sistema judicial nacional

Habiendo revisado el concepto de justicia terapéutica, es el momento de analizar cómo esta corriente ha paulatinamente encontrado acogida en nuestro sistema judicial, específicamente en el contexto del nuevo sistema procesal penal.

Como es sabido, desde el año 2000 en adelante, de manera gradual, nuestro sistema judicial ha mutado desde uno de carácter inquisitivo a uno de corte acusatorio. Este régimen procedimental coloquialmente se denomina reforma procesal penal. De acuerdo a este sistema, y particularmente a lo dispuesto en el artículo 83 de la Constitución Política de la República, el Ministerio Público es titular de la acción penal pública y le corresponde la investigación de los hechos que revistan caracteres de delitos, el ejercicio de la acción penal y la protección de las víctimas y testigos. Adicionalmente, el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley también podrán ejercer dicha acción penal.

14 Ob. cit., p. 9.

15 Ob. cit., p. 8.

El ejercicio de la acción penal de parte del Ministerio Público está ligado al principio de legalidad, que encuentra su sustento legal en el artículo 166 del Código Procesal Penal, que en su inciso segundo reza textualmente: *“cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley”*. Por su parte el artículo 170 del mismo cuerpo normativo regula el principio de oportunidad, que excepcionalmente y siempre que se cumplan con los requisitos en él señalados, permite al órgano persecutor no iniciar o poner término a la persecución penal cuando se trate de delitos de bagatela.

Ahora bien, de lo expuesto queda en evidencia que en materia procesal penal una vez que se toma conocimiento de un hecho que reviste caracteres de delito, se inicia el procedimiento penal y esta secuencia de actos no puede, por regla general, ser interrumpido ni cesar. No obstante lo expresado, el nuevo sistema procesal contempla ciertas *“válvulas de escape”* o términos anticipados o salidas alternativas.

En ese sentido el propio Mensaje¹⁶ del Código Procesal Penal al respecto señala *“... Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito”*.

De esta forma, el Código Procesal Penal en el párrafo 6 del Título I del Libro II, artículos 237 al 246, contempla la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. La primera medida mencionada ha sido la alternativa escogida de nuestro sistema procesal penal para el *Programa de Tribunales de Tratamiento del Drogas* (en adelante TTD).

El motivo por el cual los TTD en Chile operan sobre la base de la suspensión condicional del procedimiento, se debe a que justamente esta salida alternativa permite al mismo tiempo dar una solución jurídica al caso y por otro, dependiendo de las condiciones que se establezcan, tender a fines de rehabilitación y/o reinserción social, objetivo que como hemos señalado se persiguen en materia de justicia terapéutica.

En concreto, la modalidad de funcionamiento supone la existencia de imputados respecto de los cuales se pesquise la existencia de un consumo problemático de drogas, que cumplan con los requisitos legales de la suspensión condicional

16 Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 17.

del procedimiento¹⁷, que voluntariamente estén dispuestos a someterse a un tratamiento de rehabilitación de su adicción a las drogas, que el juez acepte las condiciones propuestas por el fiscal con el consentimiento del imputado, que concurran a las audiencias de seguimiento judicial y paralelamente avancen en el tratamiento acordado, todo lo cual podrá conducir a un sobreseimiento definitivo del caso, produciendo de este modo la finalidad terapéutica de rehabilitación y proveyendo una solución procesal al caso.

Ahora bien, no es suficiente la utilización de la herramienta procesal para que se conforme un TTD, sino que por el contrario, ha sido necesario adaptar el modelo de este tipo de tribunales a las audiencias judiciales que por disposición legal tienen un carácter adversarial, capacitar a los intervinientes en su rol terapéutico, incorporar especialistas que puedan pesquisar y confirmar un consumo problemático de drogas, entre otras iniciativas. En el próximo capítulo destinaremos unas líneas para referir la instalación y evolución de estos tribunales en nuestro país.

De lo reseñado se constata que en el caso chileno los TTD operan sobre la base de un sistema pre-sentencia, ya que justamente la suspensión condicional del procedimiento es una salida alternativa al procedimiento ordinario, la cual permite evitar la realización del juicio y por ende la dictación de una sentencia condenatoria o absolutoria. Ello no es óbice para la eventual incorporación de otras herramientas para el funcionamiento de los TTD, como podría ser la posibilidad de hacerlo post-sentencia en el marco de las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad¹⁸.

De lo señalado en el capítulo se constata que los postulados de la justicia terapéutica se han incorporado a nuestro sistema jurídico y que aquello se ha ejecutado sin necesidad de acudir a reformas legales, por el contrario, la modalidad ha sido utilizando instituciones que el sistema legal provee pero a las cuales se les ha concedido esta impronta particular.

IV. Breve referencia a los Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile¹⁹

Los TTD en Chile parten con un programa piloto que se desarrolla en la ciudad de Valparaíso durante el año 2004. Posteriormente, durante el año 2005, el programa se amplía a la zona sur de la región metropolitana, para luego extenderse a las demás zonas de dicha región. Actualmente estos tribunales

17 De acuerdo al artículo 237 del Código Procesal Penal, para la procedencia de la suspensión condicional es necesario el cumplimiento de tres requisitos copulativos: a) que la pena que pudiera imponer al imputado no exceda la de tres años de privación de libertad; b) no haber sido condenado previamente por crímenes o simples delitos; c) no tener vigente otra suspensión condicional al momento de acontecer los hechos objeto del nuevo juicio.

18 Ley 18.216.

19 Droppelmann (2008).

funcionan en las regiones I, II, V, y Metropolitana. Además, en la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte funciona un TTD Adolescente.

Los TTD operan sobre la base un Protocolo de Colaboración suscrito el 17 de diciembre de 2007, entre el Poder Judicial, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Fundación Paz Ciudadana y el CONACE. Además, anualmente el Ministerio Público en conjunto con el Ministerio del Interior celebran Convenios de colaboración financiera.

Los objetivos del programa son la rehabilitación de los imputados y evitar la reincidencia en la comisión de los delitos. Ambos objetivos están unidos porque se entiende que quienes participan en este programa tienen un consumo problemático de drogas el cual facilita su contacto con el delito, por lo mismo, el tratamiento no sólo pretende solucionar su adicción sino que también detener la comisión de nuevos ilícitos.

En el modelo chileno se opera con dos equipos:

- Equipo jurídico: juez, fiscal y defensor.
- Equipo sanitario: dupla psicosocial, médico y centros de tratamiento.

Como se indicó, el instrumento jurídico que se utiliza es la suspensión condicional del procedimiento, gracias a la cual el imputado se compromete a seguir un tratamiento para solucionar su problema de adicción a las drogas, bajo supervisión judicial. Por su parte, el procedimiento contempla cuatro fases²⁰: ingreso del caso al programa, la evaluación de elegibilidad, audiencia en la cual se decreta la suspensión condicional del procedimiento y las audiencias de seguimiento.

Como se ha señalado, en Chile los TTD no son tribunales especiales, por el contrario son los Tribunales de Garantía que dentro de su agenda destinan un espacio para los casos de este programa. Lo que caracteriza estas audiencias es que los participantes abandonan la litigación adversarial dando lugar a una dinámica terapéutica donde el énfasis está puesto en la rehabilitación y reincorporación de los imputados.

Actualmente se discute la institucionalización del programa con miras a dotarlo de mayor estabilidad y facilitar su expansión al resto del país.

V. Conclusiones

Como hemos podido revisar, la justicia terapéutica supone una nueva forma de enfrentarse a los conflictos jurídicos, persiguiendo los efectos terapéuticos de la ley y con miras al bienestar de los individuos. También señalamos que

²⁰ Ob. cit., p. 13.

expresión de esta nueva tendencia se refleja en los TTD que funcionan en nuestro país desde el año 2004.

También relatamos que los TTD funcionan en Chile utilizando la herramienta de la suspensión condicional del procedimiento. De este modo se optó por un sistema de tratamiento previo al pronunciamiento de la sentencia. Lo anterior, sin perjuicio que mencionamos que también nuestra legislación a través de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad entrega opciones de tratamiento durante el cumplimiento de las condenas.

Asimismo, comentamos la existencia de un protocolo de colaboración firmado entre diversas autoridades con el objeto de poner en marcha este programa, agregamos que además anualmente se suscriben convenios de carácter financiero entre la Fiscalía de Chile y el Ministerio del Interior, los cuales han permitido el funcionamiento de estos tribunales en las regiones I, II, V y Metropolitana.

El modelo es bastante reciente por lo que resulta complejo valorar sus resultados, pero el estado de situación actual de los TTD en Chile ya permite destacar algunos aspectos sobre los que es necesario detenerse y reflexionar. Quizá lo más relevante dice relación con determinar la necesidad de institucionalizar o no el programa con miras a su expansión al resto de las regiones del país.

Bibliografía citada

- DROPPELMANN, Catalina (2008): “Análisis del proceso de implementación de los tribunales de tratamiento de drogas en Chile”. Disponible en < http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20090608091330.pdf > (fecha de consulta 11 de julio de 2011).
- WEXLER, David B. (1999): “Justicia terapéutica: una visión general”. Disponible en < <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/pdf/TouroLawReview.pdf> > (fecha de consulta: 5 de julio de 2011).
- WINICK, Bruce J. y WEXLER David B. (2003): “Introducción al libro “Judging in a therapeutic key: therapeutics jurisprudence and the courts”. Disponible en <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/IntroJudgingWinickWexler.PDF>> (fecha de consulta 6 de julio de 2011).
- WINICK, Bruce J.: “Justicia terapéutica y los juzgados de resolución de problemas”. Disponible en < <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/JTylosJRP-BruceWinick.PDF>> (fecha de consulta 7 de julio de 2011).

Normas citadas

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Lexis Nexis, octava edición, actualizada al 25 de enero de 2008.

LEY N°19.696, Establece el Código Procesal Penal, Publicado en el Diario Oficial de 12 de octubre de 2000.

LEY N°18.216, Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga las disposiciones que señala, publicada en el Diario Oficial de 14 de mayo de 1983.

COMENTARIO DEL FALLO DICTADO EN CONTRA DE LA AGRUPACIÓN “LOS GAETES” Y SU ANÁLISIS PARA DETERMINAR LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN UNA ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO

Renzo Figueroa Aste¹

Introducción

El presente artículo tiene como objetivo analizar la sentencia dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, causa RUC N°0700935945-6, RIT N°802-2010, de fecha 22 de mayo de 2011, en lo relativo específicamente a los elementos tomados en consideración para establecer la existencia de una organización criminal y de esta forma ir asentando los criterios jurisprudenciales relativos al delito de asociación ilícita para el narcotráfico, figura contemplada en el artículo 16 de la Ley N°20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Se hace presente que además del delito de asociación ilícita para el narcotráfico, el fallo también sanciona por los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero e infracción a la Ley de Armas.

De igual modo se hace presente que a la fecha de esta publicación, la sentencia comentada aún no se encuentra ejecutoriada, existiendo a su respecto recursos pendientes.

Sentencia

En lo que dice relación con el delito de tráfico ilícito de drogas, los hechos materia de dicha acusación, se remontan al 16 de abril del año 2008, fecha en que los acusados **M.L.G.B., A.M.G.M., J.A.C.F., W.R.P.G., R.A.C.M.** y **A.E.O.G.**, viajaron a bordo de los vehículos Kia Gran Carnival y Nissan Terrano, con destino a la Ciudad de Antofagasta, ciudad en la cual luego de haber cargado y ocultado pasta base de cocaína en el segundo de los vehículos, volvieron con destino a Santiago.

Se hace presente que los acusados **A.M.G.M.** y **W.R.P.G.** viajaban a bordo de la Camioneta marca Nissan Terrano, en tanto los acusados **M.L.G.B., J.A.C.F., R.A.C.M.** y **A.E.O.G.**, lo hacían en la Kia Gran Carnival, cumpliendo funciones de seguridad en el traslado de la droga y de los controles policiales que pudiesen existir en la ruta a fin de evitar ser detectados.

1 Abogado de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Fue así que el día 21 de abril del año 2008, en horas de la noche y durante el traslado de Antofagasta a Santiago, los dos vehículos con sus ocupantes fueron controlados en la ruta 5 Norte por personal de la Policía de Investigaciones de Chile, cerca de la ciudad de Pichidangui, IV Región, siendo sorprendidos transportando en el vehículo Nissan Terrano la cantidad de 43 paquetes contenedores de pasta base de cocaína, con un peso bruto de 43.397,9 gramos aproximadamente, con una pureza de entre 31% a 33%, según los peritajes realizados.

Posteriormente, el mismo día, y en cumplimiento de una orden judicial, personal policial ingresó al domicilio de los acusados **A.M.G.M.** y **C.A.M.G.**, ubicado en XXX, incautando un paquete que contenía en su interior 237 gramos netos de clorhidrato de cocaína, con una pureza de 49%, más tres paquetes conteniendo en total 34,60 gramos netos de cannabis sativa o marihuana.

Por su parte, la Fiscalía señaló que la acusada **P.A.C.F.**, de manera habitual y permanente se dedicaba a la venta de la droga que los acusados traían desde el norte del parte, y que parte de la droga incautada a estos, iba a ser distribuida por dicha acusada.

Respecto de la asociación ilícita, los hechos materia de la acusación se remontan al año 2006, año en que, según la Fiscalía, a lo menos los acusados **M.L.G.B.**, **A.M.G.M.**, **J.A.C.F.**, **A.E.O.G.**, **W.R.P.G.**, **S.I.C.F.**, **J.A.R.I.**, **J.A.P.S.**, **C.A.G.C.**, **C.A.M.G.**, **P.A.C.F.**, **J.E.G.M.**, **R.A.G.R.**, **J.S.M.C.** y **A.G.L.G.**, conformaron una asociación ilícita, con permanencia en el tiempo, cumpliendo estos acusados distintas funciones o roles de acuerdo con su jerarquía, con existencia de un centro de poder del que emanaban las directrices, con la finalidad de lucrarse con las actividades del tráfico ilícito de drogas, la que comercializaban en la zona sur de Santiago.

Se agrega que la organización utilizaba un inmueble, donde mantuvo un laboratorio clandestino, aumentando la droga a fin de incrementar los ingresos de la asociación criminal, inmueble que fue arrendado por los acusados **A.M.G.M.** y **J.E.G.M.**

En su alegato de apertura, la Fiscalía señaló que en los hechos existía una estructura criminal con permanencia en el tiempo, con un centro de poder y sujetos con diferentes roles en la actividad de tráfico de la organización, la que manejaba gran cantidad de dinero e inmuebles comprados a nombre de terceros, ocultando el verdadero origen de estos dineros con la utilización de testaferros y creación de empresas de fachada, incurriendo en la figura de lavado de activos.

Por su parte, en el alegato de clausura la Fiscalía hizo hincapié en la existencia de un centro de poder que asignaba tareas, tomaba decisiones, manejaba y centralizaba la información para el funcionamiento de la organización. También la existencia de un grupo de sujetos que cumplía funciones y tareas

asignadas por el centro de poder. Además, existía una relativa estabilidad en el tiempo y un fin claramente identificado, cual era el de ejecutar delitos de la Ley de Drogas y por ende la obtención de lucro a través de aquellos.

El órgano persecutor radicó el centro de poder en los acusados M.L.G.B., A.M.G.M. y J.A.C.F., asignándole al primero el rol de líder máximo dentro de la estructura criminal, mientras que el segundo y tercer acusado eran sus lugartenientes, pero no obstante lo anterior, la centralización de las decisiones estaba en manos de los tres sujetos y a partir de ellos existía una serie de otros integrantes que formaban parte de la estructura criminal.

Una de las razones por las que la Fiscalía determina el grado de importancia del centro de poder es, entre otras cosas, por la gran cantidad de dinero que manejaba cada uno de ellos, siendo la de mayor importancia la de M.L.G.B., luego A.M.G.M. y finalmente la de J.A.C.F., evidenciado el nivel de influencia en la estructura criminal.

Similar hecho ocurre al analizar los bienes inmuebles que se incautaron, pudiendo constatar que quien tenía la mayor cantidad era M.L.G.B., posteriormente A.M.G.M. y finalmente J.A.C.F.

Interesante resultaron durante el desarrollo del juicio oral, ciertos audios en los que se pudo establecer la jerarquía dentro del centro de poder y en definitiva de la organización, como aquellos en que se escuchan las instrucciones dadas por M.L.G.B., con expresiones tales como “*yo soy el dueño*”, “*yo soy el que pago*”, “*aquí se hace lo que yo digo y al que no le gusta se va*” y la denominación que le daba el resto de la organización como “*el jefe*”, “*el tío*”, “*el viejo chico*”, “*el inteligente*”, “*el cerebro*”, “*el hombre*” o como el mismo se hizo llamar “*el patrón*”, denotando con esto su jerarquía en la estructura criminal como asimismo la sujeción de ésta a su líder máximo.

La Fiscalía también fundamentó su acusación en el video grabado el día en que M.L.G.B., sale en libertad luego de pasar un largo período cumpliendo condena, el que da cuenta que los otros partícipes lo van a buscar en un vehículo nuevo, para posteriormente realizar una celebración en honor a dicha libertad, lo cual va evidenciando obviamente en quien estaba radicado el centro de poder.

Respecto del resto de la evidencia incautada, como los cuadernos donde se llevaba la contabilidad informal de la organización, se pudo apreciar que los movimientos de dineros y compras de bienes se relacionaban directa o indirectamente con M.L.G.B.

Los contactos con los proveedores se manifiestan de las conversaciones que realizó A.M.G.M. con los sujetos extranjeros donde se determinan las cantidades y fechas de las transacciones, siendo este sujeto el que da cuenta a M.L.G.B., de los egresos e ingresos de la estructura criminal, constatándose además que

antes de cerrar un negocio siempre debía conversarlo con M.L.G.B., lo que demuestra que estaba un poco más abajo en la línea de poder.

La Fiscalía señaló que A.M.G.M., además, cumplía funciones de resguardo de ciertos bienes de la estructura criminal para no perder la capacidad económica en pos de la actividad de tráfico. Así, arrendaba bienes en el que se encontraron instrumentos destinados al aumento de la droga, contactaba abogados para los integrantes que fueran detenidos y con quienes coordinaba las declaraciones de éstos a fin de no involucrar al resto de la estructura criminal, figuraba en el negocio automotriz, mantenía las armas de fuego y estaba a cargo de la seguridad de la estructura criminal.

En cuanto a J.A.C.F., la Fiscalía señaló que su función dentro de la esfera de poder de la organización, era tener una cuadrilla destinada a la distribución de droga, recibir los dineros y posteriormente entregarlos a A.M.G.M., preocupándose también de mantener los bienes de la organización criminal.

En cuanto a los otros requisitos de la asociación ilícita, esto es, la existencia de un grupo de personas que cumplen funciones y tareas asignadas por el centro de poder, con distribución de funciones y con cierta estabilidad o funcionamiento en el tiempo, la Fiscalía señaló que de los antecedentes de la investigación se había podido constatar que A.E.O.G, S.I.C.F, C.A.G.C, C.A.M.G., J.A.R.I, J.A.P.S., W.R.P.G., P.A.C.F., J.E.G.M., J.S.M.C., R.A.G.R. y A.G.L.G, eran las personas que estaban al servicio del centro de poder, cuya distribución de funciones emanaba de las órdenes e instrucciones de M.L.G.B..

Así por ejemplo, se pudo determinar que A.E.O.G. era el hombre de confianza de M.L.G.B. y estaba a cargo de la mantención de las parcelas del sur y del norte, adquiriría bienes para la estructura criminal, como los vehículos e inmuebles utilizados en la actividad de tráfico.

En cuanto a doña S.I.C.F, pareja de M.L.G.B., su función era básicamente de coordinación con su marido que estaba en la cárcel, disfrutando además de los resultados que iba produciendo la estructura criminal en relación a los bienes y dinero.

Respecto de C.A.G.C., su labor era principalmente la de recepcionar la droga en su domicilio para aumentarla, como también comprar vehículos a su nombre y administrar dineros recaudados producto del tráfico de droga.

Por su parte, P.A.C.F., era la persona que estaba vinculada a la estructura criminal, a través básicamente de J.A.C.F. pero que también dependía directamente de M.L.G.B..

En el caso de J.A.P.S., su función era ser testaferro, en orden a poner los bienes de M.L.G.B. a nombre de él.

En cuanto a W.R.P.G., aparece vinculado a la estructura criminal en funciones principalmente que dicen relación con la automotora, toda vez que existían vehículos registrados a nombre de él y cuyos documentos se encontraban también a disposición de la automotora.

En el caso de J.A.R.I., la fiscalía señaló que su función era trascendente, toda vez que era quien contaba con información relevante para evitar la detención de los miembros de la organización, siendo el encargado de averiguar la existencia de investigaciones en contra de alguno de sus miembros o simplemente para conseguir beneficios o provecho de funcionarios públicos. Un ejemplo de lo anterior es la vinculación que tuvo con un teniente de Carabineros de quien obtenía información relevante, específicamente acceso al biométrico, a la foto de las personas, a los antecedentes penales, a los vehículos que puedan tener y a las causas pendientes, siendo una información de gran valor para la estructura criminal.

En cuanto a C.A.M.G., ésta llevaba la contabilidad, se aprovechaba de los réditos que iba dando el negocio, compraba inmuebles y pagaba arriendos y era nexo para recibir información y transmitirla a los niveles de poder de la estructura.

Respecto de los cuatro detenidos en Antofagasta, ellos no sólo cumplían la función de trasladar las cargas de droga, sino que dependían de M.L.G.B., conocían del ocultamiento de la droga y dinero, tenían claro como operaba la organización, a tal punto de tener un pacto de silencio a fin de no delatar al resto de la estructura criminal. Se vinculaban con A.M.G.M. y con la estructura criminal poniendo sus nombres para efectos de adquirir bienes para la organización.

La Fiscalía señaló que el requisito de la permanencia en el tiempo, entendida como la ejecución de actos en el pasado y proyección hacia el futuro, debía ser analizada fundamentalmente con los indicios que la actividad iba dejando en el tiempo y dimensionándola hacia el futuro. En dicho sentido, se debían remontar los hechos al año 2006, fecha en que comienzan a realizarse una serie de actos que dan cuenta de una permanencia en el tiempo, como lo fueron las compraventas de inmuebles, el arriendo de propiedades, la compra y traspaso de automóviles para y entre los integrantes de la organización, las salidas y entradas al territorio nacional, principalmente a Bolivia, los giros de dinero que realizan los acusados entre ellos, el envío de dinero y el ocultamiento de droga.

Finalmente respecto del requisito que dice relación con el objetivo de ejecutar delitos de la Ley de Drogas, la Fiscalía señaló que había quedado claramente establecido por los medios de prueba, en especial por las conversaciones telefónicas sostenidas en el tiempo que el fin de la organización era el realizar delitos de narcotráfico, materializado en el transporte, guarda y transacción de

sustancias ilícitas, en virtud de lo cual se obtiene un lucro, que como ha dicho la jurisprudencia, no necesariamente debe ser de orden económico, sino que puede tratarse también de un beneficio de distinta índole al cual puedan acceder los miembros de la asociación, como lo es un mayor estatus social, acceso a mayor cantidad de bienes, celebraciones, etc.

En concreto, la fiscalía estimó que, con las pruebas rendidas en el juicio, se había acreditado la existencia de una estructura criminal, con un centro de poder, con permanencia en el tiempo, cuya finalidad era realizar tráfico ilícito de droga a objeto de poder lucrarse.

De esta forma, presentada y ponderada la prueba, el Tribunal dio por acreditado el delito de tráfico ilícito de drogas, señalando que *“...día 16 de Abril del año 2008, los acusados M.L.G.B., A.M.G.M., J.A.C.F., W.R.P.G., R.A.C.M. y A.E.O.G., viajaron con destino a una parcela ubicada en el sector La Jabonería Comuna de Canela, IV Región. Desde este lugar, salieron el día 19 de abril del año 2008, a bordo de los vehículos Marca Kia Gran Carnival, Placa Patente Única xxx y Nissan Terrano Placa Patente Única xxx, con destino a la ciudad de Antofagasta, lugar en el cual luego de haber cargado y ocultado droga en un lugar especialmente acondicionado en el pick-up de la camioneta Nissan Terrano, volvieron con destino a Santiago. Los acusados A.M.G.M. y W.R.P.G. viajaban a bordo de la Camioneta marca Nissan Terrano, en tanto que M.L.G.B., J.A.C.F., R.A.C.M. y A.E.O.G., lo hacían en el vehículo marca Kia Gran Carnival, cumpliendo funciones de seguridad en el traslado de la droga y de los controles policiales que pudiesen existir en la ruta a fin de evitar ser detectados.*

El día 21 de abril del año 2008, en horas de la noche, en el traslado de Antofagasta a Santiago, fueron controlados los dos vehículos con sus ocupantes por personal de la Policía de Investigaciones de Chile, en la ruta 5 Norte, cerca de la Ciudad de Pichidanguí, IV Región, y sorprendidos transportando en el vehículo Nissan Terrano la cantidad de 43 paquetes contenedores de pasta base de cocaína, con un peso bruto de 43.397,9 gramos aproximadamente, con purezas de entre 31% a 33%, según los peritajes realizados.

Por su parte, en horas de la noche del día 21 de abril del año 2008, en cumplimiento de una orden judicial, personal policial ingresó al domicilio de los acusados A.M.G.M. y C.A.M.G., ubicado en Avenida Tres Poniente N°742, Comuna de Maipú, incautando un paquete que contenía en su interior 237 gramos netos de clorhidrato de cocaína, con una pureza de 49%, y tres paquetes conteniendo en total 34,60 gramos netos de cannabis sativa, droga que éstos guardaban en dicho inmueble, sin contar con las competentes autorizaciones.

En tanto, la acusada P.A.C.F., se dedicaba a la comercialización, distribución y venta de la droga que los acusados traían desde el norte del país.²

2 Considerando trigésimo.

En cuanto a la acusación por el delito de asociación ilícita para el narcotráfico del artículo 16 de la Ley N°20.000, el Tribunal estableció que:

*“...Desde el año 2006 a lo menos y hasta el día 21 de abril del año 2008, para la adquisición, comercialización, acopio, transporte y distribución de droga, los acusados **M.L.G.B.**, **A.M.G.M.**, **J.A.C.F.**, **A.E.O.G.**, **W.R.P.G.**, **J.A.R.I.**, **J.E.G.M.**, **P.A.C.F.** y **J.S.M.C.**, conformaron una asociación ilícita, con permanencia en el tiempo, cumpliendo estos acusados distintas funciones o roles de acuerdo con su jerarquía, con existencia de un centro de poder del cual emanaban las directrices, con la finalidad de lucrarse con las actividades del tráfico ilícito de drogas.*

Para cumplir esta finalidad, además, esta estructura organizada, cometía diversos ilícitos que eran funcionales a este objetivo como delitos relativos a la ley de armas y otros.

*Durante el año 2007, los líderes de esta asociación ilícita enviaron hasta la II Región a **J.E.G.M.** y **J.S.M.C.**, quienes acompañados de **R.A.G.R.** y de **A.G.L.G.**, a recepcionaron y trasladaron hasta la ciudad de Santiago la cantidad aproximada de 188 kilos de cocaína base. Para cumplir esta función, la organización les proporcionó vehículos a fin de que pudieran trasladarse a buscar la droga, específicamente los vehículos marca Ssangyong Placa Patente Única xxx, que mantenían inscrito a nombre de **J.A.P.S.**, realizándose en forma previa al viaje una transferencia a nombre de **P.A.N.R.**, pero quedando la utilización de este vehículo a merced de la asociación; vehículo marca Kia, modelo Sportage Placa Patente Única xxx; y vehículo marca Toyota Placa Patente Única xxx, transportándose la droga en dos de ellos mientras el tercero cumplía funciones de protección o cobertura. En virtud de una fiscalización realizada por Carabineros de Chile, en el control policial La Negra en la II Región, el día 02 de diciembre del año 2007, los acusados fueron detenidos y la droga incautada.*

Con los ingresos económicos obtenidos del tráfico ilícito de drogas, los acusados, junto con la adquisición de bienes muebles e inmuebles, realizaron acciones comerciales destinadas a ocultar el origen ilícito de los mismos, utilizando para ello a terceras personas y creando una empresa de fachada a través de lo cual buscaron justificar o dar apariencia de legalidad, intentando de esta forma desvincularse de la actividad del narcotráfico. Es así como se logró incautar más de \$260.000.000 en efectivo, gran cantidad de joyas, armas, vehículos y bienes inmuebles.

*Quienes ejercen la dirección y conforman el centro de poder de la organización son los acusados **M.L.G.B.**, **A.M.G.M.** y **J.A.C.F.**. Éstos, a su vez, se distribuyen la cúpide organizativa de la asociación de acuerdo a la siguiente estructura jerárquica:*

*El acusado **M.L.G.B.**, es quién distribuye las funciones de los demás miembros de la organización, y da los lineamientos directivos de la misma, disponiendo las adquisiciones de bienes muebles e inmuebles, a nombre propio y de terceros, así como la inversión en diversas actividades en beneficio de la organización como el funciona-*

miento de la automotora xxx. Junto a los otros integrantes del centro de poder, toma las decisiones en cuanto a las cantidades de drogas y los dineros que deben invertirse en su adquisición.

Además, pone a disposición de la asociación bienes a objeto de cumplir sus objetivos. Del mismo modo, oculta y dispone de los dineros generados de las actividades ilícitas del tráfico ilícito de drogas, habiéndosele incautado en el entretecho de su domicilio más de \$213.000.000, en efectivo.

Con la finalidad de lograr ciertos beneficios para la asociación ilícita que lidera, junto a los otros integrantes se procura una red de colaboración, para lo cual intenta corromper a organismos públicos, como el Poder Judicial, Gendarmería de Chile y Carabineros de Chile. Por esta misma vía, recurre a funcionarios públicos para proteger a la asociación de bandas de narcotráfico rivales que operan en su entorno.

Finalmente también participa del viaje y traslado de la droga que culmina con su detención el día 21 de abril del año 2008, cerca de la ciudad de Pichidangui, IV Región.

*El acusado **A.M.G.M.**, formando parte del centro de poder, es quien realiza los contactos con los proveedores extranjeros de los cuales adquieren las sustancias que trafican, adquiere vehículos para el desplazamiento de la droga, arrienda un inmueble en la ciudad de Los Andes junto a su hermano **J.E.G.M.** y contrata asesoría jurídica para los imputados detenidos en Antofagasta.*

En su domicilio oculta, junto a su pareja, dineros provenientes de las actividades de tráfico ilícito de drogas, incautándosele el día de su detención, sobre \$36.000.000, en efectivo, suma que se mantenía oculta en el entretecho de la propiedad. Respecto a los dineros y bienes que pertenecen a la organización y que se generan a partir de las actividades de narcotráfico, este acusado es quien lleva un control de los ingresos y egresos.

*Para la protección de la organización criminal **A.M.G.M.** adquiere armas de fuego y municiones con el objeto de destinarlas, entre otras cosas, a evitar quitadas de droga, atentados o sustracción de bienes que poseía la asociación.*

*Para agilizar la libertad de **M.L.G.B.**, este acusado participa en la realización de trámites administrativos junto a **J.A.C.F.**, **J.A.R.I.** y otros, intentando crear redes de corrupción en el poder judicial, en la policía y en Gendarmería de Chile.*

Finalmente también participa del viaje y traslado de la droga que culmina con su detención el día 21 de Abril de 2008, cerca de la ciudad de Pichidangui, IV Región.

*Por su parte, el acusado **J.A.C.F.**, formando parte del centro de poder, efectúa labores operativas dentro de la organización, teniendo como funciones principales la de adquirir bienes para **M.L.G.B.**, distribuir la droga de la organización entre los distintos compradores, cobrar los pagos pendientes, e impartir instrucciones al resto de*

los partícipes de menor jerarquía. Al igual que **M.L.G.B.** y **A.M.G.M.**, mantiene oculto en su domicilio grandes cantidades de dinero en efectivo, en concreto, mantiene oculto en el entretecho de su domicilio una suma superior a los \$9.000.000, dineros que provienen de las actividades de tráfico de drogas, adquiriendo además bienes a nombre propio y de terceros.

Junto a los acusados **A.M.G.M.**, **J.A.R.I.** y otros, participa en la realización de trámites administrativos para agilizar la libertad de **M.L.G.B.**, pretendiendo crear redes de corrupción en el poder judicial, en la policía y en Gendarmería de Chile.

Igualmente, para fines de protección de los integrantes e intereses de la asociación ilícita, mantiene en su domicilio municiones para armas de fuego, chalecos antibalas y utensilios para el transporte de las armas.

Dentro de las funciones que también realiza, le correspondió indagar o recabar información de delincuentes que atentan, amenazan o puedan atentar contra los intereses de la asociación criminal, recurriendo para ello a otros integrantes de la organización y a terceros.

Finalmente también participa del viaje y traslado de la droga que culmina con su detención el día 21 de Abril de 2008, cerca de la ciudad de Pichidangui, IV Región.

Por su parte, el acusado **A.E.O.G.**, es el encargado de la mantención y reparación de bienes muebles e inmuebles de la asociación ilícita; asimismo, es el encargado, junto a **J.A.R.I.**, de dar vida y administrar el negocio de fachada instalado por la asociación ilícita, denominado automotora "xxx", empresa donde además ejerce labores de vendedor de los automóviles que en ella se ofrecen, así como también participa adquiriendo vehículos que el actuar de la organización requiere.

Este acusado es quien aparece como representante de **M.L.G.B.**, en algunas actuaciones, como las acciones que se intentaron emprender en contra de delincuentes que ingresaron a la parcela ubicada en la localidad de La Jabonería, Comuna de Canela, IV Región.

Finalmente también participa del viaje y traslado de la droga que culmina con su detención el día 21 de Abril de 2008, cerca de la ciudad de Pichidangui, IV Región.

El acusado **J.A.R.I.**, es un intermediario en la estructura de la organización ilícita, participando y facilitando la solución de distintos problemas que se presentan en su funcionamiento. En este sentido, realiza distintos trámites para la asociación, como tareas administrativas para lograr la pronta libertad de **M.L.G.B.**, arriendo de un local comercial para celebrar la libertad de éste, pagado por la organización, gestiona la entrega de vehículos para el funcionario de Gendarmería de Chile de nombre **J.C.S.S.** por su colaboración en la agilización de trámites administrativos para lograr la pronta libertad de **M.L.G.B.**, apoya logísticamente con el fin de ase-

gurar el éxito de las actividades de la organización realizando reparaciones a los automóviles encargados del transporte de la droga, como asimismo proporcionando tarjetas telefónicas para la concreción de las comunicaciones de los integrantes de la asociación. Además, busca obtener contactos que permitan procurar a los miembros de la asociación cierta impunidad, como la creación de redes de contacto con miembros de la policía a fin de obtener ciertos beneficios.

*Junto a **A.E.O.G.**, es el encargado de dar vida y administrar el negocio de fachada instalado por la asociación ilícita, denominado automotora “xxx”, empresa donde además ejerce labores de vendedor de los automóviles que en ella se ofrecen, rindiendo cuenta de las actividades realizadas a **M.L.G.B.**, quién además le entrega instrucciones para su funcionamiento.*

*Con la finalidad de evitar la incautación de bienes de la organización criminal, a propósito de la detención en la Ciudad de Antofagasta durante el mes de diciembre de 2007 de algunos de sus integrantes, este acusado inscribe a su nombre el vehículo marca Ssangyong Placa Patente Única xxx, el que se encontraba inscrito anteriormente a nombre del acusado **J.E.G.M.**, inscripción que se verifica estando este último acusado ya detenido, vehículo que en definitiva fue incautado en el domicilio del acusado **A.M.G.M.** el día 21 de abril del año 2008.*

*Para fines de protección de la organización criminal, **R.I.** mantiene en su domicilio un arma de fuego.*

*Junto a **A.E.O.G.** participa en la contratación de asesoría jurídica para entablar las acciones que se intentaron emprender en contra de sujetos que ingresaron a la parcela ubicada en el sector de La Jabonería de la Comuna de Canela, IV Región, así como en la indagación de antecedentes que pudieran llevar a determinar la individualización de estos individuos.*

*Por su parte, el acusado **W.R.P.G.**, cumple funciones logísticas en la organización, ejerciendo, entre otras tareas, la de prestar cobertura y seguridad a la misma, así como labores de chofer en los viajes que se realizaban a la zona norte del país con la finalidad de recepcionar y trasladar la droga hasta Santiago; se encarga de la reparación de vehículos que utilizan para el transporte de la droga y de los integrantes de la organización.*

*También se traslada y participa del viaje y transporte de la droga que culmina con su detención el día 21 de Abril del año 2008, cerca de la ciudad de Pichidanguí IV Región, viajando este acusado a bordo de la camioneta marca Nissan Terrano en que se transportaba junto a **A.M.G.M.**, vehículo desde el cual se incauta, entre otras cosas, droga, armas de fuego corta, municiones, miras láser y cargadores de fusil, los que tienen como finalidad, brindar protección a la asociación ilícita en su traslado.*

*Respecto a la acusada **P.A.C.F.**, quien en conocimiento de las actividades de narcotráfico que desarrolla esta organización criminal, recibe instrucciones de los jefes de la asociación ilícita con el fin de distribuir y vender la droga que trasladan hasta*

Santiago, dando cuenta directa del resultado de este negocio ilícito y entregando los dineros originados de las ventas a J.A.C.F. Del mismo modo es brazo operativo de la organización realizando gestiones de administración de bienes

Con la finalidad de mantener informados a los integrantes de la organización criminal, ésta acusada recopila información mediante parientes y terceras personas, sobre la situación procesal de terceros que realizan acciones en contra de la asociación, como asimismo facilita el contacto con terceros con quienes la organización requiere mantener comunicación. Apoya logísticamente con el fin de asegurar el éxito de las actividades de la organización proporcionando tarjetas telefónicas para la concreción de las comunicaciones de los integrantes de ella.

Los acusados J.E.G.M. y J.S.M.C., reciben órdenes de los líderes de la organización criminal, con la finalidad de realizar el transporte de la droga de la asociación ilícita, utilizando para ello los vehículos con los que ésta cuenta, los cuales son ocultados bajo la apariencia de propiedades de terceras personas. Así es como en el caso de J.E.G.M., una vez que este es detenido en Antofagasta transportando droga, transfiere a J.A.R.I., el vehículo marca Ssangyong Placa Patente Única xxx, con la finalidad de evitar la incautación de bienes de la asociación, vehículo que es incautado finalmente el día 21 de abril del año 2008, en el domicilio de A.M.G.M.”³

En relación al delito de asociación ilícita para el narcotráfico, el tribunal se refirió a las consideraciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales⁴, señalando que la legislación nacional, al tipificar esta figura, no ha dado un concepto al cual el juez pueda sujetar su decisión, razón por la cual, el contenido del concepto de asociación ilícita se ha ido configurando a través de los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia, creando conceptos a partir de elementos observables en la realidad de estas agrupaciones y que por lo tanto, le han dado cierta dinámica o movilidad a esta figura.

En dicho sentido, los sentenciadores señalan que la figura base del delito de asociación ilícita es la establecida en el artículo 292 del Código Penal “...cuya historia fidedigna nos recuerda el deseo del legislador, manifestado en las actas de la comisión redactora, sesión 157, en que se dejó constancia que “la mente de este artículo es castigar a los cuerpos formados para propender a un fin ilícito, de modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados que se castigan con las penas asignadas al delito en el grado que determinan las reglas del Libro Primero”.

“Por su parte, el profesor Grisolia los define como: “un conjunto de personas que se organizan en torno de un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos. El delito se consuma por el solo hecho de organizarse donde fluye que se trata de un delito de mera actividad, de peligro abstracto, pluriofensivo y plurisubje-

3 Considerando trigésimo.

4 Considerando trigésimo quinto.

tivo". (*"El delito de asociación ilícita". Revista chilena de derecho, vol. 31 N°1, año 2004*)".

Continúan los sentenciadores señalando que el artículo 16 de la Ley 20.000 dispone que, *"...los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen:*

1.- Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan.

2.- Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

Si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiere, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal para los efectos de la aplicación de la pena. Imponiendo se esta manera sanciones dependiendo del grado de influencia que el sujeto activo tenga en la organización.

El proyecto del Ejecutivo de la ley 20.000 contenía una definición de "organización delictual" como: "aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más personas, jerárquica y disciplinariamente constituido, unidas todas por el propósito común y de permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de delitos a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provenga".

Por su parte, el Tribunal agrega que la jurisprudencia ha ido aportando diversas definiciones de lo que debiera entenderse por asociación ilícita señalando como ejemplos los siguientes:

6° TOP de Santiago, causa Rit N°19-2007 de fecha 3 de mayo de 2007:

"Pluralidad de personas, dos o más personas concertadas, un centro de poder, distintos niveles jerárquicos, tareas o misiones compartimentadas, férrea disciplina entre sus miembros, intercambio de sus miembros, aplicación de tecnología e implementación logística, apariencia de legalidad en algunas actividades o realización de una actividad derechamente clandestina, una o varias finalidades y relativa independencia entre sus miembros, estableciendo en el referido fallo..., habría operado en el sector sur de Santiago una organización en la que había una jerarquización de sus integrantes, con un centro de poder identificable, que cumplían diversas tareas compartimentadas, que se regían por una disciplina con principios claros, profesionalizada, conformada con el fin de dedicarse a actividades ilícitas y obtener de esta manera lucro. Que dicha organización estaba destinada a la adquisición, comercialización, acopio, transporte y distribución de droga al interior de determinada población, y que con el dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas procedieron a

la adquisición de numerosos bienes muebles e inmuebles, procurándose además una red de protección integral para la consecución de los fines ilícitos propuestos”.

Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia dictada en causa Rol Corte N°3262-006, de fecha 24 de marzo del año 2006:

“Confabulación o conjura encaminada a montar una actividad delictiva, por un sistema de crimen organizado, lo que hace punible esta conducta sólo por constituirse. Añadiendo que “sin embargo, para que realmente se configure el delito antes mencionado es indispensable que ésta esté formada por dos o más personas cuyas voluntades converjan para formar un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinariamente (entre ellas el sigilo), con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más de los delitos que contempla la ley sobre drogas y estupefacientes”.

Excma. Corte Suprema en resolución de 15 de marzo de 2010:

“La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicación y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal (...)”.

“Por otra parte, en el delito asociativo, será necesario verificar, a través de comportamientos ya exteriorizados, la seriedad de la puesta en peligro de la paz y el orden público -norma principal- esto es, de la crisis de la confianza ciudadana en la vigencia de ellos. En materia probatoria, la posesión de determinados objetos, información, datos, planos, instrumentos, etc. puede resultar un indicador material eficaz en la interpretación del tipo. (El crimen organizado, del profesor Guillermo Yacobucci, edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, pág. 89)”.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, vigente en Chile desde el 16 de febrero del 2005, fecha en la cual se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 20 de diciembre de 2004, promulgatorio de la referida norma que indica en el artículo 2° que se concibe como:

““Grupo delictivo organizado” entendiéndose como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúen concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

“Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

“Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a

sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

“Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos; Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”.

Para el Tribunal, resultó de la esencia del tipo, enfrentarse a un número de personas vinculadas entre sí por un acuerdo de voluntades que tiene por objeto la comisión de hechos ilícitos futuros con cierta permanencia, orientación y acuerdo material. Agrega que por su naturaleza, es un tipo penal abierto a la valoración por parte del intérprete a partir de la descripción de sus componentes de hecho, es decir, se debe recurrir a la valoración respecto del modo de organizarse, instrumentos de los cuales se vale, tipos de conductas que se realizan, objetivos que persiguen, continuidad en el tiempo, la seriedad de la puesta en peligro de la paz y el orden público.

Estiman los sentenciadores que, siendo la posesión de determinados objetos, instrumentos o armas, junto con el manejo de información, indicadores materiales eficaces en la interpretación del tipo, se puede señalar que a pesar del carácter abstracto de la figura, ésta debe tener una manifestación concreta, a través de actos positivos, necesariamente orientada a la comisión de los delitos relacionados a la Ley N°20.000.

A partir de los antecedentes legales, jurisprudenciales y doctrinarios y, analizando además las características dentro de las cuales se desarrollan normalmente las actividades de estas agrupaciones, el Tribunal estimó concurrentes como criterios de base para establecer la existencia de la figura de asociación ilícita, los siguientes elementos:

- 1°) Un centro de poder que asigna tareas, se reserva la toma de decisiones y maneja y centraliza la información sensible para el funcionamiento de la organización;**
- 2°) Un grupo de sujetos que cumple las funciones y tareas asignadas por el núcleo decisor;**
- 3°) Una relativa estabilidad en el tiempo;**
- 4°) El fin de ejecutar delitos de la Ley de Drogas y obtención de lucro.**

Se hizo presente eso sí, que elementos como, “*férrea disciplina*”, “*estructura jerarquizada en términos estrictos*”, “*compartimentación de tareas*” o “*corrupción de funcionarios públicos*” introducidos por la jurisprudencia y la doctrina, se encuentran subsumidos dentro de los cuatro criterios básicos antes mencio-

dados y que han sido tomados también por la jurisprudencia más actualizada respecto de este ilícito.

Fue así como, analizada la prueba ofrecida, el Tribunal estableció la existencia de los elementos antes indicados del siguiente modo⁵:

1°) Un centro de poder que asigna tareas, se reserva la toma de decisiones y maneja y centraliza la información sensible para el funcionamiento de la organización:

Se hizo presente que la Fiscalía en su acusación indicó que quienes ejercían la dirección y conformaban el centro de poder de la organización eran los acusados M.L.G.B., A.M.G.M. y J.A.C.F., señalando cada una de sus funciones que los hacían merecedores de tal acusación, añadiendo que el primero era quien distribuía las funciones de los demás miembros de la organización y daba los lineamientos directivos de la misma. El segundo era quien realizaba los contactos con los proveedores extranjeros para adquirir las sustancias que traficaban, adquiría vehículos, arrendaba inmuebles y contrataba asesoría jurídica, llevaba un control de los ingresos y egresos económicos, adquiría armas, participando también en la creación de redes de protección. Finalmente el tercero, efectuaba labores operativas dentro de la organización, teniendo como funciones principales la de adquirir bienes a nombre propio y de terceros o derechamente para M.L.G.B., distribuía la droga entre los distintos compradores, cobraba los pagos pendientes e impartía instrucciones al resto de los partícipes de menor jerarquía, participando también en la creación de redes de protección. Sumado a ello, los tres miembros de este centro de poder ocultaban el dinero producto de la actividad de tráfico de drogas.

Para acreditar estos elementos fácticos y el requisito de la existencia de un centro de poder que asignaba tareas en la organización, se contó con la declaración de los funcionarios policiales y con interceptaciones telefónicas que dieron cuenta que M.L.G.B. estaba por encima de los demás, cuyas acciones eran propias de asignación de funciones y capacidad de mando. A ello se suman ciertos hechos y situaciones que reflejaron la jerarquía y ascendencia que tenía M.L.G.B. en la organización, como fue el dispositivo que se montó el día que salió en libertad después de haber cumplido una condena, a saber, la organización del grupo para ir a buscarlo a la cárcel, en un vehículo nuevo, la comida en la que se gastó una suma importante de dinero y la recepción posterior en el balneario de Cartagena.

Por su parte, las conversaciones telefónicas entre los integrantes de esta organización sirvieron para complementar los dichos de los testigos, de cuyos contenidos el Tribunal destacó como ejemplo el siguiente extracto de una conversación sostenida entre A.E.O.G. con un sujeto de nombre Alexis: “la

5 Trigésimo sexto.

verdad de las cosas es que tuve que conversar con el jefe... estuve conversando con el jefe y por el momento necesita plata, efectivo urgente, urgente, porque está súper mal, no sé, yo cumpla ordenes no más... esas fueron las instrucciones que me dieron para darle". Añade el Tribunal que la relevancia de dicha conversación radicó en que se dejaba claro que A.E.O.G estaba subordinado a otro sujeto a quien llama "jefe", el cual correspondía a M.L.G.B. quien era la persona que tomaba la decisión final, en este caso, de asuntos relativos a la Automotora xxx, llamando la atención del Tribunal el hecho que de acuerdo a la prueba documental O. aparecía junto con J.A.R.I. en calidad de socios y fundadores de la Sociedad "Comercial Automotriz xxx Limitada", con nombre de fantasía "xxx Ltda.", de lo que se desprende que quien tenía injerencia en las decisiones de importancia relacionadas con la sociedad, no era ninguno de los socios de ésta, sino que una tercera persona, la cual era precisamente M.L.G.B., lo cual se ratificará en las escuchas telefónicas posteriores.

Cabe tener presente también que en las gestiones que se efectuaron por parte de A.M.G.M., J.A.C.F. y J.A.R.I. para agilizar los trámites de obtención de libertad de M.L.G.B., ellas siempre estuvieron fuertemente controladas por el propio M.L.G.B, quien daba órdenes directas respecto de la forma en la cual se debía actuar, incluso el cómo se debía sobornar a funcionarios públicos en relación a la obtención de su libertad.

Ligado a lo anterior se suma la serie de celebraciones, eventos y actuaciones que siguieron luego de la obtención de su libertad, donde claramente el homenajeado era precisamente M.L.G.B., quien era tratado como "el Rey".

También se determinó la existencia de un manejo de información reservada respecto de la cúpula de la organización, cuyo ejemplo más concreto se materializó en las conversaciones entre M.L.G.B. y J.A.R.I. respecto de cómo sacar de circulación al "Cara de Jarro", Alejandro Cavieres, porque era la competencia.

De los antecedentes y análisis de las escuchas, quedó claro que M.L.G.B. era quién siempre daba las instrucciones, señalando que lo dispuesto por él, debía ser cumplido al pie de la letra, corrigiendo y disciplinando a las personas que estaban sometidos a su control, a tal punto que él mismo señalaba y reiteraba que el dueño era él, que él tenía el dinero y el control de las decisiones, que él pagaba por el trabajo, y que si alguien no cumplía sus órdenes simplemente se iba, evidenciando que sobre él no había otra persona a quien se tuviese que rendir cuentas, siendo las anotaciones consignadas en los cuadernos de contabilidad incautados, las que dieron cuenta de los pagos a los miembros de la organización y de aquellos efectuados, por ejemplo, a otras personas y funcionarios públicos que colaboraban con la asociación.

En cuanto a la ubicación de A.M.G.M. dentro del centro de poder, ella fue establecida en virtud de la gran cantidad de dinero, armas y joyas encontra-

dos en su casa, recordando que la suma de dinero incautada correspondió a la segunda mayor cantidad después de la encontrada en el inmueble de M.L.G.B., lo que dio cuenta de la importancia que tenía esta persona dentro de la organización criminal, quien además tenía bajo su resguardo las armas con las cuales se protegían. Se suma a lo anterior el tener a su disposición una gran cantidad de recursos que eran generados por la estructura siendo el encargado de mandar o hacer los giros de dineros que se realizan a las cuatro parejas o cónyuges de los cuatro acusados en Antofagasta, para la mantención de las familias mientras éstos están detenidos.

Esta idea de poder de decisión dentro de la estructura se pudo determinar en virtud de las anotaciones hechas por él en los cuadernos de contabilidad, las que fueron acreditadas mediante la prueba pericial que estableció que las grafías estampadas en dicha evidencia, con algunas excepciones, correspondían a A.M.G.M. En los mencionados cuadernos se consignaban los gastos vinculados con la compra de bienes y dólares, gastos relacionados con la mantención de los inmuebles, las inversiones en la Automotora, el pago o entrega de dineros al resto de los miembros como también a los efectuados al funcionario de Gendarmería del Penal de Los Andes.

En relación a la Automotora, se hace presente que A.M.G.M. no formaba parte de la sociedad, pero no obstante ello, concurría constantemente a sus oficinas ejerciendo una suerte de autoridad o supervigilancia en el negocio, apareciendo incluso como vendedor y comprador de algunos vehículos sin ser tampoco empleado de ella, manteniendo informantes que le alertaban de la posible presencia policial en el lugar.

De las escuchas se pudo determinar que A.M.G.M. era quien se comunicaba con el proveedor de la droga y quien en definitiva estaba encargado de la adquisición de la misma desde el extranjero. Lo anterior se ratifica con la documental que da cuenta que A.M.G.M. tenía múltiples salidas al extranjero, en especial a Bolivia en el transcurso del año 2006.

De las conversaciones entre A.M.G.M. y el proveedor de la droga, también se pudo desprender el hecho que por sobre el primero había otra persona con autoridad, toda vez que cuando el proveedor le ofrece un nuevo negocio, A.M.G.M. da a entender que requería de la autorización de otra persona.

En cuanto a J.A.C.F., su función dentro del centro de poder de la estructura era la de mantener una cuadrilla de personas encargadas de la distribución de la droga que la organización adquiriría fuera del país y efectuar los cobros y retornos de dinero de la organización impartiendo instrucciones a los miembros de menor jerarquía de la organización.

Para establecer su ubicación dentro de la esfera de poder de la organización se consideró la gran cantidad de dinero encontrada en su casa, más de nueve millones de pesos en efectivo, guardado y ocultado de la misma forma a como

lo hacían los otros dos miembros de este centro de poder, es decir, en el entretecho de las casas. Lo anterior sumado a importantes cantidades de joyas, armas y municiones, todo lo cual fue indicativo de una misma forma de operar de la cúpula de la organización, siendo la menor cantidad de dinero un indicativo de que J.A.C.F. estaba jerárquicamente más abajo en la línea de mando, lo que se pudo establecer de las escuchas telefónicas, toda vez que de las conversaciones se desprende que debía dar cuenta de ciertas situaciones a M.L.G.B. y recibía órdenes de él para ejecutar actividades destinadas a la distribución de drogas y la recaudación de los dineros generados en tal actividad, comprobándose también la existencia de personas que conforman una cuadrilla que le ayudan en tal labor. Además, se pudo establecer que tuvo una participación activa en las gestiones para lograr la libertad de M.L.G.B., dándole cuenta periódicamente de las acciones que se estaban haciendo, de las personas que estaban interviniendo y de los tiempos en los cuales se terminarían de ejecutar. Incluso, de las escuchas se pudo tomar conocimiento de la existencia de un funcionario de Carabineros de Chile quien era su contacto “de tres estrellas” y a quien le consultaba qué acciones tomar y que le había servido para saltarse un control policial en los momentos que A.M.G.M. manejaba un vehículo acompañado de otras personas, a lo que M.L.G.B. indicó que era bueno tenerlo y que le llevara regalitos.

Así, el Tribunal pudo establecer la existencia de un grupo de personas coordinadas en su obrar a partir de las directrices e instrucciones dadas por un “**núcleo de poder personalizado**” en los que los acusados M.L.G.B., A.M.G.M. y J.A.C.F., eran quienes de manera permanente ejercieron las labores de vigilancia y control respecto de quienes trabajan para ellos, personalmente o a través de una insistente comunicación telefónica con sus subalternos, estableciendo a su vez distintos grados de responsabilidad y de participación dentro de la estructura interna del grupo, observándose un importante control de cumplimiento de las directrices impartidas, de sujeción a la autoridad del jefe y de cierta distribución de funciones, logrando con ello un mejor y más eficiente comercio de la droga.

2º) Un grupo de sujetos que cumple las funciones y tareas asignadas por el núcleo decisor:

En el caso, se pudo establecer que este grupo lo conformaban los siguientes acusados:

A.E.O.G.; encargado de la mantención y reparación de bienes muebles, de dar vida y administrar el negocio de fachada de la Automotora xxx, ejecutando las labores que el centro de poder le ordenaba. Mantenía las parcelas del líder de la organización tal como se estableció en las distintas anotaciones registradas en el cuaderno de contabilidad incautado en el lugar donde vivía A.G.M..

J.A.R.I.; encargado junto con A.E.O.G. de la administración de la empresa de fachada xxx, tal como se acreditó con la prueba documental rendida por el Ministerio Público. J.A.R.I. era quien debía rendir cuentas a M.L.G.B. de las acciones referidas a su integridad patrimonial. Además era el encargado de dar solución a los distintos problemas que la organización tenía en su funcionamiento, ejecutando labores para lograr la pronta libertad del líder de la agrupación, establecer contactos con personal de Carabineros y de Gendarmería de Chile para facilitar la labor de la organización en especial aquellas destinadas a sacar de la competencia a Alejandro Cavieres, lo que quedó plasmado en las escuchas telefónicas donde se pudo determinar que tuvo participación directa en los contactos efectuados con el funcionario de Carabineros, destinado a ponerlo al servicio de la estructura y además sacar del camino a Alejandro Cavieres, para lo cual, tal como se desprendió de la prueba rendida, se había ideado un plan destinado a proceder a su detención por parte de este Carabinero y proceder a “cargarlo con droga”.

Se pudo establecer también que esta persona era el encargado de dar vida a la sociedad xxx, se encargaba además de la reparación de automóviles e inscripción de estos a su nombre. De las escuchas telefónicas se pudo establecer que estaba al tanto de los fines ilícitos de la organización, en cuanto a la ejecución de delitos y del ánimo de esta persona de pertenecer a la misma. R. fue el encargado de efectuar la reserva del local El Novillero, en la recepción hecha a M.L.G.B. tras su libertad, entregando el abono respectivo y posteriormente fue quien pagó los gastos con dinero en efectivo, lo que fue ratificado por el administrador del referido local. En este caso en particular y en concreto respecto al sentido de pertenencia, éste está dado por la ejecución de actos de favorecimiento de la actividad, cada uno dentro de la esfera de sus competencias, tendiendo a pasar inadvertidas por desarrollarse en el ámbito de lo legalmente aceptado, se lucra de los beneficios económicos obtenidos por la asociación, existiendo un conocimiento de que con su obrar mantienen vigente la actividad ilícita del conglomerado, que trae aparejada para ellos un lucro que persiguen y buscan mantener, en otras palabras esta clase de partícipe advierte la idoneidad de su aporte en la producción del resultado delictivo.

Por su parte, el hecho que junto a O. dieran cuenta frecuentemente de la marcha de la empresa a M.L.G.B. y A.M.G.M. y les solicitaran dineros para reparaciones, sin que éstos últimos fueran los dueños, evidenció que la real propiedad de la misma pertenecía a la cúpula de la organización, todo sumado a las conversaciones telefónicas intervenidas, en las que se aprecia como J.A.R.I. se jactaba de ser quien manejaba todas las empresas de M.L.G.B..

W.R.P.G.; fue uno de los detenidos en el peaje de Pichidangui transportando la droga. Era empleado de la organización, encargado de darle seguridad a la misma, chofer de los vehículos en los cuales se transportaba la droga y reparaba los vehículos de la organización.

De los registros existentes en los cuadernos de contabilidad incautados, se pudo constatar una serie de pagos efectuados a W.R.P.G., alias el Gurú o Willi y con ello el vínculo con la automotora, teniendo una camioneta y abundante documentación a su nombre de compra y venta de vehículos. Para el Tribunal, el acusado no sólo participó de manera esporádica en la ejecución de un delito de tráfico de drogas, sino que formaba parte de la organización criminal, lo que se pudo desprender no sólo de las circunstancias de su detención, sino que además del tenor de conversaciones telefónicas, de la abundante prueba documental acompañada, en la que se establece que esta persona fijaba como domicilio el que correspondía a la empresa de fachada de nombre xxx, sumado al hecho que reconoció en su propia declaración que él tuvo participación en otras actividades de la organización como el ocultamiento de armas, por lo que para el Tribunal no cupo más que concluir que esta persona tenía el conocimiento y la voluntad de ser un integrante de una asociación ilícita, en calidad de empleado de ésta.

P.A.C.F.; estaba en conocimiento de las actividades de tráfico ilícito de drogas de la organización, recibía instrucciones de los jefes de la asociación ilícita, dependiendo de J.A.C.F., siendo su función la de distribuir y vender droga, dando cuenta directa del resultado del negocio y entregando los dineros originados de las ventas a J.A.C.F., además recopilaba información en cuanto a terceros, realizaba un apoyo logístico y hacía labores intermediadoras, consiguiendo droga distinta a la que ingresaban al país, sirviendo de nexo con otros distribuidores de droga, facilitando de esa forma el fin de lucro perseguido por la estructura.

De la prueba rendida, independiente de su participación en el delito de tráfico de drogas, se desprende que la acusada tenía un ánimo de formar parte de una estructura asociativa, encaminada al tráfico de drogas, sujetándose a determinadas instrucciones, existiendo una clara conciencia de estar contribuyendo al éxito de un cometido colectivo y estable en el tiempo.

Las pruebas dieron cuenta del conocimiento que tenía P.A.C.F. de las actividades que estaba desarrollando la organización y la finalidad, entre otras, de lograr la salida de M.L.G.B. desde la cárcel, la gran cantidad de recursos económicos que se estaba invirtiendo en ello, con un pleno conocimiento de las medidas de seguridad que se estaban adoptando, ayudando incluso en la organización, lo que sumado a las escuchas, claramente pudo desprenderse también su conocimiento de las actividades de narcotráfico que se estaban ejecutando.

No obstante lo anterior, también se pudo establecer que efectivamente la acusada, ejecutó una serie de actos que implicaron un nexo entre la droga traída por la organización desde el extranjero a los distribuidores de menores, determinándose que efectuó labores de cobranza, rindiendo cuentas respecto de lo recaudado a uno de los integrantes de la cúpula y dando cuenta de las

dificultades que tuvieron en la venta de droga, efectuando averiguaciones vinculadas a terceros que atentaban contra los intereses de la organización, todo lo que claramente llevó al Tribunal a estimar que ella efectivamente tenía un sentido de pertenencia a la agrupación delictiva, obrando en el marco del programa de la estructura jerárquicamente organizada, con reglas y códigos de comportamiento a los cuales ajustarse en pro de la concreción del objetivo de la organización.

J.E.G.M. y J.S.M.C.; recibían órdenes de los líderes de la organización criminal, con la finalidad de realizar el transporte de la droga de la asociación ilícita, utilizando para ello los vehículos con los que ésta contaba. De esta forma, de la prueba rendida fueron apareciendo una serie de documentos que dieron cuenta de su actuación dentro de la organización desde a lo menos el mes de febrero del año 2007, haciendo reservas por la compra de vehículos y luego comprándolos directamente, detectándose conversaciones telefónicas en las que M.L.G.B. amenazaba e increpaba a J.E.G.M., lo que demostraba que la actuación de estos acusados no se limitaba sólo a realizar traslados de droga, sino que formaban parte de una estructura orgánica orientada a cometer delitos de tráfico de drogas, desprendiéndose la calidad de subordinados de la cúpula de poder, de quienes también dependían económicamente manifestando un ánimo asociativo en el hecho de guardar silencio respecto de lo que había guardado en la parcela de la cuarta Región, añadiendo J.S.M.C. que había un juramento de por medio y que la traición del mismo significaba la muerte.

3º) Una relativa estabilidad en el tiempo:

Para el Tribunal, éste elemento implica que la estructura delictiva o el grupo tenga o exhiba cierta permanencia o estabilidad temporal, para distinguirla de la mera coparticipación, es decir, deben existir antecedentes que vayan dando cuenta de una forma de operar grupal y jerárquica con cierta división de funciones.

Agrega que este elemento no dice relación con la permanencia del integrante mismo de la organización individualmente considerado, sino que cómo a partir de su intervención ésta proyecta en el tiempo la actividad del cuerpo colectivo. Así, atendida la naturaleza de la agrupación, hay que ir buscando en el tiempo los vestigios o los indicios que va dejando mientras fue operando y también dimensionándola hacia el futuro.

Destaca el Tribunal la prueba documental consistente en la escritura pública de contrato de compraventa, del año 2006, suscrita por doña S.I.C.F., quien adquiere el inmueble de calle xxx, por la suma de \$18.000.000.-, ello en relación a las escuchas telefónicas en la que se desprende que ya desde el año 2006 M.L.G.B., verdadero comprador del inmueble, manejaba una gran cantidad de dinero en efectivo, incluso para pagar el valor de esa casa, en circunstancias

que se encontraba privado de libertad, sin posibilidad de generar recursos lícitos de esa magnitud.

En virtud de la prueba documental, se logró establecer la creación de empresas dos años antes de producirse la detención y la adquisición de vehículos que eran traspasados sucesivamente entre los mismos integrantes de la organización, familiares de M.L.G.B. y de los líderes de la estructura criminal, mecanismo realizado desde el año 2005, dando cuenta de una misma forma de operar de esta organización, conducta que quedó reflejada en la documentación incautada en la automotora xxx.

También da cuenta de la estabilidad en el tiempo de la organización la prueba documental que establece los registros de giros de dineros entre los miembros de la asociación desde el año 2007, las facturas correspondiente a la automotora XX e impresión y formulario de nota de venta de compra de vehículos a nombre de integrantes de la organización.

Para el Tribunal, las pruebas aportadas demostraron que los sujetos mantuvieron un vínculo o unión con la asociación criminal que se materializó en diversos hechos o actividades por ellos desarrolladas, que le dieron vida en el tiempo al ente ficto que tácitamente configuraron en conjunto, del cual ellos sienten y saben que forman parte a través de la figura central de M.L.G.B., secundados por A.M.G.M. y J.A.C.F. los que conformaban el centro de poder de la organización.

4°) El fin de ejecutar delitos de la Ley de Drogas y obtención de lucro:

Para el tribunal fue evidente que el obrar de todos los acusados se orientó al cumplimiento de los fines de la organización, cual es la guarda, posesión, transporte y transferencia de droga, manifestándose más claramente en el caso de A.M.G.M., W.R.P.G., J.A.C.F., J.E.G.M. y P.A.C.F., quienes mantenían un contacto más cercano con la droga dado el contexto en el que se realizaba tal actividad, quedando claro además la obtención de un lucro a partir de ella, considerando la gran cantidad de dinero en efectivo encontrado en los diferentes inmueble allanados, siendo los líderes de la estructura quienes tenían acceso a la mayor cantidad y obtenían los mayores provechos económicos.

Por otro lado A.E.O.G. y J.A.R.I. de acuerdo a los cuadernos de contabilidad informal recibían constantes ingresos por sus actividades en la automotora y en la administración de los bienes del líder de la organización, mientras que J.S.M.C., al igual de J.E.G.M. recibían constante apoyo en asesorías jurídicas como en dinero para sus familias.

De esta forma, analizados los elementos que configuran el delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA EL NARCOTRÁFICO el Tribunal señaló que, respecto a los acusados M.L.G.B., A.M.G.M. y J.A.C.F., los hechos con-

figuraron la figura del artículo 16 N°1 de la Ley N°20.000. Con respecto a A.E.O.G., W.R.P.G., J.A.R.I., P.A.C.F., J.E.G.M. y J.S.M.C. los hechos acreditados se encuadraron en el N°2, de la mencionada norma legal⁶.

No obstante lo anterior, el Tribunal dictó sentencia absolutoria en favor de los acusados C.A.G.C., C.A.M.G., S.I.C.F., J.A.P.S., R.A.G.R. y A.G.L.G., estimando que los elementos de cargo no habían resultado suficientes para establecer, más allá de toda duda razonable, su participación en los hechos que se tuvieron por acreditados⁷.

Respecto de los acusados R.A.G.R. y A.G.L.G. a quienes la Fiscalía les imputó el hecho de recibir órdenes de los líderes de la organización con la finalidad de efectuar el transporte de la droga, el Tribunal señaló que dicha imputación sólo se sostuvo en la ocurrencia de un solo evento acreditado, cual fue el delito de tráfico de drogas, sin que la prueba rendida comprobara la existencia de algún otro elemento para estimar que eran parte de una estructura criminal. En ese sentido, para los sentenciadores no existió en ellos el elemento subjetivo de sentido de pertenencia a la agrupación delictiva.

Respecto de las acusadas S.I.C.F., C.A.G.C. y C.A.M.G., la fiscalía les atribuyó como conducta constitutiva de este delito el hecho de haber ocultado bienes generados por la organización, el tener un control sobre los ingresos y gastos y recibir instrucciones de los líderes de la organización para la compra de bienes muebles e inmuebles y recopilar antecedentes de terceros. En dicho sentido, el Tribunal señaló que con la prueba rendida no se pudo establecer el efectivo control de la contabilidad llevada en los cuadernos incautados, toda vez que de acuerdo a los peritajes efectuados, en estos participó A.M.G.M. y C.A.M.G., sin que se determinara la participación de alguna otra persona. Por su parte, el ocultamiento y la adquisición de bienes es más bien constitutivo de otra figura y atendido el vínculo que las unía a los líderes, las instrucciones que recibían no necesariamente llevan a estimarlas como integrantes de una organización con un ánimo de formar parte de una estructura asociativa encaminada al tráfico de drogas.

En cuanto a J.A.P.S., la conducta atribuida por la Fiscalía fue la de participar de las reuniones de la organización, ejerciendo labores de testaferro, inscribiendo bienes a su nombre. Respecto de esta acusación, el Tribunal señaló que la misma conducta fue descrita al atribuirle participación en el delito de lavado de dinero y que si bien el acusado estuvo en algunas reuniones de la organización, no se le vio participando de ninguna actividad vinculada directamente con el tráfico de drogas, entendiendo que esta persona más bien cumplía labores básicas, no teniendo un ánimo asociativo, ni un fin de lucro, ni reconociendo un centro de poder, ni cumpliendo tareas destinadas a facili-

6 Trigesimo séptimo.

7 Trigesimo noveno.

tarle a la organización el cumplimiento de sus fines, no teniendo por ende un ánimo asociativo.

Consideraciones finales

Como sabemos, la asociación ilícita para el narcotráfico, tipificada en el artículo 16 de la Ley N°20.000, alcanza en primer lugar a los partícipes que hayan financiado de cualquier forma la organización, hayan ejercido el mando o dirección en ella o hayan planificado el delito que se proponen cometer, y en segundo lugar, sanciona a quienes suministren medios, bienes, instrumentos o colaboren para la consecución de sus fines.

No obstante lo señalado por el tipo penal, la discusión radica en qué es lo que se entiende por “asociación ilícita para el narcotráfico”, y en ese sentido, tomando en consideración lo señalado por el Tribunal en la sentencia en estudio, el contenido de ese concepto debemos buscarlo en la doctrina y jurisprudencia, toda vez que son ellas las fuentes creadoras de su definición a partir de elementos observables y que caracterizan a estas agrupaciones.

Para la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, un “grupo delictivo organizado” es entendido como aquel grupo estructurado, de tres o más personas, con existencia durante cierto tiempo, con una actuación concertada, con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material⁸.

En materia jurisprudencial, es dable destacar el fallo dictado por la Excelentísima Corte Suprema a propósito de la figura de asociación ilícita sancionada en su momento por el artículo 22 de la Ley 19.366, en el que ratifica lo expuesto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y el Juzgado del Crimen de la época en el sentido que el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas se configuraba con la existencia de una conjunción de voluntades, que se organizaba en torno a un fin común que era el de cometer delitos sancionados en la Ley de Drogas, dotada de una estructura interna y de cierta permanencia y estabilidad en el tiempo, cuyos integrantes cumplían funciones distintas, precisas y determinadas, convergentes hacia dicho fin común y compartido por todos sus miembros⁹.

Del estudio de la doctrina y principalmente de la jurisprudencia podemos señalar que existen variados elementos que nos permiten establecer cuando estamos en presencia de una asociación ilícita para el narcotráfico, pero no

8 Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, artículo 2. Definiciones, letra a).

9 Excelentísima Corte Suprema, 20 de enero 2005, Rol Ingreso Corte N°4512/200.

obstante ello, a nuestro juicio, dichos elementos pueden reducirse a sólo algunos, los que en definitiva nos permiten determinar un estándar mínimo para su configuración.

Por ello, resulta conveniente recordar algunas sentencias relevantes mencionadas en ediciones anteriores de esta Revista Jurídica del Ministerio Público, las cuales dicen relación con la evolución de la jurisprudencia en cuanto a los elementos tomados en consideración para la configuración de este delito¹⁰.

Así por ejemplo, en sentencia dictada en contra de la agrupación conocida como “*Los Cara de Pelota*”, el Tribunal señaló que la Ley N°20.000 no definía lo que debía entenderse por asociación ilícita, pero que de las disposiciones legales, la doctrina y la jurisprudencia, se podían obtener los elementos necesarios para su configuración. Dicho esto, estableció como elementos de la asociación ilícita la pluralidad de personas, un centro de poder, distintos niveles jerárquicos, diversidad de tareas entre sus miembros, sometimiento a una férrea disciplina, intercambio de sus miembros, aplicación de tecnología e implementación logística, apariencia de legalidad en algunas actividades o simplemente la realización de una actividad francamente clandestina, una o varias finalidades y la relativa independencia de los miembros¹¹.

Por su parte, en sentencia dictada en relación a la investigación conocida como “*Caso Ciulla*”, el Tribunal estimó que en los hechos se había tratado de una organización, en la que había un centro de poder, una jerarquización de sus integrantes, los que cumplían diversas tareas compartimentadas, regidos por una disciplina con principios claros, profesionalizada, conformada con el fin de dedicarse a actividades ilícitas y obtener de esta manera un lucro, agregando luego que la asociación ilícita por naturaleza implicaba la realización de una serie de conductas a lo largo del tiempo, las que se van ligando en miras a un objetivo común como era, en ese caso, la comercialización de droga¹².

Posteriormente el mismo Tribunal, en causa diferente, señaló que los hechos acreditados, encuadraban en el tipo penal de asociación ilícita, toda vez que, un grupo de personas, bajo la dirección de uno de ellos, organizadamente, vendían clorhidrato de cocaína, agregando que, además de entenderse la asociación ilícita en su sentido natural y obvio, debía reunir otros requisitos establecidos doctrinaria y jurisprudencialmente y que dichos requisitos consistían principalmente en que la pluralidad de personas debían estar regidas por un centro de poder, organizadas jerárquicamente, con distribución de funcio-

10 Revista Jurídica del Ministerio Público N°42, Marzo 2010, “Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16° de la Ley N°20.000”, Jorge Muñoz Bravo.

11 Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 3 de mayo de 2007, causa RUC N°0500322293-6, considerando 15°.

12 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 20 de octubre de 2008, causa RUC N°0600765400-4, considerandos 8° y 9°.

nes, tender a un fin ilícito y con un carácter más o menos permanente en el tiempo¹³.

Siguiendo el mismo criterio, la sentencia dictada en el caso “*Carpatos*” señaló que para que realmente se configurara el delito de asociación ilícita, era indispensable la concurrencia de dos o más personas cuyas voluntades convergieran para formar un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que debían acatar y hacer cumplir disciplinariamente, con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más de los delitos establecidos en la Ley de Drogas. El mismo fallo agregó que de la prueba rendida, se pudo acreditar que desde el año 2006 a octubre de 2007, se formó una organización estructurada de manera jerárquica con una clara distinción entre funciones de orden, mando y dirección y otra de carácter ejecutiva, conformando un conjunto asociado destinado a la realización de tráfico de drogas desde el interior del Centro Penitenciario Colina Dos, hacia destinos que el mando oportunamente determinó¹⁴.

Finalmente, la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 15 de marzo de 2010, reconoce y establece ciertos criterios o elementos para la configuración del delito de asociación ilícita para el narcotráfico, a saber, la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal¹⁵.

En definitiva, de las sentencias analizadas podemos concluir que el denominador común de aquellos elementos que configuran el delito de asociación ilícita para el narcotráfico corresponden a:

1. Existencia de un centro de poder.
2. Distribución de funciones.
3. Carácter más o menos permanente, y
4. Fin de cometer delitos de la Ley de Drogas.

13 Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 17 de febrero de 2009, causa RUC N°0700616004-7, considerando 13°.

14 Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de junio de 2009, causa RUC N°0600578577-2, considerando 11°.

15 Excelentísima Corte Suprema, Rol N°7712-08, 15 de marzo de 2010, considerando 3°.

EXCLUSIÓN DE PRUEBA. VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR EL TRIBUNAL ORAL. VALIDEZ DE INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS. TRASCENDENCIA DEL VICIO

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Aunque los miembros del Tribunal Oral no pueden excluir prueba y están obligados a valorarla toda, pueden hacer una ponderación negativa de aquella que consideren haberse obtenido de manera ilegítima.

No tiene sentido que la defensa reproche la valoración que el tribunal hace de una prueba, si no formuló reparo alguno sobre su pertinencia, veracidad, idoneidad o legitimidad, pues el hecho que sea el Juez de Garantía el llamado a excluir las pruebas ilícitas (entre otras), no exime al interviniente de su obligación de protestar ante el tribunal llamado a justipreciar dicha prueba cuando ha sido admitida.

Si bien la Policía conculcó el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de la convicta en lo relativo a ciertas y determinadas interceptaciones telefónicas y sería posible aceptar que se desconoció con ello el debido proceso, esa anomalía, no tiene el mérito suficiente como para provocar la invalidación del dictamen ni del juicio oral que le sirvió de soporte, toda vez que esas llamadas telefónicas en particular, carecen de toda trascendencia en el desenlace del litigio.

Texto completo:

Santiago, veintinueve de junio de dos mil once.

VISTOS:

El Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago castigó a Marina Victoria Guerra Bravo, por su responsabilidad de autora del delito de tráfico de sustancias estupefacientes, a purgar cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y cargos u oficios públicos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además de enterar una multa de diez unidades

tributarias mensuales, sin costas, por laudo de treinta de marzo de dos mil once, escrito de fojas 22 a 26.

La defensa de la enjuiciada dedujo recurso de nulidad asilado sólo en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como se desprende de fojas 3 a 8 vuelta, el que se ordenó conocer en audiencia fijada para el nueve de junio en curso, incorporándose en los autos el acta de su realización.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el recurso que interpuso la Defensoría Penal Pública, en representación de la encartada, se esgrimió la causal del

artículo 373, letra a), del compendio procedimental del ramo, delatando como garantías afectadas, el debido proceso reconocido en el artículo 19, N°3°, y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, que se contempla en el N°5° del mismo precepto de la Constitución Política de la República.

Aduce que entre el seis y el quince de julio de dos mil cinco, se interceptaron las comunicaciones telefónicas de la inculpada verificadas en su teléfono celular, sin contar con aquiescencia judicial para ello, en los términos del artículo 222 del estatuto adjetivo de penas, lo que reclamó en la audiencia de preparación de juicio oral cuando se pidió la exclusión de la prueba de cargo, de acuerdo a lo previsto en esa disposición y también en los artículos 9° del código del ramo y 24 de la Ley N°20.000. Hace notar la defensa que la autorización para la intervención se obtuvo recién el quince de julio de ese año, y se siguió con ellas hasta agosto, pero que todo lo obtenido antes por la policía no fue consentido. Igualmente se queja que se disfrazaron las interceptaciones ilegales como “diversas técnicas investigativas” para conseguir la venia para la intervención legítima.

En el juicio oral se reprodujeron conversaciones interceptadas del periodo no habilitado, correspondiente a los días seis, siete y trece de julio de dos mil cinco, que daban cuenta del uso de correos humanos para el traslado de droga en el interior de calzado con doble fondo. Pone de relieve que los policías se limitan a testificar que lograron información por “aplicación

sistemática de técnicas de investigación”, que fue lo que llevó al fiscal a solicitar la interceptación telefónica, pero sin revelar que, en realidad, esas supuestas “técnicas” consistieron en la previa interceptación ilegal del mismo teléfono. Así se engañó al Fiscal y al Juez de Garantía al entregar información espuria para obtener una interceptación telefónica, de suerte que, por mediar fraude procesal y engaño, en un intento de validar un vicio ya cometido, la interceptación asentida resultó ser tan ilegal como la realizada antes, sin anuencia alguna. Agrega que no procede sanear la omisión de formas procesales cuya vulneración constituye nulidad absoluta.

Resultan inválidos asimismo, los testimonios de M.A., A. G. y M. S., puesto que todos ellos han declarado acerca de lo que escucharon de las interceptaciones ilegales.

Alega la preparación del recurso, porque solicitó la exclusión de la prueba en la audiencia de preparación del juicio oral, lo que fue desestimado por el Juez de Garantía.

Precisa que la inobservancia al debido proceso se produce porque no se han respetado los procedimientos fijados por la ley. Copia el artículo 9° del Código Procesal Penal, sobre autorización judicial previa para cualquier actuación del procedimiento que restrinja o perturbe algún derecho del imputado asegurado por la Constitución. También el artículo 222 de esa compilación sobre interceptaciones telefónicas; y el 24 de la Ley N°20.000, sobre retención e incautación de correspondencia e

interceptación de comunicaciones telefónicas. Otro tanto hace con el precepto 225 de la recopilación de la materia, sobre prohibición de utilizar los resultados de una interceptación telefónica, como medio de prueba, cuando ha tenido lugar fuera de los supuestos descritos por la ley, sin cumplirse los requisitos previstos en el artículo 222.

Por lo que toca a la inviolabilidad de toda comunicación privada, subraya que la Constitución ampara el respeto y protección de la vida privada y la inviolabilidad mencionada, las que sólo pueden ser interceptadas en los casos y en la forma determinada por la ley. Termina por sostener que, si bien fue el juez de garantía quien admitió la prueba ilícita, *“la recepción de prueba ilícita por el tribunal de juicio oral es, indudablemente, una infracción sustancial de derechos o garantías cometida durante la tramitación del juicio, así como la valoración de prueba ilícita es una infracción cometida en el pronunciamiento de la sentencia”*.

En el petitorio del arbitrio impetra la nulidad de la decisión y del juicio oral y se determine el estado en que deberá quedar, que no es otro que el de realizar la audiencia de preparación de juicio oral, donde procede excluir los atestados de M.G., M. S., A.G., M. A. y M. V., al igual que suprimirse el protocolo de análisis químico, el acta de recepción reservado y el informe sobre tráfico del ISP; las transcripciones de las conversaciones telefónicas y un cassette con ellas; y, finalmente un set fotográfico.

SEGUNDO: Que la recurrente ofreció prueba de audio y documental que le fue aceptada para ser rendida en la audiencia de conocimiento del recurso, pero en el momento pertinente, se desistió del audio ofrecido, por estimar que era suficiente la instrumental que produjo acto seguido; y, renunció también a rendir el audio del juicio oral, porque consideró que sería suficiente con el alegato.

En lo que concierne a la prueba instrumental presentó efectivamente los documentos ofrecidos y que consisten en: 1.- Acta de transcripción de la audiencia de preparación de juicio, de uno de febrero del año en curso, realizada ante el juez Rodrigo Cayo; 2.- Parte denuncia N°812, de doce de julio de dos mil cinco, de la Policía de Investigaciones; 3.- Testimonio prestado por el subcomisario Mauricio Jorquera Ramírez el doce de julio del mismo año, ante el Ministerio Público; 4.- copia de la solicitud de catorce de julio de ese año, por la cual la fiscal Yasna Pastén pide al tribunal la orden de interceptación; 5.- copia de la orden judicial del 11° Juzgado de Garantía de Santiago, de quince de julio de dos mil cinco, que aprueba el monitoreo de comunicaciones telefónicas del celular que indica; y, 6.- copia de las transcripciones telefónicas de los días seis, siete (dos veces) y trece de julio de dos mil cinco.

Las probanzas aportadas no fueron objetadas por el representante del Ministerio Público.

TERCERO: Que el origen de la transgresión a las garantías del debido proceso y de la inviolabili-

dad de las comunicaciones privadas que denuncia la compareciente, se inserta, según su discurso, en las interceptaciones telefónicas anteriores al quince de julio de dos mil cinco, que se hicieron sin contar con el asentimiento que ordena el artículo 222 del Código Procesal, lo que sirvió de doble fuente ilícita: por un lado, fueron aparejadas en juicio para comprobar el hecho punible y la participación de la encausada, amén que se encubrieron como “aplicación sistemática de técnicas de investigación”, que fue el rótulo en que se escudó el funcionario policial que hizo la denuncia al Ministerio Público y que luego se utilizó en el tribunal para pedir la interceptación, expresión que nada dice en realidad.

CUARTO: Que sobre lo preliminar, en el raciocinio sexto del veredicto en revisión (página 5 de la resolución), como “otros medios de prueba” se hace la síntesis de la transcripción de las interceptaciones telefónicas, que sólo se enumeran desde la primera hasta la decimocuarta, pero sin distinguir la fecha de cada una, con excepción de la inicial que se dice corresponde al seis de julio de dos mil cinco, y donde se escucha la voz de Marina Guerra y una tal Doris que se conciertan para un eventual traspaso de droga en el norte del país. Hasta la conversación que se sindicó como cuarta, las mujeres se refieren a un tal David, que será quien intervenga en la entrega y que aquél habría sido detenido en Iquique. Sólo desde la quinta conversación comienzan a hablar de una tal María Eugenia, persona que, en definitiva, fue al norte y realizó la ope-

ración de droga y fue detenida junto a la procesada en estos antecedentes y que –según refirió la abogada del Ministerio Público– fue reprimida por ese hecho, en fecha pasada.

Luego de la prueba suministrada por la defensa y que incumbe a algunas de las transcripciones telefónicas y que serían las mismas producidas en el juicio oral, se advierte que sólo se adjuntan las signadas con los números 1 a 4, atinentes a llamadas intervenidas los días seis, siete, siete y trece de julio de dos mil cinco, esto es, aquellas con que se construye la impugnación. Sin embargo, el hecho que se tuvo por establecido y por el que resultó sancionada la Guerra Bravo, no se refiere a la intervención del tal David en el suceso, sino que a otro hecho, en que la mujer que transportó la droga fue María Eugenia, con la cual se detuvo a Marina Guerra. Es así que las interceptaciones telefónicas de los días seis, siete y trece de julio de dos mil cinco, no tuvieron mérito alguno en la litis para condenar a la enjuiciada, como tampoco para fijar el hecho que se tipificó de tráfico de sustancias estupefacientes, dado que la información lograda de esas escuchas no tiene nada que ver con ese presupuesto fáctico, sino que con otro diverso que no se materializó, porque la hechora y su proveedora “Doris” se desistieron de emplear a un sujeto de nombre David como correo humano, aparentemente porque supusieron que había sido descubierto como sospechoso.

En estas condiciones, no es efectivo el reclamo inaugural de la ope-

nente, desde que las escuchas ilícitas no fueron utilizadas para demostrar el hecho punible, como tampoco la intervención de la inculpada en aquél, por cuanto se refieren a circunstancias diferentes de las que se dieron por probadas, lo que pone en evidencia que, de existir la ilegalidad, ella ha carecido de toda trascendencia en lo resuelto.

QUINTO: Que similar contravención se replica por otro motivo, a saber, que la información conseguida en la interceptación ilegal, se encubrió como “aplicación sistemática de técnicas de investigación”, que fue la denominación relatada por el funcionario policial que develó los hechos al Ministerio Público y que con posterioridad se presentó ante el tribunal para pedir la interceptación.

SEXTO: Que como se lee del parte denuncia N°812, incorporado por la defensa y no objetado por la representante del Ministerio Público, la Policía de Investigaciones reveló la posible comisión de una infracción a la ley N°20.000, “...en virtud al análisis sistemático de información y perfiles utilizados en la comisión de ilícitos contemplados en la Ley N°20.000, recopilados por medio de las continuas investigaciones antinarcoóticos que ha desarrollado esta Brigada Especializada, se desprende la presunción en la comisión de un nuevo delito...” que describe, en torno a que Marina Guerra Bravo estaría usando correos humanos para traer droga en el cuerpo, ropa o equipaje desde el norte en buses interprovinciales o en líneas aéreas.

Entonces, cuando el funcionario policial, subcomisario Mauricio Jorquera Ramírez, comparece ante la fiscal Yasna Pasten, le expone tener conocimiento de la comisión de este delito y que Marina Guerra habría viajado hasta Arica, a través de “*la recopilación de antecedentes obtenidos de información residual de otras investigaciones y de la aplicación sistemática de técnicas de investigación*”. No queda tan claro a qué apunta con los últimos vocablos, qué comprende la aplicación sistemática de técnicas de investigación, pero sí la sección primigenia, donde afirma disponer de información residual de otras investigaciones. Esta última fracción fue avalada por los dichos del detective A. S. G. V., quien depuso –tal como se lee al empezar la página 4 del veredicto– que si bien el procedimiento partió en base a la escucha telefónica, “...*la investigación comenzó por una denuncia realizada en una causa aparte*”.

De todo lo expresado se colige que, es cierto que la Policía de Investigaciones realizó una interceptación telefónica al margen de la ley, violando de manera expresa el artículo 222 del Código Procesal Penal que faculta dicha intervención, sólo con beneplácito del juez, en los supuestos que se verifiquen las coyunturas que esa misma norma señala. El resultado de esa ilegítima actuación, no podía ser presentado como medio de prueba en el procedimiento, tal como lo prescribe el artículo 225 del ordenamiento del ramo.

En esta forma, la Policía de Investigaciones conculcó el derecho a la

inviolabilidad de las comunicaciones de la convicta y, en lo relativo a las interceptaciones de los días seis, siete y trece de julio de dos mil cinco, fueron consignadas en el fallo, sería posible aceptar que se desconoce con ello el debido proceso, pero, esa anomalía, como ya se anotó, no tiene el mérito suficiente como para provocar la invalidación del dictamen ni del juicio oral que le sirvió de soporte, toda vez que esas llamadas telefónicas en particular, carecen de toda trascendencia en el desenlace del litigio.

Algo distinto acontece con esas mismas llamadas telefónicas, en cuanto pudieron ser empleadas para obtener el pase de interceptación posterior, que fue lo acaecido según la defensa, que discurrió que toda esa fraseología compleja de la policía acerca de la aplicación sistemática de técnicas de investigación, no había sido más que la fabricación de un antecedente para más tarde requerir la interceptación y legitimar su actuar. De ser así, efectivamente se habría incurrido en un fraude procesal al artículo 225 del Código Procesal Penal. Empero no hay prueba sobre ese hecho, más allá de la dificultad de interpretar qué se ha querido significar con “la aplicación sistemática de técnicas de investigación” o qué es lo que ellas comprenden. El asunto lo zanja el funcionario Mauricio Jorquera Ramírez, en prueba aportada por la misma defensa, cuando asevera que tenían antecedentes residuales de otras investigaciones, que es lo mismo que dijo el oficial Andy Guevara Vergara (se lee de la sentencia) en el sentido que la investigación

comenzó “por una denuncia realizada en una causa aparte”.

En este escenario, es dable la concurrencia de dos motivos independientes para la apertura de la investigación: uno legítimo, la denuncia originada en una causa diversa y otro ilegítimo, que pudo ser la interceptación no autorizada. O bien, recibida la denuncia de la causa aparte, los policías realizaron una intervención telefónica no permitida y luego, advirtieron su yerro (estaban en los prolegómenos de la reforma) y pidieron la licencia, lo que no modifica la ilegitimidad de su primitivo actuar, pero tampoco deviene en ilegítimas todas las actuaciones del procedimiento como pretende la defensa, desde que sí hubo un inicio genuino en el procedimiento policial, una denuncia realizada en un procedimiento distinto y con su mérito, igual se habría recibido el consentimiento para la interceptación telefónica de las llamadas que sí tenían valor para el establecimiento del hecho y de la participación de la encartada y que son posteriores al quince de julio de dos mil cinco, es decir, después de la fecha de su otorgamiento por el Juez de Garantía.

SÉPTIMO: Que es menester aclarar que la defensa protestó en su recurso porque “*la recepción de prueba ilícita por el tribunal de juicio oral es, indudablemente, una infracción sustancial de derechos o garantías cometida durante la tramitación del juicio, así como la valoración de prueba ilícita es una infracción cometida en el pronunciamiento de la sentencia*”, cuestión que no puede pasar desapercibida

desde que esa parte no promovió en el juicio oral lo que ahora censura. En efecto, en el basamento cuarto del pronunciamiento dice expresamente, a propósito del alegato de clausura de la defensa: ***“Refiere que la interceptación telefónica no contaba con autorización judicial, lo que se discutirá en otra sede.”***

No es pertinente la petición de recibir la prueba, porque el tribunal de juicio oral carece de facultades para excluir prueba y está obligado a valorarla toda. Pero, no tiene sentido que la defensa reproche la valoración que el tribunal hace de una prueba, si no formuló reparo alguno sobre su pertinencia, veracidad, idoneidad o legitimidad, pues el hecho que sea el Juez de Garantía el llamado a excluir las pruebas ilícitas (entre otras), no exime al interviniente de su obligación de protestar ante el tribunal llamado a justipreciar dicha prueba cuando ha sido admitida, pese a todo, por el juez competente, dado que si bien los miembros del Tribunal Oral no pueden excluir prueba y están obligados a valorarla toda, pueden hacer una ponderación negativa de aquella que consideren haberse obtenido de manera ilegítima.

En el caso concreto, la defensa suprimió totalmente al tribunal oral de sus pretensiones, lo que no ha sido querido por el legislador, puesto que naturalmente es al tribunal oral al que debe someterse la teoría del caso de la defensa, con todas las circunstancias que ello conlleva, sin omitir alegatos que se saquen a colación sólo después del juicio oral, cuando los resultados no son quizás, los que

se esperaban, como “una carta bajo la manga”, una supuesta infracción que no fue planteada oportunamente cuando se produce, cuando se acepta, cuando se valora.

Se encuentra este tribunal ante un proceso donde en la audiencia de preparación se alegó por una interceptación telefónica, pero donde en el juicio oral, la defensa no dijo una sola palabra sobre esto, excluyéndolo de modo expreso de la discusión, señalando que lo dejaría para una etapa posterior –como si los argumentos de discusión fueran disponibles en cuanto al momento en que se hacen valer– y donde la agente prefirió confesar y reconocer con lujo de detalles todo su actuar, al punto que la defensa solicitó que se le concediera la minorante de la colaboración sustancial, no sólo porque admitió su delito, sino porque suministró datos, aportó identidades y otros elementos que la policía desconocía. El tribunal aceptó esa circunstancia y por su procedencia le aplicó el mínimo de la pena y le rebajó la multa; y sólo ahora, en el recurso de nulidad, se renueva la discusión sobre la interceptación, de modo que cuando con anterioridad se ha dicho que la presunta irregularidad carecía de trascendencia, porque las escuchas telefónicas de los días seis, siete y trece de julio de dos mil cinco no fueron usadas por los jueces en su apreciación, por haber establecido un hecho diferente, era posible añadir aún, que ninguna de las interceptaciones, ilegítimas y legítimas tenía relevancia alguna ya que el suceso se probó por otros datos y en lo que atañe a la participación, la procesada optó por confesar

su delito y pedir el reconocimiento de su colaboración.

OCTAVO: Que como se ha evidenciado, no se verifican las deficiencias que hacen procedente la invalidación requerida por la defensa, lo que conduce a desechar su pretensión.

Y visto, además, lo prevenido en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad instaurado en lo principal de fojas 3 a 8 vuelta, por la defensa de la imputada Marina Victoria Guerra Bravo, contra la sentencia de treinta de marzo de dos mil once, cuya copia corre de fojas 22 a 26 de este legajo y contra el juicio oral que le sirvió de antecedente en los autos Rit O-103-2011 y Ruc 0500287549-9, los que, por consiguiente, **no son nulos**.

Devuélvase la prueba rendida en esta instancia.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez.

Rol N°3016-11

Pronunciado por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. No firma los Ministros Sres. Segura y Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y en comisión de servicios, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENTOS

APORTES CRIMINOLÓGICOS AL ESCLARECIMIENTO DE DELITOS COMETIDOS POR DELINCUENTES SEXUALES EN SERIE

Karen Guzmán Valenzuela¹

Introducción

Los delitos sexuales en Chile representan aproximadamente un 1,4% del total de denuncias que ingresan al sistema². De dicho porcentaje, durante el año 2010, un 37,4% correspondió a denuncias ingresadas con un imputado desconocido. Ahora bien, un 29,7% de los delitos denunciados cuyas causas se terminaron fueron cometidos por imputados desconocidos, de ellos el 79,1% se archivaron provisionalmente por no contar con mayores antecedentes para seguir investigando.

En los delitos sexuales, las denuncias por el delito de violación del Art. 361 N°1 del C.P.³, corresponden a un 13,4% de los ingresos al sistema por delitos sexuales. El porcentaje de imputados desconocidos en esta tipología delictual alcanza al 36,7 %.

Dentro de la delincuencia sexual, el fenómeno de la delincuencia sexual en serie entendida como aquélla en la que un sujeto agrede sexualmente a tres o más víctimas en diversas épocas y lugares⁴ es marginal, aunque suele tratarse de casos con múltiples víctimas, de gran connotación social y con importantes desafíos investigativos para lograr identificar al hechor.

La comisión de estos delitos sexuales seriales suele generar denuncias que, en muchas ocasiones, son archivadas por no existir un imputado conocido a quien formular cargos hasta que, en algún momento, se observa por el investigador patrones comunes de lugar y época en los que se cometen los delitos y/o un similar modus operandi lo que permite conjugar las diferentes pistas y dar con el autor.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 En Chile, de acuerdo con los Boletines Estadísticos del Ministerio Público, el número de denuncias por delitos sexuales que ingresó al sistema en el transcurso del año 2010 fue de 17.766, lo que corresponde al 1,38% del total de delitos denunciados. Este porcentaje se ha mantenido en el tiempo ya que en el año 2007 fue de un 1,4%; en el año 2008, de un 1,5% y, en el año 2009, alcanzó el 1,4%.

3 Es decir, el acceso carnal obtenido mediante fuerza o intimidación.

4 “Yet Another Mathematical Approach to Geographic Profiling” (2010). Recuperado en <http://www.math.washington.edu/~morrow/mcm/7502.pdf> el 23 de noviembre de 2010, p. 5.

La Criminología ha desarrollado algunas teorías que intentan describir y explicar estos patrones comunes de tiempo y espacio en esta clase de delitos, entregando, de este modo, herramientas que ayudan al esclarecimiento de los mismos. En este artículo abordaremos dos de dichas teorías: la teoría de las actividades rutinarias y la teoría del patrón delictivo y analizaremos si sus postulados se cumplieron en dos casos de delincuencia sexual en serie reciente en nuestro país: el violador de Reñaca (Viña del Mar) y el violador de Villa Alemana.

Teorías criminológicas aplicadas al esclarecimiento de delitos en serie: teoría de las actividades rutinarias y teoría del patrón delictivo

Si bien durante mucho tiempo la Criminología se centró en el delincuente y en sus motivaciones para delinquir, la Criminología Ambiental o las llamadas teorías de la oportunidad delictiva se han focalizado en el delito y específicamente, en la oportunidad para cometerlo (Cullen y Agnew, 2011).

Aunque hay varios enfoques dentro de la Criminología Ambiental, todos ellos comparten dos aspectos fundamentales: la explicación de los eventos delictivos y la exploración del rol de la oportunidad como causa del crimen (Cullen y Agnew, 2011).

Para efectos de este artículo, desarrollaremos dos de los varios enfoques de la oportunidad delictiva: la teoría de las actividades rutinarias y la teoría del patrón delictivo.

La teoría de las actividades rutinarias

Felson y Cohen (1979) plantean que la convergencia en el tiempo y en el espacio de objetivos apropiados y la ausencia de un vigilante puede explicar el incremento de las tasas de crimen, sin que exista un aumento o cambio en las condiciones estructurales que motivan a los individuos a delinquir.

Estos autores afirman que desde los años sesenta en Estados Unidos, se produce un importante cambio en las actividades rutinarias de las personas, con la incorporación de las mujeres al trabajo, el aumento de individuos que recorren grandes distancias para trabajar, estudiar o vacacionar y, por otro lado, el incremento de la producción de bienes valiosos y fácilmente transportables (Cohen y Felson, 1979; Felson y Clarke, 1998). La situación antes descrita tiene como consecuencia que los norteamericanos se encuentren menos en su hogar y realicen más actividades, lo que provoca que los individuos entren en contacto diariamente con muchos lugares y personas desconocidas, aumentando la probabilidad del delito y de victimización.

Felson y Cohen (1979) definen las actividades rutinarias como todas las actividades recurrentes que proveen de las necesidades básicas a los individuos,

sean de origen biológico o cultural e incluyen: el trabajo como una forma de proveerse de comida, casa y de otras necesidades básicas y, también las actividades de ocio, estudio o cuidado de los hijos. Las actividades rutinarias pueden ocurrir en el hogar, en el trabajo fuera del hogar y en otras actividades fuera del hogar.

Estos autores (1979) sostienen que hay una estrecha relación entre las actividades rutinarias no delictivas y las actividades y rutinas propias de los delinquentes, pues la estructura de las actividades rutinarias legales determina la organización del delito en cada sociedad así como los lugares donde se produce con mayor frecuencia. De esta forma, los cambios en las actividades cotidianas de las personas, propios de la vida moderna, incrementan las tasas de criminalidad al facilitar a los delinquentes medios más efectivos para delinquir y al generar nuevos objetivos y nuevas víctimas.

Para Felson y Cohen (1979), el aumento de la criminalidad se explica porque convergen en el espacio y en el tiempo tres elementos interdependientes: delinquentes motivados, objetos o víctimas apropiados y ausencia de eficaces protectores. La presencia de estos tres componentes genera la delincuencia.

En cuanto a la existencia de delinquentes motivados para el delito, éstos deben haber aprendido las habilidades para delinquir. La presencia de objetivos o víctimas apropiados se refiere a aquéllos con un alto valor económico o simbólico, visibles, descuidados o descontrolados y, la ausencia de eficaces protectores dice relación con la falta de protectores como la policía pero, principalmente, con cualquier ciudadano capaz de protegerse a sí mismo, a otros o a las propiedades (Cohen y Felson, 1979; Felson y Clarke, 1998).

En cuanto a los objetos apropiados, cuatro elementos influyen sobre el riesgo de un ataque delictivo sobre ellos (Felson y Clarke, 1998; Cohen y Felson, 1979): valor, inercia, visibilidad y acceso. Se trata de cuatro aspectos que tiene en cuenta el delincuente al momento de delinquir. Estos están interesados en objetos a los que les atribuyen valor. La inercia se refiere al peso del artículo. La visibilidad dice relación con la exposición de los objetos o víctimas a los delinquentes y, el acceso atañe al diseño de las calles, a la ubicación de los bienes cerca de la puerta o a otros rasgos de la vida cotidiana que facilitan a los delinquentes hacerse con los objetivos (Felson y Clarke, 1998, p. 198).

En consecuencia, basta con que uno de los elementos indicados esté ausente para prevenir la comisión de un delito o, por el contrario, la convergencia de estos tres componentes aumenta las tasas de criminalidad. Por lo tanto, para prevenir la delincuencia, Cohen y Felson sostienen que hay que trabajar en la generación de eficaces protectores, pues se trata del factor más fácil de controlar (Cohen y Felson, 1979; Felson y Clarke, 1998).

Teoría del patrón delictivo

En 1993, Brantingham y Brantingham plantearon que durante el curso de las actividades rutinarias que desarrollan como cualquier persona, los delincuentes viajan entre “nodos” como el hogar, la escuela, el trabajo, los centros comerciales y los lugares de ocio y entretenimiento. Mientras realizan estos viajes, ellos desarrollan un mapa cognitivo o imagen de su entorno y es este mapa el que entrega a los delincuentes un conocimiento de su entorno y del lugar en el que encuentran los potenciales objetivos de sus actos criminales (Cullen y Agnew, 2011).

De este modo, en esta teoría se desarrollan tres conceptos principales: nodos, rutas y límites (Felson y Clarke, 1998, p. 199 y p. 200). Los nodos se refieren a desde dónde y hacia dónde se trasladan las personas. No sólo se generan delitos en estos lugares, sino también cerca de ellos (Cullen y Agnew, 2011). El término “nodo” expresa un sentido de movimiento, aportando un significado adicional sobre la oportunidad delictiva. Cada delincuente busca los objetivos del delito alrededor de los nodos de actividad personal (tales como el hogar, la escuela o las zonas de ocio) y las rutas entre ellos. Del mismo modo, las rutas seguidas en sus actividades cotidianas por las personas están estrechamente relacionadas con los lugares donde son víctimas del delito.

Los límites se refieren a los confines de las áreas donde las personas habitan, trabajan, compran o buscan entretenimiento. Así, algunos delitos se producen más comúnmente en los límites, pues allí coinciden personas de distintos barrios que no se conocen. La distinción entre “propios” y “extraños” subraya la importancia de los límites, dado que los propios normalmente cometen delitos más cerca de su vecindario, mientras que los extraños consideran más seguro delinquir en los límites para luego retirarse a sus áreas (Felson y Clarke, 1998).

Así, las rutinas para cometer un crimen pueden darse de dos maneras: Primero, mientras los delincuentes viajan se presentan oportunidades para delinquir. Segundo, cuando buscan activamente un objetivo para cometer un delito, intentan reducir el esfuerzo y el riesgo de detención. Dentro de su ámbito conocido, no tienen que recorrer grandes distancias para saber dónde encontrar un objetivo. Ellos son capaces de saber dónde están los controles policiales, las casas que no se encuentran vigiladas y cómo escapar de la escena del crimen rápidamente y con pocos obstáculos (Cullen y Agnew, 2011).

Brantingham y Brantingham agregan (1991): “Los delincuentes, al igual que los demás habitantes de la ciudad, están familiarizados solamente con unas cuantas zonas del espacio urbano. Conocen la zona cercana a su propia casa, el camino hacia el colegio o el trabajo, y el camino hacia zonas de ocio y compras, normalmente en el centro de la ciudad. En dichas zonas, recorridas con frecuencia a pie, en moto, coche o transporte público, observan oportunidades

de cometer (delitos)... En este ámbito conocido, también les son familiares las rutas por donde escapar y esconderse después de cometer el delito... En las zonas con altos índices de delitos,..., coinciden las oportunidades de delinquir con el camino frecuentemente recorrido por delincuentes potenciales” (Brantingham y Brantingham, 1991, en Stangeland y Garrido, 2004, pp. 28 y 29).

Aplicación de las teorías o enfoques criminológicos descritos a la identificación de delincuentes sexuales en serie

Tal como se describe en el apartado anterior, todas las personas tendrían un mapa mental sobre la zona conocida de una región o ciudad que les permitiría dirigir su forma de ir al trabajo, de compras, o para realizar actividades de ocio y que incluiría también aquellas zonas en las que se sienten seguros y, aquéllas en las que se sienten más incómodos.

Dentro de este mapa mental, se encontraría el ámbito de actividades que es el área en el que cada individuo se mueve diariamente entre el hogar, el trabajo y la zona de ocio. En esta zona, suele encontrarse el punto de anclaje que para la mayoría de las personas es su vivienda, pero las actividades rutinarias también pueden desarrollarse alrededor del lugar de trabajo, de la casa de un amigo, de un bar o de otro punto fijo en su existencia.

En el caso de los delincuentes en serie, la primera actuación del agresor suele encontrarse dentro de su ámbito de actividades⁵. La ubicación de los sucesos y la distancia entre ellos muestran su ámbito de actividades y su mapa mental.

Muy cerca del punto de anclaje suele encontrarse una “zona de seguridad o zona neutra”, donde no hay incidencias por ser un área demasiado cercana a la vivienda o al trabajo del agresor para que se atreva a actuar, por miedo a ser descubierto o reconocido (Rossmo, 1995)⁶.

Rossmo (1995) postula el principio del decaimiento con la distancia que señala que a medida que el delincuente aumenta la distancia de su lugar de residencia para cometer los crímenes, la frecuencia de esos crímenes disminuye. Este principio se relaciona con la preferencia del delincuente por cometer delitos en la cercanía de su domicilio y por la mayor probabilidad de escoger objetivos que supongan una menor modificación ambiental.

Algunos delincuentes son muy estables geográficamente y actúan siempre en una misma zona y si siguen sin ser detenidos, aumentan su confianza y con el

5 El lugar donde agresor y víctima entran en contacto es el que más se relaciona con el domicilio del agresor, de acuerdo a lo sostenido por Canter y Godwin (2005).

6 Hay algunas disputas en relación a si esta región existe. Ver: B. Snook, D. Canter, and C. Bennell. “Predicting the home location of serial offenders: A Preliminary comparison of the accuracy of human judges with a geographic profiling system”. Behavioral Sciences and the Law, 2002. En el mismo sentido, Godwin, 2006, pp. 74 y 75.

tiempo, amplían su zona de actuación. En estos casos, las primeras actuaciones son las que indican su base. Otros delincuentes muestran más movimiento y viajan de un lugar a otro (Rossmo, 1995).

El mapa mental depende del tipo de caza o ataque preferido por el autor. Rossmo (citado por Stangeland y Garrido, 2004) señala cuatro tipos de estrategias de delincuentes en serie, aunque es importante indicar que un criminal puede empezar siendo de una categoría y posteriormente pasar a otra:

- Cazador, que busca a su víctima en los alrededores de donde vive;
- Cazador furtivo, que actúa en un área específica, diferente de donde vive;
- Pescador, que actúa donde realiza otra actividad, laboral o de ocio, siempre atento a las oportunidades que puedan surgir para delinquir, y
- Trampero, que crea una situación para atraer a su víctima a la base de operaciones.

David Canter también sostiene que los lugares del crimen están relacionados con el domicilio del criminal o con algún lugar importante para éste, que puede ser considerado como su base de operaciones. Canter encontró que entre el 50% y 75% de los violadores de su estudio vivían en un área que podía ser definida por un círculo cuyo diámetro unía los dos lugares más alejados donde había atacado, a lo que denominó la hipótesis del círculo (Canter, 2005, citado por Jiménez, 2009).

En estos casos, el criminal parte desde su hogar, constituyendo este punto el centro desde el que se desplaza de forma radial hasta los lugares donde cometerá sus crímenes y una vez cometidos, vuelve a la seguridad de su hogar. A este tipo de agresores, Canter los denominó “merodeadores”. Al resto de agresores que no vivía dentro del círculo los denominó *commuter* o *viajeros*, agresores que viajan desde su domicilio hasta un área donde cometerán sus delitos (Canter, 2005, citado por Jiménez, 2009).

Para Godwin (2006, p. 31), la zona de predicción habitual tiene forma de cuña, es decir, es similar a un trozo de tarta⁷. Este autor plantea que existe un 80% de probabilidades de que el criminal viva o trabaje dentro de la cuña, y un 50% de probabilidades de que viva o trabaje en la zona estrecha de la cuña.

Es importante considerar que en la aplicación de estos principios la cifra negra en los delitos en serie puede alterar la información con que se cuenta para generar un perfil geográfico que ayude a identificar al agresor; aspecto que no es menor, puesto que en delitos sexuales se señala que es probable que más de la mitad de los hechos, especialmente las tentativas, no se denuncien.

7 Las zonas de predicción a que se refieren los autores, ya sea en forma radial o en forma de cuña, son calculadas por programas computacionales a partir de los lugares en los que se produce la violación o, que se encuentra el cadáver de una víctima.

Aplicación de las teorías criminológicas descritas a dos casos reales

En este apartado, se realizará una breve descripción de dos casos de violadores en serie que atacaron en las ciudades de Viña del Mar y de Villa Alemana.

A continuación y mediante el uso de los respectivos mapas, se observará si en su actuar se ciñeron a alguno de los principios desarrollados en el apartado anterior.

El violador de Reñaca (Viña del Mar)

Desde enero del 2004 a enero de 2005, en el sector alto de Viña del Mar se produjeron veintiséis ataques sexuales a mujeres, en diferentes días de la semana, generalmente en horas de la tarde y de la noche. Las edades de las víctimas fluctuaban entre los 12 y los 34 años.

El violador abordaba a las víctimas, les preguntaba algo o les pedía un favor, luego las amenazaba con un cuchillo, trasladándolas a lugares más solitarios donde procedía a realizarles tocaciones en su zona genital y, en varios casos, a accederlas carnalmente. En algunas ocasiones también sustraía diversas especies a las afectadas.

El autor de los hechos era un individuo de 30 años de edad (al momento de ser juzgado por el Tribunal Oral de Viña del Mar, esto es, en diciembre de 2005), cortador y vendedor de leña⁸, con domicilio en el sector de Miraflores Alto de la ciudad de Viña del Mar. Por su oficio, el imputado tenía un notable conocimiento del sector donde perpetraba los ataques tales como accesos desolados y quebradas a los que llevaba a las víctimas para consumar la violación. Al no tener un trabajo estable, cometía los delitos en diversos días de la semana en diferentes horarios.

A través de la pesquisa de los llamados realizados al celular que sustrajo a una de las víctimas, se pudo lograr su identificación y su domicilio y, finalmente, su captura el 1 de febrero de 2005, luego que se diera a la fuga. Mientras estaba recluido en el Centro Penitenciario de Valparaíso, a la espera de su juicio oral, se dio a la fuga, siendo recapturado 13 días después. Fue condenado a una pena de presidio perpetuo calificado.

A continuación, se presenta un mapa con el perfil geográfico construido a partir de los casos por los cuales fue condenado el violador de Viña del Mar.

8 Algunas víctimas mencionaron al declarar que el violador tenía la tez morena “ajeada” por el sol y que olía a pasto o madera.



El punto identificado con la letra A corresponde al domicilio del acusado. Para efectos de elaborar este mapa, se consideró como puntos a ubicar en el respectivo mapa, el lugar donde se contactó el acusado con cada víctima.

Los primeros ataques del violador de Viña del Mar fueron en un sector muy reducido, y muy cercanos entre sí; de hecho, en varios casos las víctimas fueron abordadas en el mismo lugar (frente a un Supermercado Líder del sector). Estos primeros ataques se produjeron muy cerca del domicilio del acusado. En consecuencia, se puede afirmar que el domicilio del acusado funcionaba como su punto de anclaje y efectivamente sus primeras actuaciones se realizaron cerca de su ámbito de actividades cotidianas.

En cuanto a la presencia de una zona de seguridad o neutra en la que el agresor no ataca dada la cercanía con su domicilio, de acuerdo con la información que se maneja respecto del acusado, es importante destacar que éste atacó a algunas víctimas que vivían muy cerca de su familia, sin que fuera reconocido, de ahí que podamos afirmar que, en principio, no hay una zona de seguridad o neutra en este caso. De hecho, si se observa con detención el mapa, hay un gran número de ataques que se concentraron muy cerca de su domicilio y otros ataques que se desarrollan en zonas más alejadas de éste, pero que se dan en forma más distanciada unos de otros y con escasa concentración de los mismos.

El violador de Villa Alemana

Desde el mes de mayo del 2005 a enero del 2006, durante los fines de semana, en horas de la madrugada o temprano en la mañana, el imputado abordaba a sus víctimas por detrás, generalmente en el centro de Villa Alemana, entre los paraderos 5 y 12, intimidándolas con un cuchillo o con un elemento punzante; luego, las trasladaba a lugares solitarios en los que generalmente les realizaba tocaciones en su zona genital y, en varias ocasiones, las accedía carnalmente y les sustraía especies. Procuraba siempre cubrir muy bien su rostro con pasamontañas o gorros para evitar ser identificado.

Las víctimas eran mujeres, en su mayoría jóvenes. Sus edades oscilaban entre los 18 y 40 años.

El violador tenía 39 años de edad al momento de realizarse el juicio oral en su contra (enero de 2007) y vivía en la Población Gumercindo de Villa Alemana. Era un delincuente habitual y tenía antecedentes por robo con violación. Fue condenado a presidio perpetuo calificado.



El punto identificado con la letra A corresponde al domicilio formal del acusado. Pero, en este caso, se agrega otro domicilio antiguo del acusado que se identifica con la letra O, que operaba como su punto de anclaje. Para efectos de elaborar este mapa, se consideró como puntos a ubicar en el respectivo mapa, el lugar donde se contactó el acusado con cada víctima.

Tomando como referencia el punto signado con la letra O, varios de los ataques del violador de Villa Alemana se produjeron muy cerca de dicho lugar. Su primer ataque se produjo muy cerca de este domicilio antiguo del acusado. En este caso, se puede afirmar que el acusado tenía un punto de anclaje, que

era un antiguo domicilio que había tenido en el sector, ya que los ataques se produjeron más bien lejos de su domicilio real.

En cuanto a la presencia de una zona de seguridad o neutra en la que el agresor no ataca dada la cercanía con su domicilio, efectivamente se observa esta zona si se toma como referencia su domicilio real, ya que cerca de éste no atacaba.

A modo de reflexión

La Criminología ha realizado novedosos aportes y entregado interesantes herramientas a los investigadores para ayudar a esclarecer un caso criminal. En este contexto, la elaboración de mapas o perfiles geográficos se ha desarrollado fuertemente en las últimas décadas, principalmente en los países del mundo anglosajón, como un importante instrumento para facilitar la solución de casos criminales en los que se han visto envuelto delincuentes seriales.

Estos perfiles o mapas geográficos pueden ser muy útiles en las investigaciones sin imputado conocido en las que hay varios ataques en cierta zona y con ciertas características similares y en las que no hay pistas acerca de la identidad del autor, ya que permiten priorizar no sólo los sectores de búsquedas de sospechosos sino que la toma de declaración y seguimiento de algunos de ellos que habitan el sector indicado por el mapa como aquel en que probablemente tenga su residencia el violador. Todos estos elementos pueden ayudar a una solución más rápida del caso y así evitar lamentar más víctimas.

Tal como lo expresan algunos autores, la confección de un mapa o perfil geográfico es dinámica, por lo que va sufriendo modificaciones a medida que se va incorporando nueva información. Esta situación genera que el perfil geográfico vaya cambiando con el tiempo y a lo largo de la investigación criminal. Este es un aspecto importante a tener en cuenta cuando se utiliza un perfil geográfico, de ahí que haya que considerarlo como una herramienta más que puede facilitar la resolución de un caso y no, como el único medio para identificar a un agresor.

Sin perjuicio del importante desarrollo que ha experimentado esta herramienta, hay varios puntos que aún se discuten por los autores acerca de los perfiles geográficos. Algunas de las discusiones que se mantienen son: la existencia de una zona neutra, los tipos de violadores según el lugar donde atacan a las víctimas, la forma de determinar el área en la que probablemente reside el agresor, etc. Estas discusiones tienen implicancias prácticas, pues pueden alejarnos o acercarnos a la identificación del agresor, de ahí que sea indispensable tener claridad acerca de las limitaciones de estas herramientas y, en consecuencia, hay que usarlas como un elemento más para trabajar en la investigación criminal.

Lo anterior, se ve corroborado con los resultados obtenidos en los dos casos analizados en este artículo. Así, en el caso del violador de Viña del Mar, el domicilio de éste funcionaba como su punto de anclaje y sus primeras actuaciones se realizaron cerca de su ámbito de actividades cotidianas. No obstante, en este caso no se presentó una zona neutra o de seguridad, puesto que el violador de Viña del Mar atacó a algunas víctimas que vivían muy cerca de su familia, sin que fuera reconocido.

Por otro lado, en el caso del violador de Villa Alemana, si bien se puede afirmar que el acusado tenía un punto de anclaje, éste no era su domicilio actual sino que un antiguo domicilio que había tenido en el sector en el que cometió gran parte de sus ataques. Respecto de él, se presenta una zona de seguridad o neutra en la que el agresor no ataca dada la cercanía con su domicilio.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, V. y Blasco, P. “Delincuente sexual en serie y alteraciones psicopáticas. Una relación ocasional”. Cuadernos de Medicina Forense, N°32, Abril 2003, pp. 35-41.
- Clarke, R. (1997). “Introduction”. En Clarke, R. (Ed.): “Situational Crime Prevention. Successful Case Studies”. (2ª edición). New York: Harrow and Heston. Publishers. Guilderland.
- Cohen, L. y Felson, M. (1979). “Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach”. American Sociological Review, Vol. 44, pp. 588-608 en Cullen, F. y Agnew, R. (2011): “Criminological Theory: Past to Present”. Fourth Edition, Oxford University Press, pp. 417, 427.
- Cornish, D y Clarke, R. (1986). “Introduction”. En D.B. Cornish y R.V. Clarke (Eds.): “The reasoning criminal. Rational choice perspectives on offending”. New York: Springer- Verlag, pp. 1-16.
- Felson, M. y Clarke, R. (1998). “Opportunity makes the thief. Practical theory for crime Prevention”. London: Policing and Reducing Crime Unit. Police Research Series (98), traducido al español en Ortiz de Urbina, I. y Ponce, J. (Coord), (2008): “Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional”. Serie claves del gobierno local, 6. Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, España, pp. 193-234.
- García-Pablos, A. (1988). “Manual de Criminología. Introducción y teorías de la Criminalidad”. Madrid: Espasa- Calpe.
- Garrido, V., Stangeland, P. y Redondo, S. (2006). “Principios de Criminología”. 3ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch.

- Garrido, V. (2003). “Psicópatas y otros delincuentes violentos”. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Gil Villa, F. (2004). “La delincuencia y su circunstancia. Sociología del Crimen y desviación”. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Godwin, M. y Rosen, F. (2006). “El rastreador. El perfil psicogeográfico en la investigación de crímenes en serie”. (2006). Traducción de Carmen Francí de “Tracker, Hunting down Serial Killers”. Editorial Alba, Barcelona.
- Jiménez Serrano, J. (2009). “El perfil geográfico criminal”. Recuperado en <http://www.cienciaforense.cl/csi/content/view/53/2/> el 24 de noviembre de 2010.
- Rossmo, K. (1995). “Geographic Profiling. Target Patterns of Sexual Murderers”. PhD Thesis, Simon Fraser University.
- Rossmo, K. (1998). NCIS Conference en <http://www.ecricanada.com/geopro/krossmo.pdf>. Recuperado el 23 de noviembre de 2010.
- Rossmo, K. “Place, Space, and Police Investigations: Hunting Serial Violent Criminals”. Pp. 217-235. Recuperado en http://www.popcenter.org/library/crimeprevention/volume_04/10-Rossmo.pdf el 23 de noviembre de 2010.
- Stangeland, P. y Garrido de los Santos, M.J. (2004). “El mapa del crimen. Herramientas geográficas para policías y criminólogos”. Valencia, Tirant lo Blanch.
- “Why Crime Doesn’t Pay: Locating Criminals Through Geographic Profiling”. (2010) Recuperado en <http://www.math.washington.edu/~morrow/mcm/7272.pdf> el 23 de noviembre de 2010.
- “Yet Another Mathematical Approach to Geographic Profiling” (2010). Recuperado en <http://www.math.washington.edu/~morrow/mcm/7502.pdf> el 23 de noviembre de 2010.

APROXIMACIÓN FENOMENOLÓGICA DE LOS DELITOS SEXUALES EN CHILE. LA REALIDAD NACIONAL

Francisco Maffioletti Celedón
Sofía Huerta Castro¹

“...parte de la comunidad internacional entendía que en la afectación de la infancia y la perversión de la niñez por parte de adultos no había sólo comprometido un interés o bien jurídico que afectara únicamente al niño vulnerado, sino que había un interés o bien jurídico colectivo amagado, que denomina moral sexual colectiva”.

Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago
Quince de marzo de dos mil once, RUC: 0900663872-1

La consideración de los delitos sexuales como fenómeno criminal resulta ampliamente superada por la ponderación de las implicancias personales, familiares y sociales que representan para los involucrados las conductas de transgresión sexual, más aún cuando éstas menoscaban gravemente el normal desarrollo de los menores de edad. Sin embargo, es en el contexto judicial en el cual la ciudadanía deposita gran parte de sus expectativas en cuanto al abordaje y resolución de dichas situaciones.

Mediante el presente estudio se pretende aportar a una mejor comprensión del fenómeno de los delitos sexuales, describiendo su incidencia², prevalencia³, y sus formas de manifestación, considerándose que conociendo el fenómeno de forma más acabada es posible desarrollar una mejor política criminal en torno a éstos.

De acuerdo a los resultados de la Encuesta Nacional de Opinión Pública UDP 2010, la delincuencia es el principal problema del país para la población. Esta misma encuesta el año 2005 ubica a los *delitos sexuales* como uno de los delitos considerados más graves por la población chilena, con un 29% de las menciones, seguidos por los delitos de *tráfico de drogas* (26%), *violencia intrafamiliar* (19%), *robo con violencia* (15%), y finalmente *robo a la propiedad* (12%), pudiendo señalarse que cuando estos delitos son conocidos “se cargan

1 Subdirector y Psicóloga de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Con el apoyo de María Belén Fores Ruiz, técnico estadístico de la referida Unidad.

2 Incidencia: número de casos ocurridos. www.rae.es

3 Prevalencia: En epidemiología, proporción de personas que sufren una enfermedad con respecto al total de la población en estudio. www.rae.es

de un fuerte sentido de ofensa social y se constituye fácilmente en una noticia que amplifica la reacción de rechazo, generando una demanda por un castigo rápido y ejemplar” (Macchino, 2007).

Esta percepción social es esperable y comprensible, en la medida que en los delitos sexuales se conjugan elementos que exacerbaban la experiencia social subjetiva de vulnerabilidad.

En primer lugar, dichas conductas tienen como víctimas principalmente a niños, niñas y adolescentes (un 70% de los casos)⁴, lo cual pone en entredicho el deber de protección y cuidado del cual debieran ser sujetos por parte del Estado y de las personas que están a su cargo.

En segundo lugar, estos delitos son cometidos en la mayoría de los casos por los propios familiares o conocidos del afectado (entre un 70% a un 89% de los casos)⁵, cuestión que atenta contra el sentido común y contra la confianza que la ciudadanía deposita en quienes resultan ser los agresores.

Finalmente, es necesario considerar como otra variable relevante en este sentido la magnitud del problema, en cuanto a su incidencia y prevalencia. Si bien los estudios internacionales coinciden en las dificultades para estimar con certeza la incidencia y prevalencia del abuso sexual infantil, Finkelhor (1994), luego de revisar varias encuestas retrospectivas de prevalencia con adultos realizadas en Estados Unidos y Canadá, concluye que al menos entre un 20% y un 25% de las mujeres y entre un 5% y un 15% de los hombres refieren haber experimentado contacto sexual abusivo a lo largo de sus vidas. Por otro lado la Organización Mundial de la Salud (2002) realiza una estimación similar, consignando que un 20% de las mujeres y entre un 5% a un 10% de los hombres han sido abusados sexualmente en todo el mundo.

Pero esta no es sólo la realidad de Chile, sino también la de la mayoría de los países de la región. Al respecto, Ernst (2007) manifiesta que “el espacio de mayor inseguridad para las víctimas es su propio hogar y su entorno social inmediato, pues son los familiares los principales agresores”. Esta afirmación se ve ratificada por la experiencia reportada por los centros especializados en el tratamiento de víctimas de delitos sexuales y por los órganos gubernamentales encargados de la investigación y evaluación pericial de dichos delitos.

La regulación legal de los delitos sexuales en la realidad nacional

La legislación chilena tipifica los delitos sexuales en el Título VII del Libro II del Código Penal: “crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Para comprender dicha tipificación es necesario considerar que el tratamiento legal de los delitos sexuales

4 Dato extraído del Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF), julio de 2011.

5 Ver: SERNAM (1992); CAVAS (2004); SML (2011).

se mantuvo sin variación por un período de más de 120 años, desde la entrada en vigencia del Código Penal el año 1874.

En el año 1999 (Ley N°19.617), y posteriormente en el año 2004 (Ley N°19.927), se efectuaron importantes modificaciones que representaron un significativo avance en el ámbito penal y procesal penal a este respecto, actualizándose la redacción de algunos tipos penales e incorporándose figuras penales no previstas en la realidad de los pasados decenios.

En la actualidad existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en que el principal bien jurídico protegido es la **Libertad Sexual**, es decir, el derecho que cada persona tiene de elegir cómo, cuándo, dónde y con quién tener relaciones sexuales. Ahora bien, en nuestra legislación este bien jurídico no es reconocido a los menores de edad, puesto que éstos aún no presentan el necesario desarrollo psicosexual para ejercer libremente su sexualidad y, por tanto, no están en condiciones de expresar su libre voluntad en ese sentido. Por lo anterior, en estos casos, el bien jurídico protegido es la **Indemnidad Sexual**.

Perfil del agresor sexual

La mayoría de las investigaciones sobre perfil de personalidad de agresores sexuales son coincidentes en señalar que no existe un trastorno psicopatológico grave o alteraciones del juicio de realidad que expliquen la comisión de un delito de estas características por parte del sujeto, siendo considerados en la legislación chilena plenamente imputables. Al respecto Seghorn, Prentky y Boucher (1987), señalan que “un aspecto de la personalidad que podemos descartar es la posibilidad de que los delincuentes sexuales se caractericen por trastornos psiquiátricos que les impidan controlar su comportamiento sexual. En este sentido, sabemos que muy pocos cumplen los criterios diagnósticos de algún trastorno psiquiátrico (por ejemplo, la psicosis) que interfiera hasta tal punto en su funcionamiento como para perder el control de sí mismos”.

Por otra parte, se ha tendido a pensar que todo sujeto que comete delitos sexuales presenta un trastorno a nivel de la sexualidad del tipo parafilia, tal como la pedofilia en el caso de las agresiones sexuales a menores de edad, en la que el comportamiento sexual del individuo vinculado a la atracción por menores de edad constituye el patrón obligatorio, principal o preferido del sujeto. Asimismo, se plantea que son sujetos que no logran controlar sus impulsos, lo que determina su accionar ilícito. A este respecto cabe señalar que, en general, los agresores sexuales no necesariamente se sienten atraídos con exclusividad, o de manera principal, por menores, sino que suelen aprovechar las ocasiones que se les presentan para dar curso a conductas sexuales abusivas, si éstas se dan o si no le resulta demasiado complicado procurárselas. Urra (2003) plantea respecto de los agresores sexuales que no son enfermos mentales, ni han tenido una infancia marcada por la violencia. Los agresores sexuales de mujeres y niños, e incluso de algún varón, son individuos norma-

les, que tienen pareja, a veces hijos, y que están convencidos de que su víctima no sufre durante la agresión, e incluso creen que le gusta, por lo que no se sienten culpables ni se muestran arrepentidos.

El hombre agresor sexual

En términos generales, las cifras indican que el porcentaje de agresores de sexo masculino bordea el 96% de los casos⁶, evidenciando en este punto una clara incidencia de dicho género por sobre el femenino en la comisión de este tipo de delitos.

En nuestro país las investigaciones sobre las características psicológicas de los delincuentes sexuales masculinos se han enmarcado, en su gran mayoría, en el ámbito de la psicología penitenciaria y por ende, en el estudio de poblaciones penales (Maffioletti y Rutte, 2008). Estos estudios tienen por objeto realizar caracterizaciones de los perfiles psicológicos de los internos y aportar a la comprensión de este tipo particular de población. Sin embargo, no se debe dejar de considerar que en el contexto carcelario se presentan variables que homogenizan la muestra de sujetos estudiados; por una parte la estratificación socioeconómica, que mayoritariamente corresponde a un nivel bajo y, por otro lado, una variable que no puede ser ignorada dada la situación especial de reclusión, y que apunta precisamente a la influencia que esta condición puede ejercer en el psiquismo o conducta de los sujetos evaluados (fenómeno de la *prisionización*).

La mayoría de las investigaciones que se han abocado al estudio de estos sujetos han concluido que no existe un perfil único que permita definir dicha población de manera excluyente, diferenciándola de otras vinculadas a la comisión de otro tipo de delitos. Sin perjuicio de lo anterior, se han encontrado una serie de características relativamente frecuentes que se pueden observar en la configuración de su personalidad. Al respecto, predominan las adjetivaciones de los agresores como sujetos con baja capacidad empática, dificultades en el vínculo interpersonal y en el manejo de la agresión, con escasa tolerancia a la frustración, dificultades en la adecuada postergación del impulso, en la genuina resonancia afectiva (especialmente de los afectos depresivos o disfóricos), y en un largo etcétera de calificativos ligados a problemas o conflictos en el control de su conducta social, cuando no derechamente en la presencia de trastornos narcisistas, psicopáticos o antisociales.

La mujer agresora sexual

Las agresoras sexuales han sido menos estudiadas a nivel nacional e internacional, reportándose cifras de incidencia entre el 1% y el 8% (Onetto y Araya, 2007).

6 Ver: Marshall, 2001, p. 6; Ministerio Público (2006) Perfil de Víctimas e Imputados, 2006, p. 10.

Llama poderosamente la atención de la ciudadanía cuando una mujer se ve involucrada de forma activa en este tipo de delitos, y más aún cuando éstos incorporan a víctimas menores de edad. Al respecto existe en nuestro país un estudio llevado a cabo por las doctoras Onetto y Araya (2007), psiquiatra y neuróloga del Servicio Médico Legal, con una muestra total de 2821 casos, que sitúa la incidencia de la agresión sexual por parte de mujeres en torno al 2% de los casos, realizando las referidas profesionales una descripción de la muestra señalando que:

- a. Tienden a agredir a niños/as con los que están cercanamente relacionadas, principalmente como profesora (o similar), empleada doméstica, cuidadora o dueña de casa.
- b. Tienden a agredir a víctimas de su mismo sexo (a diferencia de los agresores de género masculino).
- c. Tienden a agredir a niños/as de corta edad.
- d. Si bien el rango de edad va desde los 19 a los 66 años, entre los 25 y los 44 años se concentra la mayor frecuencia de casos.
- e. No presentan historia de agresión sexual (sólo aproximadamente un 10%).
- f. No presentan historia de agresión física (sólo aproximadamente un 12%).
- g. No presentan historia psiquiátrica (sólo aproximadamente un 21%).
- h. En un 81% de los casos niegan el delito, lo admiten en un 12,1% (el resto de los casos se consignan sin información).

Los posibles efectos de los delitos sexuales en las víctimas

Las consecuencias psicológicas de las agresiones sexuales en la infancia han sido extensamente descritas en la literatura especializada, resultando necesario realizar una serie de aclaraciones al respecto.

En primer lugar, cabe señalar que “no todas las víctimas que sufren de un abuso sexual en su infancia quedan marcadas o traumatizadas” (Vásquez, 2000). Al respecto los efectos dañosos de la victimización sexual dependerán de variables como la rapidez y efectividad de la respuesta judicial y de las medidas que de ella se derivan; la edad y personalidad de la víctima; el apoyo que reciba de su familia o red social inmediata, sobre todo de la madre o figura significativa; la actitud de éstos frente a la develación; la identidad del agresor y el tipo de vínculo con él; el tipo de abuso, su frecuencia, intensidad y características (uso de violencia, amenazas, etc.); el que reciba o no asistencia psicológica (aún cuando ésta no sea de tipo terapéutica); la victimización secundaria que se puede padecer durante el transcurso del proceso judicial; entre otras (Maffioletti, 2006).

Algunos estudios han concluido que entre un 30% y un 40% de niños/as víctimas no presentarían síntomas como consecuencia de la victimización (Mannarino y Cohen, 1986; Caffaro-Rouget, Lang y VanSanten, 1989), lo que podría asociarse a que estas víctimas se han visto menos afectadas por la experiencia, representan a aquellos con mejor ajuste psicológico, social, familiar y de sostén para sobrellevar el abuso o, en algún porcentaje de casos, presentarán síntomas asociados a la victimización en etapas posteriores de su desarrollo (Sanz y Molina, 2004).

En segundo lugar, de acuerdo al resultado de múltiples estudios e investigaciones, no existiría lo que puede denominarse síntomas o indicadores patognomónicos, propios y específicos, derivados de victimización sexual, dada la complejidad de variables puestas en juego, la pluralidad contextual en que ocurren estos delitos, y la versatilidad de la respuesta individual. Al respecto la literatura científica es clara al señalar que la gran mayoría de las alteraciones observadas en relación a victimización sexual son de naturaleza no específica, es decir “pueden surgir como consecuencia de una multitud de sucesos traumáticos o estresantes como pueden ser la separación de los padres, una excesiva exigencia en la escuela, etc.” (Köhnken, 2006).

Por otra parte existen importantes dificultades para distinguir los efectos producidos como consecuencia del abuso y cuáles serían el resultado de problemáticas preexistentes. Así, por ejemplo, la agresión sexual puede gatillar aspectos patológicos previos o generar desajustes en una personalidad que ya era vulnerable o reforzar aspectos negativos del funcionamiento psicológico previo (CAVAS, 2004).

No obstante la dificultad descrita para establecer con precisión las consecuencias asociadas a victimización sexual, dadas las distintas variables intervinientes, no es posible cuestionar el hecho que, en la mayoría de los casos, las agresiones sexuales tienen una fuerza destabilizadora en quienes las viven y, en muchas ocasiones, pueden causar profundos daños en el desarrollo de las personas, cuyas consecuencias se evidencian a nivel físico, cognitivo, emocional y conductual, ya sea en el corto, mediano o largo plazo.

Al respecto Cantón y Cortés (2000), plantean que los niños y adolescentes víctimas de abusos sexuales tienen un mayor riesgo de desarrollar problemas interpersonales y psicológicos que otros iguales de su misma edad que no han sufrido estos abusos, señalando que habría algunos efectos de la agresión sexual que pueden darse en cualquier etapa del período infantil, mientras otros son más específicos de determinada etapa.

De acuerdo a esta descripción, en el caso de los preescolares sería más común la expresión de algún tipo de conducta sexual anormal, además de la presencia de ansiedad, pesadillas, desorden por estrés postraumático y problemas de conducta; en los niños en edad escolar (6 a 11 años) serían más habitua-

les problemas internos (especialmente depresión), y más problemas externos de conducta (especialmente agresión y desórdenes conductuales), también conducta sexualizada, miedos, pesadillas, baja autoestima, hiperactividad, efectos en el funcionamiento cognitivo y problemas escolares. En el caso de los adolescentes serían más frecuentes la depresión, retraimiento social, baja autoestima, ideas y conductas suicidas o autolesivas, los trastornos somáticos, conductas antisociales (fuga del hogar, vagancia, consumo de alcohol y drogas), posibilidad de sufrir nuevas agresiones sexuales, comportamiento sexual precoz, embarazo y problemas de identidad sexual.

Junto a lo anterior numerosos estudios permiten realizar asociaciones entre abusos sexuales en la infancia y problemas en la adultez. A este respecto la depresión sería la patología más claramente relacionada a abusos sexuales, incluyendo ideas de suicidio, intentos de suicidio y suicidios llevados a cabo; se agregan sentimientos de estigmatización, aislamiento, marginalidad, autoestima disminuida, ansiedad y dificultades con los hábitos de comida. Las víctimas de agresiones sexuales en la infancia estarían también más predispuestas a sufrir abusos en la adultez, por parte de su pareja o de otros, evidenciándose, además, que tienen más dificultades sexuales y disfrutaban menos con la actividad sexual (López, 1996).

Cifra Negra y Retracción

Es preciso señalar que en muy escasas oportunidades las agresiones sexuales dejan una huella física y, salvo contadas excepciones, no existen testigos que puedan dar cuenta de la ocurrencia de los hechos. De esta manera la detección y develación de los delitos sexuales depende, en gran medida, de lo que las víctimas son capaces y están dispuestas a contar sobre sus experiencias.

Lo anterior, sumado a las condiciones fenomenológicas de los delitos sexuales, permite suponer la existencia de una mayor cifra negra⁷ para estos delitos que para delitos de otra naturaleza. Para lo anterior se confabulan una serie de factores que se encuentran, en su mayoría, vinculados entre sí, e implican una importante dificultad para determinar la incidencia real de este fenómeno en la población, dificultando la posibilidad de garantizar la seguridad de las víctimas y protegerlas de nuevos abusos.

En primer lugar, un alto porcentaje de los delitos sexuales se dan en el espacio vincular de los involucrados, correspondiendo los agresores a personas cercanas a sus víctimas por vínculos relacionales, y muchas veces familiares. Lo anterior contribuye a que, por la dinámica implicada, se imponga la ley del secreto y el silencio. Al respecto, los estudios nacionales e internacionales coinciden en señalar que aproximadamente en el 80% de los casos el agresor forma parte del contexto relacional inmediato de la víctima o es parte de su familia (Vás-

⁷ Entendida como la proporción de delitos que no son denunciados a la autoridad.

quez, 2003; CAVAS, 2004; Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005; Barudy, 1998). En la mayoría de estos casos las agresiones se producen de manera repetida o crónica en el tiempo configurándose dinámicas relacionales en que se manipula el vínculo de confianza, cercanía y dependencia, impidiéndose de esta manera la develación y la denuncia.

En relación a lo anterior, por la naturaleza de la dinámica abusiva y la progresión y gradualidad en la arremetida, las agresiones sexuales muchas veces son presentadas por el agresor en una lógica comunicacional que genera importante confusión en las víctimas, a través de la incorporación de los contactos abusivos en labores de higiene y cuidado, de su presentación en un contexto lúdico o a través del uso de estrategias de seducción. Lo anterior dificulta a las víctimas la percepción de la transgresión en sus límites personales y la conceptualización de los hechos como abusivos y, cuando ya están en condiciones de percibirlos como tales, se encuentran atrapados en la relación abusiva. En otros casos se utilizan por el agresor, como estrategias para la mantención del secreto, las amenazas, la manipulación afectiva, la culpabilización y el chantaje, estrategias que, por una parte, le permiten la concreción de los abusos y, por otra, la mantención del secreto (Vásquez, 2003; CAVAS, 2004; Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005; Barudy, 1998; Perrone y Nannini, 1997).

Junto con las dificultades de la propia víctima para develar los hechos y favorecer con esto la denuncia, en aquellas ocasiones en que el hecho sí ha sido develado, ya sea a través de una develación accidental⁸ o premeditada⁹, en un importante número de casos operan en el entorno familiar y social un conjunto de comportamientos y discursos que tienden a neutralizar los efectos de la divulgación con el fin de mantener la homeostasis del sistema familiar (Barudy, 1998, 2000).

Al respecto este autor señala que la develación y divulgación de la situación abusiva genera una desestabilización y crisis del sistema familiar y social que le rodea con lo que se produce una reacción *adaptativa* en la que se tiende a descalificar el discurso de la víctima, culpabilizarla, negar o minimizar el acto abusivo. Muchas veces estas presiones tienen como consecuencia que las víctimas de agresiones sexuales se retracten posteriormente de los hechos develados.

Dada la dinámica descrita, de acuerdo a la literatura y según lo revelan los estudios de victimización, la cifra negra en delitos sexuales alcanza una magnitud diferencial de acuerdo al contexto en que ocurren los hechos, específicamente en cuanto a la naturaleza del vínculo existente entre la víctima y el agresor, aumentando en aquellos casos en que existe vínculo por cercanía

8 Un tercero sorprende al adulto abusando del niño/a, o se presenta una enfermedad de transmisión sexual o embarazo de la víctima.

9 La víctima voluntariamente comunica su condición rompiendo el secreto, impulsada por solucionar una situación que se le hace insoportable.

o consanguinidad. Lo anterior resulta especialmente relevante al considerar, como ya fue señalado, que el 80% de las agresiones ocurren en el espacio relacional inmediato de las víctimas, con lo que se puede afirmar que el sistema penal judicial sólo llega a conocer un porcentaje muy menor de la real incidencia de casos.

En este punto es necesario hacer mención especial a una categoría de delitos sexuales en los cuales se puede señalar también la existencia de un elevado monto de cifra negra. Nos estamos refiriendo a los delitos que se producen en el contexto de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, fenómeno sobre el cual actualmente existe una importante invisibilización, llegando a ser denunciados e investigados un número muy menor de casos. Para lo anterior entran en juego una serie de factores entre los que se cuentan los prejuicios sociales que operan en detrimento de las víctimas, la falta de información y sensibilización existente en la comunidad y en los operadores del sistema en torno al tema, y el hecho de que las propias víctimas no se identifiquen a sí mismas como tales percibiendo su *involucramiento* en el fenómeno como una forma de “trabajo”, negando la existencia de la explotación y no queriendo denunciar o protegiendo a sus explotadores.

Finalmente no es posible dejar de mencionar la existencia de un monto importante de victimización secundaria por parte del sistema, entendida ésta como el conjunto de costos personales y consecuencias que tiene para la víctima su intervención en el proceso penal en el cual se enjuicia el hecho delictivo que ha sufrido, que muchas veces lleva a las víctimas a no querer denunciar o a retractarse de sus dichos iniciales. Algunos ejemplos de victimización secundaria los podemos observar en los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales repetidos, la falta de delicadeza o inadecuación de las preguntas formuladas, la exploración médico-forense y/o psicológica reiterada, la lentitud y demora de los procesos –incluido el juicio oral tardío–, la desinformación, el contacto con el presunto ofensor en el juicio oral u otras instancias previas, la declaración en público, las estrategias de neutralización de la responsabilización del infractor mediante atribución de responsabilidad a la víctima, la crítica directa o encubierta a su estilo de vida o la puesta en tela de juicio de su testimonio y –en un sentido más extenso– los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación (Ministerio Público et al., 2011).

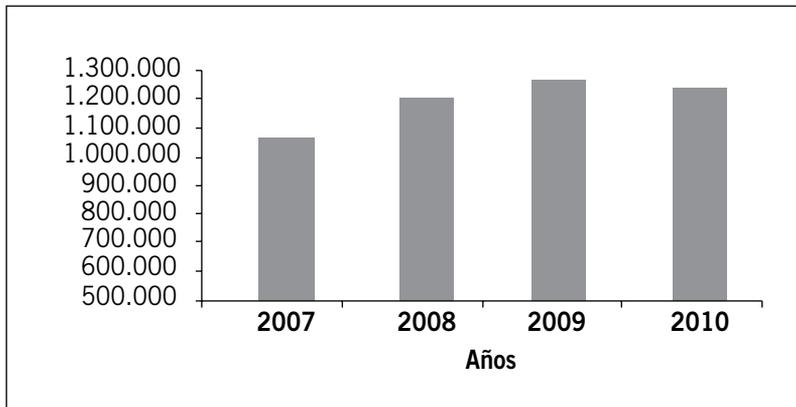
Todos estos elementos tienen un efecto disuasivo en las víctimas para la denuncia del delito que, junto al temor a la venganza o amenazas posteriores por parte del autor del delito, la vergüenza asociada al estigma social que implica la victimización por este tipo de delitos, la culpabilización y autoresponsabilización que se produce en muchas de las víctimas por lo ocurrido, y el no ver en el sistema penal y judicial un referente válido en la resolución del conflicto que les ha afectado, contribuyen a que se alcance a conocer sólo una fracción de la real magnitud del fenómeno.

Estadísticas nacionales en delitos sexuales

Desde el inicio de la Reforma Procesal Penal hasta fines del año 2010, ingresaron al Ministerio Público un total de 7.643.006 denuncias, de las cuales 112.109 corresponden a ingresos por delitos sexuales, es decir un 1,4%. Del total de delitos sexuales, el Ministerio Público ha terminado 100.302 causas, lo que representa aproximadamente un 90% de las causas tramitadas.

Anualmente en nuestro país se denuncian aproximadamente 1.300.000 delitos, con cifras que se han mantenido relativamente estables los últimos tres años. Así, el año 2008 ingresaron 1.256.548 causas, el año 2009 ingresaron 1.318.020, y el año 2010 se registró el ingreso de 1.283.083.

DENUNCIAS TOTALES INGRESADAS POR AÑO AL MINISTERIO PÚBLICO

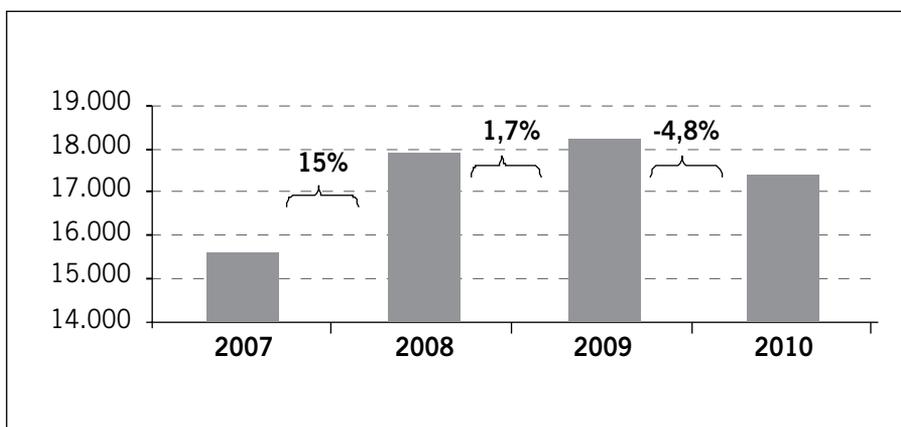


La única excepción a esta regularidad la constituyen las cifras correspondientes al año 2010, en que se produjo un leve descenso, explicable por la disminución de denuncias en las regiones VI a IX, la cual podría atribuirse a los efectos del terremoto y posterior tsunami, sin que se pueda especular si efectivamente se cometieron menos delitos en dichas regiones, o bien las personas los denunciaron menos¹⁰.

Específicamente en lo que se refiere a los delitos sexuales, si bien la tasa de denuncias venía aumentando en forma gradual desde el año 2005, en que se finaliza el proceso de implementación de la Reforma Procesal Penal a nivel nacional, el año 2010 se registró un descenso significativamente mayor (-4,8%) al descenso producido en el ingreso de denuncias del total de los delitos (-2,7%), en relación al año 2009.

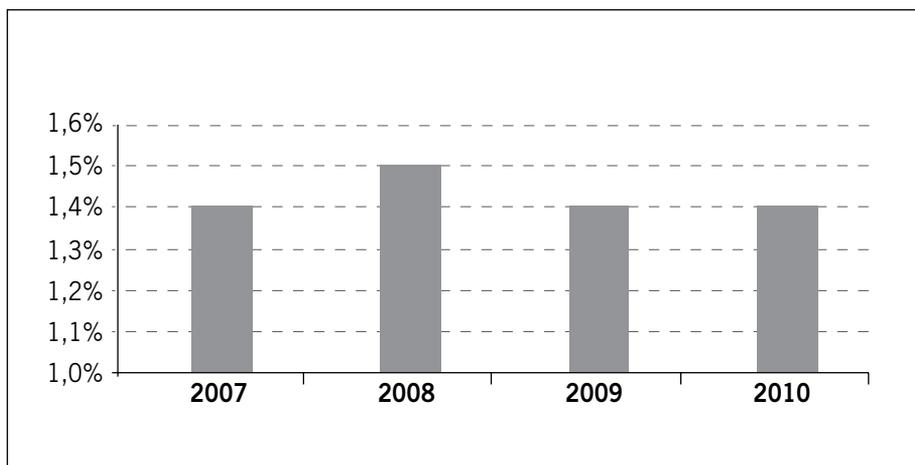
¹⁰ El desarrollo de las posibles causas para esta disminución en la tasa de denuncias queda fuera de los objetivos del presente artículo.

**DISTRIBUCIÓN DE DENUNCIAS POR DELITOS SEXUALES INGRESADAS
POR AÑO AL MINISTERIO PÚBLICO**



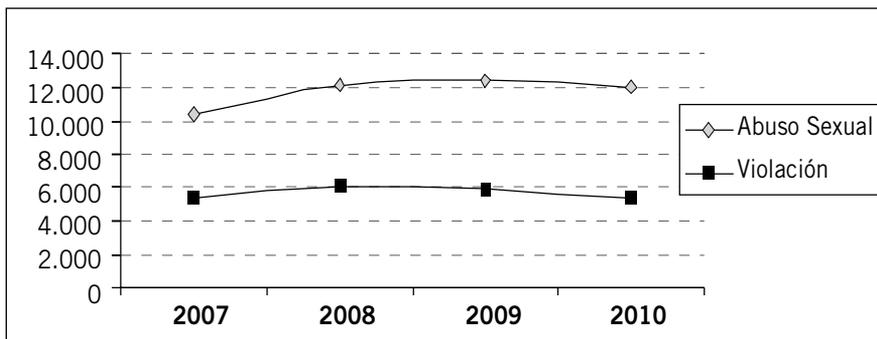
Los delitos sexuales representan aproximadamente un 1,4% del total anual de denuncias, correspondiendo a alrededor de 19.000 casos.

**PORCENTAJE DE CASOS DE DELITOS SEXUALES
EN RELACIÓN AL TOTAL DE DENUNCIAS POR AÑO**



Del total de denuncias, los tipos penales de *abuso sexual* y *violación* completan un 98% de las causas, correspondiéndole al abuso sexual el 66% de las denuncias anuales, y a la violación el 32%. En estas cifras se han considerado como delitos de *abuso sexual* los tipos penales contemplados en los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 quater del Código Penal. Asimismo, para los delitos de *violación* se han consignado los tipos penales contemplados en los artículos 361, 362, 363 y 365 del Código Penal.

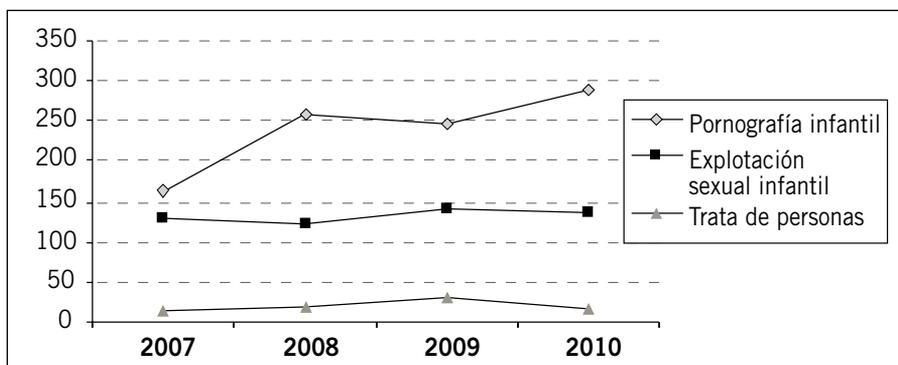
DISTRIBUCIÓN DE LOS TIPOS DE DELITOS SEXUALES INGRESADOS POR AÑO



Resulta interesante destacar que si bien durante los años descritos ambos delitos muestran variaciones en la cantidad de denuncias ingresadas, presentan entre ellos una relación que se mantiene estable en el tiempo durante estos últimos cuatro años.

El 2% restante de denuncias anuales por delito sexual corresponde a los delitos de *pornografía infantil, explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*¹¹, y *la trata de personas con fines de explotación sexual*¹².

DISTRIBUCIÓN DE TIPOS PENALES POR AÑO



El aumento observado en el gráfico en el ingreso de denuncias por el delito de pornografía infantil, si bien en términos porcentuales no implica un gran impacto a nivel global, reviste importancia porque se encuentra asociado, principalmente, al crecimiento de las denuncias por *producción de material pornográfico infantil*. Ello resulta significativo toda vez que dicho tipo penal

11 El Código Penal tipifica en el art. N°367 la *promoción o facilitación de la prostitución infantil* y en el Art. 367 ter la *obtención de servicios sexuales de menores*.

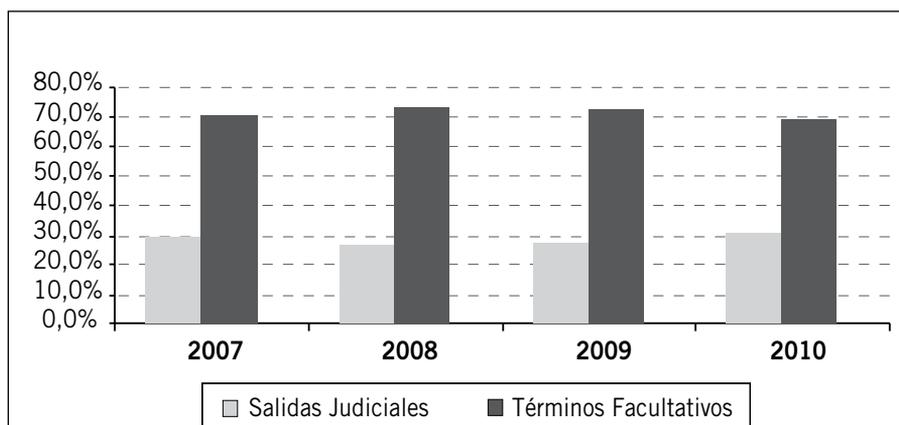
12 Este tipo penal fue modificado en el mes de abril de 2011 por la Ley N°20.507, derogando el artículo 367 bis del Código Penal, e intercalando en el Título VIII del Libro II del mismo cuerpo legal, un párrafo relativo a los *delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas*, incorporando los artículos 411 bis a 411 octies.

(Art. 366 quinquies del Código Penal), además de contemplar una elevada penalidad, supone la investigación de las circunstancias en que se genera este material, situación en la que podría resultar más directamente perseguible la vulneración de la integridad sexual del menor de edad, al posibilitarse un posterior almacenamiento y distribución.

Juicios orales por delitos sexuales

La tasa de judicialización general de los delitos ingresados se concentra en torno al 42,5% el año 2010, siendo mayor este índice en aquellos casos en que se tiene conocimiento de la identidad del imputado (65,4%). En el caso de los delitos sexuales, por las características fenomenológicas anteriormente descritas, la tasa de salidas judiciales representa un 30,37% de los casos ingresados para el periodo 2010.

DISTRIBUCIÓN POR AÑO DE LOS TÉRMINOS APLICADOS EN DELITOS SEXUALES



Respecto a la cantidad de juicios orales de la especialidad, se debe señalar que aun cuando el ingreso de delitos sexuales sólo representa anualmente un 1,4% del total de denuncias, al centrar el foco en la cantidad de juicios orales que corresponden a causas por delitos sexuales esta proporción aumenta de forma significativa, llegando a representar un 11,40% del total de juicios orales durante el año 2010, sólo siendo superado por los delitos de la Ley de Drogas (16,84%) y delitos de robo (26,37%)¹³. Estas proporciones se mantienen relativamente estables, casi sin variación, desde el inicio de la Reforma hasta fines del año pasado¹⁴.

13 Ministerio Público de Chile, Boletín Estadístico Anual 2010, <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>

14 Ministerio Público de Chile, Boletín Estadístico Anual 2010, tabla N°37, período diciembre de 2000 a diciembre 2010.

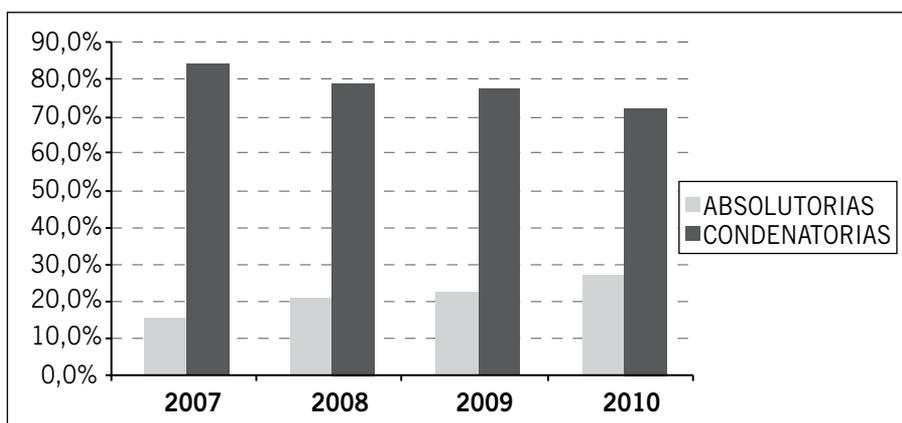
En cuanto al tipo de término en juicios orales por el total de delitos, expresado en sentencias condenatorias y sentencias absolutorias, entre los años 2000 a 2010 las primeras representaron el 87,1% de las causas, mientras las segundas correspondieron al 12,9%. El tipo de término para el total de delitos el año 2010 correspondió a un 83,6% para las sentencias condenatorias y a un 16,4% para las sentencias absolutorias.

PORCENTAJE DE TIPO DE TÉRMINO EN TOTAL DE JUICIOS ORALES POR AÑO

Año	% Sentencias Condenatorias	% Sentencias Absolutorias
2007	89,0	11,0
2008	88,7	11,3
2009	85,8	14,2
2010	83,6	16,4

En relación específicamente a los juicios orales por delitos sexuales, estos también han ido en aumento paulatino, realizándose 1258 juicios orales el año 2010, lo cual representó un alza de un 24,6% en relación al año anterior. Asimismo, es posible señalar que en los juicios orales por delitos sexuales se ha presentado una leve y sostenida disminución en la consecución de sentencias condenatorias (ver gráfico). Las explicaciones para cada uno de estos fenómenos pueden ser diversas, no siendo posible establecer una única causa para explicar estas variaciones.

TIPOS DE TÉRMINO EN DELITOS SEXUALES (2007 - 2010)



Estadísticas nacionales respecto de delitos sexuales que afectan a menores de edad

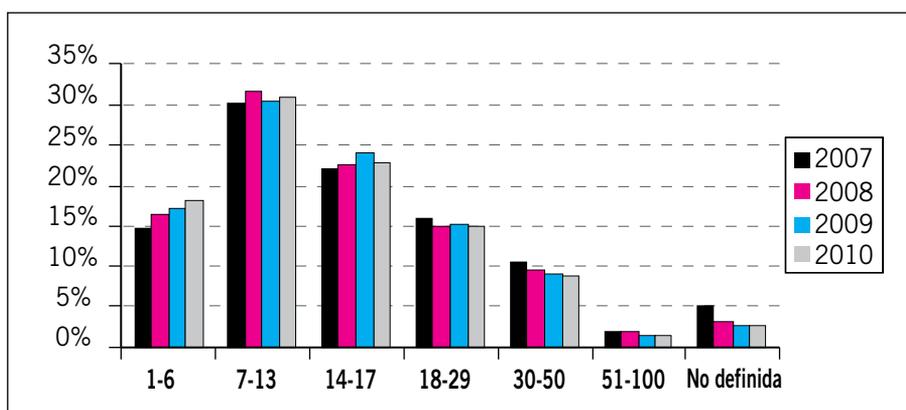
De acuerdo con las cifras correspondientes al primer semestre del año 2011, la mayoría de las víctimas ingresadas al Ministerio Público, por todo tipo de

delitos, se concentrarían en el tramo “mayores de edad”, representando un 91% de los ingresos¹⁵.

Sin embargo, del total de denuncias por delitos sexuales ingresadas anualmente, el promedio de los últimos cuatro años indica que un 70% de ellas afectan a niños, niñas o adolescentes, implicando el año 2010 un total de 13.752 víctimas menores de 18 años.

Si se considera la distribución por edad de las víctimas, se puede observar que entre los 7 y los 13 años se produce la mayor cantidad de denuncias por delito sexual, decayendo éstas en forma progresiva a medida que aumenta la edad de las víctimas.

DISTRIBUCIÓN POR EDAD DE VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES, PERÍODO 2007 - 2010



Respecto a este grupo etario resulta interesante consignar que, del total de víctimas ingresadas por delitos sexuales entre los años 2007 y 2010, un 16,7% corresponde a niños hasta los seis años inclusive, un 30,8% corresponde a niños entre los siete y los trece años, mientras en el grupo etario de entre los catorce y diecisiete años, inclusive, el porcentaje corresponde a un 22,9%. Estas cifras resultan coincidentes con los estudios de prevalencia que ubican una mayor tasa de abusos entre los 6 y los 12 años (Echeburúa y Guerricaecheverría, 2005; CAVAS, 2004), y que dan cuenta de la vulnerabilidad específica de este grupo etario.

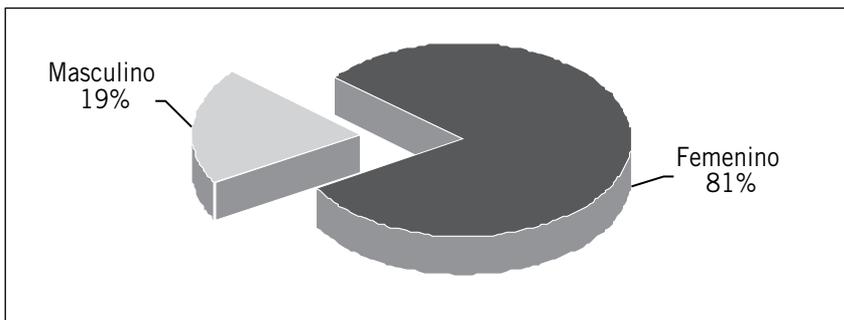
En el caso de los adultos, en causas por delitos sexuales, las cifras decaen de manera significativa, lo cual puede ser atribuido, por una parte, a las dinámicas propias del fenómeno respecto a la condición de vulnerabilidad de las víctimas, especialmente en su contexto familiar y social inmediato, y, por otra, al hecho de que la persecución penal de estos delitos después de los 18 años no corresponde a una acción penal pública, de acuerdo a lo preceptuado en

15 Boletín Estadístico del Ministerio Público (julio 2011), I Semestre de 2011, enero – junio 2011. www.fiscaliadecile.cl

los artículos 53 y sgtes. Código Procesal Penal, y 369 Código Penal, en virtud del cual “no se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal”. Por lo anterior es posible señalar que probablemente en este tramo etario, al igual que en el caso de abusos contra menores, existe una importante cifra negra sobretudo en aquellos casos en que estos delitos se dan en el contexto de violencia intrafamiliar.

Otro aspecto relevante, que remite a la caracterización del fenómeno, lo constituye la distribución por sexo de las víctimas de estos delitos, cuestión que resulta de esencial conocimiento tanto para el desarrollo de planes preventivos como para la definición de intervenciones con dicha población. Al respecto, las cifras en la realidad nacional muestran que, del total de menores de edad ingresados como víctimas por delitos sexuales al sistema, la distribución por sexo en los últimos cuatro años (2007 - 2010) indica una mayor proporción de víctimas mujeres (81%), representando éstas, aproximadamente, cuatro de cada cinco víctimas de delito sexual en contra de menor de edad. Estas cifras se asemejan a las que reportan numerosos estudios sobre la mayor probabilidad de sufrir abusos sexuales en las niñas, de acuerdo a López (1996) “la media está entre 2 ó 3 niñas por cada niño, de forma que se calcula que el 71% de las víctimas son mujeres y el 29% hombres”¹⁶.

PROPORCIÓN DE GÉNERO EN VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES MENORES DE EDAD EN EL PERÍODO 2007 - 2010



Al agregar las víctimas adultas, y considerar el total de víctimas en causas por delitos sexuales, la distribución por sexo no varía significativamente, representando el masculino un 17% y el femenino un 83%.

Comentarios finales

Considerando que la temática de los delitos sexuales es de suyo compleja, y la persecución penal de los mismos reviste múltiples retos investigativos, el

¹⁶ López (1996), p. 21.

presente artículo ha pretendido aportar una descripción general del fenómeno que facilite una mejor comprensión del mismo y un abordaje más comprensivo de sus variadas manifestaciones.

Por ello, no se puede asumir una actitud pasiva frente a las dificultades que la investigación de este tipo de delitos presenta, y que lo hacen distinto del resto de los delitos, a saber: las características de las víctimas, en su gran mayoría menores de edad; el contexto y dinámica en que el delito usualmente ocurre, esto es, a través del abuso de un rol de cuidado y protección de la víctima, el uso de estrategias de manipulación afectiva, seducción y amedrentamiento o coacción; en la mayoría de los casos la escasez o inexistencia de medios probatorios distintos a la declaración de la víctima, tales como peritajes sexológicos, lesiones físicas, ADN, embarazos, o enfermedades de transmisión sexual, que incluso aun en los casos en que se presentan estas últimas, no son prueba de la existencia del doblegamiento de la voluntad del sujeto pasivo; la existencia de los fenómenos de la victimización secundaria, la retractación y una alta cifra negra, que vienen a constituir componentes adicionales que agregan dificultades a la labor probatoria.

Por último, en atención a la alta cifra de víctimas menores de edad que se presentan particularmente en este tipo de delitos, resulta necesario que las instituciones que están abocadas a la persecución, investigación y evaluación científica de las mismas, cuenten con la cantidad de profesionales y técnicos necesarios para llevar a cabo su labor, procurando con ello entregar una atención de calidad, oportuna, que no incremente los tiempos de espera de evaluaciones, que disminuya los tiempos de tramitación de las causas, que minimice la victimización secundaria, que permita reducir las absoluciones como tipos de término judicial, y que se oriente de forma eficaz y eficiente a brindar una respuesta de calidad a todos los usuarios.

Por lo anteriormente señalado, resulta necesario realizar un abordaje investigativo y judicial diferencial al resto de los delitos, que tome en consideración la especialización en este tipo de delitos, permitiendo así una mejor toma de decisiones en el ámbito de la justicia, que beneficie al imputado, a la víctima, a las familias afectadas, y en definitiva a todo el sistema.

Bibliografía

- Barudy, J. (1998). *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Editorial Paidós. Buenos Aires.
- Barudy, J. (2000). *Maltrato infantil. Ecología social: prevención y reparación*. Editorial Galdoc, Santiago de Chile.

- Caffaro-Rouget, Lang y VanSanten (1989). En Sanz D. y Molina A. (2004). *Violencia y Abuso en la Familia*. Ed. Lumen/Hvmanitas, Buenos Aires, Argentina.
- Cantón, J. y Cortés, M. (2000). *Guía para la evaluación del abuso sexual infantil*. Editorial Pirámide, Madrid.
- CAVAS (2004). Centro de Asistencia a Víctimas de Delitos Sexuales, CAVAS Metropolitano, 16 años de experiencia. Policía de Investigaciones de Chile (PDI), Santiago de Chile.
- Echeburúa E., y Guerricaechevarría C. (2005). *Abuso Sexual en la Infancia: Víctimas y Agresores. Un enfoque clínico*. Centro Reina Sofía. España.
- Ernst, M. (2007). *Los delitos sexuales en el Ecuador: un análisis desde la experiencia*. Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM), Quito, Ecuador.
- Finkelhor, D. (1994). Current information on the scope and nature of child sexual abuse. *Future of Children*, 4, 31-53.
- Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (2010). *Resultados Encuesta Nacional UDP 2010*. Ediciones ICSO, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (2005). *Resultados Encuesta Nacional de Opinión Pública*. Documento de Trabajo. Ediciones ICSO, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Köhnken, G. (2006). ¿Anomalías en la conducta como indicadores del abuso sexual infantil crónico o puntual? En Fabian, T., Böhm, C. y Romero, J. (Eds.). *Nuevos caminos y conceptos en la Psicología Jurídica*. Lit Verlag, Berlín.
- López, F. (1996). *Abusos Sexuales a Menores. Lo que recuerdan de mayores*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.
- Macchino, M.A. (2007). *Delitos Sexuales y Prevención Terciaria*. En *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Gendarmería de Chile. Santiago de Chile.
- Maffioletti, F. (2006). *La credibilidad del testimonio en casos de delitos sexuales*. Boletín Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.
- Maffioletti, F. y Rutte, M.P. (2008). *Perfil de personalidad de agresores sexuales*. Serie Victimología N°4, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, Argentina, pp. 49-83.

- Mannarino y Cohen (1986). En Sanz D. y Molina A. (2004). *Violencia y Abuso en la Familia*. Ed. Lumen/Hvmanitas, Buenos Aires, Argentina.
- Ministerio Público (2006). *Perfil de Víctimas e Imputados en causas ingresadas por delitos sexuales y violentos durante el año 2005*. Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Santiago de Chile, p. 10.
- Ministerio Público, Servicio Nacional de Menores, Servicio Médico Legal, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Ministerio del Interior, Corporación de Asistencia Judicial, Universidad Católica Silva Henríquez y Fundación Leon-Bloy (2011). *Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales*. Documento de trabajo interinstitucional. Santiago de Chile.
- Ministerio Público (2011). *Boletín Estadístico Anual. Años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011*. Recuperados en julio de 2011 en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>
- Onetto, I. y Araya, P. (2007). *Agresoras Sexuales Femeninas: evaluación retrospectiva de mujeres imputadas y evaluadas por este delito en el Servicio Médico Legal de Chile en un período de 6 años*. Servicio Médico Legal, Santiago de Chile.
- Organización Mundial de la Salud (2002). *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington, D.C.
- Perrone, R. y Nannini, M. (1997). *Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional*. Editorial Paidós, Buenos Aires.
- República de Chile (2006). *Código Penal. Vigésima edición*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- República de Chile (2006). *Código Procesal Penal. Cuarta edición*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Sanz D. y Molina A. (2004). *Violencia y Abuso en la Familia*. Ed. Lumen/Hvmanitas, Buenos Aires, Argentina.
- Seghorn, T., Prentky, R. y Boucher, R. (1987). En Marshall, W. (2001). *Agresores Sexuales. Serie Estudios sobre Violencia*. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia. Editorial Ariel, Barcelona, España. P. 105.
- SERNAM (1992). En *Informe Nacional Chile (1999), Proyecto Regional rla/97/014 informes nacionales sobre la situación de la violencia de género contra las mujeres, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)*.
- Servicio Médico Legal. Nahuelpan, E. y Varas, J. (2011). *La Violencia de Género en Chile, período 2000 – 2010. Una reflexión a partir del aná-*

lisis de las agresiones sexuales constatados en el SML. Unidad de Estadísticas y Archivo Médico Legal. http://www.sml.cl/proyectos/estadistica/documentos/VIOLENCIA_GENERO_2000-2010.pdf

Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF) (2011). Base de Datos Estadística del Ministerio Público de Chile.

Urra, J. (2003). El Agresor Sexual. Editorial EOS, España.

Vásquez, B. (2000). Efectos psicológicos del abuso sexual. En Díaz Huertas, José Antonio (comp.): Atención al abuso sexual infantil. Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Consejería de Asuntos Sociales. Madrid.

Vásquez, B. (coord..) (2003) Abuso Sexual Infantil. Evaluación de la Credibilidad del Testimonio. Estudio de 100 casos. Centro Reina Sofía. España.

RECURSO DE NULIDAD ACOGIDO. ABUSO SEXUAL Y PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL. CONCURSO DE DELITOS. ILICITUD DE LA PRUEBA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Obtención de prueba ilícita

La existencia de una prueba ilícita no significa directa e inmediatamente la nulidad de una actuación, sino que es preciso traspasar primero, el cedazo de la preparación y, luego, el de la trascendencia que el legislador nacional impuso en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, sin descuidar tampoco el sistema de valoración probatorio y la disposición constitucional del artículo 19 N°26 que impone a todos los ciudadanos la obligación de “tolerar” ciertas restricciones en sus derechos, en tanto no se vulnere el núcleo esencial del mismo.

En el derecho comparado se han ido aceptando diversas excepciones al principio de exclusión de prueba ilícita, con diferentes fundamentos.

Para corregir posibles distorsiones que puede producir una postura demasiado rígida, se ha desarrollado el principio de la proporcionalidad que ha sido aceptado en tribunales alemanes, en casos excepcionales y muy graves, tratando de encontrar un punto de equilibrio entre dos garantías constitucionales que resultan afectadas, lo que ha tenido su máxima aplicación a favor del mismo acusado, cuando es aquél quien resulta favorecido con el reconocimiento de una prueba ilícita. Pugna, entonces, la garantía afectada al obtener la prueba de descargo con el derecho a defensa y es posible, en ciertos casos, ceder a favor de esta última. Se fundamenta como la existencia de una legítima defensa (al obtener ilícitamente la prueba) lo que excluye la antijuridicidad de su conducta.

Aún en el caso de estimarse que la incorporación del video hubiera sido ilícita, que no es el caso según se concluyó, igual se trataría de prueba admisible en juicio, porque el obrar de la niña se ajusta a un “encuentro casual” y a un proceder de buena fe, ya que la menor, como se ha repetido incansablemente, no entró al domicilio del acusado ni afectó su intimidad buscando algo para perjudicarlo, sino que unos simples videos familiares, de modo que actuó siempre de buena fe, al punto que se llevó las cintas sin siquiera revisarlas y cuando tomó conocimiento de su contenido, no fue capaz de actuar frente al delito del que entonces supo había sido víctima, porque se encontraba embarazada y no quiso hacer nada que pudiera afectar el normal desarrollo de su criatura. No actuó entonces movida por animosidad alguna contra al acusado cuando entró en su dormitorio y abrió su velador, se movió siempre de buena fe y ese desempeño constituye una excepción reconocida en el derecho comparado a la exclusión de la prueba ilícita.

Principio de congruencia

La defensa sostiene que el principio de congruencia impide agregar un hecho que está fuera del alcance temporal por el que se fue acusado, pero en el caso concreto no se ha agregado un hecho, a pesar de existir el yerro en el periodo de tiempo señalado en la acusación, o más precisamente, a pesar de haberse señalado un lapso mayor al de la acusación en la sentencia y ello es así por cuanto los abusos sexuales que se atribuyeron a los acusados estaban grabados en una cinta de video a la cual tuvieron acceso y sabían con toda precisión el contexto físico y, por ende, el lugar o casa habitación donde estaban cuando se cometieron y que aparecía en el video la menor y su madre y en uno de ellos la mano del acusado Araya quien, en todos los casos, grababa lo que la mujer adulta hacía sobre el cuerpo de la niña. No se incorporó un hecho nuevo, lo que ocurrió fue que producto de la investigación, un perito logró hacer audible un programa que se había registrado de fondo, pero ello no altera el contexto general y las circunstancias concretas de la acusación.

Concurso aparente de leyes penales

Que en estos antecedentes se han tenido por demostrados dos ilícitos diferentes, por un lado, el abuso sexual de que fue objeto la menor tanto por su madre (en tres ocasiones) y del conviviente de aquélla (en una oportunidad) y que consistían en tocaciones en su cuerpo, senos y genitales e incluso en introducir la acusada sus dedos en la vagina o el ano de la niña y, por otra parte está la producción de material pornográfico que consistió en la grabación de estos mismos actos.

No se advierte entonces, que se trate de un solo hecho o una sola acción que pueda recibir diferentes calificaciones. La mujer está haciendo dos cosas, actúa un video y abusa de su hija menor, estando de acuerdo con Araya para grabarlo, mientras este último desarrolla una sola acción, produce el material pornográfico, con acuerdo de la mujer.

No hay concurso aparente, porque hay dos acciones diferentes claramente delimitadas, tanto en el proceder del hombre respecto de la mujer, como en el de ésta, que está quebrantando de una sola vez dos bienes jurídicos protegidos por el sistema legal respecto de su hija: su indemnidad sexual y su integridad sexual y, la primera, con las agravantes de hacerlo encontrándose la chica privada de sentido y encontrándose la acusada a cargo de su cuidado.

Sin embargo, sí existe entre ambas conductas una relación de medio a fin, en el sentido que de suprimirse una de las acciones, no podría cumplirse efectivamente la otra. Suprimidos los abusos, no era posible proceder con la producción del material pornográfico infantil, sino que sólo habría existido la grabación de una menor dormida o inconsciente, lo que no aparece relevante para el derecho penal. En este sentido, aparece efectiva la protesta de la defensa, verificándose en la especie la situación del artículo 75 del Código Penal, que en su inciso final ordena sancionar sólo el delito más grave.

Texto completo:

Santiago, once de mayo de dos mil once.

Vistos:

El Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de 15 de marzo de 2011, condenó a S.M.Y.Y. como autora de delito reiterado de abuso sexual a su hija C.D.P.Y., cometido en el transcurso del año 2007, a la pena única de siete años y ciento ochenta y tres días de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos. Se la condenó, además, a sufrir la pena de cuatro años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autora del delito consumado de producción de material pornográfico infantil, cometido en la persona de la misma víctima y durante el mismo periodo de tiempo.

Se le privó también de la patria potestad y demás derechos respecto de la persona o bienes de la ofendida, sus ascendientes o descendientes e interdicción para ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley señala, además de quedar sujeta a la vigilancia de la autoridad por los 10 años siguientes al cumplimiento de la pena principal.

En esa misma sentencia se condenó también al acusado Sebastián Segundo Araya Soto, como autor del delito de abuso sexual respecto de la misma menor antes señalada por sus iniciales, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a otra sanción de la misma entidad (tres años y un día) por el delito de producción de material pornográfico infantil, respecto de la misma menor.

La defensa de los acusados ha deducido recurso de nulidad contra la sentencia antes referida, el que se ordenó conocer por resolución de fs. 45, fijándose la audiencia del día 21 de abril pasado para su vista e incorporándose a fs. 51 el acta que da cuenta de haberse realizado aquélla.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa ha invocado como causal principal en el recurso de nulidad interpuesto, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, la que fundamenta en el hecho que –según relata– constaría en el considerando quinto de la sentencia que la prueba obtenida por el Ministerio Público, de acuerdo a los dichos de la propia víctima, fue hallada por ella entre unas cosas en la pieza de la pareja de su madre –mientras buscaba un video de las vacaciones– ocasión en que se encontró con uno donde aparecía ella dormida, mientras su madre la desnudaba y le hacía tocaciones en

sus pechos y zona genital. Le exhibió la cinta a su pololo, el que luego se negó a devolvérsela. Después de un año y a consecuencia de disputas que la niña tuvo con su madre, se fue a casa de su tía abuela de nombre C. a quien, además de contarle lo ocurrido en ese momento, le contó de aquella cinta, que su pololo fue a buscar y le exhibieron. Al día siguiente esa pariente fue a poner una denuncia a la Policía de Investigaciones y llevó la cinta.

Acusa infracción al artículo 19 Nos. 4 y 5, “sobre derecho a la propiedad e inviolabilidad del hogar, respectivamente, en relación con el inciso 4º del número 3 del artículo 19, sobre debido proceso legal”, todos de la Constitución Política, por no haberse excluido del auto de apertura y luego valorado prueba que fue obtenida con inobservancia de garantías constitucionales, y que corresponde al video VHS donde consta la grabación que sustenta la acusación. El Tribunal rechazó la petición de la defensa porque fue la propia víctima quien encontró la cinta y lo hizo en un lugar que era abierto para ella donde el mismo acusado le permitía entrar, donde se la cuidaba y alimentaba. Asimismo, el hallazgo fue accidental y de buena fe.

Sin embargo, la defensa considera insostenible ese argumento, porque iría contra las máximas de experiencia, ya que no por ser pareja de la madre y por ello, al ser la hija de aquella, tener libre acceso a su domicilio, tendría también derecho a sacar cosas sin su voluntad. No tiene valor, en su concepto, que el hallazgo fuera

accidental o de buena fe, porque son precisamente esas circunstancias las que resultan “accidentales”.

Agrega que no puede esgrimirse que no hay infracción a su intimidad porque el video da cuenta de imágenes que afectan la intimidad de la misma menor, puesto que éste fue encontrado en el lugar que resulta ser más íntimo para un ser humano, su propio dormitorio, de modo que el juez sólo examinó la intimidad respecto de una parte, no de ambas. Deben aplicarse los artículos 9, 205, 206, 217 y 220 del Código Procesal Penal. Quien se encuentra obligado a respetar la intimidad de una persona es el órgano persecutor y el tribunal, que deben someter su actuar a lo prevenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Cita rol 1836-2007 de esta Corte en el sentido que la prueba ilícita puede ser obtenida por particulares y procede aplicarle la teoría de los frutos del árbol envenenado en cuanto a la prueba derivada de la originalmente mal habida. De no haberse permitido la prueba del video, no se habría obtenido tampoco la demás y no existiría, por ende, condena.

SEGUNDO: Que la parte recurrente ofreció prueba de audio para demostrar la preparación de la causal principal, cuyos fundamentos arriba fueron descritos. Sin embargo, con acuerdo del representante del Ministerio Público que concurrió a estrados, manifestaron estar de acuerdo en que dicha causal efectivamente había sido preparada en los términos que exige el legislador, dando por demostrado el presupuesto de hecho

de esa circunstancia, lo que será estimado entonces, como una convencción probatoria por este tribunal.

En virtud de dicho acuerdo, la defensa se desistió de la prueba de audio que había ofrecido por ser innecesaria.

TERCERO: Que antes de revisar los fundamentos de la causal principal, resulta necesario destacar que, como la defensa reconoció en estrados, la menor ofendida no vive bajo el mismo techo del condenado Araya Soto, quien aún cuando es pareja de su madre, no mantendría convivencia o cohabitación o no la tenían, al menos, cuando se produjo el hecho que reclama la defensa y que consiste en el hallazgo del video incriminatorio. Asimismo, la defensa aceptó que la menor concurrió al domicilio del referido Araya y entró en su dormitorio buscando un video de unas vacaciones y que se llevó el que resultó ser, posteriormente, evidencia en el juicio, sin revisarlo previamente, sino que lo habría visto en su casa. Tal aserto aparece descrito de la misma manera en la síntesis que hace el tribunal de la declaración de la menor ofendida en el razonamiento quinto de la sentencia impugnada, donde se afirma que la niña "...encontró mientras buscaba unos videos de unas vacaciones familiares una cinta que se llevó a su casa y al verla constató que...".

Además, fue descrito por ambas partes en la audiencia, que la menor no entró usando de fuerza u otro medio no idóneo al domicilio del acusado Araya, sino que lo hizo autorizado por la madre de aquél, sin que se haya

rendido prueba por la defensa en el sentido que se le prohibió acceder al dormitorio o sacar algo de ese lugar o de cualquiera otro, en circunstancias que la autorización realizada o tácita no aparece contraria a las reglas de la experiencia, si se trata de videos que incluían a la familia, donde la menor aparecería junto a su madre y, aparentemente, junto a quien era pareja de esta última, lo que explicaría el motivo por el cual era él quien guardaba las cintas en cuestión. De otro modo no se explica por qué esta última circunstancia, si se trataba de videos familiares, sin que nadie haya alegado lo que es evidente y natural en estas situaciones, que cualquier miembro de la familia puede ver y disfrutar las fotografías o videos de las vacaciones familiares.

CUARTO: Que tampoco debe perderse de vista que la menor no examinó la cinta con la evidencia incriminadora en la misma casa del acusado, sino que de manera inocente la sacó desde la esfera de resguardo donde se encontraba –creyendo que contenía archivos de la época estival– y los examinó recién en su propio domicilio que fue el lugar donde se encontró con que no era lo que ella buscaba, sino que muy por el contrario, tomó conocimiento de que había sido abusada por su propia madre y con la concurrencia de Araya. ¿Se esperaba entonces que fuera a devolver el video al lugar donde lo había encontrado? La respuesta afirmativa a esa interrogante resultaría francamente absurda. De modo que cuando los jueces del tribunal oral concluyeron que el hallazgo del video por la niña y el hecho que ella lo sacara del

domicilio del acusado no constituyen la violación de garantías que se pretende, sino que es efectivo que ella actuó de buena fe.

QUINTO: Que como ya se ha resuelto con anterioridad por este tribunal, "...el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba, ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales, juegan un rol de gran importancia; ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que "una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención" en los derechos de la persona del inculcado o de terceros; no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables. ("La prueba en el proceso penal", Jorge Bofill G., Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XCI, Nro 1, Enero- Abril 1994, p. 28). Rol N°1741-10.

En nuestro Código Procesal Penal no se establecen expresas normas sobre este tema, pero parece necesario tener presente que el principio de la proscripción de la prueba ilícita reconoce limitaciones y para ello valga tener en cuenta, como punto de partida, que nuestro legislador señala en el artículo 276 del Código Procesal Penal, que el juez "excluirá las pruebas... que hubieren sido obteni-

das con inobservancia de garantías fundamentales", sin embargo, de no hacerlo, la defensa no tiene derecho a impugnar por la vía del recurso de apelación, por lo que debe aguardar al recurso de nulidad el que no prosperará si no ha manifestado sus protestas oportunamente y en todas las instancias, de lo que vale concluir que la infracción de una garantía constitucional ha quedado supeditada al cumplimiento de las exigencias procesales de preparación.

En derecho comparado también se han ido aceptando diversas excepciones al principio de exclusión de prueba ilícita, con diferentes fundamentos.

Para corregir posibles distorsiones que puede producir una postura demasiado rígida, aunque se ha reservado para casos graves, se ha desarrollado el principio de la proporcionalidad que ha sido aceptado en tribunales alemanes, en casos excepcionales y muy graves, tratando de encontrar un punto de equilibrio entre dos garantías constitucionales que resultan afectadas, lo que ha tenido su máxima aplicación a favor del mismo acusado, cuando es aquél quien resulta favorecido con el reconocimiento de una prueba ilícita. Pugna, entonces, la garantía afectada al obtener la prueba de descargo con el derecho a defensa y es posible, en ciertos casos, ceder a favor de esta última. Se fundamenta como la existencia de una legítima defensa (al obtener ilícitamente la prueba) lo que excluye la antijuridicidad de su conducta.

Otras excepciones que han sido elaboradas y aplicadas tanto en los EEUU como en Latinoamérica, corresponden a excepciones incluso derivadas de la posibilidad de contaminación de la prueba inicial y que proceden no necesariamente a favor del acusado, sino que en su contra, tales son, por ejemplo, los casos denominados del descubrimiento inminente, la buena fe o la fuente independiente.

Lo que aparece claro es que la existencia de una prueba ilícita no significa directa e inmediatamente la nulidad de una actuación, sino que es preciso traspasar primero, el cedazo de la preparación y, luego, el de la trascendencia que el legislador nacional impuso en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, sin descuidar tampoco el sistema de valoración probatorio y la disposición constitucional del artículo 19 N°26 que impone a todos los ciudadanos la obligación de “tolerar” ciertas restricciones en sus derechos, en tanto no se vulnera el núcleo esencial del mismo.

SEXTO: Que en el caso concreto, la descripción fáctica que se ha hecho sobre la forma en que procedió la víctima de autos, tomando conocimiento de su calidad de tal después incluso de haber sacado el controvertido video desde la casa del acusado Araya, no corresponde desde ningún punto de vista a una violación a los Nos. 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política, como aduce la defensa en relación al derecho a la propiedad e inviolabilidad del hogar, respectivamente, en relación con el

inciso 4° del número 3 del artículo 19, sobre debido proceso legal, desde que, como ya se dijo, la menor tenía franqueado el acceso al domicilio del acusado y en aquél, a su dormitorio y, en particular resulta natural y consistente con las reglas de la experiencia, que pudiera buscar un video que aquél tenía sobre vacaciones familiares y que, como tales, han sido aceptadas por la defensa y que eran guardadas por el acusado.

De otra parte, aún en el caso de estimarse que la incorporación del video hubiera sido ilícito, que no es el caso según se concluyó, igual se trataría de prueba admisible en juicio, porque el obrar de la niña se ajusta a un “encuentro casual” y a un proceder de buena fe, ya que la menor, como se ha repetido incansablemente, no entró al domicilio del acusado ni afectó su intimidad buscando algo para perjudicarlo, sino que unos simples videos familiares, de modo que actuó siempre de buena fe, al punto que se llevó las cintas sin siquiera revisarlas y cuando tomó conocimiento de su contenido, no fue capaz de actuar frente al delito del que entonces supo había sido víctima, porque se encontraba embarazada y no quiso hacer nada que pudiera afectar el normal desarrollo de su criatura. No actuó entonces movida por animosidad alguna contra al acusado cuando entró en su dormitorio y abrió su velador, se movió siempre de buena fe y ese desempeño constituye una excepción reconocida en el derecho comparado a la exclusión de la prueba ilícita.

SÉPTIMO: Que en virtud de lo razonado se rechazará la petición de invalidación de la sentencia y el juicio que se ha formulado a través de la causal principal.

OCTAVO: Que, en forma subsidiaria, la defensa invocó la causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, asilada en el hecho que de acuerdo a la acusación, los delitos se producen entre los meses de abril y julio de 2007. Sin embargo, el perito Sr. Jean Paul Ducret del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, señaló que en una de las últimas escenas del video, claramente se escucha un programa de televisión en el que se expresó la fecha: 8 de noviembre de 2007. Sin embargo, esa imprecisión fue descartada en la sentencia porque se estimó que el principio de congruencia “no tiene por objeto precisar los detalles de un suceso causal con precisión histórica y total exactitud, sino que erigirse en una función cautelar para garantizar el correcto ejercicio del derecho a defensa, sin que ésta pueda verse sorprendida imprevisiblemente en el juicio por hechos distintos a los que fueron objeto de incriminación...”. Sin embargo, aduce el recurrente, la función cautelar del principio de congruencia impide agregar un hecho que está fuera del alcance temporal por el que se fue acusado, sobre todo considerando que la prueba estaba en poder del Ministerio Público antes de formular la acusación.

La tesis del tribunal conduce a la inseguridad e incerteza jurídica porque implica que la defensa podría ser

sorprendida en el juicio con hechos también distintos a los que fueron objeto de incriminación.

NOVENO: Que el artículo 341 del código del ramo prescribe que “La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella.”

En el caso concreto, se expresó en la acusación que los hechos de abuso sexual y de producción de material pornográfico infantil, se habían producido entre los meses de abril y julio de 2007; en tanto que el hecho que el tribunal tuvo por demostrado se verificó “en el año 2007”.

La defensa sostiene que el principio de congruencia impide agregar un hecho que está fuera del alcance temporal por el que se fue acusado, pero en el caso concreto no se ha agregado un hecho, a pesar de existir el yerro en el periodo de tiempo señalado en la acusación, o más precisamente, a pesar de haberse señalado un lapso mayor al de la acusación en la sentencia y ello es así por cuanto los abusos sexuales que se atribuyeron a los acusados estaban grabados en una cinta de video a la cual tuvieron acceso y sabían con toda precisión el contexto físico y, por ende, el lugar o casa habitación donde estaban cuando se cometieron y que aparecía en el video la menor y su madre y en uno de ellos la mano del acusado Araya quien, en todos los casos, grababa lo que la mujer adulta hacía sobre el cuerpo de la niña. No se incorporó un hecho nuevo, lo que ocurrió fue que producto de la investigación, un

perito logró hacer audible un programa que se había registrado de fondo, pero ello no altera el contexto general y las circunstancias concretas de la acusación.

No habría ocurrido lo mismo si no existiera el video. Probablemente el contexto temporal habría resultado ser mucho más relevante para efectos de determinar la defensa, como por ejemplo si el acusado pudiera probar que estaba fuera del país en el periodo que se le imputa la comisión de un delito determinado. En tal caso el espacio de tiempo en que se dice haberse cometido el hecho resulta fundamental para la defensa. Pero no es ese el caso en esta situación concreta, por el simple hecho de existir un video que reproduce íntegra una situación determinada de la cual –salvo denunciar falsificación o manipulación– no es posible extraer a quien en él aparece efectivamente.

Por las razones señaladas, se rechazará también esta primera causal subsidiaria.

DÉCIMO: Que en subsidio de las dos causales ya analizadas, la defensa de ambos condenados esgrimió la contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, porque en el motivo 6° de la sentencia impugnada se ha hecho una errónea interpretación del derecho en lo que se refiere a la pluralidad o concurso de delitos, porque el abuso sexual es un delito necesario para la configuración de la producción de material pornográfico infantil del artículo 366 quinquies del Código Penal. Existe un concurso aparente, o bien, un concurso ideal.

Será concurso aparente si el desvalor de injusto del abuso se encuentra comprendido en el del injusto de la producción de material pornográfico. Para ello sería preciso aceptar que el bien jurídico protegido en ambos casos es el mismo: la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Cita a Cox Leixerand, Molina Cantillana y Bascuñán Rodríguez con una visión moralizante del bien jurídico y aplica la teoría de la absorción, donde el desvalor del abuso quedaría comprendido en el de la producción de material pornográfico. Por otra parte, cita a Politoff, Matus y Ramírez y dice que para ellos, quien produce el material pornográfico sólo agota el delito previo de abuso, “sólo representa una intensificación del hecho punible ya consumado, razón por la cual este segundo acto no sería punible independientemente y quedaría consumido por el hecho precedente”.

Será, en cambio, concurso ideal, si se pretende que ambos injustos protegen bienes jurídicos diferentes y, entonces, la solución la da el legislador en el artículo 75 del Código Penal. En estricto rigor, se trata de un concurso real. Un solo hecho constituye dos o más delitos. En el caso concreto: grabar con una filmadora las acciones de abuso, si bien son separables en dos acciones, ambas constituyen un solo hecho.

En la sentencia se aduce que no se infringe el principio del non bis in idem porque se trata de dos acciones que afectan dos bienes jurídicos diversos: la libertad sexual, en el delito de abuso; y, la integridad

sexual, en el delito de producción de material pornográfico. Pero al expresar esto, los jueces no han considerado las distinciones antes vertidas por el recurrente.

Agrega en esta parte, que la acusada Y. fue condenada como autora de delito reiterado, en circunstancias que se trata de un delito continuado. Cita a los profesores Cury y Rodríguez Collao.

Pide que para el caso de aceptarse esta última causal subsidiaria y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se invalide sólo la sentencia y se dicte una de reemplazo que califique el hecho como delito continuado de abuso sexual y se condene a Y. a 4 años y a Araya a 3 años y un día, otorgándoseles el beneficio de libertad vigilada.

UNDÉCIMO: Que en estos antecedentes se han tenido por demostrados dos ilícitos diferentes, por un lado, el abuso sexual de que fue objeto la menor tanto por su madre (en tres ocasiones) y del conviviente de aquélla (en una oportunidad) y que consistían en tocaciones en su cuerpo, senos y genitales e incluso en introducir la acusada sus dedos en la vagina o el ano de la niña.

Y, por otra parte está la producción de material pornográfico que consistió en la grabación de estos mismos actos.

Sólo en uno de los casos concurrió a los abusos el filmador, que era Araya, ayudando a desnudar a la víctima para proceder con su actividad pos-

terior, pero en general mientras la madre “actuaba” para la filmación y abusaba de su hija, Araya filmaba.

No se advierte entonces, que se trate de un solo hecho o una sola acción que pueda recibir diferentes calificaciones. La mujer está haciendo dos cosas, actúa un video y abusa de su hija menor, estando de acuerdo con Araya para grabarlo, mientras este último desarrolla una sola acción, produce el material pornográfico, con acuerdo de la mujer.

No hay concurso aparente, porque hay dos acciones diferentes claramente delimitadas, tanto en el proceder del hombre respecto de la mujer, como en el de ésta, que está quebrantando de una sola vez dos bienes jurídicos protegidos por el sistema legal respecto de su hija: su indemnidad sexual y su integridad sexual y, la primera, con las agravantes de hacerlo encontrándose la chica privada de sentido y encontrándose la acusada a cargo de su cuidado.

Sin embargo, sí existe entre ambas conductas una relación de medio a fin, en el sentido que de suprimirse una de las acciones, no podría cumplirse efectivamente la otra. Suprimidos los abusos, no era posible proceder con la producción del material pornográfico infantil, sino que sólo habría existido la grabación de una menor dormida o inconsciente, lo que no aparece relevante para el derecho penal. En este sentido, aparece efectiva la protesta de la defensa, verificándose en la especie la situación del artículo 75 del Código Penal, que en su inciso final ordena sancionar sólo el delito más grave.

DUODÉCIMO: Que por haberse cometido, en consecuencia, una infracción de derecho con influencia sustancial en la decisión, desde que ha significado la imposición de una pena mayor a la que correspondía en el caso concreto, situación de aquellas descritas en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se invalidará solamente la sentencia pronunciada en estos antecedentes y se dictará sentencia de reemplazo.

Y, visto, además, lo dispuesto en los artículos 383 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge el recurso de nulidad** deducido en lo principal de fs. 27 de este legajo por la defensa de Sebastián Segundo Araya Soto y S.M.Y.Y., sólo respecto de la segunda causal deducida en forma subsidiaria, rechazándose las demás y, en consecuencia, **se invalida solo la sentencia** de quince de marzo de dos mil once, escrita en copia a fs. 1 y siguientes de este expediente y que corresponde a los autos RUC 0900663872-1 y RIT 140-2010 del Quinto Tribunal Oral de Santiago, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, pero en forma separada y sin nueva vista.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez no acepta la referencia que en el acápite penúltimo del fundamento undécimo se hace a la agravante del abuso sexual “de hacerlo encontrándose la chica privada de sentido” porque esta circunstancia es elemento del delito, de conformidad con lo prevenido en los artículos 366, inciso primero, en concordancia con el artículo 361, N°2, por lo que rige a su respecto el artículo 63, inciso primero, todos del Código Penal.

Se previene que el abogado integrante Sr. Pozo concurre a la decisión de acoger el recurso de la defensa por la causal e infracción de derecho del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pero por motivos diversos a los expresados en el fallo, lo que se explica en su prevención de la sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°2576-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Nelson Pozo S. y Domingo Hernández E.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

SENTENCIA DE REEMPLAZO

De conformidad a lo ordenado en sentencia que antecede y a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se pronuncia la siguiente sentencia de reemplazo.

Santiago, once de mayo de dos mil once.

Vistos:

Se reproducen los motivos primero a décimo de la sentencia anulada con esta misma fecha y que es de quince

de marzo de dos mil once, cuya copia se incorporó a fs. 1 y siguientes de este legajo.

Y se tiene, además, presente:

1° Que sin perjuicio de lo que se razonó en el fallo que se ha reproducido en el sentido que los delitos de abuso sexual y de producción de material pornográfico infantil constituyen dos ilícitos diferentes y que amparan dos bienes jurídicos también distintos, a la hora de aplicar la sanción a los acusados se hace preciso reconocer que existe entre los abusos y la grabación una relación de medio a fin, en términos tales que de no haberse cometido el delito de abuso, no habría prosperado el segundo ilícito, puesto que la sola grabación de una menor de edad dormida o inconsciente no constituía el injusto por el que se formuló la acusación. Esa hipótesis está reglamentada en el artículo 75 del Código Penal y ordena imponer la pena mayor asignada al delito más grave.

2° Que el inciso primero del artículo 366 del Código Penal establece para el delito de abuso sexual verificado en la especie, la pena de presidio menor en su grado máximo, en tanto que el artículo 366 quinquies de ese código señala la misma sanción para quien interviene en la producción de material pornográfico infantil.

En el caso concreto, se aplicará la pena correspondiente al ilícito de abuso sexual que es el medio para la comisión del segundo ilícito.

La acusada Y. ha resultado ser autora de tres delitos de abuso sexual en

perjuicio de su hija, de modo que se trata de un delito reiterado y le afecta la disposición del artículo 368 del Código Penal, beneficiándola por otra parte, la atenuante de su irreprochable conducta anterior.

El artículo 368 mencionado ordena que se imponga la pena con exclusión de su mitad inferior y, favoreciéndole una atenuante, será precisamente el mínimo de ese tramo la pena que se le aplicará. Por último, por tratarse de delito reiterado y resultándole más favorable la disposición del artículo 351 del Código Procesal Penal, se aumentará la pena en un grado por la reiteración, quedando en definitiva en presidio mayor en su grado mínimo.

Por su parte, al acusado Araya Soto ha resultado responsable de un delito de abuso sexual y del delito consumado de material pornográfico infantil. Por aplicación de la disposición del artículo 75 inciso final del Código Penal, según lo antes razonado, corresponde aplicarle una pena de presidio menor en su grado máximo y favoreciéndole la atenuante de su irreprochable conducta anterior, corresponde aplicarla en su mínimum.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 21, 28, 29, 31, 50, 67,75, 366, 366 quinquies, 368, 370 bis, 372, 374 bis del Código Penal; artículos 295, 297, 314, 325, 340, 342, 344, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal; 600 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 15 y 17 de la ley 18.216, se declara que:

Se condena a S.M.Y.Y., ya individualizada, a sufrir la pena única

de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en su calidad de autora del delito reiterado de abuso sexual en grado de consumado y el delito de producción de material pornográfico infantil, cometidos en el curso del año 2007, en perjuicio de su hija menor de iniciales C.D.P.Y..

Por la extensión de la pena impuesta, no se le otorga ninguno de los beneficios que contempla la ley 18.216.

Se priva a la acusada Y. de la patria potestad respecto de la víctima, si la tuviere, o se la inhabilita para obtenerla si careciera de ella y, además, se le priva de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confirieren respecto de la persona o bienes de la ofendida, de sus ascendientes y descendientes. También, se le condena a la pena de interdicción de ejercer la guarda y ser oída como pariente en los casos que la ley designa y a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal.

Se condena, asimismo, a Sebastián Segundo Araya Soto, ya individualizado, a la pena única de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor de los delitos de abuso

sexual en grado de consumado y de producción de material pornográfico infantil, cometidos en el curso del año 2007, en la persona y en perjuicio de la menor de iniciales C.D.P.Y..

Por concurrir respecto de este último, los requisitos del artículo 15 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la libertad vigilada, quedando sometido a la fiscalización de la autoridad administrativa por el lapso de cinco años, debiendo dar cumplimiento a las demás exigencias que le impone el artículo 17 de esa misma ley y su reglamento.

Se absuelve a S.M.Y.Y. y a Sebastián Segundo Araya Soto de la acusación que se les formuló como autores del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, sin condena en costas al Ministerio Público, por considerar que ha obrado con motivo plausible.

Que, en lo formal, se reproduce y mantiene la decisión del tribunal oral de declarar exento de legitimación activa al querellante representado por el abogado Sr. Rodrigo Cuevas Jara, lo que condujo a prescindir de su actividad probatoria.

Se decreta el comiso de la evidencia material incorporada al juicio, especialmente de los NUES 645406 y 645394.

Ejecutoriada la sentencia, incorpórese la huella genética de ambos acusados al registro de condenados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 19.970.

Se mantiene la orden dada por el Tribunal a su Unidad de Causas en

relación al estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 20.285 y Acta 72-2009 de esta Corte Suprema, en relación a la publicidad de la sentencia e identificación de la víctima con reserva de identidad.

Devuélvase la prueba incorporada por las partes y, en su oportunidad, dese cumplimiento al artículo 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y 468 del Código Procesal Penal. Remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía competente para el cumplimiento y ejecución.

Se previene que el **Abogado Integrante don Nelson Pozo Silva**, fue de parecer que en el caso de autos nos encontramos en presencia de una pluralidad de conductas en distintos contextos temporales, además en concurrencia de delitos sexuales, razón por la cual corresponde en la especie tener en consideración los siguientes fundamentos:

1°.- Que en primer término, la pluralidad de conductas en delitos sexuales en distintos contextos temporales, esto es la denominada reiteración, debe analizarse al tenor de la actual redacción de la figura delictiva de abuso sexual, donde la pluralidad de conductas, sin ser necesaria es natural al abuso sexual, tal como al igual una lesión puede inferirse a través de un solo golpe, como también a través de una secuencia de ellos. Es así que el propio texto legal reconoce en el delito de abusos sexuales impropios, que castiga a quién “sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro,

realizare acciones de significación sexual...”. Este mismo argumento resulta perfectamente aplicable al delito de abuso sexual propio.

2°.- Que en consecuencia en el caso típico de los abusos sexuales, la pluralidad de conductas sobre un mismo sujeto pasivo, sin solución de continuidad entre las conductas, mantiene la unidad del hecho delictivo, tal como sucede, por ejemplo con los delitos de estupro y violación.

3°.- Que la figura del delito continuado, si bien no está consagrada en el derecho positivo chileno, es acogida tanto por la doctrina y la jurisprudencia (La Corte Suprema la acepta por primera vez en el año 1966, según señala Alfredo Echeverry: Derecho Penal en la Jurisprudencia, Tomo II, págs. 78, 80-82, 84 y 85.).

Nacida históricamente a partir de los delitos contra los valores patrimoniales, ve ampliada su esfera de aplicación la noción de delito continuado, cuando tal como afirma Arroyos De Las Heras, “la tendencia actual es la de dotar al delito continuado de un ámbito cada vez mayor, así en los delitos contra el honor, estupro, abuso deshonesto (hoy abusos sexuales), robo con fuerza en las cosas, falsedades, etc.”, citado por Alfonso Arroyos De Las Heras en “Manual de Derecho Penal. El Delito”, Tomo II, Pamplona, Aranzadi, 1985, pág.798.

4°.- Que la figura del delito continuado sólo puede aplicarse en cuanto beneficie al delincuente tal como acontece en la especie, debido a la carencia de normas jurídicas que

la consagre, fundado en la unidad jurídica del hecho delictivo fruto de una creación del derecho consuetudinario (Maurach (1962), p. 429; Mezger (1985), p. 339; Cury (1998), II, p. 266, citado por Marco Antonio Mercado Gómez, Problemas Concursales y Delito Continuado en los Delitos que Protegen la Libertad Sexual, Edit. Lexis Nexis, 2003, pág. 35).

5°.- Que siendo los elementos del delito continuado la pluralidad de acciones, la unidad de la norma jurídica violada, el transcurso de un cierto lapso de tiempo entre la ejecución de cada acción, sumado al elemento subjetivo, la unidad de dolo o designio criminal, lo que algunos denominan dolo conjunto, o continuidad entre las diversas resoluciones, estos coinciden plenamente con las conductas desplegadas por la acusada S.M.Y.Y. en relación al delito de abuso sexual indagado en autos.

6°.- Que en este mismo sentido el fundamento de la actuación bajo el denominado dolo global, es entendido por Mir Puig como aquél donde “la repetición o progresión aumenta sólo cuantitativamente la gravedad objetiva del hecho y no varía la situación motivacional del autor” (Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Editorial PPU, 1990, p.724).

7°.- Que, además, el sujeto activo requiere un trato más benévolo, ya que su actuación denota una menor reprochabilidad: el desvalor de acción justifica la valoración unitaria de las conductas delictivas ejecutadas, considerando que la diversidad de

acciones es reflejo de una voluntad débil, la cual sucumbe ante análogas circunstancias motivadoras, ello fundamenta el tratamiento benévolo del delito continuado y coincide con la interpretación de éste a la luz del principio de legalidad.

8°.- Que en el mismo sentido razona Cury cuando señala que la libertad sexual es bien jurídico eminentemente personal, por lo tanto, es necesario fundar, además, el delito continuado en un menor desvalor del resultado delictivo, esto es, que la lesión del bien jurídico no requiera más que una valoración unitaria. La clave, entonces, está en la valoración del injusto típico (Enrique Cury: Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 269.).

9°.- Que por su parte Mario Garrido Montt precisa que “Se acepta, sin embargo, que puede existir continuidad en atentados en contra de bienes personales cuando su titular es igual sujeto pasivo, lo que podrá tener particular importancia en delitos de índole sexual contar igual víctima” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 341).

10°.- Que en relación con el delito de abuso sexual, cabe señalar que las formas abusivas de la acción sexual están construidas sobre las circunstancias del delito de violación o estupro, por lo dicho, es que la posibilidad de dar cabida al delito continuado en estos ataques resulta perfectamente pertinente en ese injusto.

11°.- Que en relación a la concurrencia de diversos delitos sexuales tales como el delito de abuso sexual y el de producción de material pornográfico realizada en el marco situacional de un delito sexual, cabe señalar que dicha producción de material pornográfico aprovechando la perpetración de un delito de abuso sexual, en el presupuesto de la existencia de un concurso de delitos, tales atentados forman parte de un mismo hecho delictivo, ya que se desarrolla en un mismo contexto situacional, así lo denota la realización fáctica de las conductas, como así también la voluntad final del autor única en el atentado, luego, corresponde calificarlo como un caso de concurso ideal de delitos. A modo de ejemplo el fotógrafo o camarógrafo, quien invita a una mujer a participar en la producción de material pornográfico o la engaña respecto del contenido de éste, y durante la sesión de fotografías, deja la cámara en automático para captar el momento en que procede a violarla; el tutor de un menor que aprovecha la posición de superioridad que ostenta, logra la aquiescencia de la víctima para el acceso carnal y al mismo tiempo graba la comisión del ilícito; o incluso el caso de la filmación por encargo de un video, en que se requiere contenga la comisión de violaciones u otras conductas torpes.

12°.- Que en tal línea argumental, la existencia de un concurso ideal de delitos a la hora de determinar la pena aplicable debe recurrir al caso de concurso medial, en los términos del artículo 75 del Código Penal.

13°.- Que los abusos sexuales impropios incluyen, como ya dijimos, una hipótesis del todo novedosa dentro del ordenamiento jurídico, cual es la utilización de un menor de edad en la producción de material pornográfico bajo la concurrencia de las circunstancias del delito de violación propia o estupro, o en cualquier hipótesis si la víctima es menor de doce años de edad. Dicha preceptiva castiga la utilización del menor de edad, es decir, la producción del material pornográfico en sí no es el presupuesto de aplicación del artículo 366 quater. Por lo anterior, en este evento las hipótesis de abusos sexuales impropios tienen aplicación preferente sobre las normas del artículo 374, es decir, esta última preceptiva sólo entrará a regir en defecto de los abusos sexuales impropios, toda vez que hay una relación de subsidiariedad entre los delitos, la cual viene a solucionar el concurso aparente manifiesto en esa relación.

La conclusión precedente es importante, por cuanto dijimos con antelación que tanto la violación como el estupro absorben el injusto de los abusos sexuales, sean propios o impropios; luego, las hipótesis en que concurre alguno de los primeros ilícitos con la presente figura impropia, eliminan la posible aplicación de estos últimos, situación relevante en relación con el delito de producción de pornografía, porque como ya señalamos, en este supuesto cobra aplicación el artículo 374 en virtud de la subsidiariedad que lo une con los abusos impropios. Para este último evento la concurrencia es ideal, en la

misma forma expresada al inicio de esta disidencia.

14°.- Que de esta forma estamos en presencia de un delito continuado de abuso sexual en concurso ideal con un delito de producción de material pornográfico, razón por la cual le es aplicable lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal, y le corresponde en relación al quantum de la pena, aplicársele la pena de **presidio menor en su grado máximo** y favoreciéndole la atenuante de irreprochable conducta anterior, corresponde aplicarla en su mínimo, siendo al efecto atribuible la sanción de **cuatro años de presidio menor en su grado máximo** más

accesorias, como autora a **S.M.Y.Y.** de un delito de abuso sexual en carácter de consumado en concurso ideal con el ilícito de producción de material pornográfico infantil.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°2576-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Nelson Pozo S. y Domingo Hernández E.

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

LOS TIPOS PENALES DE TRÁFICO DE MIGRANTES Y TRATA DE PERSONAS EN LA LEY 20.507

*Tania Gajardo Orellana
Angélica Torres Figueroa¹*

I. Preámbulo

Con fecha 15 de noviembre del año 2000 Chile adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también llamada Convención de Palermo, y sus protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

El 4 de diciembre de 2003 dicha Convención y sus Protocolos fueron aprobados por el Congreso Nacional, según consta en los oficios N°s. 4.686, de 4 de diciembre de 2003; 5.116 y 5.117 de 19 de agosto de 2004, respectivamente, de la Honorable Cámara de Diputados.

Los Instrumentos de Ratificación fueron depositados ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 29 de noviembre de 2004.

El Decreto 342 del año 2004² vino a dar vida jurídica en nuestro ordenamiento interno a la Convención y sus Protocolos, cerrando con esto la tramitación necesaria para que estas normas sean parte integrante del sistema jurídico nacional.

Con su adopción y con la promulgación de estos instrumentos quedaba aún pendiente para nuestro país el cumplimiento de las obligaciones con ellos contraídas. Esto era realizar los esfuerzos para la real prevención y sanción del tráfico de migrantes, tipo penal inexistente en esa época en nuestro Código

1 Abogadas de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Decreto:

Artículo único: Promulgase la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada el 15 de noviembre de 2000, con la Notificación y Designación de Autoridades Centrales, y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementan dicha Convención, adoptados en igual fecha; cúmplanse y llévense a efecto como ley y publíquese copia autorizada de sus textos en el Diario Oficial.

Anótese, tómese razón, regístrese y publíquese.- RICARDO LAGOS ESCOBAR, Presidente de la República.-Ignacio Walker Prieto, Ministro de Relaciones Exteriores.

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235583&idVersion=2005-02-16>, última fecha de consulta 14 de julio de 2011.

Penal, y la modificación de la antigua trata sólo para fines de prostitución, en una trata de personas, que involucra tantos fines sexuales como de explotación laboral.

En este contexto, como forma de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas, y en especial, a las surgidas en virtud de la ratificación por Chile de los Protocolos de Palermo, el 8 de abril de 2011 fue publicada la Ley 20.507, que describe y sanciona los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.

Esta nueva ley realizó modificaciones a nuestro viejo Código Penal, incorporando a sus filas el nuevo delito de tráfico ilícito de migrantes, transformando la “trata de blancas” en trata de personas, y haciendo especial énfasis en las “organizaciones” dedicadas a estos, sancionando especialmente las asociaciones ilícitas cuyo fin sea la comisión de alguno de los delitos mencionados.

A pocos meses de la entrada en vigor de la Ley 20.507, es necesario realizar una aproximación a los elementos de los tipos penales mencionados, como también dar una mirada a su armonización con el sistema penal en su parte general, todo con el objeto de hacer frente a este fenómeno social, que hoy ha tomado el rostro de jurídico.

Pretendemos en este artículo hacer un análisis de los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de esta ley, reparando en aquellos conceptos normativos del tipo necesarios de ubicar en nuestro ordenamiento jurídico, y entregando las clasificaciones más relevantes para la aplicación práctica de los mismos.

Para lograr el objetivo planteado hacemos el análisis separando los acápites entre los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, incorporando doctrina nacional y comparada.

II. Tipos penales de tráfico de migrantes, trata de personas y asociación ilícita³

1. El delito de tráfico de migrantes

1.1. Artículo 411 bis del Código Penal

“El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

3 Se hace presente que sólo se analizará la trata de personas para fines distintos a la explotación sexual, toda vez que el análisis de dicho tipo penal es de competencia de la Unidad de Delitos Sexuales y Violentos de la Fiscalía Nacional, Ministerio Público. Sobre la

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260”.

Siguiendo el “Protocolo relativo al Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire”, nuestro tipo penal de tráfico de migrantes define la actividad delictual según indica el artículo 3 del instrumento internacional citado, esto es: “Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá, “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, definiéndose a continuación en el artículo 3 b) la entrada ilegal como “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”, incluyendo el cruce de fronteras en los que se evitan los controles de la autoridad competente y también los cruces que, en apariencia son legales, pero que en realidad comportan la utilización de documentación falsa, robada o adulterada.

El tráfico ilícito de migrantes es una infracción a la legislación migratoria de un país, una forma de facilitación de la migración irregular, asistida por terceras personas. En principio el traficante o *smuggler*⁴ se limita a la introducción clandestina del migrante en otro Estado con el simple cruce de la frontera internacional o, según la distancia entre los países de origen y de destino, puede ofrecer también el alojamiento antes o después del cruce o el ulterior transporte a una ciudad determinada⁵.

Además de las actividades descritas por nuestro tipo penal, similares a las indicadas por el Protocolo, nuestra ley también sigue a la norma internacional en cuanto a la agravación del tipo penal en los casos en que se vulnere la integridad física, psíquica, salud o la vida del migrante. Esto debido a la frecuencia con la que los derechos humanos de los migrantes son violados, así como a los graves riesgos a los que se enfrentan debido a su situación de vulnerabilidad.

materia, consultar Revista Jurídica del Ministerio Público N°36 de octubre de 2008 y N°39 de junio de 2009.

4 Según su denominación en inglés.

5 “La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en el marco de los derechos humanos”, Gabriela Rodríguez Pizarro, Jefe de Misión OIM Chile, Ponencia en Mesa de Trabajo “Migración, derechos humanos y ciudadanía”, Conferencia Regional Sobre Migración, <http://www.crmsv.org/documentos/SEGIB/7%20terceraParte.pdf>, fecha de consulta 13 de julio de 2011.

Para la prevención de estas situaciones que ponen en un riesgo mayor a los migrantes, el Protocolo tipifica el delito de tráfico ilícito de migrantes agravado, figura que nuestra legislación sigue. En palabras de Gabriela Rodríguez Pizarro, en su ponencia sobre Tráfico y Trata: *“Bajo estas circunstancias agravantes, los migrantes quedan en situación de alto riesgo a ser víctimas del delito de trata de personas. El Protocolo prevé además del tráfico ilícito de migrantes, otros delitos conexos con el mismo que se relacionan con la documentación falsa y la residencia ilegal”*⁶.

Lo que se busca es minimizar los riesgos de que los migrantes corran aún más peligros, como también evitar que los mismos en la situación de la vulnerabilidad en la que se encuentran al momento de cruzar la frontera, sean además objeto del delito de trata de personas.

1.2. Análisis del tipo penal

1.2.1 ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

i.- Sujeto activo: Cualquier persona. Se trata de un delito común.

Es importante destacar que si bien se trata de un delito común, se establece un tratamiento especial tratándose de funcionarios públicos. En los casos en que el delito sea cometido por un funcionario público, la ley indica que se aplicará la misma pena más la inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Además, especialmente para estas personas se suprime el elemento subjetivo del ánimo de lucro.

Para estos efectos se entenderá por funcionario público al que cumpla con los requisitos del artículo 260 del Código Penal⁷.

ii.- Sujeto pasivo: Se exige la calidad especial de no ser nacional o residente en Chile.

Al ser requisitos de carácter negativo, lo que debiera probarse en un proceso penal, en concreto por parte de la defensa, es el positivo contrario, esto es, que los migrantes son nacionales o residentes en Chile.

6 “La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en el marco de los derechos humanos”, Gabriela Rodríguez Pizarro, Jefe de Misión OIM Chile, Ponencia en Mesa de Trabajo “Migración, derechos humanos y ciudadanía”, Conferencia Regional Sobre Migración, <http://www.crmsv.org/documentos/SEGIB/7%20terceraParte.pdf>, fecha de consulta 13 de julio de 2011.

7 Art. 260 del Código Penal: Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

La calificación de nacional obedece al cumplimiento del artículo 10 de la Constitución Política de la República⁸, la de residente se encuentra entre los artículos 19 al 33 bis de la Ley de Extranjería.

iii.- Verbos rectores: Facilitar o promover.

Según la Real Academia de la Lengua Española “facilitar” se refiere a “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”, por su parte “promover” es “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”.

En este contexto, quienes hacen posible, inician o impulsan un proceso procurando su logro, cuyo fin sea la entrada ilegal al país de no nacionales o residentes, cumple con los verbos rectores de este tipo penal.

1.2.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS

i.- Elemento subjetivo del tipo penal

El tipo penal de tráfico de migrantes, fuera de ser un delito doloso exige, más allá de los criterios de culpabilidad de todo delito, que se actúe con una intención por sobre el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal. Se trata de la exigencia de ánimo de lucro. Éste se enmarca dentro de lo que la doctrina llama elementos subjetivos del tipo penal, “los que hacen referencia a especiales motivaciones o finalidades del autor que deben comprobarse antes de afirmar la tipicidad del hecho”⁹.

El ánimo de lucro se describe como la “tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial...”¹⁰, pudiendo también definirse en sentido amplio como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja.

8 Artículo 10.

Son chilenos:

1º.- Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

2º.- Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1º, 3º ó 4º;

3º.- Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley,

4º.- Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos.

9 Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 191.

10 Bajo Fernández, Miguel. Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., España, 1998, p. 356.

1.2.3 ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO PENAL: LA ENTRADA ILEGAL

Para resolver a qué se refiere el legislador con “entrada ilegal” debemos en primer lugar recurrir a la fuente inspiradora de esta ley, el Protocolo de Palermo contra el Tráfico de Personas, el que indica que por “entrada ilegal” se entenderá “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”, y en su artículo 6 prevé que los *“Estados Parte adopten las medidas legislativas pertinentes para tipificar como delito “la creación, la facilitación, suministro o posesión de un documento de viaje o de identidad falso cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, entendiéndose por documento de viaje o de identidad falso: cualquier documento de viaje o de identidad elaborado o expedido e forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o utilizado por una persona que no sea su titular legítimo” y “la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer en este Estado, recurriendo a documentos de viaje o de identidad falsos o a cualquier otro medio ilegal”.*

Como se puede apreciar, la norma de carácter internacional vigente en nuestro país desde la promulgación del Decreto 342 del año 2004, indica que la entrada ilegal es aquella que se produce sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente al Estado receptor, en este orden de ideas todo aquello contrario a los requisitos exigidos por nuestro país para la entrada de extranjeros de forma legal, constituye una entrada de carácter ilegal.

Además, el instrumento internacional obliga a los Estados parte a adoptar medidas para evitar que mediante documentación falsa se promueva la entrada ilegal a los países, para ello describe diversas situaciones que comprenden para el Protocolo la falsedad del documento de viaje o de identificación. Todos los ejemplos mencionados en el Protocolo convergen finalmente en que se altere de cualquier forma la legalidad exigida por el sistema migratorio del país al cual se ingresa, no siendo necesario que esa ilegalidad sea a la vez constitutiva de otro delito diferente al de tráfico ilícito de migrantes.

En este sentido es también fundamental orientarnos al bien jurídico protegido con el delito de tráfico de migrantes, este es el sistema migratorio de un Estado, por lo que cualquier acción por parte de los traficantes que altere ese sistema, podría constituir una entrada ilegal que afecta o pone en peligro justamente el bien jurídico protegido. Así, se ha señalado que: *“El tráfico ilícito de migrantes es un delito contra la soberanía del Estado y por consiguiente el sujeto pasivo es el Estado, y no el migrante, por cuanto el bien jurídico protegido es la soberanía del Estado de que se trate. Sin embargo, cuando concurran las circunstancias agravantes del artículo 6 del Protocolo, el migrante será también sujeto pasivo de*

*los delitos que se cometan contra su persona. El migrante en todo caso es el objeto material del delito. El hecho de que el migrante objeto de tráfico haya prestado su consentimiento es jurídicamente irrelevante, conforme al Protocolo y no lo convierte en copartícipe*¹¹.

En segundo lugar, específicamente en la legislación nacional, debemos observar los requisitos de ingreso al país contenidos en la Ley y Reglamento de Extranjería, los que nos otorgan una pauta acerca de las entradas legales al país, requisitos que al no cumplirse dan paso a la configuración de una entrada ilegal.

En este sentido el artículo 4 de la Ley de Extranjería¹² dispone: “Los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de turistas, residentes, residentes oficiales e inmigrantes, de acuerdo con las normas que se indican en los párrafos respectivos de este decreto ley”. De acuerdo a ello los residentes pueden serlo por obtener visas de trabajo, de estudio o temporarias, los residentes oficiales por tener visas de carácter oficial y los inmigrantes tendrán la calidad de tales según lo dispuesto en el Decreto con Fuerza de Ley número 69 del año 1953. Pues bien, nuestro tipo penal analizado exige que el sujeto pasivo sea un no nacional o residente. A los nacionales se les exige documento de identidad chileno, el que actualmente cumple con altos estándares de seguridad, a los residentes se les exige ingresar al país con una visa o documento oficial que respalde su situación, en este sentido las situaciones más vulnerables, debido a la falta de documentación oficial, serían la de aquellos inmigrantes que lo hacen en calidad de turistas.

Asimismo el artículo 45 de la Ley de Extranjería indica que para ingresar en calidad de turista, deberán estar premunidos de un pasaporte u otro documento análogo, otorgado por el país del cual sea nacional y quedarán exentos de la obligación de obtener visación consular.

El artículo 46 agrega que se le hará entrega al no nacional o residente de una “tarjeta de turismo”. Para ello los sujetos deben declarar los fines para los cuales ingresan al país, los que son consignados en sus tarjetas de migración.

Con esto, tenemos en consecuencia dos situaciones que deben presentarse copulativamente, según exige nuestra legislación, para que la entrada a nuestro país de no nacionales o residentes, que ingresan en calidad de turistas sea legal.

11 “La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en el marco de los derechos humanos”, Gabriela Rodríguez Pizarro, Jefe de Misión OIM Chile, Ponencia en Mesa de Trabajo “Migración, derechos humanos y ciudadanía”, Conferencia Regional Sobre Migración, <http://www.crmsv.org/documentos/SEGIB/7%20terceraParte.pdf>, fecha de consulta 13 de julio de 2011.

12 Decreto Ley N°1094 de 1975.

Es importante destacar que, tal como indica el Protocolo de Palermo aludido, las declaraciones falsas juegan un rol fundamental en la normativa de extranjería en nuestro país, es así como en los artículos 64 número 2 de la Ley de Extranjería y 138 número 3 del Reglamento de Extranjería, se indica que “podrán rechazarse las ampliaciones y prórrogas de turismo, visaciones, cambio y prórrogas de visaciones, permanencia definitiva y demás autorizaciones que se contemplan en el presente Reglamento a los que hayan realizado *declaraciones falsas para obtener entre otros instrumentos la tarjeta de turismo*”, cerrando esta norma una cláusula que deja abierta la posibilidad de rechazar cualquier solicitud de quien haya declarado falsamente ante cualquier trámite realizado ante autoridad chilena. Esto porque la información que se consigna ante la autoridad es procesada y analizada con posterioridad, y los resultados de dichos análisis influyen, lógicamente, en las decisiones de política migratoria que toma el país, lesionando o poniendo en peligro sus políticas al realizar este tipo de acciones, por lo tanto violando el bien jurídico protegido.

1.3. Características del tipo

Las características del delito que se desarrollan a continuación son las que pudieran tener alguna aplicación práctica de importancia, de acuerdo a ciertas clasificaciones tradicionales efectuadas por la doctrina.

- DELITO INSTANTÁNEO

Se trata de un delito instantáneo, ya que el tráfico de migrantes a diferencia del de trata de personas, se realiza con la sola facilitación o promoción de la entrada ilegal al país de no residentes ni ciudadanos. Aunque es discutible si el efecto de mantenerse como “ilegal” dentro del país, podría transformarlo en un delito instantáneo de efectos permanentes, lo cierto es que por sus verbos rectores sólo puede consumarse al momento en que se promueve o facilita la entrada ilegal al país.

- DELITO DE EMPRENDIMIENTO

La definición de delitos de emprendimiento, nos lleva a aquellas situaciones en las que se realiza en múltiples ocasiones una misma conducta, no configurándose con ello varios ilícitos, sino sólo uno de ellos. Al decir de Politoff, el delito de emprendimiento “está conformado por una actividad que se realiza una y otra vez y en la cual toma parte el autor, habiéndola o no iniciado él mismo”¹³.

13 Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 215.

- DELITO DE MERA ACTIVIDAD

La conducta típica se realiza con la promoción o facilitación de la entrada ilegal al país, sin que el tipo penal exija un resultado para que el tipo penal se entienda consumado. Entendiendo que los delitos de mera actividad o formales son aquellos en los que no se exige la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal en que consistió la acción u omisión¹⁴.

1.4 Bien jurídico protegido

Como se indicó anteriormente, y se desprende del Protocolo de Palermo base de nuestra Ley 20.507, el bien jurídico protegido es el Estado, en cuanto su sistema migratorio, el que ciertamente se afecta o pone en peligro con la promoción o facilitación de la entrada ilegal de migrantes.

2. El delito de trata de personas

2.1 Artículo 411 quáter del Código Penal

“El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que, tal como se mencionó, la creación de la Ley 20.507 obedece al imperativo de dar cumplimiento al derecho internacional, principalmente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y

¹⁴ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 174.

Niños, además de otros Tratados Internacionales aprobados por Chile y que se encuentran vigentes, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y el Convenio 182 Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la Organización Internacional del Trabajo.

En segundo lugar, resulta interesante el enfoque que la Convención y el Protocolo referidos adoptan frente a la problemática de la Trata de Personas, preocupándose no sólo de sancionar a los autores del delito, sino que, por sobre todo, de promover la protección de las víctimas de este delito, velando por la existencia de instancias de información, repatriación, asistencia judicial y cuidado de ellas, particularmente cuando se trate de niños¹⁵. Lo anterior reviste importancia a la hora de interpretar las normas en cuestión.

15 El Artículo 6° del Protocolo de Palermo establece al respecto:

Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas

1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:

a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;

b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

a) Alojamiento adecuado;

b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;

c) Asistencia médica, psicológica y material; y

d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.

6. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

2.2 Análisis del tipo penal

2.2.1 ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

i.- Sujeto activo: Cualquier persona. Se trata de un delito común.

Alcance del inciso final del artículo 411 quáter

“El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

El legislador tuvo la precaución de sancionar expresamente como autores a quienes promuevan, faciliten o financien la ejecución de las conductas, para así evitar su impunidad o que su sanción sea como cómplices o autores inductores del artículo 15 N°2 del Código Penal¹⁶.

ii.- Sujeto pasivo: Cualquier persona. El tipo penal no exige ser extranjero ni ninguna otra calidad.

Situación especial de la víctima menor de edad

Si bien es cierto la trata de menores de edad (menores de 18 años, de acuerdo con el Protocolo de Palermo) no es considerada un tipo penal diferente de la Trata de Personas, es relevante tener en consideración que el legislador fue menos “exigente” a la hora de configurar el tipo penal respecto de los menores de edad, disminuyendo el estándar de prueba, y facilitando con ello la sanción a los autores de este ilícito, toda vez que cuando la víctima es un menor de edad no se exige que concurra *violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*. Por otra parte, la pena establecida en abstracto para estos casos es mayor que la establecida

16 Francisco Donoso Soto, en su artículo “Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo”, Revista Jurídica del Ministerio Público N°39, ya manifestaba esta preocupación, señalando “Desde la perspectiva de nuestras normas sobre autoría y participación (artículos 15 y siguientes del Código Penal), la estructura de los verbos rectores del artículo 3° del Protocolo definen la autoría directa de quienes realizan labores ejecutivas en la organización (captar a las víctimas, trasladarlas de un lugar a otro, recibirlas en un lugar determinado). Sin embargo, quienes tienen labores de dirección o de financiamiento sólo podrían ser castigados bajo la figura de la autoría por inducción (artículo 15 N°2 del Código Penal), la que no supone una autoría propiamente tal sino que una forma de participación criminal que el legislador castiga con las penas de la autoría. Esta situación aparece como muy cuestionable desde la perspectiva de los principios de lesividad y de culpabilidad, pues si bien el nivel de reproche podría ser el mismo, o incluso diferenciarse a nivel de determinación concreta de la pena, el mensaje que entrega la norma es que quienes son el sustento y motor de esta actividad criminal sólo realizarían acciones accesorias a las ejecutadas por los mandos medios e inferiores de la organización, que en el precepto aparecen descritas como acciones principales”.

para la trata de personas mayores de edad. Así, la Trata de Personas de víctimas mayores de edad se sanciona con reclusión mayor en su grado mínimo a medio, mientras que si la víctima es menor de edad, la pena es de reclusión mayor en su grado medio.

Lo anterior es plenamente concordante con la Historia de la Ley 20.507¹⁷, en que queda plasmada la preocupación por la situación de los niños en Latinoamérica, su situación de pobreza y desprotección y con diversos instrumentos internacionales como la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹⁸, el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y el Convenio 182 Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la Organización Internacional del Trabajo¹⁹.

iii.- Verbos rectores: Captar, trasladar, acoger o recibir.

De acuerdo con la Real Academia Española, captar significa “atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien”; trasladar es “llevar a alguien o algo de un lugar a otro”; acoger es “admitir en su casa o compañía a alguien. Servir de refugio o albergue a alguien”, en tanto recibir significa “admitir a otra en su compañía o comunidad”.

En el contexto de la trata de personas, se entiende por “captar” realizar cualquier acción que suponga atraer la presencia de la víctima y reclutarla (ej.: publicar avisos, entrevistar a la víctima, convencerla, etc.). Por otro lado, “trasladar” implica facilitar y lograr, a través de cualquier medio, que la víctima

17 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley 20.507. [En línea: <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2011>]

18 Convención suscrita y ratificada por Chile en el año 1990, y que establece numerosas obligaciones para el Estado de Chile en esta materia, como por ejemplo adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Además establece el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, debiendo adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación de este derecho.

19 El referido Convenio impone la obligación a todos los miembros de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia, definiendo estas “peores formas de trabajo infantil” como: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleve a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

abandone el lugar en que se encontraba y se desplace hacia otro. Por su parte, “acoger” y “recibir” son acciones que se realizan en el lugar de arribo de la víctima, las que pueden consistir en brindar o facilitar el hospedaje u otras acciones análogas²⁰.

“Trata interna”

Como ya se señaló, el artículo 367 bis del Código Penal, sólo sancionaba a quienes promovieren o facilitaren la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, dejando fuera del alcance de la norma a quienes ejercieran acciones similares al interior del territorio del país. Lo anterior fue tratado en la discusión parlamentaria, señalando expresamente que una de las ventajas del artículo 411 quáter era la posibilidad de sancionar la Trata Interna, evitando con ello lagunas de punibilidad.

Con ello, la legislación chilena hace suyo lo dispuesto en el protocolo de Palermo, el que señala que la Trata de Personas se configura si concurre 1) movilización dentro o fuera de su propio país, siendo el elemento determinante la existencia de una situación de desarraigo de la víctima con respecto a su comunidad de origen; 2) limitación o privación de libertad, y 3) explotación.

iv.- Medios comisivos: Violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, pagos u otros beneficios.

Se hace presente que la mayoría de estos medios comisivos se encontraban establecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.507 en el artículo 367 bis, como circunstancias que al concurrir configuraban lo que la doctrina denominaba “trata calificada”. Actualmente estos medios no son considerados calificantes, sino parte integrante del tipo.

Los medios que tal vez sean más frecuentes en este tipo de casos, son el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima y el engaño.

En relación con estos últimos, una forma de dependencia puede ser de índole económica; la vulnerabilidad también puede desencadenarse por el mismo factor, y generar una situación de desamparo de una víctima al encontrarse en un país desconocido, muchas veces sin conocer el idioma, y sin poder subsistir por sus propios medios²¹.

20 Donoso Soto, Francisco. Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo. Revista Jurídica del Ministerio Público, N°39, Santiago de Chile, 2009, p. 177.

21 Así por ejemplo, el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, en audiencia de control de detención y formalización de la investigación de fecha 26 de mayo de 2011 en causa RUC 10001114184-1, se refirió al caso de una víctima de trata de personas para fines

En cuanto al engaño, la Real Academia Española lo define como “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”. Engañar, por su parte, es “Dar a la mentira apariencia de verdad. Inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”. En casos como estos suele engañarse a las víctimas prometiéndoles remuneraciones muy superiores a las que realmente llegarán a percibir, o condiciones de estadía o laborales absolutamente diferentes a las reales²².

Como se señaló previamente, si la víctima es menor de edad, no es necesario que concurra ninguno de los medios comisivos mencionados para que la conducta sea típica, bastando la existencia de alguno de los verbos rectores, además del elemento subjetivo del tipo.

2.2.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

- Finalidades de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a esta, o extracción de órganos.

En este sentido Matus y Ramírez²³ afirman que el delito de trata de blancas, previsto en el derogado artículo 367 bis del Código Penal, antecesor del artículo 411 quáter en comento, de estructura casi idéntica a este último, es un delito imperfecto en dos actos, ya que el sujeto tiene una mira por alcanzar, que debiera tener lugar con una propia acción suya, después de la realización de lo objetivamente exigido en la descripción del hecho, pero que el sujeto no necesita realizar para que el delito esté consumado. Continúan señalando que en dicho delito el elemento subjetivo consiste en que la entrada y salida de personas del país se realice con el objetivo que éstas ejerzan la prostitución en

de prostitución, que tras darse cuenta de la real ocupación que le esperaba en Chile (como prostituta) decide trabajar como asesora del hogar. La Defensa argumentó que, si la víctima había renunciado a su trabajo como asesora del hogar perfectamente podría haber buscado otro trabajo mejor remunerado y con mejores condiciones. El Tribunal estimó que una víctima de trata de personas para fines de prostitución, estando en Chile, sin conocer el país ni sus costumbres, sin poseer formación académica para optar a un trabajo bien remunerado y sin posibilidad de regresar a su país por no contar con los medios económicos para ello, ya que se había endeudado en su país de origen para viajar a Chile con la expectativa de tener mejores oportunidades, no pudiendo reunir dinero suficiente con el trabajo desarrollado, evidentemente se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

22 El 7º Juzgado de Garantía de Santiago, en la misma audiencia referida afirmó que constituía engaño el señalar a una de las víctimas procedente de República Dominicana, que trabajando como chofer en Chile podría ganar cerca de US \$3.000. El Magistrado expresa que “ese es el sueldo que gana un médico recién egresado en nuestro país”. También constituiría engaño señalar a esa víctima que podría trabajar como chofer, en circunstancias que terminó trabajando como recolector de frutas en campos de la VI región. O señalar a otra víctima que trabajaría como mesera o en una empresa de turismo, en circunstancias que terminó ejerciendo la prostitución.

23 *Ibidem*.

el territorio nacional o en el extranjero, aunque no es necesario que la lleguen a ejercer efectivamente para su punibilidad.

De lo dicho anteriormente, no cabe sino concluir que el delito de trata de personas sólo puede ser cometido con dolo directo.

Trabajos o servicios forzados

En primer lugar, cabe hacer presente que el proyecto de ley se refería a “explotación laboral”, optando luego el legislador por modificar tales expresiones por “trabajos o servicios forzados”, en el entendido que estas últimas resultan mucho más claras y no dan lugar a problemas interpretativos como la primera.

Por trabajo forzado se entiende el trabajo o servicio obtenido mediante la fuerza o la amenaza de fuerza, o el uso de la coacción, o mediante cualquier plan o artificio para engañar, incluido aquél en que el estado o la condición se derive de una deuda o contrato realizado por ese individuo y el valor del trabajo o los servicios razonablemente calculado no se destine a liquidar la deuda o a cumplir el contrato (por ejemplo, servidumbre por deudas), o por cualquier medio o plan o modalidad, inclusive por medios fraudulentos y engañosos y tergiversaciones dolosas, de forma que la persona crea razonablemente que no tiene otra alternativa que realizar el servicio²⁴.

24 En el artículo 2 del Convenio sobre el trabajo forzoso, de 1930, se definen los trabajos forzados como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. No comprendiendo como trabajo forzado:

- a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;
- c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenazan poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;
- e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

Por su parte, la Guía sobre la Legislación y su Aplicación para la Trata de Seres Humanos y Trabajo Forzoso como Forma de Explotación²⁵, de la OIT, define seis elementos que apuntan a la existencia de trabajos forzados: uso de violencia física o sexual; restricción de movimientos del trabajador; servidumbre por deudas o trabajo servil; retención de los salarios o negativa tajante a pagar al trabajador; amenaza de denuncia a las autoridades.

Servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a ésta

Por servidumbre, se entiende el estado o condición de dependencia de una persona a la que otra persona obliga sin justificación a prestar cualquier servicio y que crea razonablemente que no tiene otra alternativa que la de prestar el servicio.

La esclavitud se define como el estado o condición de una persona sobre la cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

Extracción de órganos

En la discusión parlamentaria, plasmada en la historia de la ley, se deja en claro la preocupación existente por la extracción de órganos vinculada al comercio o tráfico de los mismos, y el lucro derivado de ello, haciendo presente que se trata de una actividad emergente dentro de la criminalidad organizada²⁶.

2.3 Características del tipo

A continuación se desarrollarán algunas características del delito de trata de personas, teniendo en consideración algunas clasificaciones tradicionales efectuadas por la doctrina. Se hace presente, de todas maneras, que se ha tenido como base –en lo que resulta pertinente– la opinión de la doctrina en relación con el delito de trata de blancas, previsto en el derogado artículo 367 bis del Código Penal, antecesor de la trata de personas y muy similar en su estructura

25 Organización Internacional del Trabajo. Trata de seres humanos y trabajo forzado como forma de explotación, Guía sobre la legislación y su aplicación. [En línea: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_082008.pdf Fecha de consulta: 12 de julio de 2011].

26 Se produce a este respecto la siguiente discusión, de la que da cuenta la Historia de la Ley: “En lo relativo a la extracción de órganos a que alude la indicación, el Honorable Senador señor Chadwick indicó que ella se encuentra sancionada en otros cuerpos legales y que es objeto de atención legislativa en otro proyecto de ley, relativo a la donación de órganos, por lo que podrían presentarse problemas de colisión de cuerpos legales distintos que regulan la misma materia de incluirse tal referencia en este proyecto. El profesor señor Juan Domingo Acosta explicó que los verbos rectores del tipo propuesto en ambas proposiciones sancionan al que mediante violencia, intimidación, coacción u otras modalidades similares, capte, traslade, acoja o reciba a personas para que sean objeto de extracción de órganos. El traslado y recepción de sujetos es la actividad principal penada, y cosa distinta es la extracción de órganos en sí, que implica, necesariamente, lesionar o matar a la víctima, que son hechos ilícitos que configuran delitos independientes de la trata de personas”.

a este último. Por tratarse de un delito recientemente tipificado en nuestra legislación, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han referido a estos aspectos en detalle.

- DELITO PERMANENTE

Este delito es clasificable como delito permanente, toda vez que su consumación se prolonga en el tiempo, por la creación de un estado delictivo²⁷.

En palabras de Mario Garrido Montt²⁸, “es permanente un delito cuya acción puede consumarse en cualquier momento, pero que por voluntad del autor es posible mantener su ejecución en el tiempo, de modo que el delito continúe en constante estado de consumación. Tal ocurre en el secuestro y, en general, con las privaciones ilegítimas de libertad, donde el hecho se perfecciona cuando la persona es privada de libertad arbitrariamente, pero mientras continúa ese estado, el delito se sigue consumando instante a instante y de manera permanente. Queda sujeto a la voluntad del autor poner término al estado de consumación”.

En relación con este tema, no sólo es relevante la calidad de delito permanente de la trata de personas, sino también la posibilidad de calificarlo como un delito de emprendimiento, en la medida que cada conducta o verbo rector no es analizado por separado, sino en el marco de una serie de actos que persiguen un mismo objetivo.

Politoff, Matus y Ramírez, refiriéndose a la trata de blancas, señalan que “por la especial naturaleza de este delito, que no sólo se trata de un delito permanente, sino que además está conformado por una actividad que se realiza una y otra vez y en la cual toma parte el autor, habiéndola o no iniciado él mismo, se califica de delito de emprendimiento...la reiteración de los actos que constituyen el delito no importan la comisión de uno nuevo...”²⁹.

Calificar este delito como un delito permanente es sumamente relevante, toda vez que ello permitirá determinar la aplicación de la ley en el tiempo, ya que si el delito se ha seguido consumando tras la fecha de promulgación (como lo exige el artículo 18 del Código Penal) de la Ley 20.507, no existe inconveniente en aplicarla, a pesar que la conducta inicial se haya cometido antes de dicha fecha³⁰. En ese orden de ideas, será irrelevante que la Ley 20.507 no

27 Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 188.

28 Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 338.

29 Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 215.

30 En este sentido, será relevante no confundir el delito permanente con el delito de estado, ya que en este último el momento en que se consuma el delito es uno solo, y sus efectos

haya sido promulgada al ejecutar las conductas iniciales, porque de todas formas la ley habrá sido promulgada con anterioridad a la perpetración del delito, como lo exige el artículo 18 del Código Penal.

En este sentido, más claro resulta el planteamiento de Roxin, quien, refiriéndose a la retroactividad de la ley penal, señala que “la ley que está vigente en el momento del hecho ha de haber entrado en vigor ya en ese momento (...) En el caso de los delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión, por ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso “se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho”³¹.

Clarificador resulta el examen de los verbos rectores recibir y acoger, estos dan ciertamente la posibilidad de que el estado delictual se mantenga en el tiempo, mientras el sujeto activo siga acogiendo o manteniendo a la víctima dentro de su esfera de control, al igual que en el delito de secuestro o de detención ilegal. Para los demás verbos rectores, valga la apreciación efectuada en relación con el carácter de delito de emprendimiento.

- DELITO DE EMPRENDIMIENTO

Si bien es cierto, no toda la doctrina nacional está de acuerdo con la nomenclatura utilizada, no está demás tener en cuenta el alcance de esta clasificación respecto al tipo penal en estudio. Como se señaló, el tipo sería de emprendimiento en la medida que está conformado por una actividad que se realiza una y otra vez, y en la que el autor toma parte habiéndola iniciado o no él mismo.

- DELITO IMPERFECTO EN DOS ACTOS

De acuerdo a lo señalado previamente, en opinión de Matus y Ramírez se trataría de un delito imperfecto en dos actos. Puede ser discutible que se trate de un delito imperfecto en dos actos o un delito de resultado cortado. Mario Garrido Montt, por su parte, opta por referirse a la trata de blancas como una figura de tendencia trascendente, sin hacer ninguna distinción posterior³².

- DELITO DE MERA ACTIVIDAD

En este sentido, Garrido Montt refiere que el hecho en el delito de trata de blancas se consuma con la simple realización de la actividad prohibida, no se perduran en el tiempo. En el delito permanente, en cambio, existe consumación a cada instante.

31 Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Editorial Civitas, España, 2003, p. 162.

32 Garrido Montt, Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1998, p. 426.

exige que las víctimas realmente salgan o entren al país para que el tipo se dé, porque es un delito de mera actividad, como tal no requiere resultado³³.

2.4. Bien jurídico protegido

Sin duda este deber ser el aspecto que más dudas genera en relación con el tipo penal en estudio. Ni doctrina ni jurisprudencia han zanjado el asunto en relación con la trata de blancas, con lo que, ahora la situación se vislumbra mucho más compleja, a través de la incorporación de fines distintos de la explotación sexual en la trata de personas.

Sólo a modo de ejemplo para comprobar lo anterior, baste señalar que parte de la doctrina nacional estudiaba el delito de trata de blancas junto a los denominados “delitos sexuales” (violación, abusos sexuales), en tanto que otro sector lo trataba junto a los delitos “contra la libertad” (secuestro, detenciones ilegales).

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.507, el artículo 367 bis del Código Penal que sancionaba la trata de blancas, se encontraba incorporado en el Título VII del Libro II, denominado “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Posteriormente, tras la publicación de la referida ley, la trata de personas es incorporada mediante el artículo 411 quáter del Código Penal, dentro del Título VIII del Libro II, denominado “Crímenes y simples delitos contra las personas”.

Matus y Ramírez, refiriéndose a la trata de blancas, señalan que es un delito pluriofensivo, ya que en él se tutela tanto la libertad ambulatoria y la seguridad personal como la libertad sexual³⁴.

Por su parte, en la Conferencia Regional Sobre Migración, realizada el año 2008, Gabriel Rodríguez Pizarro afirmaba que “la trata de personas es siempre un delito grave que se encuentra en la esfera de los derechos humanos porque incluye elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación laboral o sexual. Es un delito contra las personas. El bien jurídico protegido varía según los casos, pero puede ser: la vida (art. 6 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos; art. 4 Convención Americana Derechos Humanos; art. 2 Convenio Europeo de Derechos Humanos); la libertad, implícita en la prohibición de esclavitud y servidumbre, comprendida la libertad sexual (art. 8 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos; art. 6 Convención Americana Derechos Humanos; art. 4 Convenio Europeo de Derechos Humanos) y *la dignidad y la integridad física*, inherentes del derecho a no sufrir torturas ni tratamientos inhumanos o degradantes (art. 7 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos; art. 5 Convención Americana Derechos Humanos; art. 3

33 Ibidem.

34 Matus Acuña, Jean Pierre; Ramírez Guzmán María Cecilia. Op. cit., p. 52.

Convenio Europeo de Derechos Humanos). Por definición las víctimas de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso son privadas del derecho a la libertad de circulación y a escoger libremente su residencia (art. 12 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos), o en los casos más graves, existe privación de identidad, obligación a hablar en otro idioma, cambiar de religión, impedimento de contraer matrimonio o de fundar una familia, o interdicción de poseer o heredar propiedades”³⁵.

3. La asociación ilícita de la Ley 20.507

Artículo 411 quinquies del Código Penal

Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos de este párrafo serán sancionados, por este solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de este Código.

La Ley 20.507 incorpora al Código Penal el artículo 411 quinquies, el que tipifica la asociación ilícita para cometer los delitos de la misma ley, esto es el tráfico de migrantes y la trata de personas.

Nuevamente aquí se aprecia la influencia de diversos instrumentos internacionales, pero especialmente de los Protocolos relativos al Combate al Tráfico de Migrantes por Vía Terrestre, Marítima y Aérea y la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños, del año 2000.

En la Convención de Palermo se define como organización criminal al “grupo delictivo organizado”, y por la cual se entiende un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Las organizaciones criminales cuyo fin sea el tráfico de migrantes o la trata de personas se describen y sancionan en nuestra ley de acuerdo a lo establecido en el artículo 411 quinquies, es decir, la Ley 20.507 al incorporar las asociaciones ilícitas para el tráfico o la trata, se remite al artículo 292 del Código Penal, sin añadir elementos adicionales, por lo que al perseguirlo se deben considerar los elementos del tipo penal del artículo 292.

Artículo 292 del Código Penal:

35 “La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes en el marco de los derechos humanos”, Gabriela Rodríguez Pizarro, Jefe de Misión OIM Chile, Ponencia en Mesa de Trabajo “Migración, derechos humanos y ciudadanía”, Conferencia Regional Sobre Migración, <http://www.crmsv.org/documentos/SEGIB/7%20terceraParte.pdf>, fecha de consulta 13 de julio de 2011.

Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Si bien es cierto, el artículo 292 no enumera de forma expresa los requisitos necesarios para estar en presencia de una asociación ilícita, doctrina y jurisprudencia nacional reciente permiten concluir que los elementos necesarios son los siguientes³⁶:

- Pluralidad de sujetos.
- Permanencia en el tiempo.
- Organización.
- Objetivo común.

En relación al objetivo común, éste debe ser la comisión de delitos, en este caso concreto, la comisión del delito de trata de personas o de tráfico de migrantes.

Siguen siendo aplicables a la asociación ilícita para trata o tráfico, por tanto, las reglas establecidas en los artículos 292 y siguientes del Código Penal, en relación con las penas aplicables a los jefes de la asociación y a los demás integrantes de la misma.

Igualmente aplicable es el artículo 294 bis, que establece que las penas aplicables por el delito de asociación ilícita son independientes de aquellas que deban imponerse por los delitos cometidos, en este caso, trata de personas y tráfico de migrantes, por lo que habrá de producirse un concurso real entre ambos tipos penales.

³⁶ Gajardo Orellana, Tania. Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial. Revista Jurídica del Ministerio Público, N°45, Santiago de Chile, 2010, pp. 229-243.

ENTIDADES DE GESTIÓN INMOBILIARIA SOCIAL Y DEFRAUDACIONES EN LA POSTULACIÓN Y OBTENCIÓN DE SUBSIDIOS HABITACIONALES

Alejandro Litman Silberman¹

1. Introducción

El tener un lugar propio para vivir, aquello que suele identificarse como “*el sueño de la casa propia*”, constituye sin lugar a dudas una de las máximas aspiraciones de las familias chilenas, particularmente, para aquellas familias que pertenecen a los sectores más desposeídos y desprotegidos de nuestra sociedad. En efecto, más allá del hecho de que la obtención de una vivienda propia implique la satisfacción de una necesidad concreta, representa además el primer paso en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, ya que al ir usualmente asociada la satisfacción de dicha necesidad al acceso seguro a servicios básicos como agua potable y electricidad, condiciones que en pleno siglo XXI siguen siendo un “*lujo*” para gran parte de la población, la casa propia simboliza en definitiva, una vida más digna y tranquila.

En este contexto, resulta innegable la relevancia y connotación social que adquieren los ilícitos vinculados a la adquisición de viviendas, particularmente cuando suelen resultar afectados un número significativo de personas.

Tales factores, unidos al incremento que han experimentado durante el último tiempo la apertura de investigaciones penales a causa de la presentación de denuncias referidas tanto a la asignación irregular de subsidios habitacionales como a su otorgamiento fraudulento a través de las denominadas Entidades de Gestión Inmobiliaria Social (en adelante, EGIS), justifican a nuestro entender, la realización de un análisis acerca de los distintos tipos penales y particularmente los fraudes, que pueden cometerse en el marco de los procesos de postulación y obtención de subsidios habitacionales.

2. El sistema de postulación a subsidios habitacionales

Se define el **Subsidio Habitacional o Subsidio** como la “*ayuda estatal directa, que se otorga por una sola vez al beneficiario, sin cargo de restitución, y que constituye un complemento del ahorro que necesariamente deberá tener el beneficiario y, si lo necesitare, del crédito que obtenga para financiar la adquisición o construcción en sitio propio, de una vivienda económica*”².

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Decreto Supremo N°1, MINVU, que aprueba Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional y deroga el D.S. N°40, de 2004, y el Capítulo Segundo del D.S.

Genéricamente hablando, los subsidios habitacionales se otorgan para financiar la adquisición de una vivienda, nueva o usada, urbana o rural, o la construcción de ella en sitio propio, o en densificación predial, para destinarla al uso habitacional del beneficiario y su núcleo familiar, para mejorar y ampliar la vivienda, y también para el mejoramiento de obras viales, espacios públicos y áreas comunitarias de barrios y ciudades.

Los montos de los subsidios varían según la modalidad del subsidio al que se postule y el puntaje en la Ficha de Protección Social, instrumento de estratificación social cuya función primordial es seleccionar con mayor pertinencia y precisión a los potenciales beneficiarios de Programas Sociales y beneficios del Estado, no sólo en virtud de su condición socioeconómica en general, sino también en función de necesidades diferenciadas y de situaciones específicas, como discapacidad, vejez, desempleo, bajos ingresos, enfermedades, entre otras vulnerabilidades.

Existen distintos programas habitacionales, entre los cuales se cuentan los siguientes:

- **Subsidio Habitacional del Programa Fondo Solidario de Vivienda**, establecido en el Decreto Supremo N°174, MINVU, que reglamenta Programa Fondo Solidario de Vivienda, promulgado el 30/09/2005 y publicado en el Diario Oficial con fecha 09/02/2006³, el que a su vez contempla los siguientes programas:
 - *Fondo Solidario de Vivienda I* (Capítulo I del D.S. N°174), que entrega subsidios para construir o comprar una vivienda nueva o usada, sin necesidad de un crédito hipotecario;
 - *Fondo Solidario de Vivienda III o Programa Habitacional para Familias de Zonas Rurales* (Capítulo III D.S. N°174), que entrega subsidios para construir una vivienda en zonas rurales, en el terreno del postulante y con crédito complementario opcional.
- **Subsidio Habitacional del Programa de Protección del Patrimonio Familiar**, establecido en el Decreto Supremo N°255, MINVU, que aprueba Reglamento del Programa de Protección del Patrimonio Familiar, promulgado el 13/10/2006 y publicado en el Diario Oficial con fecha 25/01/2007⁴, que está destinado a contribuir al financiamiento de las obras de Equipamiento Comunitario y/o Mejoramiento del Entorno (Título I),

N°174, de 2005. Promulgado el 20 enero 2011 y publicado en el Diario Oficial con fecha 06 junio 2011.

3 Modificado por el Decreto Supremo N°3, MINVU, promulgado el 11/01/2010 y publicado en el Diario Oficial con fecha 01/04/2010.

4 Modificado por el Decreto Supremo N°3, MINVU, promulgado el 11/01/2010 y publicado en el Diario Oficial con fecha 01/04/2010.

Mejoramiento de la Vivienda (Título II) y Ampliación de la Vivienda (Título III).

- **Subsidio Habitacional para Grupos Emergentes y Clase Media**, establecido en el Decreto Supremo N°1, MINVU, que aprueba Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional y deroga el D.S. N°40, de 2004, y el Capítulo Segundo del D.S. N°174, de 2005, promulgado el 20/01/2011 y publicado en el Diario Oficial con fecha 06/06/2011, que está destinado a apoyar la construcción o compra de una vivienda económica, nueva o usada, en sectores urbanos o rurales, para uso habitacional del beneficiario y su familia. Dirigidos a personas con capacidad de ahorro y posibilidad de complementar el valor de la vivienda con un crédito hipotecario o recursos propios.

En términos generales, para postular a los subsidios habitacionales es necesario ser mayor de 18 años, cumplir con el ahorro mínimo exigido para postular al subsidio que corresponda, lo que deberá acreditarse mediante una cuenta de ahorro a plazo para la vivienda en bancos o instituciones financieras, cuenta de ahorro con fines habitacionales mantenida en algún servicio de bienestar social, cuenta de aporte de capital y de depósitos de ahorro para la vivienda, etc., presentar declaración jurada de postulación, entre otros⁵.

En cuanto a los impedimentos para postular, no pueden hacerlo aquellas personas (su cónyuge o conviviente, u otro miembro del núcleo familiar identificado en la Ficha CAS) que se encuentren postulando al mismo u otro programa habitacional, aquellos que presenten las características de familia unipersonal (excepto personas con discapacidad, adultos mayores de 60 años de edad, personas que tengan la calidad de indígenas, etc.), aquellas personas (o su cónyuge) que fuesen propietarios o asignatarios de una vivienda o de una infraestructura sanitaria, personas que hubiesen obtenido del SERVIU, o de sus antecesores legales, o de las Municipalidades, o del Ministerio de Bienes Nacionales, o a través de los mecanismos del Impuesto Habitacional, una vivienda, o una infraestructura sanitaria, o un sitio, entre otras⁶.

Asimismo, no podrán postular las personas (su cónyuge, o conviviente, o alguno de los otros miembros de su núcleo familiar declarado) que a la fecha de postular sean propietarias o asignatarias de una vivienda o de una infraestructura sanitaria, los que tengan algún certificado de subsidio habitacional vigente a la fecha de la postulación (o lo tenga su cónyuge, o conviviente, o los miembros del núcleo familiar declarado), los que estuvieren postulando a

5 Artículo 16 del D.S. N°1, MINVU, que aprueba Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional.

6 Artículo 6 del D.S. N°174, MINVU, que reglamenta Programa Fondo Solidario de Vivienda.

cualquier otro programa habitacional de las Instituciones del Sector Vivienda, etc.⁷.

Sobre la forma en que debe efectuarse la postulación a los distintos tipos de subsidios habitacionales, es importante tener presente que en cualquiera de los programas existentes es posible hacerlo individualmente (el interesado realiza todos los trámites por su propia cuenta y en forma directa), o bien en forma colectiva, lo que supone la existencia de un grupo de postulantes organizados en comités de vivienda o de allegados, cooperativas o cualquier otro tipo de agrupación cuyo propósito sea postular de manera conjunta a subsidios.

Ahora bien, en cuanto a las vías a través de las cuales dicha postulación debe hacerse, es decir, a la aparente exigencia de que las postulaciones deban realizarse a través de aquellas entidades encargadas de prestar asesorías especializadas a las familias, las denominadas EGIS y PSAT⁸, resulta necesario distinguir de acuerdo al programa habitacional y tipo de subsidio de que se trata:

- Respecto del *Programa Fondo Solidario de Vivienda P*, tratándose de la adquisición de viviendas (postulaciones que suelen ser individuales) es posible postular en forma directa, sin la intermediación de una EGIS / PSAT. En el caso de la construcción de viviendas (que suelen ser grupales), deben realizarse a través de una EGIS / PSAT.
- Respecto del *Programa Fondo Solidario de Vivienda III o Programa Habitacional para Familias de Zonas Rurales*¹⁰, la postulación debe realizarse necesariamente a través de una EGIS.
- Respecto del *Programa de Protección del Patrimonio Familiar*¹¹, cualquiera sean las obras a realizar, es necesario postular a través de una PSAT.
- Respecto del *Subsidio Habitacional para Grupos Emergentes y Clase Media*¹², en el caso de postular en forma individual es posible hacerlo directamente, mientras que en caso de postulación colectiva, hay que distinguir entre

7 Párrafo 5° del D.S. N°1, MINVU, que aprueba Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional.

8 A las EGIS nos referiremos en detalle en la sección próxima. Las PSAT o Prestadores de Servicios de Asistencia Técnica cumplen funciones similares a las EGIS respecto del Programa de Protección del Patrimonio Familiar.

9 Capítulo I del D.S. N°174/2005; entrega subsidios para construir o comprar una vivienda nueva o usada, sin necesidad de un crédito hipotecario.

10 Capítulo III D.S. N°174/2005; entrega subsidios para construir una vivienda en zonas rurales, en el terreno del postulante y con crédito complementario opcional.

11 D.S. N°255/2006; destinado a contribuir al financiamiento de las obras de Equipamiento Comunitario y/o Mejoramiento del Entorno (Título I), Mejoramiento de la Vivienda (Título II) y Ampliación de la Vivienda (Título III).

12 D.S. N°1/2011; destinado a apoyar la construcción o compra de una vivienda económica, nueva o usada, en sectores urbanos o rurales, para uso habitacional del beneficiario y su

postulación grupal con proyecto habitacional, en que se debe hacer a través de una entidad patrocinante EGIS / PSAT, y postulación grupal sin proyecto, que no exige tal patrocinio (aunque sí que el grupo organizado cuente con personalidad jurídica constituida exclusivamente para desarrollar un proyecto habitacional).

3. Las Entidades de Gestión Inmobiliaria Social (EGIS)

Las EGIS son personas naturales o jurídicas, con o sin fines de lucro, que han sido autorizadas por la SEREMI respectiva para asesorar a las familias en todos los aspectos necesarios, técnicos y sociales, que les permitan acceder y aplicar un subsidio habitacional.

Dentro del sistema de postulación a subsidios habitacionales, las EGIS son entidades que apoyan a las familias durante todo el proceso de postulación a las distintas modalidades del Fondo Solidario de Vivienda y del Subsidio Habitacional Rural, lo cual comprende desde la organización de los postulantes y la preparación de los proyectos, hasta la entrega de las viviendas a los beneficiarios del subsidio.

El artículo 2 del Decreto Supremo N°174 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo define las EGIS como “*personas jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que prestan los servicios de asistencia técnica requeridos para el buen desarrollo de los proyectos del Fondo Solidario de Vivienda, a que se refiere la Resolución N°533, (V. y U.), de 1997*”^{13 14}.

Complementando dicha definición cabe señalar que pueden ser EGIS, entre otras personas jurídicas, los municipios, fundaciones, corporaciones, cooperativas, consultoras y constructoras, siempre que previamente firmen un convenio (marco) con la SEREMI de Vivienda en la región en que operen. Incluso el SERVIU podrá actuar como EGIS, aunque ello sólo podrá ocurrir, por ejemplo, si luego de ingresado un proyecto al Banco¹⁵, la EGIS patrocinante del proyecto esté impedida o se desiste de continuar con su desarrollo.

Además de suscribir el Convenio Marco con el MINVU, en que se establecen las acciones, condiciones, compromisos y obligaciones que asumirán para la

familia. Dirigido a personas con capacidad de ahorro y posibilidad de complementar el valor de la vivienda con un crédito hipotecario o recursos propios.

13 D.S. N°174, MINVU, que reglamenta Programa Fondo Solidario de Vivienda.

14 Resolución N°533, MINVU, que fija procedimiento para prestación de servicios de asistencia técnica a programas de vivienda que indica, y deroga Resolución N°241, de 1996. Promulgado con fecha 13/10/1997 y publicado en el Diario Oficial con fecha 05/11/1997. Última modificación el 29/12/2009 (Res. N°390).

15 Banco de Proyectos es el sistema de información para preparar y recibir los proyectos a que se refiere el Reglamento del Programa Fondo Solidario de Vivienda. Conformado por una base datos administrada por el MINVU y por un archivo físico administrado por cada SERVIU.

preparación, desarrollo y ejecución de los proyectos, y cualquier otra estipulación que se estime conveniente a los intereses de las partes, las personas jurídicas interesadas en desarrollar labores de EGIS deberán acreditar que cuentan con oficinas adecuadas para la atención personalizada de público en cada una de las regiones en que operarán.

El marco normativo que rige la actividad de las EGIS se encuentra conformado por diversos cuerpos legales, algunos de los cuales ya fueron señalados a propósito de los distintos programas habitacionales existentes¹⁶.

En la etapa de postulación al subsidio habitacional, la principal labor de las EGIS es prestar asesoría gratuita a las familias a las cuales le proporcionan Asistencia Técnica y realizar las acciones necesarias para que éstas logren acceder y aplicar a un subsidio habitacional¹⁷.

En términos más específicos, son labores de las EGIS¹⁸:

- i) Organizar la demanda habitacional, a los interesados en postular a un subsidio, y representarlos ante el SERVIU, lo cual comprende informarlos y asesorarlos respecto de la elección de una solución habitacional, velar porque cumplan con los requisitos reglamentarios para acceder al subsidio habitacional y con el plan de ahorro individual.
- ii) Asesorar en la adquisición de un inmueble destinado a la construcción de las viviendas, prestando apoyo en la búsqueda, identificación, selección y adquisición del inmueble, lo que comprende la calificación del terreno a través de la evaluación de su factibilidad legal, técnica y económica para la ejecución del proyecto habitacional, calificación técnica y tasación de la vivienda según la reglamentación vigente, estudio de títulos del inmueble, preparar y/o revisar el contrato de compraventa, etc.

Del mismo modo, en el caso de proyectos de construcción las EGIS también deben diseñar el proyecto de construcción en conjunto con las familias postulantes, contratar a la empresa constructora, obtener los permisos de construcción, guiar la ejecución del proyecto velando por su calidad, visar la contratación de las obras y gestionar la recepción definitiva de las obras.

16 D.S. N°174/2005, Res. N°533/2005, D.S. N°255/2006, D.S. N°51/2008, D.S. N°3/2010 y D.S. N°1/2011, entre otros.

17 Cabe señalar que mientras las EGIS asesoran a los interesados en postular a los Subsidios de los Capítulos I y II del Fondo Solidario de Vivienda y a quienes quieran construir en forma colectiva viviendas con los subsidios para sectores medios del Decreto Supremo N°40, los Prestadores de Servicios de Asistencia Técnica (PSAT) cumplen dicho rol respecto de quienes optan por postular a un subsidio para la construcción individual en zonas rurales (Capítulo III del Fondo Solidario de Vivienda) y al Programa de Protección del Patrimonio Familiar (PPPF).

18 Artículo 59, D.S. N°174, MINVU, que reglamenta Programa Fondo Solidario de Vivienda.

iii) Diseñar y desarrollar un Plan de Habilitación Social, a partir del diagnóstico individual y colectivo realizado por la EGIS en conjunto con las familias postulantes, para la elaboración del proyecto de mejoramiento o ampliación de sus viviendas.

A partir de la dictación del Decreto Supremo N°51¹⁹, que modificó los D.S. N°174 (Reglamento del Programa Fondo Solidario de Vivienda), D.S. N°255 (Reglamento del Programa de Protección del Patrimonio Familiar), D.S. N°145 (Reglamento del Sistema de Subsidio Habitacional Rural) y el D.S. N°40 (Nuevo Reglamento del Sistema de Subsidio Habitacional)²⁰, se fija el nuevo marco normativo de la actividad inmobiliaria social, estableciéndose la firma de un Convenio Marco Único a nivel regional, entre las distintas Secretarías Regionales Ministeriales y las personas naturales o jurídicas que, cumpliendo los requisitos exigidos, asuman la calidad de EGIS en la Región correspondiente.

Entre otros aspectos, se establecen nuevas exigencias para que una EGIS pueda acceder a la firma de un Convenio Único Regional, a saber:

- Que sus antecedentes legales sean aprobados por la División Jurídica del Programa EGIS del Departamento de Planes y Programas de la SEREMI.
- Acreditar la existencia de oficinas para la atención personalizada de público en la respectiva región.
- Contar con antecedentes penales, comerciales, tributarios, laborales y previsionales intachables, tanto las EGIS como sus socios, representantes legales, directores, administradores, gerentes, etc.
- Presentar nómina de profesionales, con expresa mención de los programas habitacionales en que se desempeñarán.

A través de la firma del Convenio Único Regional, las EGIS quedan habilitadas para actuar en las postulaciones individuales o grupales destinadas a la construcción y adquisición de viviendas, mejoramiento del entorno, equipamiento comunitario, mejoramiento y ampliación de la vivienda.

Por otra parte, y tal como se dijo, las EGIS no pueden realizar cobro alguno a los postulantes y beneficiarios por las asesorías prestadas en la postulación a cualquier subsidio habitacional. Es directamente el SERVIU, tal como se esta-

19 D.S. N°51, promulgado con fecha 1/2/2008 y publicado en el Diario Oficial con fecha 10/4/2008.

20 Este D.S. fue derogado por el D.S. N°1 del MINVU, que aprueba el Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional.

blece en los respectivos Convenios Marco, quien paga honorarios a las EGIS por los servicios y asesorías que presta, según se detallará a continuación²¹.

Según se establece en el artículo 2 de la Resolución N°533/1997, para determinar los honorarios a pagar a las EGIS se debe distinguir entre las modalidades de Asistencia Técnica y Social a la Construcción de Viviendas (Modalidad A) y de Asistencia Técnica y Social a Proyectos de Adquisición de Viviendas Existentes (Modalidad B).

Respecto de la Modalidad A²², el SERVIU paga a las EGIS los honorarios que correspondan de acuerdo a la cantidad de familias que integran el proyecto, tramo de valores por familia, tamaño del proyecto y monto del subsidio. El pago se realiza contra la presentación de los antecedentes que acrediten el cumplimiento de las actividades descritas (nota al pie N°17).

Respecto de la Modalidad B²³, el SERVIU pagará a la EGIS por las labores que debe realizar un honorario fijo de 15 UF por familia atendida, cuyo pago se efectuará una vez obtenido el pago del respectivo subsidio habitacional y previa comprobación por el SERVIU del cumplimiento de las actividades correspondientes al Plan de Habilitación Social para esta tipología de proyectos, conforme al D.S. N°174/2005.

De manera excepcionalísima, las EGIS pueden solicitar dineros a los postulantes y beneficiarios de un subsidio, pero sólo para el pago de algunos

- 21 **Artículo 43, inciso segundo, D.S. N°174, MINVU.-** El SERVIU pagará a la EGIS los honorarios señalados en la Resolución N°533 (V. y U.), de 1997, por las actividades, trámites y gestiones que le corresponde realizar en este Programa, estando prohibido a la EGIS formular cobro alguno a los postulantes por dichas actividades, trámites y gestiones. No obstante lo anterior, la EGIS podrá solicitar a los postulantes provisiones de fondos a rendir para financiar el pago de derechos y aranceles que no estén considerados en el financiamiento del proyecto, debiendo rendir cuenta documentada a los postulantes de la utilización de estos fondos y acompañar copia de esta rendición, con constancia de su aprobación por los postulantes o por el o los representantes legales del Comité, en su caso, al formular el cobro de sus honorarios al SERVIU.
- 22 La Modalidad A comprende los siguientes Servicios o Áreas de Asistencia Técnica y Social: Organización de la Demanda y Plan de Habilitación Social Pre Selección del Proyecto; Elaboración de los proyectos técnicos; Plan de Habilitación Social Post Selección del Proyecto; Gestión Legal y Administrativa del Proyecto.
- 23 La Modalidad B incluye la ejecución por parte de la EGIS de las actividades que a continuación se señalan: Identificación de la vivienda; Calificación técnica de la vivienda; Tasación de la vivienda; Estudio de títulos de la propiedad; Análisis de la factibilidad económica de la adquisición; Realización de las gestiones necesarias para la tramitación y otorgamiento del financiamiento complementario, si procediera; Redacción de la promesa de compraventa, si procede; Redacción del contrato de compraventa; Trámites notariales relativos al contrato de compraventa; Trámites para obtener las inscripciones correspondientes en el Conservador de Bienes Raíces; Elaboración y ejecución del Plan de Habilitación Social.

derechos y aranceles (gastos operacionales)²⁴, entre los que se encuentran los siguientes:

- Certificados de copropiedad, recepción municipal, inhabilitación, DFL 2, instalación de agua potable y alcantarillado, hipotecas, gravámenes, prohibiciones y embargos, dominio vigente, etc.
- Derechos de edificación, subdivisión o fusión, recepción de obras de urbanización y de obras de edificación, etc.
- Escrituras y protocolizaciones de compraventas, cesiones de derechos, servidumbres, alzamiento de prohibiciones, etc.
- Inscripciones de plano loteo, prohibiciones de gravar y enajenar, compraventas, cesiones de derechos, alzamiento de prohibiciones y servidumbres, etc.

Respecto de estos dineros que las EGIS pueden excepcionalmente solicitar a los postulantes y beneficiarios por concepto de gastos operacionales, se establecen una serie de exigencias a su respecto²⁵, debiendo:

- Constar y estar claramente establecidos en el Convenio Marco o sus anexos.
- Destinarse única y exclusivamente al pago de gastos operacionales (derechos y aranceles).
- Respaldarse documentalmente.
- Rendirse al postulante, quien podrá aprobarlos o rechazarlos.
- También rendirse, junto con la aprobación del postulante, al formularse el último cobro de honorario al SERVIU.

Por último, cabe señalar que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo mantiene disponible el Listado Oficial de EGIS, tanto en sus dependencias como a través de su sitio web²⁶, por lo que sólo aquellas entidades que figuran en dicho listado pueden ser consideradas como tales.

4. Tipologías de hechos denunciados

Las investigaciones en las que se encuentran involucradas algunas EGIS suelen llegar a conocimiento de las distintas fiscalías una vez que las potenciales víctimas o bien los organismos sectoriales toman conocimiento de

24 Artículo 43, inciso segundo, D.S. N°174, MINVU.

25 Artículo 43, inciso segundo, D.S. N°174, MINVU.

26 Listado Oficial de EGIS y PSAT a la fecha en <http://app.registrotecnicos.cl/listadooficiallegisminvu.asp>

alguna irregularidad en los procesos de postulación y obtención de subsidios habitacionales.

En efecto, en algunas ocasiones los postulantes denuncian que no obstante haber hecho entrega de dineros a la respectiva EGIS ésta no realizó ninguna gestión para la tramitación del subsidio; que habiéndoselos solicitado dinero por concepto de “*gastos operacionales*”, estos finalmente han sido destinados a fines diversos, como por ejemplo a la subsistencia del negocio de la EGIS, apropiándose los y sin ser rendidos; o bien, que simplemente les han solicitado sumas de dinero a los postulantes o beneficiarios por concepto de las asesorías prestadas o por supuestas comisiones, en circunstancias que todos esos cobros se encuentran expresamente prohibidos.

En otros casos, las denuncias dan cuenta de la realización de una serie de acciones tendientes a aparentar el funcionamiento de una EGIS, como el contar con oficinas, existencia de captadores o personal de apoyo, realizar publicidad, etc., todo lo cual persigue ocultar que la empresa no tiene carácter de EGIS ni se encuentra acreditada ante el MINVU. En estas situaciones, ante las consultas de los postulantes, se les suele “*demorar*” y pedir paciencia, señalándoles que los trámites de postulación al subsidio se están realizando pero que toman tiempo, cuando en realidad jamás se realizó trámite de postulación alguno.

Existen también casos en que los beneficiados con subsidios se ven impedidos de seguir pagando los dividendos de los inmuebles adquiridos producto de un aumento en el monto de éstos, tomando luego conocimiento que ello se debió a que fueron falsificados sus antecedentes, “*inflándose*” sus ingresos o cotizaciones previsionales, falsificaciones que se realizan con el objeto de que aquellos cumplan los requisitos necesarios para postular, o bien, mejoren su condición para lograr acceder a un determinado subsidio, con el consiguiente aumento de los honorarios a recibir por parte de la EGIS.

Finalmente, en otras ocasiones son los propios organismos sectoriales, MINVU, SERVIU o SEREMI de Vivienda, quienes al tomar conocimiento, por ejemplo, de la falsificación de documentos o antecedentes presentados o bien otra irregularidad, ponen tales hechos en conocimiento del Ministerio Público.

5. Tipos penales aplicables

Atendidas las tipologías de hechos que suelen denunciarse en el contexto de interacción que se da entre los postulantes a los distintos tipos de subsidios habitacionales y las entidades o supuestas entidades de gestión inmobiliaria (EGIS) que deben prestar la asesoría técnica que les ha sido encomendada por la ley, resulta interesante distinguir los distintos tipos de fraudes y otros delitos que pueden estimarse configurados a partir de tales hechos:

5.1. Delito de estafa

En relación con el engaño cuya concurrencia es necesario acreditar para los efectos de configurar cualquier tipo de estafa, en los casos enunciados, aquél suele identificarse con conductas que tienen por objeto hacer creer a los postulantes que la empresa tiene el carácter de EGIS cuando en realidad no lo tiene, o bien, en *aparentar* que se encuentran facultados para cobrar por sus gestiones o que los gastos irrogados por la tramitación del subsidio son considerablemente mayores que los efectivamente se generan a partir de ciertos derechos y documentos que en el proceso deben pagarse y obtenerse, conductas todas que revistiendo cierta entidad, debieran en general ser calificadas a título de la figura de estafa genérica contemplada en el artículo 468 del C.P.

Luego, a partir de este engaño, las víctimas incurren en el error exigido por el tipo al formarse una errónea representación de la realidad, entregándoles dinero en la creencia que la empresa tiene la calidad de EGIS cuando en realidad no la tiene, o en los casos en que efectivamente se trata de una EGIS, en que se encuentran habilitadas para cobrar por su asesoría o que los dineros por concepto de gastos operacionales efectivamente corresponden en cuanto a su monto y origen a los efectivamente irrogados por el proceso.

Por último, es precisamente dicha entrega de dinero que las víctimas realizan, la que constituye la disposición patrimonial que integra el tipo penal, y que a la postre resulta perjudicial para los postulantes, por no haber recibido en definitiva ninguna contraprestación por parte de la supuesta EGIS, esto es, la tramitación del subsidio esperado, o bien, en aquellos casos en que se les solicitaron honorarios por las asesorías o mayores sumas por supuestos gastos operacionales, por no haber recibido una contraprestación equivalente.

5.2. Delito de apropiación indebida

A partir de las solicitudes de dinero por concepto de gastos operacionales que algunas EGIS efectúan a los postulantes y que son destinados por estas entidades a fines distintos o diversos, o bien, son derechamente “bicileteados” para los efectos de asegurar la subsistencia del negocio y captar una mayor cantidad de clientes, se estima que resulta posible considerar configurado el delito de apropiación indebida del artículo 470 N°1, en su modalidad de distracción, así como en aquellos casos en que los dineros recibidos por las EGIS para tales gastos son excesivos, sin que a la postre se rindan ni restituya dicho exceso a los postulantes, situaciones en que eventualmente puede configurarse el mismo delito bajo la modalidad de apropiación.

5.3 Delito de falsificación y uso malicioso de instrumento privado falsificado

Tal como se mencionó anteriormente, en algunas ocasiones las irregularidades en la obtención de subsidios dicen relación con su otorgamiento a personas que no cumplían con los requisitos mínimos para postular a un determinado subsidio, cosa que es posible, por cuanto con anterioridad a la realización de la postulación se ha procedido, generalmente a espaldas del postulante, a la falsificación de sus documentos o antecedentes, como liquidaciones de sueldo, certificados de AFP, libretas de ahorro, etc., haciéndolas aparecer con ingresos superiores a los reales, o bien, figurando como trabajadores dependientes con cotizaciones previsionales al día u otro tipo de antecedente que hubiese posibilitado la asignación improcedente de un subsidio determinado.

Dado que las EGIS reciben honorarios por cada subsidio que es otorgado y tramitado (UF 15), existe allí un incentivo perverso que conduce a que muchas de estas entidades adopten como parte de sus procedimientos habituales el falsificar los antecedentes de sus postulantes con el objeto de que aparentemente cumplan los requisitos legales y les sean otorgados los correspondientes subsidios.

5.4. Delito de obtención fraudulenta de subvenciones

En relación con lo anterior, en aquellas situaciones en que se hayan falsificado documentos u ocultado antecedentes (dolo) con el objeto de cumplir las exigencias para postular y acceder a un subsidio habitacional, podría entenderse además configurado el denominado delito de fraude de subvenciones que se contempla en el artículo 470 N°8 del Código Penal, caso en que las posibles situaciones concursales que pudieran producirse con los delitos de falsificación paralelamente cometidos, debieran solucionarse en favor del referido fraude especial, entendiéndose que dichas falsificaciones no han sido sino el medio engañoso empleado para la comisión de dicho delito.

Y ello, sin considerar además la posibilidad de que en aquellas investigaciones en que aparezcan involucrados funcionarios públicos del MINVU, SERVIU, SEREMI de Vivienda u otro organismo público, quiénes participen de dicha defraudación o bien consientan en que un tercero lo haga, podrían además cometer un delito de fraude al Fisco, en el marco del proceso de postulación u obtención de un subsidio habitacional.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE Y VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR

DELITO DE DESACATO ASOCIADO A CAUSAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y ERROR DE PROHIBICIÓN. PERSPECTIVA DE LOS TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN LO PENAL

María Cecilia Ramírez Guzmán¹

De manera frecuente, en casos de desacato asociados a medidas cautelares² o sanciones accesorias³, decretadas en causas sobre violencia intrafamiliar, la defensa recurre a la tesis del error de prohibición para fundamentar la absolución del acusado. También lo suele hacer, ante el incumplimiento de una condición de una suspensión del procedimiento, cuando no prospera el argumento de que el quebrantamiento de ésta, sólo puede dar lugar a la sanción procesal establecida en el artículo 239 del CPP.

Son distintos los elementos que las defensas emplean para apoyar esta tesis, desde alegar el desconocimiento de la existencia de la prohibición, atribuir a la inobservancia de la misma un efecto de menor entidad que el reproche penal, pasando por imputar a la víctima el haber inducido al sujeto a ese error o bien otorgarle, al incumplimiento de la medida, una intención diversa a la de desobedecer o quebrantar lo ordenado cumplir.

En el presente trabajo se analiza el tratamiento que han dado los Tribunales a estas alegaciones, identificando desde el punto de vista sistemático la manera cómo se ha resuelto la discusión, los elementos tomados en consideración para fundar el error o su ausencia y las cuestiones probatorias vinculadas a ello.

1. Elemento de la culpabilidad. Aspectos cognitivos y subjetivos asociados al error

La primera cuestión a señalar es que los tribunales, al momento de examinar el error de prohibición, generalmente, lo hacen en sede de culpabilidad del delito como uno de los elementos necesarios para la configuración de ésta. Formulado este examen en términos negativos, se indica que la presencia de este error excluye la culpabilidad, eximiendo totalmente de responsabilidad penal en la medida que sea invencible⁴ o se atribuye el mismo efecto sin referencia

1 Directora de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Causas RUC 08001192516-3, 0600900902-5, 0600205190-5, 0500597849-3, 0700843341-5, 0900459041-1.

3 Causas RUC 0800837047-9, 0600416528-2, 0600709882-9, 800952271-k.

4 6° TOP de Santiago, sentencia de 11 de mayo de 2009, RUC 800952271-k, RIT 129-2009.

a su evitabilidad⁵. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 22 de junio de 2007, Rol N°770-2007-REF, considerando sexto, a propósito del incumplimiento de sanciones accesorias. En este mismo sentido, la sentencia del 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de 7 de julio de 2009⁶, que tras definir el delito como acción u omisión, típica antijurídica y culpable, decide la mayoría de sus miembros, absolver al acusado como autor del delito de desacato, por cuanto, a juicio de éstos, no se pudo establecer que le haya cabido una participación culpable. En efecto, de conformidad a lo establecido en el considerado vigésimo cuarto de la sentencia citada, se estimó que por haber padecido el sujeto de un error de prohibición faltaba la culpabilidad del delito⁷. En este caso se discutió la inobservancia de una prohibición de acercamiento impuesta como condición de una suspensión condicional del procedimiento por el 14 Juzgado de Garantía de Santiago. Por el contrario, se afirma la existencia de culpabilidad al descartarse el error de prohibición⁸.

Con todo, existen algunas sentencias que le atribuyen a este error la virtualidad de afectar la antijuricidad de la conducta, como ocurre con la sentencia de TOP de Rancagua de 13 de octubre 2008,⁹ por el quebrantamiento de sanciones accesorias, en cuyo considerando cuarto se señala: “En todo caso, cabe señalar que el permiso o aceptación de la víctima no transformará su conducta en atípica, puesto que ella no excluyó el conocimiento de la norma por parte del autor, sino que sólo fue capaz de generar falta de antijuricidad, en razón de su carencia de conciencia o error con respecto al merecimiento de un reproche penal”.

En las sentencias analizadas no se encontró alguna que considerara atenuada la culpabilidad, manifestándose en la extensión de la pena, frente a un error evitable de prohibición. De hecho, a ningún error acogido se le calificó de tal.

Si bien la tendencia general, como se señalara, es a tratar este error como elemento de la culpabilidad, las diferencias se producen al momento de precisar su contenido. Por una parte, se distinguen aquellos casos en que los sentenciamientos

5 6° TOP de Santiago, sentencia de 7 de mayo de 2007. RUC 0600709882-9, RIT 97-2007.

6 Causa RUC 0801192516-3, RIT 104-2009.

7 También en 6° TOP de Santiago, sentencia de de 7 de mayo de 2007, RUC 0600709882-9, RIT 97-2007 y TOP de Punta Arenas, sentencia de de 16 de abril de 2009, RUC 0600900902-5, RIT 80-2008.

8 TOP de Linares, sentencia de 21 de noviembre de 2008, RUC 0700843341-5, RIT 62-2008; TOP de Viña del Mar de 8 de agosto de 2006, RUC 0500597849-3, RIT 86-2006; 6° TOP de Santiago de 11 de mayo de 2009, RUC 8009523271-k, RIT 129-2009.

9 En el mismo sentido, 7° TOP de Santiago, sentencia de 4 de febrero de 2011, RUC 1000405260-4, RIT295-2010, considerando noveno.

dores identifican al error con la falta de conciencia de la ilicitud y los que, lo relacionan con problemas de dolo u otros aspectos subjetivos.

1.1. Conciencia de la ilicitud

Ante el desconocimiento del carácter ilícito de la conducta los Tribunales afirman la existencia del error de prohibición. Así, si el sujeto obra asistido por la creencia de que está actuando ajustado a derecho, esto es lícitamente, no se le puede imputar responsabilidad penal, puesto que carece de la libertad para autodeterminarse conforme a las exigencias de derecho, según lo declarado por sentencia de 6° TOP de Santiago de 7 de mayo de 2007, conociendo de un delito de desacato por incumplimiento de sanciones accesorias, considerando undécimo¹⁰. En términos similares -a propósito de una medida cautelar- la sentencia del TOP de Punta Arenas al precisar que si no se ha evidenciado que el acusado hubiese tenido conciencia de la ilicitud de su proceder, se diluye la existencia de una eventual culpabilidad¹¹. Por el contrario, cuando a juicio de los tribunales queda demostrado que existía perfecto conocimiento, por parte del hechor, de la prohibición que infringió se descarta la tesis de que haya padecido de un error¹².

a) Conocimiento de la prohibición

Algunos de los elementos tomados en consideración para afirmar, tratándose del delito de desacato, el conocimiento de esta prohibición lo constituye el hecho de que la resolución haya sido notificada personalmente¹³, conocimiento que se entiende reforzado por los tribunales si ésta se ha llevado a cabo en presencia del abogado defensor¹⁴. Así, tratándose de las sanciones accesorias impuestas, en virtud de lo dispuesto en la Ley N°20.066, la sentencia del 6° TOP de Santiago de 11 de mayo de 2009 señala que el acusado se encontraba presente en la audiencia en que se decretaron las sanciones accesorias quebrantadas, lo que fue reconocido por el imputado, luego, en el juicio por el delito de desacato. Éste, al momento de declarar, señaló que un tribunal le impuso la prohibición de acercarse a la víctima y al domicilio de

10 RUC 0600709882-9, RIT 97-2007. Sentencia declarada válida por la ICA de San Miguel de 22 de junio de 2007, Rol N°770.2007; RIT 97-2007.

11 TOP de Punta Arenas de 16 de abril de 2009, cit., considerando séptimo, quebrantamiento de medida cautelar de la presencia del acusado y de permanencia y acercamiento al domicilio, decretada por el Tribunal de Familia.

12 4° TOP de Santiago, sentencia de de 22 de enero de 2010, RUC 0800837047-9, RIT 274-2009.

13 TOP Viña del Mar, sentencia de 8 de agosto, cit., considerando undécimo; TOP de Linares de 21 de noviembre, cit., considerando duodécimo, TOP Antofagasta de 10 de agosto, cit., considerando noveno, TOP de Antofagasta, sentencia de 20 de marzo de 2010, RUC 0900459041-1, RIT 286-2009, considerando undécimo. TOP de Talagante, sentencia de 22 de noviembre de 2009, RUC 0900589807-k, RIT 97-2009.

14 4° TOP de Santiago, sentencia de 22 de enero, cit., considerando décimo segundo.

ésta, pero no se ajustó a dicha prohibición, puesto que consideró más importante concurrir a ese domicilio, para ayudar a los hijos comunes a mejorar el rendimiento escolar¹⁵. Esta justificación de la conducta, dada por el acusado, fue tenida como insuficiente por los sentenciadores para eximirlo de responsabilidad penal, ya que a juicio del Tribunal para su afirmación basta con que el sujeto “sepa que con su comportamiento está desobedeciendo los mandatos del derecho”¹⁶.

Por otra parte, se han ponderado las competencias especiales del acusado, referidas a su nivel de instrucción o formación, para estimar que estaba presente el conocimiento de la prohibición como se resolvió en sentencia del 5° TOP de Santiago de 8 de mayo de 2009¹⁷, con ocasión del incumplimiento de sanciones accesorias. En efecto, en el considerando séptimo de esta sentencia, los jueces destacaron la condición de funcionario policial del sujeto para estimar que la conciencia sobre la prohibición persistió en el caso concreto, razonando de la siguiente manera:

“Que, si bien es cierto, en este caso pudo haber parecido discutible que se haya configurado un error de prohibición en el agente, dado ciertos indicios que se evidenciaron de la prueba rendida en cuanto a algunas autorizaciones de la víctima, expresas o tácitas para concurrir a su domicilio, no es menos cierto aún de estimarse concurrente una de estas autorizaciones para ir a retirar la parrilla en la tarde del día de los hechos, ella no excedió la mera autorización para retirar la parilla y habiendo existido una fuerte discusión cuando de hecho se retiró la referida parrilla esa tarde, no pudo existir autorización alguna para permitirle al acusado ingresar a la casa la segunda vez en la misma noche, sabiendo el acusado dada su vasta experiencia policial y su calidad de sargento primero de carabineros que ninguna autorización parcial y específica de la víctima puede derogar una prohibición judicial, permaneciendo ésta incólume cada vez que no hubiere una autorización expresa de ingreso a la casa, prohibición que entonces viola el acusado al aproximarse a sabiendas a menos de 200 metros del domicilio de la víctima. El mismo acusado reafirma lo que se viene sosteniendo en el momento en que reconoce que en ocasiones se estacionaba a 150 metros de la casa de la afectada a escuchar música con su hijo, lo que sabía estaba imposibilitado de realizar” (subrayado nuestro).

La discusión sobre las competencias personales fue introducida por la defensa en causa RUC 0900120539-8, específicamente tratándose de un extranjero, ciudadano boliviano, por lo que -a juicio de ésta- el conocimiento que tenía sobre la ley no es el mismo que el de un nacional. La sentencia recaída en esta

15 6° TOP de Santiago sentencia de 11 de mayo, cit., considerando séptimo.

16 6° TOP de Santiago sentencia de 11 de mayo, cit., considerando octavo.

17 5° TOP de Santiago, sentencia de 8 de mayo de 2009, RUC 0800363239-4, RIT 40-2009, considerando séptimo. También en 1° TOP de Santiago, sentencia de 14 de julio de 2010, RUC 0900904978-6, RIT 60-2010, considerando décimo sexto.

causa descartó este argumento, ya que al sujeto se le notificó personalmente la resolución judicial que le prohibía acercarse a la víctima o a su domicilio¹⁸. Cabe hacer presente, que en ese caso el acusado lesionó a la víctima con ocasión del quebrantamiento y que los funcionarios policiales, que concurren al domicilio de la afectada, encontraron en su interior al acusado y que, además, el incumplimiento recayó en lo ordenado cumplir por sanciones accesorias.

Otro elemento tomado en cuenta por los sentenciadores para afirmar el conocimiento de la prohibición, y por lo tanto, la conciencia de la ilicitud, ha sido el comportamiento del sujeto al momento de su detención por haber incurrido en quebrantamiento. Es así como en la sentencia de TOP de Antofagasta de 4 de septiembre de 2006¹⁹, se señala: “En el caso que nos convoca, no cabe duda alguna que el acusado tenía pleno conocimiento de la antijuricidad de su actuar, tal es así, que cuando llegaron los carabineros al lugar y le manifestaron que lo iban a detener por la orden que existía de no acercarse a la señora L., no opuso resistencia alguna y se subió inmediatamente al carro policial”.

Esta misma sentencia se hace cargo de analizar un aspecto bastante relevante en materia de error de prohibición, relativo a la clase de conocimiento exigido para que se configure la conciencia de la ilicitud. En otras palabras, si se requiere que el sujeto conozca que la conducta se encuentra penalmente sancionada o basta que sepa que es contraria a derecho, independientemente de qué rama del ordenamiento jurídico la sancione. En el caso, la defensa del acusado fundó el error de prohibición en que éste pensaba que su conducta, el incumplimiento de una medida cautelar decretada por el Juzgado de Familia, se encontraba sancionada con arresto, ignorando que cometía el delito de desacato. El TOP desecha este planteamiento, puesto que a juicio de los sentenciadores “la base de dicho error, radica en la falta de conciencia por parte del hechor, de la antijuricidad de su conducta, sea por desconocimiento de la norma prohibitiva, sea porque piensa erróneamente que existe una causa de justificación”²⁰. Sobre la clase de conocimiento que satisface la conciencia de ilicitud, agrega el tribunal: “Resultando irrelevante para el Derecho Penal, la comprensión que éste tuviere sobre las consecuencias de su acción ilícita, es decir la punibilidad de la misma, en otras palabras, es indiferente que tuviera o no conciencia de la sanción que eventualmente pudiera aplicársele”²¹.

Otra manera de manifestarse este problema es a través de la declaración del acusado, cuando éste argumenta desconocer que el incumplimiento fuera a traer aparejada una consecuencia tan grave, refiriéndose a la pena. La senten-

18 TOP Antofagasta sentencia de 10 de agosto de 2009, cit., considerando tercero y undécimo, con ocasión del incumplimiento de sanciones accesorias.

19 RUC 0600205190-5, RIT 105-2006, considerando décimo.

20 TOP Antofagasta, sentencia de 4 de septiembre, cit., considerando noveno.

21 Ibid.

cia del TOP de Linares, de 21 de noviembre de 2008²², descarta este planteamiento, ya que a juicio del tribunal, la conducta no sólo era típica y antijurídica, sino que también culpable, dado que el acusado se encontraba debidamente notificado y en conocimiento del contenido de la resolución judicial que vulneró. En el caso, una medida cautelar decretada por el Tribunal de Familia. Por lo tanto, de acuerdo a lo resuelto por este Tribunal bastaría conocer que la conducta es ilícita, siendo irrelevante saber que era objeto de una conminación de carácter penal. En el mismo sentido, 6° TOP de Santiago en sentencia de 11 de mayo de 2009²³.

Por último, otra línea argumental presentada por la defensa del acusado consiste en que su representado ha actuado en la creencia que el consentimiento de la víctima, en el acercamiento a ella o el ingreso al domicilio, era suficiente para dispensarlo de la prohibición decretada. Tesis que ha sido rechazada por los tribunales, y por ende, han afirmado la conciencia de la ilicitud, si ha habido constancia que el sujeto tenía pleno conocimiento de que su comportamiento estaba prohibido, cuestión que se ha acreditado con la notificación de la medida y la comprensión de la consecuencia de su incumplimiento. En sentencia del TOP de Viña del Mar de 8 de agosto de 2006, a esos elementos -deducidos de la propia declaración del encartado- se le agregaron las otras declaraciones vertidas en el juicio, con las que el tribunal determinó que no hubo consentimiento de la cónyuge en ese ingreso, por muy razonables que estimase los dichos del imputado: “En esos términos, resulta aceptable y creíble lo que afirmó el acusado, sin embargo de sus dichos se desprende que él tenía conocimiento de que no bastaba con contar con el consentimiento de la madre de sus hijos para alzar la medida cautelar prohibitiva que le afectaba, de modo que es posible afirmar que cuando entró a la casa de sus hijos y cónyuge ese 20 de Noviembre él tenía plena conciencia de que su comportamiento era contrario al sistema vigente, máxime que, según lo concluido en el presente fallo, él no contaba con la voluntad de su cónyuge para ese ingreso”²⁴. Importa destacar que en el considerando décimo cuarto, esta sentencia, junto con señalar que el tribunal no se formó convicción de que el acusado ingresó al domicilio con autorización de la cónyuge, agregó “que aún de existir tal autorización, no habría sido suficiente para anular los efectos del incumplimiento de dicha resolución judicial, toda vez que también comprendía o protegía a las personas de tres hijos...”.

Para los tribunales cobra gran relevancia, cada vez que se invoca la presencia del consentimiento de la afectada como fundante del error de prohibición, determinar de qué manera se habría prestado dicho consentimiento, puesto

22 TOP de Linares, sentencia de 21 de noviembre, cit., considerando duodécimo, incumplimiento de medida cautelar decretada por Tribunal de Familia.

23 6° TOP de Santiago, sentencia de 11 de mayo, cit., considerando octavo.

24 TOP Viña del Mar, sentencia de 8 de agosto, cit., considerando decimosexto., infracción de prohibición de acercamiento a la víctima decretada por Tribunal de Familia.

que no es infrecuente que de los relatos de los testigos, a pesar de esta alegación, se forman convicción en sentido contrario. Como ocurrió con la sentencia citada. En efecto, en el caso se evidenció contradicción entre la declaración de la ofendida, la de los funcionarios aprehensores y lo que ella misma termina reconociendo en la audiencia: “Respecto del testimonio entregado por la cónyuge del enjuiciado, D.Z.M., no resultó totalmente convincente, puesto que hubo pasajes del mismo que no fueron coherentes con el resto de los antecedentes. El Tribunal pudo observar, al igual que respecto del acusado, que la deponente en el curso de su exposición trató siempre de hacer responsable a sus dos hijos mayores de la situación vivida actualmente por E.C., es así que habló que la presencia en su hogar de su marido ese día, y en ocasiones anteriores, pese a la medida de no acercamiento que le afectaba, se originó en los graves problemas conductuales de esos hijos, que la obligaban a requerir la ayuda de aquel; dijo que fue su hijo A. quien sacó para afuera de la casa al papá, que fue ese hijo el que le dijo a Carabineros, y no ella, que existía una orden del Tribunal de Familia”²⁵.

Este relato no impresionó al TOP como verosímil, puesto que los funcionarios aprehensores que intervinieron el día de los hechos depusieron sobre el estado de aflicción de la cónyuge, habiendo sido ella la que pidió la salida del acusado del hogar –también fue la que llamó a la unidad policial requiriendo presencia de los funcionarios- y la que mostró la orden del Tribunal de Familia²⁶.

De la misma manera, en la sentencia del 4 ° TOP de Santiago de 22 de enero de 2010²⁷, conociendo de delito de desacato por infracción de sanciones accesorias, se concluye que “la justificación que ha planteado, respecto a que acudía al domicilio de su conviviente porque ella lo llamaba o lo iba a buscar, no solo no quedó establecido en la causa, sino que, se probó por el contrario, que las veces que ello pudo haber ocurrido, se debió a la búsqueda, por parte de la mujer de un apoyo económico para el sustento de sus hijos ya que el trabajo que ella desarrollaba, también dependía de él y, por cuanto, aún cuando no deseara dejarlo entrar él pateaba la puerta e igual ingresaba, diciendo que no le importaba que tuviera prohibido acercarse, porque igual no le pasaba nada”. Esta sentencia complementa el razonamiento, en el mismo considerando, señalando que en el delito de desacato el bien jurídico protegido es la recta administración de justicia que, no siendo disponible para la víctima, su supuesta autorización no justifica quebrantar lo ordenado cumplir por un tribunal.

En el mismo sentido sobre el bien jurídico protegido y su indisponibilidad, la sentencia del 6° TOP de Santiago de 11 de mayo de 2009²⁸, por incumpli-

25 TOP Viña del Mar, sentencia de 8 de agosto, cit., considerando undécimo.

26 TOP Viña del Mar, sentencia de 8 de agosto, cit., considerando undécimo.

27 4° TOP de Santiago, sentencia de 22 de enero, cit., considerando décimo segundo.

28 6° TOP de Santiago, sentencia de 11 de mayo, cit., considerando octavo.

miento de sanciones accesorias, y sentencia del TOP de Antofagasta de 20 de marzo de 2010, relativa al incumplimiento de medida cautelar decretada por Tribunal de Garantía²⁹. En esta última, se cuestionó por la Fiscalía la lógica del relato del acusado quien justificó su acercamiento a la víctima en llamadas telefónicas de ella, invitándolo a conversar y presentarse en su casa a las tres de la mañana. El TOP tomó en cuenta este hecho: el horario inusual de las visitas, lo que le dio mayor consistencia a lo declarado por la víctima y un testigo, en orden a la inexistencia de tales comunicaciones.

En la primera de las sentencias citadas, la del 6° TOP de Santiago, en cambio, sí se acreditó que la víctima había consentido en el ingreso al domicilio³⁰.

b) ausencia de conocimiento

Para descartar el conocimiento de la ilicitud de la conducta los tribunales, por lo general, examinan si el sujeto conocía el mandato jurídico general o si, conociéndolo, consideraba que en el caso concreto contaba con alguna autorización para actuar.

El último caso suele plantearse cuando la víctima, a cuyo favor se estableció una prohibición, permite que el sujeto ingrese al hogar o que se aproxime, según sea la naturaleza de la restricción impuesta. El problema se plantea a menudo, pero es importante destacar que no siempre se resuelve descartándose la conciencia de la ilicitud, de lo que dan cuenta las sentencias reseñadas en el apartado anterior.

Se ha considerado esta situación como elemento fundante de un error de prohibición, siguiendo la tesis del tribunal a quo, en sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 22 de junio de 2007³¹. De esta manera la Corte, en el caso tratándose de incumplimiento de sanciones accesorias impuestas por Tribunal de Garantía, señala:

“Que sin duda, en el caso que se analiza, estas sentenciadoras comparten la teoría de estar frente a una de las modalidades del error de prohibición, situación que los jueces han razonado en forma suficiente en los motivos décimo y siguientes del fallo impugnado, error para el cual han utilizado los parámetros dados por la doctrina y recogidos por la jurisprudencia y que en éste caso concreto, lo hacen consistir, en el permiso dado por la cónyuge para que ingresara al domicilio en cada una de las cuatro oportunidades que se indican, así como en las características personales del imputado, un hombre inculto, sin instrucción, rústico y alcohólico”.

29 TOP de Antofagasta, sentencia de 20 de marzo, cit., considerando undécimo.

30 6° TOP de Santiago, sentencia de 11 de mayo, loc. cit.

31 Rol N°770-2007-REF, cit., considerandos sexto y séptimo.

La Corte concluye que la sentencia recurrida aplicó correctamente la teoría del error de prohibición³². Se trataría de un error de prohibición indirecto, en palabras de la Corte, “error en la inaplicabilidad de la norma, caso en el que el autor conoce la existencia de la norma, no obstante lo cual supone que está autorizado para actuar, sobre la base de un determinado permiso, llamado error concreto o indirecto, es un error acerca de la existencia y alcance de una causal de justificación”³³.

El 7º TOP de Santiago en sentencia de 7 de julio de 2007, conociendo del incumplimiento de una prohibición de acercarse a la víctima, impuesta con ocasión de una suspensión condicional del procedimiento, razona en sentido similar, apreciando un error de prohibición: “En el caso *sub lite*, **Nelson Héctor Medina Contardo** no tuvo la posibilidad de conocer el injusto de su actuar, porque es evidente y de toda lógica que entendió que con dicha autorización, dada por la misma persona en cuyo beneficio un Tribunal de la República le había decretado una medida de resguardo hacia su persona, lo que estaba ocurriendo, era que se estaba dejando sin efecto tal resolución que pendía en su contra”³⁴.

Cabe hacer presente que en ambas sentencias citadas, se tomaron en consideración las condiciones personales de los acusados, su bajo nivel de instrucción e ingesta de alcohol como elementos adicionales para estimar que el error era invencible³⁵.

También como error de prohibición indirecto e invencible fue considerado el quebrantamiento de la sanción accesoria consistente en la prohibición de acercarse al hogar de sus padres, por la sentencia de TOP de Rancagua de

32 Rol N°770-2007-REF, cit., considerando octavo.

33 Rol N°770-2007-REF, cit., considerando quinto. En la sentencia impugnada por este recurso, del 6º TOP de Santiago de 7 de mayo de 2007, se consideró existir error de prohibición en el quebrantamiento de sanción accesoria, en atención a que el sujeto creyó que no cometía ilícito alguno, cada vez que ingresaba a la casa donde siempre vivió con su cónyuge y su grupo familiar, más aún cuando era autorizado por ellos. De la misma manera, la sentencia tomó en cuenta el bajísimo nivel de instrucción del imputado, de capacitación laboral, problemas de alcoholismo. Concluye el tribunal: “En el caso concreto, entonces, no tuvo la más mínima posibilidad de comprender la antijuricidad de su accionar y por ende, no puede hacerse responsable del delito y menos reprocharlo penalmente”.

En cuanto a los hechos mismos de la causa, el tribunal observa que el imputado concurría habitualmente a la casa con permiso de su cónyuge, la que sólo reclamó su presencia en cuatro ocasiones, en las que el acusado se presentó allí en estado de ebriedad. Agrega la sentencia, que de acuerdo a la declaración de la dueña de casa, se pidió la presencia de carabineros como una forma de proteger al propio imputado, puesto que estando ebrio él la trataba mal de palabra siendo la cónyuge y sus hijos quienes lo agredían.

34 7º TOP de Santiago, sentencia de 7 de julio, cit., considerando vigésimo cuarto.

35 *Ibid.* También 1º TOP de Santiago, sentencia de 14 de julio de 2010, RUC 0900904978-6, incumplimiento de medidas cautelares decretadas por Tribunal de Garantía, considerando décimo sexto.

13 de octubre de 2008³⁶, en atención a que no se cuestionó la existencia de la prohibición, pero el sujeto creyó estar autorizado a regresar al hogar sobre la base del permiso otorgado por sus progenitores. A este error, se le atribuyó el carácter de invencible, atendido a que “el justiciable no podía adoptar otra conducta que el beneplácito de sus progenitores, para que residiera con ellos, y si más encima, se demostró que no era un sujeto autovalente, adicto al alcohol, carente de residencia propia y de un trabajo estable, era lógico que insistiera en ingresar al domicilio de R.F., ya que con ello aseguraba su subsistencia y cobijo, pese a su conocimiento de que contrariaba la norma”³⁷.

Sin embargo, en esta sentencia se desliza un matiz en la fundamentación de la inevitabilidad del error, con relación a los casos citados precedentemente, puesto que los elementos considerados no se vinculan directamente a la conciencia de la ilicitud, a un problema de conocimiento, sino que a una situación de inexigibilidad de otra conducta: no podía obrar de otra manera para asegurar su subsistencia y cobijo.

En la línea de apreciar inexigibilidad de otra conducta, se absolvió por el delito de desacato imputado por el incumplimiento de una condición impuesta en el contexto de una suspensión condicional del procedimiento, en la sentencia del 5° TOP de Santiago de 13 de febrero de 2009³⁸. El tribunal consideró que el acusado había actuado, de acuerdo a lo previsto en el Art. 10 N°9 relativo al miedo insuperable, frente al riesgo que advirtió en sus hijos, de tal manera que se vio compelido a aproximarse al domicilio cuyo acceso tenía prohibido. En efecto, el tribunal sobre el particular señala: “El miedo, representado como el temor de un peligro ajeno, en este caso de los hijos del imputado, se va generando a partir del momento en que al pasar por el domicilio de su cónyuge y donde estaban sus hijos, aproximadamente a las 1:50 de la madrugada, se percata de una luz encendida en el segundo piso, por lo que decide detenerse, tocar la bocina para saber como estaban, instante en que se apaga tal luz. Ello le genera preocupación, pues como relató el acusado, normalmente sólo tocaba la bocina y los niños salían, por lo que bajo del auto y llamó a viva voz a su señora y a sus hijos, sin que nadie lo atendiera, instante que además siente llorar a su hija más pequeña, situación que se tornó preocupante y desesperante –según su propio relato– dado la hora, que nadie contestaba y que se trata de tres menores de edad, la mayor trece años, por lo que frente a ese contexto y no teniendo otra alternativa, salta la reja del antejardín e ingresa al patio del domicilio, donde logra consolar a su hija menor que se encontraba en el primer piso, instante que llega Carabineros y que, como estos señalan, en la casa sólo estaban las tres menores de edad, a cargo de la mayor de trece años”.

36 RUC 0800389956-0, RIT 212-2998, considerando cuarto, relativa a incumplimiento de sanciones accesorias.

37 *Ibid.*

38 5° TOP de Santiago, sentencia de 13 de febrero de 2009, RUC 0800064314-k, RIT 148-2008.

El tribunal consideró que el miedo tenía un carácter de insuperable. En la evaluación de éste señala que: “se desprende de los mismos antecedentes que generan la situación anímica, pues estando frente al domicilio donde pernoctaban sus hijas, no teniendo respuesta de nadie hacia al interior, sólo tenía la posibilidad de verificar en forma personal que estaba ocurriendo”³⁹.

En otras ocasiones, los tribunales se enfrentan a problemas que afectan la imputabilidad del sujeto como alcoholismo crónico, daño cerebral orgánico, enfermedad mental, situaciones que ante la falta de acreditación suficiente, los sentenciadores ponderan como elemento fundantes de la configuración de error invencible de prohibición como ocurre en la sentencia del 1º TOP de Santiago de 14 de julio de 2010⁴⁰.

1.2. Problemas sobre la conformación del dolo y otros elementos subjetivos especiales

De las sentencias examinadas, varias de ellas se remiten exclusivamente a analizar la existencia de la conciencia de la ilicitud para afirmar la presencia de un error de prohibición sin referencia alguna al dolo del sujeto o sus ánimos o tendencias. Ejemplo de lo anterior, lo constituye la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 22 de junio de 2007, considerandos quinto a séptimo.

Sin embargo, en algunas resoluciones, los tribunales vinculan la problemática del error de prohibición al dolo del sujeto. Tal es el caso de la sentencia del TOP de Punta Arenas de 16 de abril del 2009, que acoge la tesis de la defensa relativa a que su representado obró con error de prohibición excluyente del dolo y, por lo tanto, según los dichos del Tribunal, la exigibilidad de culpabilidad⁴¹.

En esta causa, la defensa sostuvo que si el acusado fue sorprendido incumpliendo la orden del Tribunal de Familia, a saber prohibición -como medida cautelar- de permanecer y acercarse al domicilio de su madre y en un radio de 200 metros, fue porque ésta lo invitó a ingresar al inmueble, no habiendo de su parte intención de obrar contra derecho. Por lo tanto, a juicio de la defensa, estaría en un caso de error de prohibición.

El tribunal, en el caso, dio por acreditada la existencia de un hecho típico y antijurídico, toda vez que existió la orden de prohibición emanada del Tribunal de Familia, la que fue notificada personalmente al acusado y a que éste, en una ronda periódica de la policía, fue encontrado en el interior del domicilio quebrantando dicha prohibición. El TOP razona que: “Sin perjuicio de

39 Por otra parte, se vuelve a apreciar miedo insuperable, pero por la línea de reforzar aún más la absolución por ausencia de conocimiento en TOP de San Bernardo, sentencia de 23 de noviembre de 2010, RUC 1000345522-5, RIT 133-2010.

40 1º TOP de Santiago, sentencia de 14 de julio, cit., considerandos decimosexto y siguiente.

41 TOP de Punta Arenas, sentencia de 16 de abril, cit., considerando séptimo.

ello, a priori se podría señalar que el actuar de Alegría Romero, además ha contrariado el ordenamiento jurídico, pero no queda claro si entendía que al entrar a la casa de su madre existiendo la medida cautelar vigente, -aunque ella le abriera la puerta del inmueble o lo invitara a entrar-, infringía disposiciones legales o procedía contra derecho, como tampoco se evidencia en él que hubiera existido conciencia de la ilicitud de su proceder, y no se podría concluir que su actuar haya sido doloso (toda vez que el dolo exige de su parte saber o conocer, y voluntad o querer, aspectos que no se vislumbran en la especie), de manera que se diluye la existencia de una eventual culpabilidad⁴². Más adelante, la sentencia entrega detalles de por qué la prueba de cargo le resulta insuficiente para acreditar un actuar doloso a partir de la declaración del propio acusado: “Él niega su participación punible en los hechos; y alude a que a su madre sólo le hablaba fuerte porque ambos son sordos, pero jamás la ha tratado mal, y desconoce haber conversado con las policías cuando concurren a casa de su progenitora, y recuerda que cuando fue detenido, ésta le había abierto la puerta de la casa. También alude a que las policías no le explicaron nada ya que sólo hablaron con su madre y no con él, y fluye de sus palabras que no sabía que cometía delito de desacato tanto al entrar a casa de su progenitora, como al acercarse a la misma”⁴³.

Para los jueces de mayoría, en esta sentencia, el error de prohibición inevitable excluye el dolo⁴⁴, por lo que deberíamos entender que para estos magistrados este elemento se compone de la conciencia de la ilicitud y no sólo del querer y conocer la realización del hecho típico. Sin embargo, esto no es así como se lee en el párrafo del considerando transcrito⁴⁵, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

Por otra parte, con respecto a esta sentencia, cabe recordar que la defensa introduce, como elemento fundante del error de prohibición, la falta de intención de actuar contra el ordenamiento jurídico. Esta argumentación constituye una de las tesis identificadas, al comienzo de este trabajo, como fundamentación de la defensa para apoyar la existencia del error de prohibición. En otros casos, se han presentado variantes de este argumento aludiendo a la falta de intención o ánimo de quebrantar⁴⁶.

42 TOP Punta Arenas, sentencia de 16 de abril, cit., considerando séptimo.

43 TOP Punta Arenas, sentencia de 16 de abril, cit., considerando octavo.

44 TOP Punta Arenas, sentencia de 16 de abril, cit., considerando noveno. La sentencia cuenta con un voto de minoría que disiente de lo resuelto por el TOP, llamando la atención la valoración que hace de la prueba rendida. En efecto, de acuerdo a lo que señala el juez de minoría, de acuerdo a lo declarado por los funcionarios presentes en el acto de la notificación de la medida cautelar no sólo se le leyó la resolución judicial sino que, además, el sujeto entendió lo que se le notificaba y el efecto del incumplimiento.

45 Vid nota 41.

46 TOP de Antofagasta, sentencia de 20 de marzo de 2010, RUC 0900459041-1, RIT 286-2009, considerando tercero.

Sobre esta fundamentación, es necesario hacer varias precisiones. En primer lugar, determinar el efecto que se le atribuye a esta falta de intención o ánimo de actuar contra el ordenamiento jurídico. Como ya señalamos, uno de ellos es excluir la culpabilidad del sujeto por configurarse un error de prohibición. Suele identificarse, en esta fundamentación, la intención o ánimo con el dolo del sujeto, por lo tanto, como en el caso de la sentencia citada, si se alega la ausencia de esta intención, no habría dolo. Siendo así, el concepto de dolo se aparta de la noción del mismo como sólo conocer y querer la realización del hecho típico, identificándose con el ánimo o intención, lo que podría deberse a que el concepto de dolo se construye sobre la base de la nomenclatura de Etcheberry con dos elementos: el conocimiento y el ánimo⁴⁷. En efecto, para este autor el dolo es “el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y la intención o aceptación posible del resultado”⁴⁸, en que el conocimiento recae sobre las circunstancias típicas y de la conciencia de la antijuridicidad. En cuanto al ánimo, señala este autor, que el dolo precisa que el sujeto haya querido la acción, caracterizando la posición anímica del sujeto como desear el resultado, aceptarlo o bien rechazarlo.

En todo caso, como generalmente el planteamiento sobre la intención, se realiza en el alegato de apertura, no hay espacio para un mayor desarrollo, por lo que no podemos afirmar con certeza las categorías con las que se está trabajando. Pero si este problema se vincula al error de prohibición, presente cuando no hay conciencia de ilicitud -como en efecto se hace- nuevamente nos hace pensar que, tras esta formulación, está el planteamiento de Etcheberry, ya que a propósito de las causas de inculpabilidad, este autor considera de manera conjunta el conocimiento y el ánimo⁴⁹. A juicio del mismo, si hay representación o conocimiento tiene que haber también un ánimo. A la inversa, si falta este último es debido a que previamente no hay conocimiento.

Sólo así se comprende la tesis de la defensa, resultando el efecto atribuido al error de prohibición consistente con la exclusión del dolo, ya que no deja la referencia a la intención o ánimo fuera de la estructura dogmática.

Ahora bien, la sentencia del TOP de Punta Arenas al fundamentar por qué acoge la tesis de la defensa, enumera un serie de elementos, en el considerando séptimo⁵⁰, en orden sucesivo, que no permite hacer las distinciones entre cada categoría. Sin embargo, en el considerando noveno ya citado, despeja la duda al señalar que si el acusado incurrió en error de prohibición -como en definitiva se estimó- éste excluye el dolo y, por consiguiente, no existe culpabilidad⁵¹. De

47 Etcheberry, A: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica, Stgo., reimpre-
sión de la tercera edición, 2004, pp. 292 y 296.

48 Etcheberry, ob cit., p. 292.

49 Etcheberry, ob cit, p. 330.

50 TOP Punta Arenas, sentencia de 16 de abril, cit., considerando séptimo. Vid. Nota 40.

51 La sentencia señaló que es un error inevitable, en *Ibíd.*

esta manera, como lo observáramos a propósito de lo resuelto por el tribunal, se asocia el error -la falta de conciencia de la ilicitud- al dolo, dejando de lado las referencias a la intención del sujeto.

A diferencia de lo planteado por la defensa, debido a esta omisión no es posible deducir, en una primera aproximación, que se adhiera a la nomenclatura de Etcheberry, ya que la sentencia en el considerando séptimo caracteriza al dolo como “saber o conocer y la voluntad o querer”. No obstante aquello, al momento de fallar, el tribunal reposiciona el efecto excluyente del dolo del error de prohibición, con lo que resuelve sobre la base de la estructura del delito propuesta por Etcheberry.

Estos saltos sistemáticos se encuentran también en otras sentencias, de tal suerte, que en el razonamiento del tribunal se superponen, por una parte, los elementos constitutivos del dolo, pero también la ubicación del mismo. Dependiendo del lugar de la resolución que se examine, varía esta consideración. Así, a la hora de analizar la estructura del delito, se ubica al dolo en el injusto para, luego, al momento de afirmar la existencia del error de prohibición, se le relacione de alguna manera a la culpabilidad. Ejemplo de esta situación, lo constituye la sentencia del 7° TOP de Santiago de 7 de julio de 2009⁵², que considera que en el caso faltó la culpabilidad por cuanto el acusado incurrió en error de prohibición, ante la falta de conciencia de la ilicitud de su conducta. Por lo tanto, hasta este momento la sentencia aborda el problema en el ámbito de la culpabilidad, afectándose el elemento conciencia de la antijuricidad, por lo que se podría pensar que se está frente al tratamiento de esta conciencia como un elemento autónomo de la culpabilidad, escindido del dolo. Con esta sistemática, el tipo penal debiera quedar incólume.

La referida sentencia continua afirmando la composición del aspecto subjetivo del tipo penal con el dolo, lo que corroboraría el aserto anterior. A su respecto, el fallo, tomando una definición de sentencia de la Corte Suprema, señala que éste consiste en querer la realización del tipo objetivo guiado por el conocimiento.

Siendo así, la consecuencia de esta posición sería que la afectación a los componentes del tipo penal -al dolo se le ubica allí- debieran resolverse en sede de tipicidad; mientras que aquellas que tuviesen que ver con el conocimiento de la ilicitud, en la culpabilidad. Este sería precisamente la situación del error de prohibición que en nada debiera interferir al dolo y, por consiguiente, al tipo penal.

En el caso de la sentencia, el tribunal estimó que se presentó este error y con carácter invencible y, siendo así, aún cuando la conducta haya sido típica y antijurídica considera que no era posible reprochar al sujeto. Pero a renglón seguido, agrega que el acusado no obró con “el dolo requerido por el

52 7° TOP de Santiago, sentencia de 7 de julio, cit., considerando vigésimo cuarto.

tipo penal de querer quebrantar deliberadamente y en contra de la víctima la medida judicial que amparaba a ésta”⁵³.

Este es el lugar en que se incurre en el salto sistemático aludido. Si se ha sostenido que la conducta es típica y antijurídica, y luego se señala que no se obró con el dolo requerido por el tipo penal, no es posible afirmar consistentemente la tipicidad de la misma. Los problemas que afectan al dolo impactan en el tipo penal, puesto que a éste se le ubicó allí. Sin embargo, de acuerdo a lo señalado, no es así como razonó esta sentencia.

Una posible explicación a la superposición antedicha, además del breve espacio de los considerandos que no permite al lector advertir las distinciones, podría encontrarse en la diversidad de fuentes doctrinarias que emplean para fundamentar el fallo, sin distinción de posiciones sistemáticas⁵⁴.

Cuando no se da esa diversidad de posiciones sistemáticas -citadas indiscriminadamente- se advierte una mayor consistencia en la resolución. Así, frente al alegato de la defensa de la existencia de error de prohibición, por el incumplimiento de una prohibición de acercamiento decretada por el Juzgado de Familia, la sentencia del TOP de Rancagua de 13 de julio de 2007, absolvió al acusado por el delito de desacato, en atención a la falta de dolo o malicia. En efecto, el tribunal señala que el sujeto estaba en conocimiento de la prohibición que el afectaba, y que al ingresar al domicilio sobre el que recaía la restricción, la quebrantaba, pero considera que no actuó motivado por ese afán, sino el de reanudar su relación de pareja. En el caso, la víctima lo había llamado. Concluye la sentencia que fue el ánimo de reanudar su relación lo que lo llevó a actuar, de modo que el dolo no existió⁵⁵.

Aunque esta sentencia no realiza cita de autor, la resolución aplica la sistemática propuesta por Etcheberry.

En contra de este fallo se recurrió de nulidad. La Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó el recurso, en sentencia de 13 de julio de 2007, pero hizo una serie de precisiones con relación al dolo y la clase de error que afectó al sujeto. Así señala: “es verdad que el razonamiento de los jueces es equivocado, en cuanto consideran como base de la absolución la ausencia de dolo por haber sido su motivación la de reanudar su relación de pareja. Ni el dolo consiste en la motivación interna del sujeto, sino en el conocimiento y voluntad

53 *Ibíd.*

54 TOP de Rancagua, sentencia de 13 de julio, cit.

55 TOP de Rancagua, sentencia de 13 de julio de 2007, RUC 0700056335-2, RIT 146-2007. El TOP afirma que “es indudable que el hechor sabía que con su acción de ingresar al domicilio en común infringía formalmente la prohibición que se la había impuesta en la sentencia, pero claramente no actuó motivado por ese afán, sino que por el ánimo de restablecer la relación de pareja perdida, lo que se logró a petición y con el consentimiento de la propia víctima, en cuyo favor se le había dictado la prohibición. En su ánimo resultó más poderoso ese propósito, que el violar el mandato impuesto por la sentencia, de modo que el dolo en su actuar no existió...” (7°).

de infringir la norma, ni el caso es aquí una cuestión de existencia o no de dolo. Pero el error es también intrascendente y no afecta en lo más mínimo lo resolutivo del fallo, porque lo que ocurre es que en la situación fallada no existe, contra lo que creen los jueces del grado y el propio recurrente, ninguna prohibición infringida”.

Según la Corte, la prohibición de acercarse a la mujer tenía como presupuesto el que ella no admita ese acercamiento. La prohibición consiste, a su juicio, en acercarse a la víctima contra o sin su voluntad, por lo que si ésta consiente no hay delito, ya que no había prohibición. Concluye el tribunal de alzada: “si la prohibición pudiere abarcar la voluntad de la mujer y el juez hubiere podido prohibir a los concubinos reconciliarse que no podía, desde luego de todas formas sería hartamente evidente que el sujeto no tendría cómo suponer cosa tan extraña y, por ende, lo lógico sería aceptar que habría padecido error. No de prohibición, como supuso su defensa en estrados, sino de tipo, porque las mismas razones que en la realidad hacen que la conducta no sea típica, servirían en el hipotético supuesto de que lo fuera- para convencer al agente de esa atipicidad siquiera aparente, pues la lógica más elemental indica que la prohibición de acercarse a la mujer no regía si ella consentía y aún más, si solicitaba esa compañía. Luego, en ese caso hipotético, el dolo estaría excluido. No por las motivaciones internas, sino por falta de su elemento cognitivo, tanto como del volitivo. Así pues, la decisión final es acertada, aunque haya un error intrascendente en el razonamiento, ya que se arriba al fin a lo mismo, de suerte que el recurso no puede prosperar”⁵⁶.

1.3. Consecuencias de las posiciones

Una cuestión de carácter general necesaria de plantear es que en ninguna de las sentencias analizadas, se desconoce el lugar de la conciencia de la ilicitud o conocimiento de la antijuricidad como un presupuesto necesario para imputar responsabilidad penal.

Más allá de las mayores o menores precisiones sistemáticas, que entendemos en un fallo no es posible abordar, importa destacar los planteamientos generales a la hora de evaluar las consecuencias de uno o de otro.

En primer lugar, el de aquellas sentencias en que, como el ejemplo citado de la Corte de Apelaciones de San Miguel, abordan la temática de la conciencia de la ilicitud-error de prohibición como componente autónomo de la culpabilidad. Esta línea de tratamiento se corresponde con la posición de las teorías de la culpabilidad que distinguen el error de tipo del error de prohibición, atribuyendo a este último la exclusión de la culpabilidad, si el yerro es invencible,

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 13 de agosto de 2007, Rol N°297-2007, considerando quinto.

pero no afecta al dolo. Para el supuesto de ser el error vencible, debido a que subsiste el dolo, sólo daría lugar a atenuar la responsabilidad penal.

De acuerdo lo resuelto por esta Corte, el tribunal a quo aplicó correctamente la teoría del error de prohibición⁵⁷. En efecto, la sentencia del tribunal oral se decanta por una clara opción sistemática en que la conciencia de la ilicitud no forma parte del dolo, distinguiendo, consecuentemente, error de tipo del de prohibición. Mientras el primero, señala la sentencia, se refiere a los elementos que integran la descripción típica; el segundo, apunta al desconocimiento del carácter ilícito de la conducta, caso en que el sujeto actúa en la creencia que obra ajustado a derecho⁵⁸.

En esta misma línea el 1° TOP de Santiago, sentencia de 14 de julio de 2010, en que tras dar por acreditado el error de prohibición invencible, descarta la culpabilidad del sujeto, debido a la falta de conciencia de la ilicitud⁵⁹.

Con respecto a la clase de error de prohibición, de las sentencias analizadas no se encontró que éste se acogiera por desconocimiento de la existencia misma de la norma –error de prohibición directo–, sino que correspondieron a situaciones en que el sujeto actuó con el convencimiento que en el caso concreto su conducta estaba permitida por la existencia de una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no reconoce o le atribuye un efecto distinto al que se representó el hechor –error de prohibición indirecto–⁶⁰.

Llama la atención que no se encontraran sentencias que rebajaran el quantum de la pena, ante un error de prohibición vencible, más aún si para afirmar la existencia del conocimiento de la antijuridicidad, según los partidarios de las teorías de la culpabilidad, basta un conocimiento potencial de la prohibición⁶¹. En efecto, no es necesario, según esta tesis, que el conocimiento esté presente, o sea actual, puesto que en tal caso se le reprocha al sujeto haber tenido la posibilidad de haberlo adquirido con un mínimo esfuerzo para ello⁶².

El 6° TOP de Santiago, en sentencia de 11 de mayo de 2009⁶³, se refiere a este aspecto en el considerando octavo, indicando que en ese caso –conocimiento potencial– no se excluye la culpabilidad. Nada dice si en la causa en concreto, el error tenía tal carácter. Al momento de determinar la pena, el tribunal no aprecia circunstancia modificatoria de responsabilidad penal alguna, que sería el efecto esperable si hubiera evitabilidad.

57 Vid. Nota 31.

58 6° TOP de Santiago sentencia de 7 de mayo de 2007, cit., considerando undécimo.

59 1° TOP de Santiago, sentencia de 14 de julio, cit., considerando décimo sexto.

60 1° TOP de Santiago, sentencia de 14 de julio, cit., considerando decimotercero.

61 MUÑOZ CONDE: El error en el Derecho Penal. Rubinzal-Culzondi, editores. Buenos Aires, 2003, p. 50.

62 Ibid.

63 6° TOP de Santiago, sentencia de 11 de mayo, cit., considerando octavo.

La exigencia de conocimiento potencial, como es lógico, restringe el ámbito de exclusión de responsabilidad penal del error de prohibición. Por eso resulta sumamente llamativo, que se concluya que hay error de prohibición invencible cada vez que se acoja el error.

Si se adhiere a la posición que la conciencia de la ilicitud integra el dolo, la presencia del error se resuelve conforme a las teorías del dolo. Según estas teorías, tanto el error de tipo como el de prohibición tienen asociado el mismo efecto: excluyen el dolo, subsistiendo la culpa si éste tenía el carácter de vencible. Por cierto, en este último caso, la punibilidad de la conducta queda sujeta a la existencia de la respectiva incriminación a título de culpa.

De acuerdo a la teoría del dolo, la conciencia de la ilicitud se satisface con el conocimiento actual y referido al momento del hecho⁶⁴. Por lo tanto, es esperable que el margen de acción de este error sea más amplio que si se resuelve el problema conforme a la teoría de la culpabilidad. En todo caso, se hace presente que no se encontraron sentencias que apreciaran un error evitable.

Por último, dejando de lado las teorías que abordan el tratamiento del error y sus distinguos, centrándonos únicamente en el dolo, cabe hacer algunas observaciones. Si este elemento se define como conocer y querer la realización del hecho típico, identificándose claramente un elemento cognitivo y volitivo, resultan ajenos a éste la conciencia de la ilicitud y los elementos subjetivos distintos del dolo.

Sobre la base de este concepto, para el delito de desacato sería suficiente conocer la resolución materia de la prohibición y querer realizar la conducta prohibida. Por lo tanto, no se requiere, en orden a afirmar la conducta dolosa, de alguna posición adicional del sujeto, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 240 del CPC, tampoco su tipicidad.

Sin embargo, hay sentencias en que, no obstante tomar la noción de dolo como querer y conocer la realización del hecho típico –exento del ánimo–, concluyen que no se configuró el delito de desacato, en atención a que no hubo ánimo de quebrantar lo ordenado cumplir, estando ausente, por ende, la motivación de vulnerarlo. Siendo así, el injusto de la conducta se estaría haciendo depender de la presencia de elementos subjetivos no comprendidos en la noción de dolo. Sería, entonces, “el ánimo del sujeto el que tiñe de sentido a la conducta en cuanto peligrosa para el bien jurídico tutelado (de ahí que se hable de “intención determinante del sentido”)⁶⁵.

Tal situación es propia de los delitos de tendencia. Esa debiera ser una caracterización en consecuencia. En todo caso, la aproximación a esta problemática

64 Muñoz, Conde, ob cit., p. 25.

65 Politoff: Derecho Penal. Tomo I. 2ª edición actualizada. Editorial Conosur, Santiago, 2000, p. 230.

impresiona como que no es esa la concepción del delito que está de base, sino que, aunque no se explicita, la asimilación del dolo a la motivación o ánimo del hechor.

La sentencia que se ha referido al problema de los elementos subjetivos del tipo penal –distinto del dolo– tratándose de delito de desacato, negándolos, ha sido la de la Corte de Apelaciones de Talca de 29 de enero de 2010⁶⁶.

2. Cuestiones probatorias asociadas al desacato y error de prohibición

De acuerdo al tratamiento dispensado mayoritariamente al error de prohibición, éste afecta la conciencia de la ilicitud, y de estar presente, la conducta es típica y antijurídica, mas no culpable.

Por regla general, los elementos de la culpabilidad se estiman presente en todas las personas a menos que haya indicio de lo contrario. Como lo expresa POLITOFF “el juez no es el llamado a demostrar” que el sujeto conocía la ilicitud de su conducta⁶⁷.

Si se alega la existencia del error de prohibición, se deben acreditar sus elementos. En el caso, si había o no conciencia de la ilicitud. Como lo declara el 1º TOP de Santiago el 14 de julio de 2010⁶⁸, esta conciencia es una cuestión de hecho que se debe probar. Por su parte, el TOP de Talagante en sentencia de 22 de noviembre de 2009, desestima la tesis de la defensa sobre el error de prohibición, “teniendo presente la falta de prueba suficiente que permita entender concurrente tal circunstancia respecto del agente, y además, por haberse acreditado precisamente el hecho contrario a aquel en que se funda tal alegación”⁶⁹.

Tales afirmaciones relevan la importancia de la acreditación de los supuestos fácticos que sustentan la falta de conciencia de la ilicitud. Huelga decir que se tienen que dar, además, por establecidos todos los presupuestos del delito, esto es, que ha habido conducta típica, antijurídica y culpable. Para los efectos del delito de desacato, se requiere probar que el imputado quebrantó lo ordenado cumplir por resolución judicial, según lo indicado en el artículo 240 del CPC⁷⁰.

66 Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 29 de enero de 2010, Rol N°29-2009, considerando cuarto.

67 Politoff, ob cit., p. 338.

68 1º TOP de Santiago, sentencia de 14 de julio, cit., considerando décimo sexto.

69 TOP de Talagante, sentencia de 22 de noviembre, cit., considerando décimo primero.

70 TOP de Talagante, sentencia de 22 de noviembre, cit., considerando séptimo.

2.1. Aspectos relativos al conocimiento de la respectiva resolución judicial

Tratándose de este delito, resulta fundamental que se acredite que el sujeto estaba en conocimiento de la prohibición respectiva. Para ello, se han considerado, por los tribunales, los documentos que se han acompañado, tales como el acta de audiencia en que se decretó la medida, unido a la certificación expedida por ministro de fe del mismo tribunal de las prohibiciones que en dicha oportunidad se impusieron y la notificación de la misma. Si ésta se ha efectuado en audiencia en forma personal, se vuelven a considerar las constancias reseñadas anteriormente⁷¹.

La notificación de las resoluciones judiciales ha sido un elemento valorado preponderantemente en la convicción de conocimiento que se ha formado el tribunal, como el caso de la sentencia de TOP de Talagante de 22 de noviembre de 2009, vigencia de ésta, plazo durante el cual fueron decretadas. Así se indica: **“Del mérito de las documentales referidas y en especial la notificación que se le practicó al mismo respecto de las resoluciones judiciales indicadas, se entiende acreditado el conocimiento que el acusado tenía de las medidas accesorias de las letras a) y b) del artículo 9 de ley 20.066, encontrándose notificado el imputado de dicha resolución y su respectiva renovación, en causas Rit F-338-2006 y Rit F-366-2009, del Juzgado de Familia de Talagante, las que le imponían la prohibición de acercarse a la persona de la víctima M.P. y a su grupo familiar, así como al domicilio de la misma, medida del artículo 9 letra a) de la Ley 20.066, que se encontraba vigente en las respectivas fechas 1 de mayo y 22 de mayo de 2009, atendida la extensión de un año respecto de dicha prohibición, y teniendo presente su notificación personal el 24 de junio de 2008, al encausado Sergio Vargas Hernández en causa Rit 338-2008, sanción accesoria que fue renovada con fecha 4 de junio de 2009, en causa Rit F-366-2009, que impuso al mismo las accesorias del artículo 9 letras a) y b) de la Ley 20.066, por un año, en beneficio de la misma víctima y de su grupo familiar, y respecto del mismo domicilio, ubicado en XXX, renovación notificada con la misma fecha al sujeto pasivo de la misma, Sergio Vargas Hernández, y por tanto encontrándose vigente al 23 de junio de 2009, fecha del último hecho constitutivo de desacato imputado al acusado”**⁷². En el mismo sentido, el TOP de Antofagasta en sentencia de 10 de agosto de 2009⁷³.

71 TOP de Antofagasta, sentencia de 20 de marzo, cit., considerando undécimo.

72 TOP de Talagante, sentencia de 22 de noviembre, cit., considerando noveno.

73 TOP de Antofagasta, sentencia de 10 de agosto, cit., considerando noveno. en que se señala: “En consecuencia, en virtud de los antecedentes probatorios más arriba colacionados, ha resultado suficientemente justificada la existencia de una resolución judicial impuesta al encartado Urrelo Quispe, consistente en la obligación de abstenerse de acercarse a M.M., al domicilio de ésta y a cualquier lugar donde se encontrare, la que por lo demás, se encontraba firme y ejecutoriada, vigente y personalmente notificada al encausado con fecha 23 de octubre de 2008.- Por ende, Ismael Urrelo, estaba en pleno

Relacionada con la notificación de la resolución judicial respectiva, se han presentado dificultades con la vigencia de las medidas cautelares y la validez de la notificación. En efecto, el 1º TOP de Santiago en sentencia de 2 de julio de 2010 se hizo cargo de este punto, por cuanto, al acusado se le habían impuesto por el Tribunal de Familia las medidas cautelares de abandono inmediato del domicilio que compartía con su madre y la prohibición de acercarse a un radio de 100 metros de ésta y de la víctima, las que le fueron notificadas siete días después de su dictación⁷⁴. Tales medidas fueron decretadas de conformidad a lo establecido en el Art. 92 de la Ley N°19.968, en relación con el Art. 22 del mismo cuerpo legal. Siendo así, declara el TOP que la notificación debió efectuarse en la forma y términos previsto en el Art. 22, el que posibilita la aplicación inmediata de las medidas, aún antes de su notificación, pero la condiciona a que sean notificadas dentro del plazo de cinco días, pudiendo éste ser ampliado por el juez de familia⁷⁵. En atención al tiempo transcurrido y a la falta de antecedentes que pudiesen establecer que hubo ampliación del plazo referido, el Tribunal estimó: “Que, en consecuencia, la notificación de la resolución judicial efectuada al imputado, carece de todo valor por haber sido practicada extemporáneamente; y, no permite tener por configurado uno de los presupuestos normativos del delito de desacato, cual es, **la notificación válida de la resolución judicial** que el Ministerio Público estima quebrantada; motivo por el cual, la acción desplegada por el acusado y que se ha tenido por establecida en el párrafo segundo del fundamento sexto de la presente sentencia, resulta ser atípica, lo que conduce necesariamente a la absolución del imputado”. De esta manera, el Tribunal absuelve, debido a la falta de tipicidad de la conducta, por lo que no se pronuncia sobre la conciencia de la ilicitud⁷⁶.

Por otra parte, el 5º TOP de Santiago en sentencia de 21 de marzo de 2011⁷⁷, absolvió al acusado del delito de desacato, puesto que por defecto en la intimación de la resolución, no resultó acreditado que el sujeto comprendiera la prohibición a la que estaba afecto. En el caso, el Tribunal de Familia había dictado una resolución que lo obligaba a abandonar el hogar y le prohibía

conocimiento de la existencia de dicha resolución judicial al momento de los acontecimientos en estudio, esto es, al 5 de febrero de 2009.-, no obstante, la quebrantó sin más”.

74 1º TOP de Santiago, sentencia de 2 de julio de 2010, RUC 1000273565-8, RIT 81-2010, considerando séptimo.

75 1º TOP de Santiago, sentencia de 2 de julio, cit., considerando noveno.

76 1º TOP de Santiago, sentencia de 2 de julio, cit., considerando décimo tercero. El 1º TOP de Santiago, sentencia de 30 de julio de 2010, RUC 1000127199-2, RIT 91-2010, absolvió al imputado, del delito de desacato, no por falta de conciencia de la ilicitud como lo alegaba la defensa, sino porque consideró que las medidas no estaban vigentes, por lo que a juicio del Tribunal no existía conducta típica. En este caso, la resolución incumplida recayó sobre las sanciones accesorias impuestas, no habiéndose señalado en la sentencia ni en el audio desde cuando debía contarse el plazo del año de su vigencia. Por la naturaleza de las medidas este TOP consideró que comenzaban a regir de inmediato.

77 5º TOP de Santiago en sentencia de 21 de marzo, RUC 0901105011-2, RIT 115-2010.

acercarse a la víctima –su madre–, la que a juicio del TOP no fue intimada de forma completa. En efecto, en el considerando sexto el fallo establece que la certificación que se acompañó al juicio, sólo dio cuenta de haberse dado cumplimiento a la orden de salida del imputado del inmueble, pero no de haber comunicado la segunda parte de la resolución. A mayor abundamiento, agrega el TOP que no compareció a declarar el funcionario que pudo haber aclarado este punto.

En algunas sentencias se cuestionó la validez de la notificación, en aspectos que a juicio del TOP no permiten que el sujeto comprenda el significado de la resolución respectiva, como lo hace la sentencia dictada en Melipilla el 18 de mayo de 2010. Así, este tribunal consideró que la falta de constancia de haberse entregado copia íntegra de la resolución respectiva, del apercibimiento ante posible incumplimiento y de la individualización del notificado, no cuenta con los presupuestos para su inteligencia ni para constituirse como notificación válida⁷⁸.

Ligado al conocimiento del contenido de la prohibición con miras a la imputación de su quebrantamiento, se encuentra el examen de los términos en que fue extendida la resolución judicial. Los juzgadores han analizado si la prohibición establecida en ella consistía en acercarse al domicilio, a la víctima y al domicilio, en ingresar a la casa habitación como asimismo, y si en la notificación efectuada, se abarcó todos los términos de la resolución como lo razonado en el caso anterior. Así también en sentencia del TOP de San Bernardo de 23 de noviembre de 2010, se determina que “no se ha podido tener por acreditado de acuerdo al estándar de condena que el acusado Villarroel Loyola hubiese tenido conocimiento de que estaba prohibido acercarse a la persona de la señora A.B., por cuanto, las probanzas rendidas en la audiencia indican que se le informó al acusado que no se podía acercarse al inmueble de calle XXX, no así a la víctima misma”⁷⁹.

2.2. Cuestiones relacionadas a los presupuestos fácticos del quebrantamiento y su verificación

El conocimiento de la resolución en la que se estableció la prohibición, no es el único elemento ponderado por los tribunales para valorar la existencia del error de prohibición. Especialmente, si se trata del error indirecto. En ocasiones, éstos se cruzan con aspectos valorados para precisar la existencia ya no de la conciencia de la ilicitud, sino del hecho mismo de haberse quebrantado la resolución.

La declaración de testigos, en particular si son los funcionarios aprehensores del sujeto al momento de haber infringido la prohibición, las circunstancias

78 TOP de Melipilla, sentencia de 8 de mayo, cit., considerando sexto.

79 TOP de San Bernardo, sentencia de 23 de noviembre, cit., considerando octavo.

en que se produjo como lugar, hora, los medios de comisión, consistencia con la declaración de la víctima, la propia actitud del acusado son antecedentes que contextualizan la decisión del tribunal a la hora de fallar. Así, las declaraciones precisas de dos funcionarios de carabineros que acuden al llamado de la víctima, confirmada la presencia del imputado al interior del inmueble -el dormitorio- cuyo acceso tenía prohibido, más el hecho de que “encontrándose precisamente el acusado en el domicilio de la afectada, aquél le dio un golpe de puño a ésta, provocándole una lesión que se calificó como leve”⁸⁰, corroboran para el TOP de Antofagasta que el sujeto tenía pleno conocimiento de la existencia de la resolución que le impuso la obligación quebrantada.

A favor de la tesis de la defensa, sobre la imposibilidad de determinar si hubo infracción de la medida cautelar, fue considerada la falta de corroboración por parte de la víctima de la declaración de un solo funcionario policial, que no resultó precisa en cuanto al hecho del acercamiento a ésta⁸¹. El antecedente que fortaleció esa posición fue el origen anónimo de la denuncia y que en la audiencia no logró acreditarse cuál fue la conducta del acusado⁸².

En la misma línea de la imprecisión y vaguedad sobre la ocurrencia de los sucesos, se calificó la declaración de la víctima que confundió las ocasiones en que se produjeron los quebrantamientos, los efectos de los mismos, y las medidas cautelares infringidas en cada oportunidad y se mostró renuente en el contraexamen⁸³. El TOP señaló en este caso que no se acreditó, dada la confusión, el contexto espacio temporal mínimo para efectuar un contraste posterior. Cabe hacer presente, a mayor abundamiento, que no se trató de un caso flagrante. De la misma manera, no se pudo determinar el quebrantamiento, sólo la existencia de una resolución judicial -mediante prueba testimonial- en sentencia del TOP de Melipilla de 18 de mayo de 2010⁸⁴ en que los funcionarios al acudir al llamado de la víctima no encontraron al imputado en ninguna de las oportunidades.

En atención al tiempo transcurrido entre el quebrantamiento y la realización de la audiencia del juicio respectivo, el funcionario que depone en el juicio tampoco pudo contextualizar la situación en el fallo del 5° TOP de Santiago, de 25 de enero de 2010. Más aún, en la declaración incurrió en contradicciones con el comunicado de CENCO, que es la razón por la cual concurre al domicilio, lo que no permitió acreditar el lugar, oportunidad y dinámica de la situación. Ni siquiera se pudo establecer la individualización de la mujer que se encontraba al interior del domicilio, al momento en que ocurrió el que-

80 TOP de Antofagasta, sentencia de 10 de agosto, cit., considerando noveno.

81 5° TOP de Santiago, sentencia de 7 de diciembre de 2010, cit., considerando tercero.

82 *Ibid.*

83 TOP de San Bernardo, sentencia de 18 de marzo, cit., considerando quinto.

84 TOP de Melipilla, sentencia de 18 de mayo, cit., considerando séptimo.

brantamiento, ni el lugar donde el infractor se hallaba (dormitorio, antejardín u otro)⁸⁵.

Los mayores detalles de la situación en que se produce la infracción como la vía de ingreso al domicilio, si hubo forzamiento de dispositivos de protección, la hora en que se realizó⁸⁶, en especial si de ésta se deduce la búsqueda de mayor indefensión de la víctima, permiten al tribunal apreciar con mayor certeza la presencia o ausencia de la conciencia de la ilicitud. De la misma manera, la descripción de las características físicas del lugar donde se encontraba el sujeto, la distancia de la víctima. Así en la sentencia del TOP de Antofagasta de 4 de septiembre de 2007⁸⁷, mediante las fotografías del sitio del suceso, se pudo determinar que debido a la distancia entre ellos en ese sitio -de no más de dos metros- hubo incumplimiento consciente.

Otro aspecto considerado por los tribunales ha sido la conducta del sujeto al momento de advertir la presencia de carabineros, como su intento de fuga, conducta que “aparece como contraria a la lógica y a las máximas de las experiencias, que permita sostener que una persona que se encontraba autorizada para estar en dicho sitio, no tenía motivaciones para emprender la referida huida”⁸⁸. Por el contrario, en sentencia de TOP de Antofagasta de 4 de septiembre el hecho de haberse allanado a la detención fue considerada como un antecedente más para estimar que conocía que había infringido una prohibición de acercamiento⁸⁹.

Los motivos o ganancias secundarias que tuvo la denunciante para recurrir a la intervención de las autoridades también es un factor evaluado para fundamentar una resolución. Si existe ésta, como se estimó en sentencia de TOP de Santiago de 4 de febrero de 2011⁹⁰, se da más crédito a la tesis del error de prohibición indirecto.

2.3. Otras valoraciones de los tribunales

En algunas sentencias ha cobrado importancia la identidad entre el denunciante y el beneficiario de la prohibición, detectándose una tendencia a descartar la presencia de error indirecto, si ha sido la propia víctima quien ha efectuado el llamado de auxilio; en menor medida, si es un tercero que, aunque ligado por lazos de familia, no tiene dispuesta la prohibición a su favor. Por ejemplo, la hermana (o) en los casos en que los beneficiarios son los padres o a la inversa, si quien permite el ingreso al inmueble ha sido la madre, en

85 5° TOP de Santiago, sentencia de 25 de enero cit., considerando sexto.

86 TOP de Antofagasta, sentencia de 20 de marzo, cit., considerando undécimo.

87 TOP de Antofagasta de 4 de septiembre, cit., considerando noveno.

88 TOP de Talagante, sentencia de 22 de noviembre, cit., considerando décimo primero.

89 TOP de Antofagasta, sentencia de 4 de febrero, cit., considerando noveno.

90 7° TOP de Santiago de 4 de febrero, cit., considerando noveno.

circunstancias que la orden del tribunal se decretó a favor de la hermana y sobrina de la imputada⁹¹.

En la misma línea de los beneficiarios de la resolución judicial, ha sido relevante examinar a favor de quienes se decretó la medida, por ejemplo, si fue a favor de la cónyuge y los hijos, entonces el hecho de que ésta haya consentido en el ingreso al hogar –sea que se demuestre que aquello ocurrió o no– ha sido estimado insuficiente, para absolver por el desacato, ya que la medida fue dispuesta también a favor de los hijos⁹².

Por otra parte, se observaron más absoluciones en los casos de medidas de prohibición decretadas a favor de los padres en contra de un hijo, si éste presentaba consumo problemático de alcohol o drogas, y dicho consumo fue identificado por los ascendientes como causa de la desavenencia familiar. Más aún, si los procesos judiciales se originaron por incumplimiento de resoluciones de tribunales de familia, declarando las víctimas, además, que su propósito al recurrir a los tribunales de justicia fue el compeler al hijo a efectuarse un tratamiento de rehabilitación⁹³.

3. Conclusiones

Del análisis de las sentencias se puede concluir que:

- La conciencia de la ilicitud se trata, mayoritariamente, como un elemento de la culpabilidad, necesario para imputar la responsabilidad penal al sujeto. La presencia de un error que la afecte, el de prohibición, no permite efectuar el reproche penal.
- Ninguna sentencia desconoce el efecto de esta clase de error en el ámbito penal.
- Tratándose del delito de desacato asociado a causas sobre violencia intrafamiliar, sea por incumplimiento de medidas cautelares, condición impuesta en una suspensión condicional del procedimiento o sanciones accesorias, la clase de error presente correspondió al error de prohibición indirecto.
- Las sentencias que acogieron el error de prohibición le otorgaron siempre el carácter de invencible, absolviendo por tal motivo. No hubo fallos que consideraran que la responsabilidad penal estaba disminuida como consecuencia de un error vencible de prohibición.

91 Por todos: 7° TOP de Santiago, sentencia de 4 de febrero, cit., considerando noveno; TOP de Talagante, sentencia de 20 de mayo de 2011, RUC 0800813241-1, RIT 25-2010, considerandos séptimo y octavo.

92 Por todos: TOP Viña del Mar, sentencia de 8 de agosto, cit., PONRT CVPNC.

93 Por todos: TOP de Talagante, sentencia de 20 de mayo de 2011, RUC 0800813241-1, RIT 25-2010, considerando octavo.

- Desde esa perspectiva, el efecto del error de prohibición tiene un ámbito mayor de lo que se espera, si se analiza de conformidad al desarrollo de las teorías de la culpabilidad.
- La conciencia de la ilicitud puede ser considerada componente del dolo o tratada como elemento autónomo en la culpabilidad.
- Las distinciones sistemáticas que se hacen en los fallos no siempre garantizan que las resoluciones sean consistentes con sus presupuestos. Cobra especial relevancia, por lo tanto, analizar el efecto que se le atribuye, en la estructura del delito, a la presencia del error.
- La conciencia de la ilicitud es una cuestión de hecho. La falta de ésta se debe acreditar.
- El consentimiento de la víctima en la aproximación del sujeto, cuyo acercamiento está prohibido, no tiene un tratamiento uniforme. En algunos casos ha dado lugar a afirmar error indirecto de prohibición; en otros, se ha descartado esta tesis. Se hace presente que en ocasiones, aunque se haya alegado para fundar absolución, los tribunales absuelven por cuestiones asociadas a la prueba del hecho típico.
- Para acreditar la conciencia de la ilicitud, ha resultado fundamental determinar el conocimiento que tuvo el sujeto de la resolución judicial quebrantada y la declaración clara y precisa de los funcionarios que acudieron al sitio del suceso.
- Las condiciones personales de los imputados, como nivel de instrucción, presencia de adicciones, es una cuestión analizada por los tribunales para establecer el carácter invencible del error.
- En la evaluación anterior se consideran también aspectos que se relacionan más con temas de imputabilidad o inexigibilidad de otra conducta que con el conocimiento de la antijuricidad.

CONTENIDOS

Artículos

Modelo de atención a víctimas y testigos
Equipo OPA, División de Atención a Víctimas y Testigos

Justicia terapéutica y tribunales de tratamiento de drogas
Ximena Marcazzolo Awad

Aportes criminológicos al esclarecimiento de delitos cometidos por delincuentes sexuales en serie
Karen Guzmán Valenzuela

Aproximación fenomenológica de los delitos sexuales en Chile. La realidad nacional
Francisco Maffioletti Celedón y Sofía Huerta Castro

Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507
Tania Gajardo Orellana y Angélica Torres Figueroa

Entidades de gestión inmobiliaria social y defraudaciones en la postulación y obtención de subsidios habitacionales
Alejandro Litman Silberman

Delito de desacato asociado a causas de violencia intrafamiliar y error de prohibición. Perspectiva de los tribunales con competencia en lo penal
María Cecilia Ramírez Guzmán

Sentencias Comentadas

Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica que condena por los delitos de falso testimonio y presentación de medio de prueba falso en juicio
José Luis Cortés Zepeda

Comentario del fallo dictado en contra de la agrupación “Los Gaetes” y su análisis para determinar los elementos que configuran una asociación ilícita para el narcotráfico
Renzo Figueroa Aste

Fallos

Recurso de queja acogido. Incumplimiento de acuerdo reparatorio: reanudación del procedimiento
Corte Suprema

Recursos de nulidad acogidos. Homicidio frustrado de fiscal, lesiones a personal policial. Dolo directo. Testigos protegidos
Corte Suprema

Exclusión de prueba. Valoración de la prueba por el tribunal oral. Validez de interceptaciones telefónicas. Trascendencia del vicio
Corte Suprema

Recurso de nulidad acogido. Abuso sexual y producción de material pornográfico infantil. Concurso de delitos. Ilícitud de la prueba. Principio de congruencia
Corte Suprema