

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°61 - DICIEMBRE 2014

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°61 - Diciembre 2014

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Karen Guzmán Valenzuela

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Andrea González Leiva

David Opazo Meneses

Soledad Poblete Moya

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

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

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

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: (56-2) 2965 9693

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

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Artículos

Algunas notas sobre la tipicidad como límite de la analogía en Derecho Penal 9
Marcelo Acuña Silva

¿Discrecionalidad del Juez de Garantía en la rebaja del plazo de suspensión de la licencia de conducir? 45
José Francisco Leyton Jiménez

Fallos

Acción de revisión rechazada. Nuevos antecedentes y estándar de duda razonable 61
Corte Suprema

Recurso de queja acogido. Efectos del cierre de la investigación respecto de personas no formalizadas 71
Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Signos evidentes. Actuaciones autónomas de la policía. Ingreso a lugar cerrado 79
Corte Suprema

Requerimiento de inaplicabilidad rechazado. Artículo 255 del Código Penal. Vejámenes injustos 87
Tribunal Constitucional

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Artículos

MESA OPA SIAU: Una experiencia de acompañamiento y seguimiento de la implementación del Modelo General de Atención de Usuarios de la Fiscalía de Chile en la Fiscalía Regional de Valparaíso 95
Francisco Rojas Advis

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencia Comentada

Comentario a la SCS de 13 de junio de 2013 (Rol 2.560-2013) 119
Jaime Retamal Herrera

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Artículos

- El agente encubierto en los Delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes 147
Alejandro Ivelic Mancilla
- La ignorancia deliberada en el tráfico ilícito de drogas 167
Lorena Rebolledo Latorre

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- ¿De qué hablamos cuando hablamos de convivencia en el artículo 390 del Código Penal? 179
Ivonne Sepúlveda Sánchez

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

Artículos

- Reconocimiento doctrinal y jurisprudencial del carácter típico de la denominada estafa procesal 205
Verónica Rosenblut Gorodinsky
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de dinero. Estructura de imputación 221
Angélica Torres Figueroa

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

- Sobre la agravante de responsabilidad penal contenida en el artículo 12 N°21 del Código Penal. Actuar motivado por discriminación arbitraria 241
Rodrigo Fernández Moraga
- Adolescentes infractores de Ley Penal y decisiones de los tribunales superiores en torno a la aplicación de las medidas accesorias de la Ley N°20.066 255
María José Taladriz Eguiluz

PRÓLOGO

Presento a nuestros lectores el N°61 de nuestra Revista Jurídica en el que, como es habitual, los profesionales de las diversas Unidades Especializadas de la Fiscalía Nacional han colaborado con muy interesantes trabajos sobre materias relevante, tales como la actuación de agentes encubiertos en la investigación de delitos de tráfico de drogas o la ignorancia deliberada en ese tipo de delitos.

Entre estos trabajos se destacan, además, un detallado análisis del tratamiento de la estafa procesal en nuestro país, un artículo que se refiere a la estructura de la imputación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas vinculada al delito de lavado de dinero y otro que expone la realidad actual en cuanto a la posibilidad de aplicar a adolescentes infractores aquellas medidas accesorias contempladas en la Ley N°20.066.

Como hay ciertas materias cuyo interés es transversal a las distintas especialidades, en la Sección de Materias de Interés General los lectores podrán encontrar interesantes sentencias tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional que han sido elegidas tanto por sus alcances, como por sus especiales caracteres; así como un trabajo que profundiza en el principio de tipicidad como límite a la analogía en el derecho penal y otro que apunta a una cuestión jurídica más específica, en relación con la suspensión de las licencias de conducir vehículos motorizados.

Este número contiene otros múltiples valiosos aportes, a los que no se hace mención especial en este prólogo, lo cual, como los lectores podrán comprobar, no les resta de modo alguno ni validez ni interés, por las distintas materias que tratan en forma exhaustiva.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS

Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TIPICIDAD COMO LÍMITE DE LA ANALOGÍA EN DERECHO PENAL

Marcelo Andrés Acuña Silva¹

I. Cuestiones previas

El carácter marcadamente legalista del Derecho Penal, al cual los profesores Labatut², Del Río³ y Cousiño Mac Iver⁴ ya hacían expresa alusión en sus pretéritos manuales, resulta, hoy en día, un punto némine discrepante en doctrina, aunque debe reconocerse, de disímil aplicación práctica si se consideran las múltiples variables que terminan condicionándolo.

En efecto, uno de los aspectos esenciales del principio de legalidad, en cuanto principio estructural de un Estado Social y Democrático de Derecho⁵, y que en términos generales podemos dotar de contenido en cuanto regla de clausura de las fuentes formales del Derecho Penal (en donde la ley es la única que puede establecer delitos y penas⁶), lo constituye la taxatividad o determinación con la cual las conductas que normativamente son impuestas como delictivas, resultan descritas en los respectivos tipos penales, y es precisamente en este punto, como refiere el profesor Oliver Calderón, en donde concurren una serie de factores que han dejado al mencionado principio en un callejón

- 1 Abogado Jefe de Asesoría Jurídica, Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.
- 2 LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. 9ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, I, p. 39.
- 3 DEL RÍO, Raimundo. *Explicaciones de Derecho Penal. Generalidades*. Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1945, I, p. 228.
- 4 COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1975, I, págs. 81 y sgtes.
- 5 Como señala el profesor Santiago Mir Puig, la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho puede presentarse de manera tripartita: a) el Estado de Derecho importa la prohibición de la analogía, b) el Estado Social apunta a la eficacia del derecho punitivo en su lucha contra el delito, y en donde deberán considerarse también aspectos criminológicos, y c) el Estado Democrático, deja al Estado al servicio del sujeto y sus circunstancias. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. Colección Maestros del Derecho Penal, 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- 6 NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. "Reconfiguración" del sistema de fuentes del derecho penal y "amenaza de crisis" del principio de legalidad: la incorporación del derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización". EN: FARALDO CABANA, Patricia (Directora), y BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel y PUENTE ABA, Luz María (Coordinadores). *Nuevos Retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 123-178, p. 136.

sin salida, entre Escila y Caribdis, y que van: “...desde la imposibilidad de utilizar términos unívocos en la ley, atendida la ambigüedad del lenguaje, pasando por un problema de escasez de recursos técnicos y económicos del legislador, hasta una necesidad de vaguedad en la regulación, a fin de buscar la justicia del caso concreto, entre otras causas”⁷.

Es evidente que el escenario socio-cultural y político de nuestro tiempo, con crecientes demandas de justicia y mayores penas, no favorece su fortalecimiento, y esto por una razón muy simple: frente al espejo aparecemos como las víctimas del delito, y al reverso, tenemos al “otro”, al delincuente, y ambos aspectos se conjugan, cual Cabeza de Jano, para dejar al principio de legalidad como un óbice frente a la declarada guerra contra el delito⁸. Más aún, si bien la esperanza es que siempre se tendrá como último refugio de la taxatividad el límite impuesto por el sentido literal posible en el cual se enmarca el tipo penal, la verdad es que esto no pasa de ser un claroscuro, dado que a los factores ya mencionados se unen “las necesidades de justicia, de protección de los bienes jurídicos, de adaptabilidad de la ley o de anticipación de la protección”⁹, lo que junto a un generalizado recelo frente al legislador, ha confluído en la suficiencia de la mera “determinabilidad” de los tipos, en donde la vaguedad camina de la mano con una interpretación teleológica del ámbito de lo punible, con el latente peligro que representa el que “buenos argumentos teleológicos, sistemáticos y, especialmente un consenso generalizado, han permitido que, en no pocas ocasiones, se pase por encima del sentido que tendría la ley”¹⁰. De esta forma, frente a la vaguedad del lenguaje, dada su convencionalidad, unido esto a la multiplicidad de factores que lo condicionan, la labor interpretativa, y con ello el principio mismo de legalidad (y de tipicidad), se nos presentan, dicho gráficamente, como un bosque tan oscuro, que quienes ingresan en él raramente vuelven para decirnos qué es lo que vieron, y es precisamente en este campo en donde se mueve la analogía en Derecho Penal.

Pues bien, en este punto, de lo que se trata es de mirar a quien aplica la ley, en un mandato que, según veremos, tiene como uno de sus destinatarios al juez, y en dicho lugar observar si la línea de descenso que judicialmente se sigue al interpretar los tipos penales, generalizando una solución legislativa determinada, ha importado o no, a su vez, una generalización aumentada de los

7 OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Seguridad jurídica y Derecho Penal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, 11, 2009, págs. 181-199, p. 190.

8 OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Oscuridad de las Leyes”. En: MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Director). *Beccaria, 250 años después. Dei Delitti e Delle Pene. De la obra maestra a los Becarios*. Buenos Aires, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 71-83, p. 79.

9 OSSANDÓN WIDOW, ob. cit., p. 80.

10 Ídem.

elementos positivos del tipo delictivo, es decir, una analogía¹¹, sobre todo si se considera que hoy ha quedado atrás un punto de partida que en tiempo pretérito resultaba ser la regla: los presupuestos fácticos de los tipos penales no se vinculan a un número exacto de casos¹². En este punto debe señalarse que, como premisa general, existe acuerdo entre los autores en orden a que el principio de legalidad exige, como cuestión primordial, que el legislador exprese en forma concreta los contenidos de la punibilidad a través de los tipos penales que crea, de tal forma que el tenor literal de la ley mantenga a disposición del intérprete el ámbito de su aplicación y alcance, facilitando así, ex ante, el proceso de criminalización secundaria, al simplificar el proceso intrínseco de la tipicidad, esto es, el “proceso valorativo de atribución de un ámbito situacional concreto a un tipo legal abstracto y genérico”¹³, y evitándose con ello, que el juez pueda hacer surgir “la punibilidad de un comportamiento de la circunstancia de ser parecido e igualmente digno de sanción que uno expresamente amenazado con ella”¹⁴, es decir, una aplicación analógica del texto, que desde ya se advierte proscrita en este ámbito. Así entonces, las palabras de Wittgenstein serán un eco constante en esta micrología: “de lo que no se puede hablar, hay que callar”¹⁵.

Ahora bien, dar algunas pautas sobre la temática es nuestro cometido, tratando en ello, a lo Rawls, de ser “un observador... racional e imparcial... una persona que adopta una perspectiva general”¹⁶, y en donde el punto de partida se encuentra en el límite que el principio de legalidad impone al ius puniendi estatal, sea que su fundamento se encuentre en aspectos de tipo político-constitucional, o en consideraciones de tipo funcional, como con claridad ha expuesto, en otra parte, el profesor Luzón Peña¹⁷.

-
- 11 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª. ed., traducción castellana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1997, p. 100.
 - 12 BACIGALUPO, Enrique. “La Garantía del Principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal”. En: *Anuario de Derecho Penal*, 2, 1983, págs. 11-29, p. 14.
 - 13 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, I, págs. 138-139.
 - 14 ROXIN, Claus. *El principio de determinación de la ley en el Derecho Penal Alemán*. En: VAN WEEZEL, Alex (Editor). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago, Chile, Legal Publishing- Thomson Reuters, 2013, p. 116.
 - 15 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratatus Logico-philosophicus*. 3ª. ed., versión de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 145.
 - 16 RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª. ed., traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 179.
 - 17 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Universitas S.A., 2006, I, p. 80.

II. El Principio de Legalidad¹⁸

1. Orígenes y evolución

Resulta ineludible en la exacta comprensión del principio de legalidad, y con ello, del límite que este impone (incluido aquí el tipo y la tipicidad) a la analogía en materia penal, realizar una mirada retrospectiva, considerando que el principio mismo, es el resultado de un proceso evolutivo que no ha estado exento de altibajos¹⁹, todo lo cual permitirá delinear con mayor exactitud las funciones que cumple frente al poder punitivo del Estado y con ello, frente a la analogía misma en el ámbito penal, y sin olvidarnos en este proceso, como señala Hassemmer, que en este principio “*se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros*”²⁰.

Ya en nuestros derroteros, los orígenes del principio de legalidad se remontan, al menos en una forma embrionaria, “*a la Biblia, al Código de Hamurabi, las leyes griegas y romanas...el Corán*”²¹ y también al Derecho Canónico²², en todos los cuales la idea básica era que a través de los textos se transmitía una previsión de la materia de la prohibición, la cual era explicitada en un estado primordial²³. En cuanto al Derecho Romano (en donde encontramos también los orígenes de la analogía²⁴), Stratenwerth señala que es en Cicerón en donde el principio de legalidad encuentra sus orígenes, ya que este último preconizaba que ninguna consecuencia perjudicial podía existir para un sujeto, cuya

18 El profesor Muñoz Conde denomina a este principio como de intervención legalizada, ya que aquello que regula es precisamente la intervención estatal bajo el manto del imperio de la ley. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Colección Maestros del Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001.

19 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad*. Santiago, Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, págs. 196-197.

20 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación*. En: *Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Pilar Díaz Pita, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, p. 5.

21 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª. ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 167.

22 CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*. 2ª. reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2005, I, p. 198.

23 CURY URZÚA, ob. cit. p. 167.

24 Como refiere Bravo de Mansilla, se aludía a ella con las frases “*ad similia procedere, thabere ad consequentias, qua tendum ad eadem utilitatem, similes erunt, ad similia procederé...*”. BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira. Analogía e Interpretación Extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines. En: *Anuario de Derecho Civil*, LXV, 2012, III, págs. 1001-1073, p. 1010, nota N°27.

conducta no tenía ningún correlato con un comportamiento pasado que, legalmente, resultara delictual²⁵.

Por su parte, Muñoz Conde indica como precedente un texto de Ulpiano tomado del Digesto, y en el cual se leía “*poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicio imposita est*”²⁶. Frente a esto, Welzel afirma que el principio de *nulla poena sine lege* resultó totalmente ajeno al Derecho Romano, tanto en lo que al Imperio Romano se refiere, como a Justiniano²⁷, ya que aquí no podemos obviar que en los crímenes extraordinarios existió una aplicación analógica amplia de la ley penal, indicándose que “*non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est*”²⁸. Lleva así la razón Welzel cuando refiere que el principio de legalidad no tenía correlato con los delicta publica, ni existía allí, en contra de lo que entendemos por tipicidad, ninguna distinción relacionada con el iter criminis del delito, resultando así que había una mayor familiaridad con el Derecho Penal Germánico, aun cuando siempre existió la alternativa de punir conforme al derecho consuetudinario²⁹. En esta misma línea debe destacarse, como lo hace Baumann, que en los derechos penales antiguos la regla para punir era una descripción general de la conducta que se criminalizaba, como sucedía con el Espejo de Sajonia de 1225, en donde simplemente se indicaba que al ladrón había que ahorcarlo, y lo mismo con la Carolina de 1532 (cuyo origen encontramos en la Constitutio Criminalis Bambergensis³⁰), al sancionar las distintas formas de hurto³¹, y permitir expresamente, en este último caso, la analogía en base al uso alemán y la decisión de los juristas³².

Ahora bien, es posible encontrar algunos antecedentes de este principio en los privilegios otorgados a Barbastro por Pedro I, el año 1100, y en la compilación de Huesca de 1247 de Jaime I³³, sin embargo, tanto en el decreto de

25 STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. 2ª. ed. alemana, traducción de Gladys Romero, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1982, I, p. 28.

26 MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 138.

27 WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956, p. 26.

28 SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 5ª. ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, I, p. 135.

29 WELZEL, ob. cit., págs. 26-27.

30 FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 51.

31 BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. 4ª. ed. alemana, traducida por Conrado Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973, p. 61.

32 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 51.

33 GUALLART DE VIALA, Alfonso. *El Derecho Penal Histórico de Aragón*. Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1977, págs. 79 y sgtes.

Alfonso IX en las Cortes de León de 1188³⁴, y principalmente en la Carta Magna Libertatum de 1215, es en donde aparece con más claridad, señalándose en este último texto que: *“Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”*³⁵. Sin embargo, la alusión no se encuentra a salvo de los cuestionamientos a su técnica, ya que, como indica Maurach, permitía resolver conflictos en base a la analogía y a la propia carta, tratándose de situaciones casuales o ininteligibles³⁶, a lo que se une el que los delitos más graves del derecho común inglés, como el asesinato, la violación y el robo, sólo llegaron a tener contornos más claros a través de la jurisprudencia³⁷.

Siguiendo con nuestro análisis, la formulación actual del principio de legalidad se debe, primero, a Beccaria, el que en su conocido *Tratado de los delitos y de las penas*, con clara influencia de Rousseau y Montesquieu³⁸, señalaba que: *“solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esa autoridad puede residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella), puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes, contiene en sí la pena justa, y otras más en la extensión, se sigue, que ningún magistrado baxo pretexto de zelo ú de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincente”*³⁹, y en segundo lugar, a Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, a quien se debe la formulación latina del principio (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*) en su conocida obra *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* de 1801, quedando entre nosotros para siempre enclavada

34 MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 138.

35 Magna Carta (15 de junio de 1215) [en línea]. Instituto de Investigaciones jurídicas, Unam, págs. 171-172, p. 3. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014]. En inglés sería: *“No freeman shall be taken or imprisoned, or disseised, or outlawed, or banished, or any ways destroyed, non will we pass upon him, nor will we send upon him, save by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land”*. SOLER, ob. cit., p. 136, cita N°10.

36 MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal, Parte General. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. 7ª. ed. alemana, traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, I, p. 161.

37 KREB, Claus. *Nullum poena, nullum Crimen, sine lege* [en línea]. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg and Oxford University Press, p. 3. Disponible en:

<http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014].

38 CEREZO MIR, ob. cit., p. 198.

39 BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas*, traducido por Juan Antonio de las Casas, Valladolid, Editorial Maxtor, 2004, p. 14.

la consigna de que: “*toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible... toda imposición de pena presupone una ley penal*”⁴⁰. En el caso de Feuerbach, el principio guarda perfecta armonía con su teoría de la pena, la cual, en su planteamiento, debe cumplir una función de coacción psicológica, por lo cual “*el amenazado debe conocer por qué se le conmina y con qué se le coacciona*”⁴¹. Por otra parte, el principio en cuestión será también plasmado en las Petitions of Rights de los Estados Americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776), también en la Josephina austríaca (1787)⁴², en el Allgemeines Landrecht prusiano (1794)⁴³, y fundamentalmente en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, al establecerse allí, en su artículo 8, que: “*La ley no puede establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada*”⁴⁴.

Desde este momento, el principio de legalidad irradia todas las declaraciones y códigos penales en prospectiva, pasando a formar parte de las legislaciones de “*todos los países cultos*”⁴⁵, aunque su mantenimiento “*no ha sido pacífico en la evolución del Estado moderno*”⁴⁶, y una muestra elocuente de ello es lo sucedido con la Ex U.R.S.S. y la Alemania Nacional-Socialista. Debe aquí recordarse que en el caso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el derecho mismo tenía un valor escaso, lo cual se entiende si se piensa que la idea que trascendía era que “*sólo aprovechaba a las clases opresoras y que es un opio peor que el de la religión*”⁴⁷. En este contexto, el artículo 10 del Código Penal Ruso de 1922 señalaba que: “*En caso de ausencia en el Código Penal, de precepto específico para algún delito en particular, las medidas penales o de defensa social se configurarán conforme a aquellos artículos del Código Penal que contemplan delitos análogos por su importancia y capacidad*”⁴⁸, dando lugar así a la aplicación analógica de sus preceptos, lo que no resultaba extraño en base a la ya mencionada idea

40 VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal*. 14ª. ed. alemana, traducida por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 55.

41 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1977, p. 59.

42 MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 139.

43 CEREZO MIR, ob. cit., p. 200.

44 Ídem.

45 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed. Barcelona, Editorial Reppertor, 2005, p. 115.

46 BUSTOS RAMÍREZ, y HORMAZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 81.

47 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 3ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, 1958, p. 131.

48 CEREZO MIR, ob. cit., p. 201.

que trascendía, y al hecho que: “*si se piensa que el derecho penal soviético pretende fundarse en la defensa social, no puede maravillarnos que acepte la analogía*”⁴⁹. En el mismo sendero, el artículo 16 del Código Penal Ruso de 1926 indicaba que: “*si un acto socialmente peligroso, no está precisamente previsto en el Código Penal, el fundamento y los límites de la responsabilidad se determinan conforme a los artículos del código, que prevéan delitos cuya naturaleza se aproxime mayormente*”⁵⁰. A su vez, la ley complementaria de 1935 posibilitó que el “sano sentimiento del pueblo” jugara un rol importante en la punición junto a las penas impuestas por ley⁵¹. Finalmente el principio de legalidad fue reintroducido el año 1958, a través de los Principios fundamentales de la legislación penal de la U.R.S.S. y de las Repúblicas de la Unión, y asegurado constitucionalmente en el artículo 54 de la Constitución de la Federación Rusa de 1993⁵².

Por su parte, en el caso alemán, no sólo las “*plumas de Dahm, Schaffstein, Siegert, Guenther, Friesler, Peters y hasta la prestigiosísima de Mezger, fueron lanzas que se cruzaron*”⁵³ en favor de la analogía en materia penal, sino que, como bien señalaba Cuello Calón, “*la reforma llega a los fundamentos básicos del Derecho Penal...no es la ley la fuente primera del derecho penal, su fuente más íntima y profunda es la convicción del pueblo y su sentimiento jurídico*”⁵⁴. Así encontramos que el párrafo segundo del Código Penal Alemán, después de la reforma de 28 de junio de 1935, señalaba que: “*Será castigado quien comete un hecho que la ley declara punible o que merezca castigo según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él*”⁵⁵, y esta situación sólo pudo ser revertida después de la Segunda Guerra Mundial por la ley N°1 del Jefe Superior de las Fuerzas Aliadas⁵⁶ y a través del Consejo de Control y su proclama N°3, ley N°11⁵⁷.

El desarrollo posterior de la temática en el ámbito internacional llevó a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de

49 JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., p. 132.

50 PECO, José. “La analogía penal y la peligrosidad criminal”. En: *Revista de Ciencias Penales*, III, 1937, 12-13, págs. 33-46, págs. 34-35.

51 WELZEL, ob. cit., p. 27.

52 KREB, ob. cit., p. 4.

53 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*. Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1950, II, p. 484.

54 CUELLO CALÓN, Eugenio. “El Derecho Penal de las Dictaduras”. En: *Revista de Ciencias Penales*, I, 1935, 5, págs. 579-594, p. 582.

55 COUSIÑO MAC IVER, ob. cit., págs. 91-92. También JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ob. cit., p. 514. Un breve análisis de la jurisprudencia alemana relacionada a la modificación puede verse en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios*, ob. cit., p. 136.

56 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios*, ob. cit., p. 138.

57 MAURACH, ob. cit., p. 162.

1948, y a la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, a los que luego se unió, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. Debe señalarse aquí que este proceso de internacionalización no ha estado exento de polémicas, ya que en los juicios de Nuremberg y Tokio, realizados a través de Tribunales Militares Internacionales, precisamente la existencia misma de los crímenes contra la humanidad imputados estaban en duda, resolviéndose en dicha oportunidad que el principio de legalidad no era vinculante para el tribunal como una cuestión de derecho estricto, estableciendo que se trataba de un principio general de justicia, y que no resultaba injusto castigar a aquellos que habían atacado sin previo aviso a sus vecinos, ya que era evidente que ellos sabían que hacían el mal, y lejos de ser injusto castigarlos, era injusto que su mal quedara impune⁵⁸.

2. Breve mirada de Derecho Comparado

Desde esta perspectiva, es necesario realizar algunas consideraciones globales complementarias, más allá de lo occidentalizado de la temática. En efecto, debe destacarse que en el caso de Dinamarca, al pasar de su Código Penal de 1866 al de 1930, a través de su artículo 1, *“renunció al principio de legalidad y admite la analogía”*⁵⁹, al hablar de hechos que fueran enteramente asimilables a los expresamente penados, y aun cuando Jiménez de Asúa lo justifique en base a *“razones tradicionales y en modo alguno políticas –como son las que decidieron la analogía en Rusia y en el Tercer Reich–”*⁶⁰, ello no impidió, como refiere Cousiño Mac Iver, que su artículo 263 N°1, que sanciona la apertura de cartas, la apropiación de comunicaciones o la sustracción de correspondencia, fuera aplicada por analogía al que mediante la conexión de una instalación secreta, escuchaba una conversación telefónica⁶¹. En el caso chino, a través de la ley penal de 1951, en su artículo 16, se acogió la analogía como forma de punir⁶². Tratándose de Japón, su Código Penal de 1870 contemplaba la analogía como mecanismo punitivo, sin embargo, ella resultó eliminada en los códigos de 1880 y 1907⁶³. En las zonas de influencia de la ley islámica, debe indicarse que el Corán señala como principio el que Dios no castiga a los seres humanos antes de haber enviado un mensajero para advertirles, sin embargo, en la Sharia tradicional, se reconoce a los jueces islámicos cierta discreción para

58 KREB, ob. cit., p. 4.

59 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, 3ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, I, p. 40.

60 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado*, ob. cit., p. 503.

61 COUSIÑO MAC IVER, ob. cit., p. 93.

62 Ídem.

63 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ob. cit., p. 502.

la aplicación de castigos relacionados a ciertos crímenes (Ta'azir)⁶⁴, y esta es precisamente la resistencia que sobrevino al Rey de Afganistán, Amanullah, al tratar de incorporar en el código del lugar el principio de legalidad⁶⁵. Por último, es necesario realizar alguna mención a lo que sucede en el ámbito del common law, principalmente en Inglaterra y Estados Unidos. Aquí, lo primero que debe precisarse es que hablar de common law es aludir a un “*derecho consuetudinario jurisprudencial, que se impuso desde mediados del siglo XIII frente al county custom local y, de ese modo, se convirtió en el derecho vigente para todos los súbditos de la corona inglesa*”⁶⁶. Dada la estructura de este tipo de ordenamientos, si bien rige aquí el principio de “*Judge made law*”⁶⁷, dicho juez se encuentra fuertemente vinculado al precedente judicial, a la tradición judicial y al Statute Law⁶⁸, y ello incluso en una medida mayor que el juez continental⁶⁹.

Ahora bien, en el caso inglés, el principio del nullum crimen es “*como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogía*”⁷⁰, aunque debe señalarse que Inglaterra sólo incorpora legislativamente este principio, a través de su Human Rights Act de 1998, como consecuencia de la recepción interna del artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos de la que es parte⁷¹. Tratándose de Estados Unidos, hoy en día, la abundante regulación que existe tanto a nivel federal como en cada uno de los Estados, permite afirmar que en dicho país resulta aplicable un concepto al menos similar al principio de legalidad continental⁷², resultando importante aquí, en cuanto una confirmación de aquello, y más aún, directamente vinculada a la prohibición de analogía en materia penal, lo resuelto en el caso *United State c. Wiltberger*, de 18 de febrero de 1820, en donde se señalaba que: “*sería por cierto peligroso llevar adelante el principio de que un caso que esté dentro de la ratio o pueda ser comprendido como agravio a una ley, sea subsumido dentro de sus disposiciones, a fin de castigar*

64 KREB, ob. cit., p. 3.

65 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ob. cit., p. 502.

66 AMBOS, Kai. *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos de Derecho Alemán y Comparado*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, p. 54.

67 MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte General. Libro de estudio*. 2ª. ed., traducción por Conrado Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 65.

68 MUÑOZ CONDE, *Introducción*, ob. cit., p. 140.

69 MEZGER, ob. cit., p. 65.

70 AMBOS, ob. cit., p. 56.

71 Ídem.

72 POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho penal Chileno, Parte General*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, I, p. 94, cit. 4.

un delito no enumerado en la ley, alegando que es un hecho injusto igual o de carácter semejante a los enumerados^{73 74}.

3. Sentido y alcance del Principio de Legalidad. La tipicidad como corolario

La importancia del principio del *nullum crimen*, y con ello de la tipicidad, queda bien reflejada en las palabras de Beling, al indicar que se había llegado a un punto en el cual, cualquier ilícito culpable podía ser sancionado por un juez a su total arbitrio, incluso tratándose de conductas que simplemente le pudieran provocar algún fastidio^{75 76}, frente a lo cual opuso, cual Muro de Planck, una idea que expresó con una simplicidad hiriente: “*reducese el actual derecho penal a un catálogo de tipos delictivos*”⁷⁷. Tenemos entonces el punto de partida de esta relación entre el principio de legalidad y la tipicidad de una conducta (en cuanto ajustarse al catálogo referido), en donde, para entender mejor sus alcances, es necesario escudriñar en varios aspectos relacionados, a saber: en los fundamentos de la intervención legalizada, en las garantías que lo conforman y en los sujetos a quienes se dirige, para finalmente terminar en cuestiones específicas del mandato de determinación, y todo ello bajo la premisa que señala que la “*legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo*”⁷⁸.

3.1. Fundamentos del principio

En este punto, para algunos el fundamento se encuentra, tanto en la seguridad jurídica, que permite a los sujetos prever aquellas conductas por las cuales pueden ser sancionados, como en constituirse en una garantía polí-

73 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ob. cit., p. 501.

74 El texto en inglés es el siguiente: “*It would be dangerous, indeed, to carry the principle, that a case which is within the reason or mischief of a statute, is within its provisions, so far as to punish a crime not enumerated in the statute, because it is of equal atrocity, or of kindred character, with those which are enumerated. If this principle has ever been recognized in expounding criminal law, it has been in cases of considerable irritation, which it would be unsafe to consider as precedents forming a general rule for other cases*”. U.S. Supreme Court. *US v. Wiltberger*, 18 U.S. 76 (1820) [en línea]. Disponible en: <http://laws.findlaw.com/us/18/76.html> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014].

75 VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires, Librería el foro, 2002, p. 73.

76 Esto nos hace pensar en las palabras del juez norteamericano, Learned Hand, al señalar que le temía más a un juicio que a la muerte o a los impuestos. DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. 2ª. ed., traducción de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2012, p. 15.

77 VON BELING, ob. cit., p. 73.

78 HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. 2ª. ed., traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 22.

tica, en cuanto impone como regla, el que las únicas penas que el Estado puede imponer son aquellas que han sido determinadas con anterioridad al hecho por el cual se sanciona⁷⁹. Otros indican que el principio de legalidad encuentra su fundamento en el principio de culpabilidad, ya que sólo si la ley establece de antemano el hecho que resulta ser punible, la culpabilidad, que impone por parte del autor un previo conocimiento de la amenaza penal, podrá cumplir con su rol de ser un juicio de reprochabilidad en contra del sujeto que, pudiendo en el caso concreto regirse por los mandatos del derecho, no lo hizo⁸⁰. También se ha intentado fundar esta intervención legalizada en el denominado principio democrático, el cual impone como de absoluta necesidad, la existencia de una ley previa al actuar de la administración o de la justicia, considerando que los funcionarios que allí ejercen sus funciones carecen de legitimidad democrática⁸¹. En otra línea de fundamentación, se ha recurrido a los elementos que integran un Estado de Derecho, indicándose que el principio de legalidad no sólo se funda en la idea de que todo bien jurídico de los ciudadanos requiere, para que el Estado los afecte, de una ley previa, sino también en aspectos, tales como, la prohibición de arbitrariedad, la imparcialidad del tribunal y el derecho a la seguridad, entre otros⁸².

Por su parte, Muñoz Conde nos entrega dos fundamentos del principio de legalidad, uno político y otro jurídico. En el fundamento político, su punto base es el Estado liberal de Derecho, en el cual es posible distinguir cuatro características que le otorgan sus contornos: el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la garantía de derechos y libertades fundamentales⁸³. En el aspecto jurídico, alude a la formulación latina dada por Feuerbach (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y a su desarrollo posterior⁸⁴.

Pues bien, en este espiral hermenéutico⁸⁵, nos parece que debe destacarse, como lo hace la profesora Ossandón Widow, la dimensión política de este principio en su fundamentación, y en este punto, toda intervención del Estado debe estar legitimada en la separación de poderes y en la estricta sujeción de

79 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, I, 34.

80 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, p. 106.

81 Ídem.

82 BACIGALUPO, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 107.

83 MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 140.

84 *Ibid.*, p. 145.

85 Una explicación de la hermenéutica referida la encontramos en KAUFMANN, Arthur. *La Espiral Hermenéutica*, traducción del alemán de José Antonio Santos [en línea]. Depósito académico digital Universidad de Navarra. Disponible en: <http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/14566> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2014].

sus órganos a la ley, lo cual importa reconocer al legislador un estatus superior, explicable por tratarse del detentador más directo de la representación del pueblo, lo que a su vez permite afirmar que sólo él puede afectar la libertad individual de los sujetos prohibiendo conductas e imponiendo penas, todo lo cual supone que el “*ciudadano no se verá sometido por parte del poder ejecutivo o judicial, a penas que no sean expresión de esa voluntad popular*”⁸⁶ y “*se traduce, en concreto, en el principio de reserva de ley, en el mandato de determinación y en la prohibición de analogía*”⁸⁷.

En esta misma vertiente, es posible distinguir en esta dimensión política, un aspecto formal y otro material. En el primero, resultan excluidas como fuente de los delitos y de las penas la creación jurisprudencial, el derecho consuetudinario y aquellas normas con origen en el Ejecutivo⁸⁸, quedando así este ámbito bajo el alero exclusivo del legislador, lo que importa cerrarlo a las “*normas inferiores y limita las posibilidades jurídicamente consideradas de contenido de las sentencias judiciales*”⁸⁹. Por su parte, en su aspecto material, se traduce en el mandato de determinación, el cual impone al legislador “*claridad y precisión en la formulación de los preceptos*”⁹⁰ (por lo que algunos han señalado que sería el “*último y más refinado fruto del principio de legalidad*”⁹¹), lo que, a su vez, “*conduce inevitablemente al ámbito judicial, en que es exigible un especial rigor en la labor interpretativa*”⁹², quedando así todo bajo el halo impuesto por el límite del sentido literal posible de la ley, de donde surge la prohibición de analogía, tal como se explicará. Así expuestas las cosas, nos parece que el fundamento último del principio de legalidad no es otro que el de la seguridad jurídica⁹³, descartada que fuera cualquier previsión que pudiera suponerse por parte del sujeto respecto de todas aquellas normas que eventualmente pudieran tener

86 OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009, p. 488.

87 Ídem.

88 *Ibid.*, p. 492.

89 NAVARRO DOLMESTCH, ob. cit., p. 136.

90 FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. La naturaleza y el contenido del mandato de *lex certa* en la doctrina del Tribunal Constitucional Español. En: *Revista de Derecho Derecho (Valdivia)*, 9, 1998, 1, págs. 141-151 [en línea]. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501998000200006&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 12 noviembre 2014].

91 ROMANO, Sergio. *Commentario sistematico al Codice Penale*. Milán, Griuffé, 1995, p. 41.

92 OSSANDÓN WIDOW, *La Formulación*, ob. cit., p. 496.

93 Desde una perspectiva distinta, Bustos Ramírez indica que el fundamento del principio es de corte garantista, ya que tiene por objeto proteger al individuo frente a la arbitrariedad estatal, debiendo el Estado crear las condiciones que permitan a los ciudadanos tener la posibilidad de conocer en términos reales, tanto el contenido como el fundamento de sus intervenciones. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal, Parte General. Obras completas*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, I, p. 380.

como resultado la punición de su conducta, y ello dado que la realidad siempre se impone, y en esa realidad, lo cierto es que las personas no conocen las normas, y aun si así fuera, la previsión nunca sería total⁹⁴. De ahí entonces la exigencia de una clara delimitación de los tipos penales y la prohibición de aplicarlos a casos no comprendidos en ellos (analogía).

3.2. Sujetos de la protección

En cuanto a las personas a las cuales el principio de legalidad protege, como refiere Naucke, es posible entender esta temática de dos formas. Por una parte, se presenta como la magna carta del delincuente, en donde aparece un Estado bueno frente al delincuente malo, apareciendo así el principio como un mal necesario que, según el caso, reclamará indulgencia⁹⁵, y que al día de hoy, goza de poca aceptación si se considera que los principios del Estado democrático de derecho siempre ponen delante del juez a un sujeto que se presume inocente, y que es precisamente el destinatario de la protección⁹⁶. A su vez, es también posible entender este principio como la magna carta del ciudadano, en donde frente al Estado malo y poderoso, tenemos al buen ciudadano, no resultando posible aquí hablar de delincuente sin pensar en un tipo penal determinado, y en donde el principio de legalidad resulta un bien necesario cuya infracción no amerita perdón⁹⁷.

3.3. Garantías derivadas del Principio de Legalidad

Siguiendo con el análisis del principio de legalidad, de su formulación se desprenden una serie de garantías, que corresponden a un sentido amplio del principio⁹⁸, las que pueden agruparse de la siguiente forma: a) garantía criminal, b) garantía penal, c) garantía jurisdiccional y d) garantía de ejecución^{99 100}.

94 OSSANDÓN WIDOW, *La Formulación*, ob. cit., págs. 533-534.

95 NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht. Eine Einführung*, p. 67, citado en VAN WEEZEL, Alex. *La Garantía de Tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago, Chile, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2011, p. 19, nota 27.

96 BACIGALUPO, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 107.

97 NAUCKE, ob. cit., p. 67.

98 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 34.

99 En este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, ob. cit., págs. 146-147; CEREZO MIR, ob. cit., págs. 204-206; MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., págs. 115-116; BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2014, p. 20; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 60; OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el Código Penal Español de 1995". En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, 2000, págs. 79-94, p. 80.

100 Algunos hablan de garantías referidas a la incriminación primaria (criminal y penal), garantías sobre la aplicación de las normas (jurisdiccional y procesal) y garantía de la

Al hablar de garantía criminal, se alude a que el delito debe estar siempre determinado por la ley¹⁰¹. En el caso de la garantía penal, se impone que toda pena debe encontrarse establecida previamente por una ley¹⁰². Por su parte, tratándose de la garantía jurisdiccional, se establece que tanto el delito como la imposición de la pena deben ser acreditados por medio de una sentencia judicial y en un procedimiento legalmente establecido¹⁰³. Finalmente, en la garantía de ejecución se requiere que la pena se ejecute en la forma dispuesta por la ley¹⁰⁴.

Ahora bien, el principio de legalidad también puede ser considerado en un sentido restringido¹⁰⁵, a través del significado que se otorga a su fórmula latina: *nullum crimen nulla poena sine lege, praevia, scripta et stricta*. Así entonces, el desglose de esta fórmula no es otra cosa que una serie de requisitos que deben cumplir las normas penales como consecuencia de las garantías antes mencionadas¹⁰⁶ y que se traducen en: a) *nulla poena sine lege proevia*, es decir, se impone aquí la prohibición de retroactividad de las leyes penales más severas¹⁰⁷, b) *nulla poena sine lege scripta*, que nos indica que la “*punibilidad de una conducta solo puede ser establecida por ley*”¹⁰⁸, excluyéndose así el derecho consuetudinario¹⁰⁹, así como “*los reglamentos, las ordenanzas, las instrucciones, los decretos, las órdenes de servicio y otros semejantes. Lo mismo sucede con la costumbre*”¹¹⁰, y c) *nulla poena sine lege stricta*, en donde se exige precisión en la formulación de los tipos penales¹¹¹ (mandato de determinación), y con

incriminación secundaria (de ejecución). BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal*, ob. cit., p. 379. Debe señalarse también que otros distinguen entre principio de mera legalidad y de estricta legalidad, en donde “*mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (nulla poena, nullum crimen sine lege), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione)*”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 95.

101 MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 115.

102 CEREZO MIR, ob. cit., p. 205.

103 BALMACEDA HOYOS, ob. cit., p. 20.

104 RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 60.

105 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 34.

106 MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 116.

107 CURY URZÚA, ob. cit., p. 167.

108 BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 380.

109 FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 105.

110 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 32.

111 MIR PUIG, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 116.

ello, una expresa prohibición de la analogía^{112 113}, ya que, como bien refiere Ossandón Widow, *“para que la prohibición de analogía tenga sentido, es indispensable que previamente, la norma penal haya sido formulada con la suficiente determinación. De lo contrario, se hace muy difícil, incluso imposible, distinguir una interpretación extensiva de una aplicación analógica”*¹¹⁴.

3.4. El mandato de determinación, taxatividad o tipicidad

Llegamos así al núcleo de esta micrología, lo que constituye su bosón de higgs, y lo primero que debe indicarse es que el principio de legalidad, y con ello el mandato de determinación como su corolario, está expresamente reconocido entre nosotros en el artículo 19 N°3, en sus incisos 8 y 9 de nuestra Carta Fundamental, a saber:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”^{115 116}.

El precepto mencionado debe relacionarse con lo dispuesto en los artículos 1¹¹⁷ y 18¹¹⁸ del Código Penal, y complementarse con lo dispuesto en el

112 CURY URZÚA, ob. cit., p. 168.

113 Hemos optado por incluir en el mandato de *lex scripta* el de *lex certa*, sin desconocer que el tratamiento referido no resulta unánime, ya que encontramos también a quienes establecen una cuatripartición, en *lex praevia*, *scripta*, *stricta* y *certa*, reservando a esta última la descripción exhaustiva de la ley impuesta al legislador. BACIGALUPO, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 126. En el mismo sentido véase a FERNÁNDEZ CRUZ, ob. cit., junto con la bibliografía citada en OLIVER CALDERÓN, *Taxatividad*, ob. cit., p. 81, cita N°5.

114 OSSANDÓN WIDOW, *La formulación*, ob. cit., p. 536.

115 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2014].

116 *“De acuerdo con los antecedentes consignados en actas, el propósito de la Comisión de Estudio y del Consejo de Estado, al aprobar este precepto, fue el de terminar con las leyes penales llamadas “en blanco”, esto es, aquellas que establecen sanciones sin describir adecuadamente las acciones incriminadas (Sesión N°399). No obstante, la Junta de Gobierno eliminó la expresión “completa”. Es evidente que la modificación introducida tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa. La conducta, pues, que se sanciona debe estar claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”.* VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, I, p. 227.

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

118 BALMACEDA HOYOS, ob. cit., p. 19.

artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con lo cual el bloque de la constitucionalidad se encuentra completo en este ámbito específico¹¹⁹.

Ahora bien, en lo específico, cuando hablamos del mandato de determinación, es evidente que éste se vincula estrechamente con el tipo penal, y sabemos que quien tipifica los delitos es el legislador, de tal forma que la “*tipicidad es un aspecto del mandato de determinación*”¹²⁰, y en este escenario existen dos ámbitos que deben explicarse: a) el contenido del mandato de determinación, y b) el rol de la tipicidad, en cuanto parte de la prohibición de generalización (prohibición de analogía).

En cuanto al contenido de la taxatividad, hemos adoptado una visión conjunta de los principios de *lex stricta* y *lex certa*, ya que nos parece que la praxis impide el tratamiento separado de ambas fórmulas, pues “*legislador y juez se dan la mano al enlazarse *lex certa* y *lex stricta**”¹²¹, y en esto “*no hay confusión alguna. La misma historia del principio de legalidad revela que una buena parte de su sentido tiene que ver con una interpretación estricta de las normas, que minimice todo lo posible la arbitrariedad del intérprete*”¹²². De esta forma, el mensaje que el mandato de determinación envía, y con ello la tipicidad, tiene como destinatarios, tanto al legislador, a objeto de crear leyes que puedan catalogarse de precisas y comprensibles, y también al juez, para aplicar únicamente esas leyes¹²³.

Como antes mencionamos, considerando que el fundamento del principio de legalidad es la seguridad jurídica, al menos en este punto, el mandato de determinación requiere, pese a la insoslayable vaguedad del lenguaje, que este último, al ser plasmado por el legislador en el tipo penal, reúna ciertas características de claridad¹²⁴, inteligibilidad y determinación¹²⁵, lo cual impone una

119 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2008, II, p. 383.

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

121 HASSEMER, Winfried. “¿Palabras justas para un Derecho Justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho Penal”. En: *Revista Persona y Derecho*, 35 (1996), págs. 143-169, p. 151. También en HASSEMER, *Crítica*, ob. cit., p. 22.

122 VAN WEEZEL, *La Garantía*, ob. cit., p. 21.

123 SÜB, Franck. *El trato actual del mandato de determinación*. EN: ROMEO CASABONA, Carlos María (Director) *La Insostenible situación del Derecho Penal*. Granada, Editorial Comares, 2000, págs. 221-242, p. 225.

124 Frente a la pretendida claridad de las normas que la taxatividad impone, la necesidad de vaguedad en la formulación de los tipos penales, es denunciada por algunos, como una situación que prevalece en términos fácticos, indicándose como razones de esta infracción, la necesaria justicia del caso concreto, el cambio de las relaciones, la tendencia a un interés preventivo unilateral y la influencia ejercida por lobbies y electores. SÜB, ob. cit., págs. 236-239.

125 OSSANDÓN WIDOW, *La Formulación*, ob. cit., p. 540.

estrecha relación con el segundo punto, esto es, el rol de la tipicidad en cuanto corolario del mandato de taxatividad, es decir, en cuanto al sentido de tipicidad que se otorga al principio de legalidad en uno de sus aspectos, y con ello, al deber del sentenciador en orden a caminar con paso plúmbeo a la hora de establecer si en el caso concreto, “*concurren todos los términos y circunstancias empleados en la descripción legal correspondiente*”¹²⁶. Deben aclararse aquí dos aspectos importantes en esta temática. Por una parte, el concepto de tipo penal, con el cual se alude a “*la descripción que hace el legislador de la conducta que se sanciona con pena en su faz objetiva y subjetiva*”¹²⁷, y por la otra, la tipicidad, en cuanto “*calidad o característica de una conducta que calza con el tipo*”¹²⁸.

Precisado esto, y siguiendo a Van Weezel, la pregunta que de inmediato borbotea es simple: “*¿porqué complicarnos la vida con el principio de tipicidad?*”¹²⁹, y la respuesta parece seguir dos pautas distintas, según se considere un enfoque basado en la certeza subjetiva o uno fundado en una tesis garantista. En el primer caso, se trata de dar avisos al ciudadano, el cual, frente a la amenaza penal, modela su comportamiento para ajustar su conducta a ella, existiendo así una estructura retribucionista-culpabilista, la cual, malamente resuelve los problemas que pueden presentarse, como los derivados del conocimiento que los sujetos tienen de las normas penales, ya que de ello no se desprende el que la materia de la prohibición deba estar necesariamente en la ley, unido esto a una pormenorizada descripción, sin detenerse tampoco en el carácter quimérico del pretendido conocimiento de las conductas punibles¹³⁰. En el segundo caso, el principio de tipicidad significa protección frente al Leviatán Estado, es decir, una limitación a la forma como el Estado interviene en la vida de los ciudadanos en un doble ámbito: a) la legitimación democrática de aquellos que establecen las conductas a punir, y b) se permite, en base a la impuesta claridad en la formulación de las normas por parte del legislador, un control racional de las formas como el derecho se aplica¹³¹.

3.5. La analogía frente al mandato de determinación o tipicidad

Llegado a este punto, es necesario detenerse en las reglas que norman el juego de la analogía frente al mandato de *lex stricta*, y esta resulta ser una cues-

126 TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Suspensión de la condena y responsabilidad disciplinaria*. En: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (coordinador). *Delito, Pena y Proceso. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, p. 728.

127 VARGAS PINTO, Tatiana. *Manual de Derecho Penal Práctico. Teoría del delito con casos*. Santiago, Chile, AbeledoPerrot, Legal Publishing, 2010, p. 29.

128 Idem.

129 VAN WEEZEL, *La Garantía*, ob. cit., p. 5.

130 Ibid., págs. 9-11.

131 Ibid., págs. 12-15.

ción fundamental, en cuyo análisis siempre debe procederse festina lente, pues como bien nos recuerda Queralt, “*los peligros para el derecho fundamental a la legalidad sancionadora no provienen en exclusiva del poder legislativo. En efecto, el poder judicial cada vez con mayor frecuencia orilla, cuando no quiebra, tan esencial y nuclear Derecho público ciudadano. Acostumbrados a no percibir el poder judicial como poder, tal error de perspectiva puede acarrear gravísimas consecuencias para la salud democrática del sistema penal... y la cúspide judicial hace tiempo que tiene una imagen injustificadamente robustecida de sí mismo*”¹³².

Así entonces, lo primero a precisar es que la analogía¹³³ consiste en “*un método de razonamiento que da por resultado aplicar el régimen jurídico conocido de cierta figura a otra, cuyo régimen jurídico se desconoce, porque entre ambas figuras hay identidad de razón*”¹³⁴. Esta figura es posible encontrarla cumpliendo funciones

132 QUERALT, Joan J. *Derecho a la legalidad penal y recurso de casación: la apropiación indebida como ejemplo. A propósito de la STS 11-9-2007*. En: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid, Editorial la Ley, 2010, p. 126.

133 Jakobs señala que el término analogía resulta del todo desafortunado, ya que ella aparece como insustituible en toda labor interpretativa, para lo cual es suficiente imaginarse que si una norma aún comprende un ámbito de supuestos bajo su regulación, al afirmarse aquello, debe fundarse en “*la suficiente semejanza de lo aún abarcado y el ámbito central de la regulación fundamental*”. JAKOBS, ob. cit., p. 100.

134 JAKOBS BRITO, Alejandro. *Historia de la Interpretación de las normas en el Derecho Romano*. 2ª. ed., Suprema Corte de la Nación, México D.F., 2011, p. 319. Otras definiciones: “*aplicar a un caso no regulado por la ley, pero semejante a los en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley (analogía legis) o del ordenamiento jurídico en su conjunto (analogía iuris)*”. RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 112; “*trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (dos casos)*”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2ª. ed. alemana, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997, I, p. 140; “*es el castigo de los hechos ilícitos semejantes a los descritos por la ley y obtener así la plenitud, carente de lagunas, de la legislación penal*”. COUSIÑO MAC IVER, ob. cit., p. 89; “*completar el texto legal, en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 118; “*someter un caso no previsto por la ley disposiciones relativas a casos análogos o semejantes*”. DEL RÍO, ob. cit., p. 228; “*aquella operación realizada por los intérpretes del derecho (juristas y jueces en particular) mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso o para una materia semejante*”. Bobbio, Norberto, citado por ATIENZA, Manuel. “La Analogía en la obra de Norberto Bobbio”. En: *Revista de Ciencias Sociales*, 30, 1987, págs. 261-280, p. 263; “*es la aplicación de los principios que informan una norma a un caso no regulado por ella, pero que es esencialmente idéntico al regulado, dándole la solución que impone la norma*”. DE ROMEO Y LAGUNAS, Manuel José. “La Analogía-Conceptos previos a su estudio”. En: *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 130, 1964, págs. 4-49, p. 35; “*consiste en trasladar a una situación de hecho “a” una regla “b”, que no le es directamente referible, pero que se relaciona con*

en distintos ámbitos, ya sea en la construcción dogmática, en la integración de la ley, en la hermenéutica legal, en la sistemática y en la generalización o regularización de casos en cuanto subsunción en la regla¹³⁵. Se distingue entre analogía legis y analogía juris, y ello según si la “*trasposición corresponda, respectivamente, a una disposición legal particular o a principios o conceptos jurídicos deducidos del ordenamiento jurídico en su conjunto*”¹³⁶ ¹³⁷. En cuanto a su aplicación, que como sabemos se basa en el principio “*Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*”¹³⁸, Villar Palasi indica que debe concurrir lo que denomina un círculo de semejanza, el cual se encuentra condicionado por dos variables, por una parte, la semejanza debe ser reversible, es decir, debe concurrir una relación biunívoca, y por otra parte, debe establecerse si entre la expresión legal y la ratio legis existe o no una implicación intensiva, ya que de concurrir, la analogía quedaría excluida¹³⁹.

Para explicar esto, Villar Palasi recurre a un ejemplo clásico, que encontramos también en Recaséns Siches, en donde “*en una estación de ferrocarril de territorio polaco sometido al Imperio Ruso, había un letrado que transcribía un artículo del reglamento, cuyo texto rezaba: “se prohíbe el paso al andén con perros”. Sucedió que una vez un campesino intentó penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó el campesino que iba acompañado del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otras clases de animales*”¹⁴⁰. En este escenario, Villar Palasi explica que existe una relación biunívoca entre el perro y el oso, ya que ambos son partes del mismo conjunto, que podemos denominar, el de los animales peligrosos para los que viajan en el ferrocarril, de tal forma que si realizamos la inversión el argumento sigue siendo válido, quedando así, verbigracia, prohibido transportar osos o tigres. Por lo demás, no existe entre los elementos una implicación intensiva, al estilo de sólo prohibirse el transporte de perros y no de otros animales que puedan ser peligrosos para los viajeros¹⁴¹. La pregunta ahora es simple: ¿será posible que el juez que resuelve

una análoga situación de hecho”. RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 12ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1997, págs. 206-207.

135 GUZMÁN BRITO, *Historia*, ob. cit., p. 320.

136 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 99. También JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ob. cit., p. 483.

137 Sobre la analogía en la historia véase a BRAVO DE MANSILLA, ob. cit., págs. 1010 y sgtes.

138 MARQUARDT, Eduardo H. *Temas Básicos de Derecho Penal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 83. También TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 14ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2003, p. 439.

139 VILLAR PALASI, José Luis. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos. A la luz del nuevo título preliminar del Código Civil, desde una perspectiva teórica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1975, págs. 184-185.

140 RECASÉNS SICHES, *Introducción*, ob. cit., p. 217.

141 VILLAR PALASI, ob. cit., págs. 185-186.

asuntos penales pueda aplicar este razonamiento? Algunos ejemplos permitirán explicar de mejor forma la temática:

- a) En España, hasta el año 1941, no existía ninguna disposición legal que sancionara la sustracción de energía eléctrica (incorporada en 1944 al Código Penal de la época), y frente a dicha situación, el Tribunal Supremo Español aplicó lo dispuesto en el artículo 514 del Código Penal, esto es, la reglamentación propia del hurto, con lo cual asimiló el fluido eléctrico a una “cosa mueble”¹⁴²;
- b) En Alemania, tratándose de máquinas automáticas que funcionan con monedas, algunos sujetos las hacían funcionar introduciéndoles fichas metálicas asimilables, y el problema que se planteaba era como sancionar dicha conducta, ya que el tipo penal de la estafa requiere de un engaño, cuestión que, tratándose de una máquina, resultaba imposible de concurrir, descartados por lo demás que fueran otros tipos penales (artículos 146 y 248 c), lo que hizo que el legislador incorporara un tipo penal específico para estos casos (artículo 265 a)¹⁴³;
- c) En Chile, el Tribunal Constitucional debió conocer en causa Rol N°1281-08¹⁴⁴, de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesta por la Compañía Salitre y Yodo Soledad S.A. respecto del artículo 459 N°1 del Código Penal (delito de usurpación de aguas), en causa seguida ante el Juzgado de Letras y Garantía de Pozo Almonte, expresando la recurrente, a la cual se imputaba por el Ministerio Público la usurpación de aguas subterráneas, que la interpretación dada al tipo penal referido, incluyendo en la expresión “aguas” utilizada por el legislador, no sólo las aguas superficiales, sino también las subterráneas, terminaba por dar aplicación a un razonamiento por integración analógica, cuestión a la que aludía como proscrita en el Derecho Penal. El Tribunal Constitucional rechazó que se tratara de la aplicación analógica de una norma penal.

En este escenario, lo primero que debe indicarse es que un principio general y esencial de todo ordenamiento jurídico es que *“no podrá de ninguna manera denegarse el fallo en caso de laguna de la ley”*¹⁴⁵, lo que se ha denominado como *“la plenitud hermética del orden jurídico positivo formalmente válido”*¹⁴⁶. Es decir, esta plenitud hermética no impide que en el interior de este plexo normativo

142 MUÑOZ CONDE, *Introducción*, págs. 150-151.

143 ROXIN, *Derecho Penal*, ob. cit., págs. 137-138.

144 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 14 de agosto de 2009, Rol N°1281-08 [en línea]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2014].

145 RECASÉNS Siches, *Introducción*, ob. cit., p. 205.

146 Ídem.

no existan vacíos (lagunas), lo que supone “*un estado de cosas en el que el derecho existente no contiene norma alguna para la decisión de un determinado caso... una insuficiencia no remediada dentro del todo jurídico*”¹⁴⁷, y es aquí en donde el sistema debe otorgar las herramientas necesarias para superar este aparente callejón sin salida, y para ello, uno de los elementos a los que puede recurrir es la analogía.

Sin embargo, en este punto, el Derecho Penal nos muestra una de sus facetas que lo hacen peculiar, ya que en su entramado normativo se nos presenta con un carácter “*insular*”¹⁴⁸, y que ello sea así se explica, ya que entre las distintas conductas que el legislador tipifica como punibles existe una “*zona de libertad*”¹⁴⁹, y aquellas conductas que queden comprendidas en dicha zona serán impunes, quedando así establecido que en este ámbito, el que a “*toda punibilidad corresponde una ley y que lo injusto penal debe estar determinado por ley*”¹⁵⁰, es decir, respecto de toda conducta que se establece como delictiva debe existir el correspondiente tipo penal que permitirá al juzgador confirmar, o no, la tipicidad del actuar del sujeto sometido a juzgamiento. De ahí el ya mencionado fundamento del principio de legalidad, y de su corolario la tipicidad, en la seguridad jurídica, lo que evidentemente excluye la aplicación analógica de la ley penal, pues “*de nada serviría precisar detalladamente la conducta típica si la norma pudiera ser aplicada a supuestos sometidos a idénticos juicios de desvalor –misma ratio– pero no contemplados expresamente en ella*”¹⁵¹. Es por esta razón que a mayor discontinuidad del poder punitivo del Estado, es mayor la seguridad jurídica que brinda el sistema¹⁵², y por ello es que se señala que el Derecho Penal es un “*sistema discontinuo de ilicitudes*”¹⁵³.

Ahora bien, debe reiterarse que “*esto no quiere significar que las leyes penales cubran todas las conductas humanas indeseables, porque ello sería imposible. Sólo quiere decir que un comportamiento humano o está tipificado en la ley penal, caso en el cual surgirá responsabilidad penal, supuesta la concurrencia de los restantes elementos del delito y los presupuestos de esta responsabilidad, o no lo está, en cuyo caso la conducta será impune. No obstante, sí es posible hablar de lagunas de punición en las leyes penales. Con dicha expresión se quiere aludir a conductas humanas que se estiman lo suficientemente indeseables como para merecer estar tipificadas*”

147 MUNDACA ASSMUSSEN, Hans. “Una lectura de la analogía desde la Teoría del Derecho”. En: *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, 9, 2009, págs. 175-194, p. 179.

148 COUSIÑO MAC IVER, ob. cit., p. 88.

149 SOLER, ob. cit., p. 172.

150 BAUMANN, ob. cit., p. 68.

151 OSSANDÓN WIDOW, *La formulación*, ob. cit., p. 535.

152 ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, ob. cit., p. 118.

153 CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. 14ª. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1992, I, p. 60.

en una ley penal, a pesar de lo cual no lo están¹⁵⁴. De esta forma, en base a lo dicho, la respuesta que el ordenamiento penal entrega para los casos referidos como ejemplos en España (fluído eléctrico) y Alemania (defraudaciones en máquinas), necesariamente deben responder a la idea que el Estado de Derecho “debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal¹⁵⁵, resultando así que, en el caso Español, el “Tribunal Supremo, infringiendo claramente el principio de legalidad, subsumió analógicamente la defraudación del fluído eléctrico en el delito de hurto¹⁵⁶, en cambio, en el ejemplo Alemán, “tales conductas no se pudieron castigar... por eso el legislador se vio obligado a introducir un nuevo precepto penal¹⁵⁷.”

Siguiendo con nuestro análisis, si bien la regla es la prohibición de la analogía para crear delitos y establecer penas, en donde se afectan, como bien señala Urquizo Olaechea, no sólo el “principio del Estado de Derecho y la división de poderes, sino también en las exigencias de la prevención general positiva, así como del principio de intervención mínima y el carácter fragmentario del Derecho Penal¹⁵⁸, no sucede lo mismo con la analogía bonam partem, en donde la doctrina mayoritaria estima procedente su aplicación¹⁵⁹, y la explicación de ello es que si “esta prohibición se basa en una función de garantía para el ciudadano, de que no se le podrá condenar por delito no previsto expresamente en la ley, ni con penas igualmente no expresadas legalmente, deja de tener sentido cuando la analogía beneficia al reo¹⁶⁰.”

Entre nosotros la regla es también la aceptación generalizada de la analogía bonam partem, ya que el artículo 19 N°3, en sus incisos 8 y 9 de nuestra Carta Fundamental sólo impone como premisa el que los delitos y las penas sean establecidos exclusivamente por ley, pero no se hace ninguna referencia a eximentes o atenuantes fuera de la misma, por lo que estas resultan plenamente procedentes por analogía¹⁶¹. Sin embargo, como esto no resulta ser pacífico, algunos destacan el que en estos casos si bien “no se violaría el principio cons-

154 OLIVER CALDERÓN, *Seguridad jurídica*, ob. cit., págs. 191-192.

155 ROXIN, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 137.

156 MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 151.

157 ROXIN, *Derecho Penal*, ob. cit., págs. 137-138.

158 URQUIZO OLAECHEA, José. *El Principio de Legalidad*. Citado en CEREZO MIR, ob. cit., p. 210, nota 109.

159 MIR PUIG, *Introducción*, ob. cit., p. 292.

160 Ídem.

161 Por todos, PIÑA ROCHEFORT, ob. cit., págs. 197-198 y MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La ley penal y su interpretación*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídica Congreso, 1994, p. 200. El proyecto de Código Penal Chileno del Foro Penal, incorpora como circunstancia atenuante en el N°6, del artículo 7: “Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores”. Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, “Comisión del Foro Penal”. En: *Revista Política Criminal*, 1, 2006, 1, págs. 1-92, p. 3.

titucional...sí violará la ley¹⁶², agregándose que: “no es superfluo recordar a este respecto que el Código Español de 1848 admitía por texto expreso la analogía en materia de atenuantes, lo que fue eliminado por la comisión redactora de nuestro código¹⁶³. Aquí debemos recordar que el Código Penal Español de 1848-50, señalaba en su artículo 9 N°8, como circunstancia atenuante, a “cualquiera otra circunstancia de igual entidad, y análoga a las anteriores¹⁶⁴, y nuestra comisión redactora, sobre el punto, en la sesión N°8, de 17 de mayo de 1870, acordó, sin explicar los motivos “no consignar en nuestro Código la teoría del num. 8 del art. 9 del Código español que había servido de punto de partida para la discusión¹⁶⁵.”

De esta forma, una primera aproximación en base a esto, pareciera dar la razón a aquellos que se oponen a la aplicación analógica bonam partem, sin embargo, a nuestro parecer, ello “peca de un rígido formalismo y puede conducir a injusticias tan grandes como la que aboga por la aplicación de una analogía desfavorable¹⁶⁶. Por lo demás, su aplicación puede fundarse también sobre la base “de la convicción que se le exige al tribunal (art. 456 bis Cpp (1906) y 340 Cpp (2000))¹⁶⁷. Desde otra perspectiva, la posición que se adopte en esta temática está íntimamente relacionada con la forma como se interprete el principio de tipicidad (legalidad), ya que, como señala Montiel Fernández¹⁶⁸, es posible imaginar tres formas de interpretarlo: a) que éste rige en forma homogénea en todo el Derecho Penal, lo que implica, como principio, una sujeción en términos absolutos a la ley, con lo cual la aplicación analógica bonam parte quedaría excluida, b) considerar el principio de legalidad y la tipicidad como garantías del ciudadano, abriéndose así la puerta a una aplicación analógica favorable, ya que la legalidad quedaría limitada a los tipos y causas de agravación y c) postular que el principio en cuestión no sólo debe proteger a la ciudadanía, sino también, representar los demás principios de un Estado Democrático de Derecho, con lo cual la legalidad engloba tanto lo que fundamenta y agrava la responsabilidad, como aquello que la excluye

162 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 114.

163 Ídem.

164 PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal. Concordado y Comentado*. 5ª. ed., Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1881, I, p. 209.

165 *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Edición Crítica con motivo de su centenario*. Preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, Edeval, 1974, p. 258.

166 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009, I, 207.

167 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 100.

168 MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo. *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho Penal*. Tesis Doctoral, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2008, págs. 15 y 16.

y atenúa¹⁶⁹, siendo esta última la postura que aquí adoptamos, por ser ésta la única que abarca todos los ámbitos de lo jurídicamente posible en esta materia. Es necesario aclarar aquí, que la referencia a una “*garantía para los ciudadanos*” no resulta una contradicción con el fundamento que hemos señalado al principio de legalidad en la seguridad jurídica, y esto porque no se relaciona con una previsibilidad del ciudadano sobre aquello por lo cual se le puede punir, ya que ella es casi imposible, sino con la seguridad jurídica en términos objetivos, esto es, la exclusión de arbitrariedad estatal, cual Pantagruel en su encuentro con el juez Bridoye al estilo de Rabelais, aunque debe advertirse que no implica que dicha seguridad, así entendida, “*no se traduzca, como consecuencia, en una mayor seguridad subjetiva o confianza, o cuando menos, en la ausencia de temor respecto de reacciones afflictivas del Estado que sean totalmente impredecibles*”¹⁷⁰.

3.6. De las cláusulas analógicas y la interpretación extensiva

Dos aspectos relacionados con la prohibición de la analogía, y que dicen relación con sus alcances, son, por una parte, las denominadas cláusulas analógicas, y por la otra, la interpretación extensiva de la ley.

En cuanto a las cláusulas analógicas, denominadas también por su método como interpretación analógica¹⁷¹, y de la cual son ejemplos los artículos “323, 439, 440 N°2, 442 N°2, 445, 468, 480 y 485 N°1 del Código Penal chileno”¹⁷², el legislador “*ha previsto que la fórmula casuística empleada no comprende todas las hipótesis y agrega una frase más o menos exacta, para que el juez la aplique a hechos similares o análogos*”¹⁷³ (verbigracia, cualquier otro engaño semejante), por lo que aquí siempre se busca el contenido y alcance del precepto en el texto legal¹⁷⁴, con lo cual, no existe realmente aplicación analógica integradora, y con ello, resulta perfectamente admisible en materia penal.

Por su parte, en el caso de la denominada interpretación extensiva, debe partirse de la base que de todo texto normativo es posible afirmar un sentido que podría considerarse más amplio o restringido que otro, y si esto es así, es también posible afirmar “*que los tipos legales tendrán un contenido mínimo y un contenido máximo*”¹⁷⁵, lo que nos llevará a distinguir entre una interpretación restrictiva, en la cual se excluirán casos que podrían aparentemente quedar

169 *Ibíd*, p. 16.

170 OSSANDÓN WIDOW, *La Formulación*, ob. cit., p. 534.

171 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios*, ob. cit., p. 140.

172 DEL RÍO, ob. cit., p. 229.

173 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios*, ob. cit., p. 140.

174 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ob. cit., p. 481.

175 BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 78.

comprendidos en su tenor literal, y una interpretación extensiva, si se incluyen casos que aparentemente no estarían incluidos en su tenor¹⁷⁶. En este contexto, la dogmática penal, partiendo de la vaguedad del lenguaje, y del hecho de que en todo análisis lingüístico es posible distinguir una primera zona de seguridad (en donde se incluyen los casos que sin lugar a dudas se incorporan en la extensión conceptual), una segunda zona de seguridad (que incluye los casos de exclusión segura de la mencionada extensión), y una zona de penumbra (en donde la inclusión se encuentra en duda)¹⁷⁷, y quedándonos en esta última zona, ha recurrido, para subsumir un hecho en un determinado tipo penal (tipicidad) al método teleológico, es decir, aquel que nos lleva a la *“finalidad o telos legal”*¹⁷⁸, y aquí resulta fundamental establecer el rol que la analogía juega en la determinación de dicha finalidad, y más específicamente, se trata de precisar cuando termina la interpretación de la ley penal fundada en su telos y cuando comienza la creación del derecho mediante la analogía.

Al respecto, se han planteado varias alternativas a esta delimitación, y siguiendo a Bacigalupo, podemos mencionar las siguientes: a) en un primer grupo encontramos una serie de fórmulas marcadas por la generalidad de sus planteamientos, y esto llega a ser tal, que prácticamente permiten dar lugar a todas las soluciones posibles, bajo el halo de una línea divisoria objetiva y susceptible de ser conocida, como la referencia de Maurach a la sustancia e irradiación de una ley penal, con las cuales identifica la interpretación y la analogía prohibida, respectivamente¹⁷⁹; b) un segundo grupo trata de buscar la delimitación desde un punto de vista subjetivo, como, verbigracia, lo hace Schmidhäuser, al postular que *“allí donde el que aplica la ley piense que ya no se trate de interpretación de ésta, sino de analogía, tendrá que aceptar la laguna legal, y será inadmisibles la sanción del autor”*¹⁸⁰; c) una tercera postura plantea que no tiene sentido distinguir entre analogía prohibida e interpretación permitida, ya que en su estructura, toda interpretación es analógica, y por ello, esta última, no podría estar prohibida. De esta forma, lo realmente prohibido es que a través de una interpretación extensiva se afecte la función de garantía del principio de legalidad, trasladándose ahora el problema a los casos en que se crea derecho, y no en aquellos en que sólo se aplica, se trate o no de una analogía el método al cual se recurre¹⁸¹, y d) aquí se nos plantea que la delimitación entre interpretación extensiva y analogía prohibida se encuentra en

176 ETCHEBERRY, ob. cit., págs. 109-110.

177 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1992, p. 130.

178 MATUS ACUÑA, ob. cit., p. 219.

179 BACIGALUPO, *La garantía*, ob. cit., p. 19.

180 *Ibíd.*, p. 20.

181 *Ibíd.*, págs. 20-21.

el sentido literal posible del texto¹⁸², en donde lo importante es que “*el sentido de la ley tiene que haber hallado expresión, aún imperfecta, en su tenor literal*”¹⁸³, siendo esta la doctrina mayoritaria sobre la temática, y aquella a la cual adherimos (más aún si se considera nuestra principal regla de interpretación de la ley, establecida en el artículo 19 del Código Civil). Si bien puede señalarse como una evidente debilidad de este planteamiento, la circunstancia que si “*el límite ha de ser interpretado (valorativamente en términos hermenéuticos), dicho límite no podrá operar frente a la interpretación (valorativa, tal como la concibe la hermenéutica), de la que es producto*”¹⁸⁴, lo cierto es que aun así, es posible afirmar como límite este sentido literal posible de la ley, ya que el hecho de existir dudas sobre este límite, no significa que éste no exista, y aquello a lo que en realidad debemos avocarnos, es al criterio complementario de su delimitación, que no sería otro que aquel que nos señala que “*en tanto en cuanto subsista la inseguridad cabe afirmar que seguimos moviéndonos en el seno del sentido literal posible, y por tanto, una construcción que se apoye en ese margen de duda, continuará siendo una construcción legítima de lege lata*”¹⁸⁵.

De esta forma, la interpretación extensiva es perfectamente admisible en Derecho Penal¹⁸⁶, en tanto con ella no se exceda el sentido literal posible de la ley¹⁸⁷, y ésta es justamente la posición adoptada por nuestro Tribunal Constitucional en el ejemplo antes referido de las aguas subterráneas (artículo 459 N°1 del Código Penal), al señalar allí que “*el tenor literal es un límite para el juez. El legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no*

182 *Ibid.*, p. 22. En el proyecto de Código Penal, presentado en las postrimerías del Gobierno del Ex Presidente, don Sebastián Piñera Echeñique, el inciso 2 del artículo 1 señalaba que: “*El alcance de la disposición que describe un delito o determina una pena, consecuencia adicional a la pena o medida de seguridad no puede ser extendido más allá de su sentido literal posible*”. Proyecto de nuevo Código Penal. Boletín N°9274-07, Cámara de Diputados de Chile [en línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07 [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2014].

183 CEREZO MIR, ob. cit., p. 210.

184 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, ob. cit., p. 128.

185 *Ibid.*, p. 132.

186 Es habitual que se indique que la interpretación en materia penal debe ser siempre restrictiva, y aquí resulta clásica la cita de Andrés Bello, tomada de sus notas al proyecto inédito del Código Civil, en la cual, favoreciendo en materia penal una interpretación del estilo, señalaba que aun cuando un caso pudiera corresponder al texto de la ley, en ausencia de la razón de ésta, no podrá aplicarse pena alguna. Frente a esto, debe indicarse que no sólo en la misma ley se carece de una directriz expresa que imponga este tipo de interpretación en este ámbito, sino que, el pasaje mismo que se cita, por una parte, resulta dudoso en cuanto a su procedencia, ya que, como indica Guzmán Brito, se desconoce el contexto de su escrituración y su objeto, y por la otra, porque resulta una antinomia frente al artículo 20 del proyecto de 1853 (efectos de la nulidad de un acto). GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2007, págs. 87-89.

187 En contra VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, ob. cit., p. 207.

se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no rige. Por eso, una aplicación del Derecho Penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimidad democrática. Además, el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación”. Pero el juez, en la interpretación, “dentro del marco de regulación previamente fijado por el tenor literal, decide entre diversas posibilidades interpretativas” (Roxin, C., *ob. cit.*; pp. 149-150). Vigésimo Tercero: Que, respetando ese límite, no existe un criterio restrictivo de interpretación en materia penal, que el intérprete deba seguir. En ello hay coincidencia... Vigésimo Cuarto: Que, en el sentido recién señalado, la interpretación extensiva de la ley es perfectamente lícita, sin que quepa confundirla con la analogía. En aquélla, el caso está comprendido en la ley, pese a las deficiencias de lenguaje. En la analogía, en cambio, se parte de la base que el caso no está contemplado, pero se aplica a la situación porque se asemeja, o el caso es muy similar (Etcheberry, A.; *ob. cit.*; pág. 113)¹⁸⁸. En la misma línea de la interpretación extensiva, encontramos la interpretación, adaptadora para algunos¹⁸⁹, evolutiva¹⁹⁰ o progresiva¹⁹¹ para otros, en donde la ley experimenta un proceso de adaptación a la realidad, determinando, dentro del sentido literal posible de la ley, su verdadero sentido para solucionar el caso actual, lo cual “no sólo es lícito, sino obligatorio”¹⁹².

4. Conclusión

Finalmente, y a modo de clausura, sabemos que en todo discurso que quiere mostrar un camino, “no es bueno limitarse a mostrar el polvo, que al final del camino queda pegado a las ropas: sólo sería prueba de haberlo transitado. Pero si se pretende mostrar el curso, también sería peligroso guía quien invite a recorrerlo sin advertencia alguna, con despreocupada soberbia de experto, pues demostrará no conocer las dificultades”¹⁹³, y en lo que hemos transitado en este trabajo, ha sido posible confirmar que “vivimos en tiempos en los que el modo de entender la vinculación del juez a la ley, particularmente –pero no sólo– en Derecho Penal, es

188 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 14 de agosto de 2009, Rol N°1281-08, *ob. cit.*

189 QUINTANA BRAVO, Fernando. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011, p. 226.

190 DE BUEN, Demófilo. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, p. 432.

191 COUSIÑO MAC IVER, *ob. cit.*, p. 113.

192 ETCHEBERRY, *ob. cit.*, p. 111.

193 ZAFFARONI, Eugenio. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 1.

objeto de intensa polémica. Pese a los esfuerzos realizados por parte de los teóricos de la legislación y de la técnica legislativa, lo cierto es que la realidad de las leyes penales se aleja de modo no infrecuente de los ideales de racionalidad que deberían presidirlas, tanto en la forma como en el fondo. Así las cosas, resulta más que comprensible el protagonismo alcanzado por formas de intervención judicial “correctora”. Éstas, sin embargo, se sitúan en el límite entre la interpretación en sentido estricto y el desarrollo continuador del Derecho”¹⁹⁴, y si bien nos parece que es ésta la tendencia correcta, al llegar al preciso ámbito de los límites de la interpretación y el comienzo de la analogía, las palabras de Wittgenstein, ya antes anunciadas, siguen siendo un eco constante de esta micrología: “de lo que no se puede hablar, hay que callar”¹⁹⁵, y ésta debería ser la consigna del adjudicador al llegar a los confines del sentido literal posible de la ley.

Bibliografía

- AMBOS, Kai. *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos de Derecho Alemán y Comparado*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007.
- Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, Comisión del Foro Penal. En: *Revista Política Criminal* 1,2006, 1, págs. 1-92.
- ATIENZA, Manuel. La Analogía en la obra de Norberto Bobbio. En: *Revista de Ciencias Sociales*, 30, 1987, págs. 261-280.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, Enrique. La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho Penal. En: *Anuario de Derechos Humanos*, 2,1983, págs. 11-29.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2014.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. 4ª. ed. alemana, traducida por Conrado Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1973.

194 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)”. En: *Revista para el análisis del Derecho (Indret)*, 1, 2007, p. 2 [en línea]. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/399_es.pdf [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2014].

195 WITTGENSTEIN, ob. cit., p. 145.

- BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas*, traducido por Juan Antonio de las Casas, Valladolid, Editorial Maxtor, 2004.
- BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira. Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines. En: *Anuario de Derecho Civil* LXV (2012) III, págs. 1001-1073.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, I.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal, Parte General. Obras completas*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, I.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Introducción*. 2ª. reimpresión, Madrid, Editorial Tecnos, 2005, I.
- Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Edición Crítica con motivo de su centenario. Preparada bajo la dirección y con un estudio preliminar del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso, Edeval, 1974.
- COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1975, I.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª. ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo de Palma, 1992, I.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. El Derecho Penal de las Dictaduras. En: *Revista de Ciencias Penales* I, 1935, 5, págs. 579-594.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª. ed., Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.
- DE BUEN, Demófilo, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.
- DEL RÍO, Raimundo. *Explicaciones de Derecho Penal. Generalidades*. Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1945, I.
- DE ROMEO Y LAGUNAS, Manuel José. La Analogía-Conceptos previos a su estudio. En: *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* 130, 1964, págs. 4-49.
- DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. 2ª. ed., traducción de Claudia Ferrari, Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2012.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, I.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. La naturaleza y el contenido del mandato de *lex certa* en la doctrina del Tribunal Constitucional Español. En:

Revista de Derecho (Valdivia). 9 (1998), 1, págs.141-151. [en línea]. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809501998000200006&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 12 de noviembre 2014].

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2001, I.
- GUALLART DE VIALA, Alfonso. *El Derecho Penal Histórico de Aragón*. Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1977.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Historia de la Interpretación de las normas en el Derecho Romano*. 2ª. ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., 2011.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de Hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. 2ª. ed., traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Pilar Díaz Pita, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999.
- HASSEMER, Winfried. ¿Palabras justas para un Derecho Justo? Sobre la interdicción de la analogía en el Derecho Penal. En: *Revista Persona y Derecho* 35, 1996, págs. 143-169.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª. ed., traducción castellana de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 3ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, 1958.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal*. Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1950, II.

- KAUFMANN, Arthur. *La Espiral Hermenéutica*, traducción del alemán de José Antonio Santos [en línea]. Depósito académico digital Universidad de Navarra. Disponible en: <http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/14566> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2014].
- KREB, Claus. Nullum poena, nullum Crimen, sine lege [en línea] Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Heidelberg and Oxford University Press. Disponible en: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf> [fecha de consulta: 9 de noviembre de 2014].
- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. 9ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, I.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Editorial Universitas S.A., 2006, I.
- MARQUARDT, Eduardo H. *Temas Básicos de Derecho Penal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La Ley Penal y su Interpretación*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas Congreso, 1994.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal, Parte General. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, traducción de la 7ª. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994, I.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal, Parte General*, traducido por Sergio Politoff Lipschitz, Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, Parte General. Libro de estudio*. 2ª. ed., traducción por Conrado Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. Colección Maestros del Derecho Penal. 2ª. ed., Buenos Aires, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2005.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo. *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho Penal*. Tesis Doctoral. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2008.
- MUNDACA ASSMUSSEN, Hans. Una lectura de la analogía desde la Teoría del Derecho. En: *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 9, 2009, págs. 175-194.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. 18ª. ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Colección Maestros del Derecho Penal. Buenos Aires, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001.
- NAVARRO DOLMESTCH, Roberto. “Reconfiguración” del sistema de fuentes del derecho penal y “amenaza de crisis” del principio de legalidad: la incorporación del derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización. En: FARALDO CABANA, Patricia (Directora), y BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel y PUENTE ABA, Luz María (Coordinadores). *Nuevos Retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 123-178.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Santiago, Chile, Librotecnia, 2008, II.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Seguridad jurídica y Derecho Penal. En: *Revista de Estudios de la Justicia* 11, 2009, págs. 181-199.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo. Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el Código Penal Español de 1995. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, 2000, págs. 79-94.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La formulación de los tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Oscuridad de las Leyes*. En: MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Director). *Beccaria, 250 años después. Dei Delitti e Delle Pene. De la obra maestra a los Becarios*. Buenos Aires, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 71-8.
- PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal. Concordado y Comentado*. 5ª. ed., Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881, I.
- PECO, José. La analogía penal y la peligrosidad criminal. En: *Revista de Ciencias Penales*, III, 1937, 12-13, págs. 33-46.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Derecho Penal. Fundamentos de la Responsabilidad*. Santiago, Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Derecho Penal*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2000, I.

- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, I.
- Proyecto de nuevo Código Penal. Boletín N°9274-07, Cámara de Diputados de Chile [en línea]. Disponible en: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9686&prmBL=9274-07 [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2014].
- QUERALT, Joan J. *Derecho a la legalidad penal y recurso de casación: la apropiación indebida como ejemplo. A propósito de la STS 11-9-2007*. En: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid, Editorial la Ley, 2010.
- QUINTANA BRAVO, Fernando. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2011.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª. ed., traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RECASÉNS Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 12ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1978.
- ROMANO, Sergio. *Commentario sistematico al Codice Penale*. Milán, Griuffé, 1995.
- ROXIN, Claus. *El principio de determinación de la ley en el Derecho Penal Alemán*. En: VAN WEEZEL, Alex (Editor). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Chile, Legal Publishing - Thomson Reuters, 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2ª. ed. Alemana, traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1997, I.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe). En: *Revista para el análisis del Derecho (Indret)* 1, 2007 [en línea]. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/399_es.pdf [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2014].

- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. 5ª. ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, I.
- STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. 2ª. ed. alemana, traducción de Gladys Romero, Madrid, Editoriales de derecho reunidas S.A., 1982, I.
- SÜB, Franck. *El trato actual del mandato de determinación*. En: ROMEO CASABONA, Carlos María (Director). *La Insostenible situación del Derecho Penal*. Granada, Editorial Comares, 2000, págs. 221-242.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Suspensión de la condena y responsabilidad disciplinaria*. En: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (coordinador). *Delito, Pena y Proceso. Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008,
- TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. 14ª. ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.
- VAN WEEZEL, Alex. *La Garantía de Tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago, Chile, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2011.
- VARGAS PINTO, Tatiana. *Manual de Derecho Penal Práctico. Teoría del delito con casos*. Santiago, Chile, AbeledoPerrot, Legal Publishing, 2010.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2009, I.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derecho Constitucional*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, I.
- VILLAR PALASI, José Luis. *La Interpretación y los Apogemas Jurídico-Lógicos. A la luz del nuevo título preliminar del Código Civil, desde una perspectiva teórica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1975.
- VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, traducción de Sebastián Soler, Buenos Aires, Librería el foro, 2002.
- VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. 14ª. ed. Alemana, traducida por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2007.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956.

- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratatus Logico-philosophicus*. 3ª. ed., versión de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2005.

¿DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ DE GARANTÍA EN LA REBAJA DEL PLAZO DE SUSPENSIÓN DE LA LICENCIA DE CONDUCIR?

José Francisco Leyton Jiménez¹

Resumen

El artículo analiza la posibilidad de rebajar el plazo de suspensión de la licencia de conducir que ha sido establecido como pena accesoria en algunos delitos de la Ley de Tránsito. A la luz de una reciente sentencia del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, se estudian los problemas jurídicos que ello presenta en relación a una eventual discrecionalidad judicial, planteando desde ya que la disminución del tiempo consagrado en la ley implicaría un error de derecho subsanable a través del régimen recursivo ordinario de nulidad o apelación, según sea el caso.

Palabras claves: Pena accesoria, suspensión licencia de conducir, discrecionalidad judicial.

1. Antecedentes

El pasado 16 de septiembre de 2014, el 2° Juzgado de Garantía de Santiago en causa RUC N°1301093704-8, RIT N°15409-2013, condenó al acusado LAVV por el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, sancionado en el artículo 196 de la Ley de Tránsito vigente a la época de ocurrencia de los hechos, a las penas de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de duración de la condena, multa de dos quintos de unidad tributaria mensual y suspensión de su licencia de conducir por treinta y seis meses. Para lo anterior, el sentenciador estimó plausible rebajar el marco penal aplicable, reconociéndole las atenuantes establecidas en los numerales 6° y 9° del artículo 11 del Código Penal; cuestión que, conforme lo permite el artículo 67 del mismo cuerpo punitivo, le permitió disminuir un grado desde el presidio menor en su grado medio que contempla el tipo en abstracto. Respecto al pago de la multa, en aplicación del artículo 70 del código en comento, el Juez de Garantía disminuyó el *quantum* desde las cuatro unidades tributarias mensuales contempladas originalmente, para decretar el pago de dos quintos de éstas.

Por último, decidiendo sobre la suspensión de licencia de conducir que contempla la ley penal especial, estimó el adjudicador que, siéndole a él facultativa

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

la rebaja de la pena privativa de libertad así como la pecuniaria y siguiendo el aforismo de que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, existiendo circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal en este caso, en particular, que el imputado se habría *autoinclinado*, y no haciendo el Código Penal distinción alguna en los artículos 21 y siguientes para la rebaja de penas accesorias como ésta, sí le resultaba posible disminuir el plazo contemplado en la ley, por lo que tuvo a bien decretar un plazo de suspensión de treinta y seis meses, contrario a los cinco años que imperativamente establece el tipo ya referido.

Para ello, el Juez de Garantía razonó:

“(...) en relación a la sanción accesoria del artículo 196, vinculada a la posibilidad en este caso de imponer una suspensión de licencia de conductor de cinco años, en cuanto se habrían causado lesiones graves, es del parecer del tribunal que en este caso también es aplicable y es facultativo para el tribunal, así como es posible hacer rebajas de penas vinculadas a las privativas de libertad y a las penas pecuniarias, también lo es en relación a las penas accesorias que puedan seguir la suerte de lo principal (...). Esto considerando también la circunstancia de que con relación al imputado concurren modificatorias de relevancia, en este caso, la del artículo 11 número 6 y también la vinculada al hecho de haber colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos en base a su autoinclinación, esto en cuanto el Código penal no hace distinción alguna cuando hace el tratamiento de clasificación de pena a contar del artículo 21 y siguientes del mismo cuerpo legal. De ser efectiva la interpretación es posible de aplicarla para hacer rebaja de pena solamente con la (...) limitación de no imponer una sanción más gravosa que aquella que pide el Ministerio Público. Así las cosas, (...) respecto del imputado (...) concurren las dos modificatorias, considerando además la extensión del mal producido por el delito, se va a imponer una sanción inferior, en este caso, específicamente, ascendente a treinta y seis meses, que coincidiría con el grado inferior que se aplicó, al menos respecto de la pena privativa de libertad, el mismo grado que se haría respecto de la pena accesoria, que en este caso se impone. Para estos efectos hay que considerar que dentro de ese tramo, que va hasta los treinta y seis meses, también respecto del imputado se le condena no solamente por lesiones graves sino también por lesiones de carácter leve. Así las cosas se va a imponer de forma facultativa, ponderando lo antes indicado, la sanción accesoria de treinta y seis meses de suspensión de licencia de conductor (...)”².

El proceso hermenéutico recién reproducido y llevado a cabo por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, adolece de importantes yerros en derecho, conforme analizaremos *infra*.

2 Transcripción libre efectuada del registro de audio de la audiencia de estilo.

2. La discrecionalidad judicial en el establecimiento de la pena

Siguiendo al profesor MAÑALICH, entenderemos como reglas de determinación de la pena aquéllas que establecen la naturaleza, magnitud y modo de ejecución de la misma como consecuencia jurídica impuesta sobre la persona responsable de un hecho jurídico-penalmente delictivo, pudiendo éstas ser comprendidas como reglas complementarias de las normas sancionatorias que han sido prescritas en la parte especial del Código Penal o en leyes especiales, en que éstas regulan umbrales mínimos y máximos de la consecuencia punitiva asociada a la realización imputable de un determinado tipo delictivo. Es, en otras palabras, el llamado marco penal³.

A su vez, se distingue entre reglas que determinan legalmente la pena aplicable y aquéllas que posibilitan el establecimiento judicial de la misma⁴. Las primeras, analizan la sanción señalada por la ley al delito, su etapa de desarrollo y el grado de participación que le ha podido corresponder al acusado, representando las formulaciones de la política criminal del Estado, en tanto fijan las consecuencias jurídicas del hecho ilícito⁵, las que se encuentran latamente normadas en los artículos 50 a 61 del Código Penal. En cambio, las segundas exigen al juez establecer las consecuencias jurídicas del delito de acuerdo a la clase, gravedad y forma de ejecución de éste, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente, por lo que constituyen junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal, representando así la cúspide de su actividad resolutoria⁶. En la práctica, esto significa establecer en un caso concreto la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un acto punible como autor, cómplice o encubridor⁷, siendo normado lo pertinente a su respecto en los artículos 62 a 73 del cuerpo punitivo sustantivo.

Por lo último, sólo al juez es a quien le corresponde escoger, entre las distintas alternativas establecidas por la ley, la pena aplicable y su magnitud, conside-

3 MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal? [en línea]. Santiago, Chile: Informe en Derecho del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2009. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf>, p. 2 [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2014].

4 Así, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 489 y MAÑALICH, ob. cit., p. 3.

5 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., págs. 489-490.

6 JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (traducción de José Luis Manzanares Samaniego). 4ª. ed., Granada, España, Editorial Comares, 1993, Tomo I, p. 785.

7 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 490.

rando la naturaleza y gravedad del hecho típico; pero, además, ha de tener presente la culpabilidad y las condiciones personales del autor, como también la posible remisión de la sanción o la aplicación de una medida alternativa, contando en todo lo anterior con una relativa discrecionalidad para la determinación de la pena dentro del marco legal, debiendo respetar los principios que la orientan y los fines que ésta persigue⁸. Ello da cuenta de que el juez *valora* causas objetivas y motivos subjetivos, esto es, las circunstancias específicas con que el culpable ha actuado⁹, cuestión denominada como *equidad* de la decisión, en que se colma la distancia que media entre lo abstracto del supuesto típico y la concreción en el caso juzgado¹⁰, por lo que, en palabras de los profesores NÚÑEZ y VERA, la valoración se presenta como el resultado de que la ley no prevé ni podría prever todas las infinitas connotaciones particulares (que aumentan o atenúan la gravedad) de los hechos por ella denotados, sino que a lo más puede indicar criterios valorativos¹¹.

Esto último resulta clave, ya que es una manifestación inequívoca de que, no obstante contar con un importante despliegue de posibilidades, el adjudicador debe fundamentar conforme a derecho su decisión a efectos de evitar cualquier tipo de arbitrio y lograr la referida *equidad* de la sentencia, siendo ésta la forma en que la ciudadanía luego podrá controlar su actividad, exigiéndose un ejercicio racional de sus atribuciones en la praxis diaria que desarrolla como una política de Estado¹². No es cualquier fundamentación de la elección por la que opta el juez, sino más bien, en cumplimiento de la *ratio legis* del artículo 36 del Código Procesal Penal, debe estar dotada de un razonamiento teórico fuerte conforme a los supuestos fácticos del caso y los criterios legales

8 GARRIDO MONTT, MARIO. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, Tomo I, págs. 316-317.

9 NÚÑEZ OJEDA, René y VERA VEGA, Jaime. “Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno”. En: *Revista de Política Criminal*, Volumen 7, N°13, Santiago, Chile, 2012, p. 178 [en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n13/art05.pdf> [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2014].

10 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et. al.). Madrid, España, Editorial Trotta, 1995, p. 156.

11 NÚÑEZ y VEGA, ob. cit., p. 178.

12 Conforme a NÚÑEZ y VERA, ob. cit., p. 172, una concepción *endoprocesal* de la fundamentación racional busca convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de la sentencia y facilitar los recursos, en tanto la posibilidad de que el examen realizado por los tribunales superiores sea mejor efectuado; mientras que una respuesta *extraprocesal* ve en ésta un principio político jurídico de controlabilidad generalizado y difuso de la ciudadanía: “En efecto, en un Estado democrático la soberanía reside en el pueblo, la actuación de la jurisdicción se convierte en expresión de un poder que el pueblo soberano ha delegado en los jueces y tribunales. En una democracia constitucional, la obligación de motivar es un medio a través del cual los órganos de adjudicación rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la cual deriva su investidura”. Finalmente exponen que las características de la fundamentación serán: publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia.

aplicables^{13 14}. De no existir una argumentación explícita conforme a las bases fundantes del sistema, que se precie de ser coherente y respetuosa de su orgánica y sistematicidad, se deja librado al ciudadano que se ha hecho acreedor de una sanción a la absoluta discrecionalidad arbitraria de quien decide sobre la eventual privación de parte importante de sus derechos fundamentales¹⁵. Ejercida conforme a derecho, la potestad del juez se presenta así como un verdadero componente del debido proceso, en tanto significará una correcta administración de justicia¹⁶. Para LUIGI FERRAJOLI la fundamentación acorde a derecho de la elección del sentenciador no es sino una garantía de cierre del sistema¹⁷, no pudiendo transformarse, en tanto mero ejercicio arbitrario por parte del juez, en el *vehículo predilecto del decisionismo contra-legislativo*¹⁸; sino, muy por el contrario, normándose espacios delegados por el legislador al

13 NÚÑEZ, y VEGA, ob. cit., p. 169.

14 Así, MALDONADO FUENTES, FRANCISCO. “Fundamentación y determinación de la pena en el Derecho Penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B. N. M. por el delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V Región”. En: *Revista Ius et Praxis*, Volumen 17, N°2, Talca, Chile, 2011, p. 509.

15 NÚÑEZ y VEGA, ob. cit., p. 170.

16 Ello puede derivarse de lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Véase, NÚÑEZ y VERA, ob. cit., págs. 173-174. A su turno, nuestra Constitución Política no consagra la motivación de las sentencias como un deber del juez, pero ello bien puede derivarse de todas las garantías fundamentales establecidas en el artículo 19, numeral 3° del Texto Fundamental, cuestión que se enlaza con la creciente constitucionalización de nuestro derecho: “(...) *éste debe ser entendido como una opción cultural, un posicionamiento ideológico que busca consagrar de manera estable determinados principios (o ideas cardinales) del proceso que están destinadas a condicionar la credibilidad y la aceptabilidad de las formas de tutela jurisdiccional y las estructuras procesales. En otras palabras, en la base de la citada ideología se aprecia la idea que la justicia de la decisión final se encuentra necesariamente ligada a la justicia de la actividad procesal. Por otro lado, tampoco basta con la mera justicia procedimental, sino que hay que considerar también la justicia en la aplicación del derecho sustancial. Por tanto, entre estos dos extremos debe moverse la actuación de nuestros tribunales de justicia*”.

17 FERRAJOLI, ob. cit., p. 623. Así, “*Se entiende, después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la “validez” de las sentencias resulta condicionada por la “verdad”, aunque sea relativa de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el “poder tan inhumano” puramente potestativo de la justicia del *cadi*, sino que está fundado en el “saber”, también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. Y no sólo en apelación sino también en casación*”.

18 MEDINA SCHULZ, Gonzalo. “Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente”. En: *Revista de Estudios de la*

adjudicador, a efectos de que éste decida dentro de un esquema predefinido y respetando ciertos criterios orientativos, dota a la resolución del aval democrático de que goza la ley, exigiendo al sentenciador decidir siempre conforme a pautas razonables, objetivas y apegadas al sentido de la norma, so pena de la nulidad de su decisión por parte de los tribunales superiores¹⁹.

La aplicación fundada de las reglas anteriores en la sentencia constituirá el proceso de individualización de la pena, que se expresa en cantidades de días de privación de libertad o restricción de otros derechos, así como en sumas de unidades de valor como tiempo o dinero^{20 21}. Como bien señala el profesor MEDINA, tan o más importante que el título de incriminación y la atribución de responsabilidad a un sujeto por un suceso criminal, es la fijación de un *quantum* de pena que en el caso concreto corresponda²².

Por ende y dentro de las características reseñadas precedentemente, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal tienen como finalidad determinar la mayor o menor gravedad del delito y reproche al que arribará al sentenciador, dentro de este marco discrecional reglado de adjudicación, denominándose agravantes aquellas que la elevan y atenuantes las que la disminuyen. Estas circunstancias no afectan la determinación de la existencia del hecho punible, limitándose sólo a circundarlo²³, siendo ponderadas discrecionalmente luego de haberse establecido el tipo penal aplicable, junto a su forma de ejecución y ser establecido el grado de participación del justiciable. Este último ejercicio lo dispone la ley; mas, el anterior, de verificación y ponderación de circunstancias de modificación de la responsabilidad penal, es ejercido facultativamente por el juez, cuestión que inequívocamente establece el artículo 69 del Código Penal²⁴, que debe ser ejercido conforme a derecho y alejado de todo arbitrio.

Justicia, N°11, Santiago, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009, p. 203.

19 MALDONADO, ob. cit., p. 508.

20 MEDINA, ob. cit., p. 203.

21 A su turno, el profesor MAÑALICH, ob. cit., p. 7, entiende que la individualización de la pena es un concepto restrictivo de la actividad discrecional del juez, ya que un ejercicio amplio también considera a las medidas alternativas de cumplimiento que están establecidas en la Ley 18.216.

22 MEDINA, ob. cit., p. 204.

23 CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 7ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, p. 471.

24 Dispone que: "Art. 69. Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito".

3. Suspensión de la licencia de conducir. Naturaleza jurídica

Conforme al esquema propuesto por el profesor CURY, las penas establecidas en la ley pueden clasificarse en: corporales (afectan el cuerpo del condenado); infamantes (afectan el honor del individuo); privativas de libertad (restringen la facultad ambulatoria); restrictivas de la misma (el sentenciado puede moverse pero dentro de un espacio determinado); privativas de otros derechos (facultad de ejercer ciertas prerrogativas, desempeñar cargos o profesiones o ejecutar una determinada actividad); y, pecuniarias (afectan el patrimonio de la persona). Las anteriores, también pueden ser agrupadas de acuerdo a su nivel de autonomía, dividiéndose en principales y accesorias, siendo las primeras aquéllas que la ley determina expresamente para cada delito y cuya imposición no depende de la otra; mientras que la irrogación de las últimas implica que siguen a una principal, sea porque así lo ha ordenado en general la ley o porque dispone que ocurra de esa manera en el caso específico de un cierto delito²⁵.

La clasificación del tratadista nacional recoge lo que la ley declara. Así, el artículo 21 del Código Penal enuncia las sanciones que pueden imponerse con arreglo a la preceptiva de dicho cuerpo legal, de acuerdo a su naturaleza de crímenes, simples delitos, faltas, comunes a las anteriores y accesorias de las dos primeras; mientras que el artículo 22, a su turno, establece que serán accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, éste ordene que otras penas las lleven consigo; cuestión desarrollada en detalle en los artículos 27 y siguientes de acuerdo al tramo penológico del caso sometido a decisión.

Dentro del ya mencionado catálogo del artículo 21, se establece como pena de los simples delitos la *suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal*. Ésta, conforme a su naturaleza jurídica, es una pena de privación de ciertos derechos, puesto que, como señala acertadamente el profesor GARRIDO MONTT, es de aquéllas que no tienen por objetivo la privación o restricción de la libertad, digiriéndose más bien a afectar otros bienes de índole política, profesional o práctica; en este caso, la conducción vehicular^{26 27}. Esta sanción, conforme lo enuncia el profesor ETCHEBERRY, es de carácter accesoria y obli-

25 CURY, ob. cit. págs. 700-703.

26 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 292.

27 Es discutida la naturaleza jurídica de las inhabilitaciones como la comentada, en cuanto a que, por su forma de cumplimiento y fines, más parecerían medidas de seguridad ya que atienden a un fin preventivo especial claro: evitar la conducción futura de una persona por estimarse dicha actividad de su parte como *peligrosa*. En contra, CURY, ob. cit., p. 747.

gatoria²⁸, puesto que sigue a una principal privativa de libertad en los casos en que así ha sido establecida, como en los artículos 491 y 492 del Código Penal o, en el artículo 196 de la Ley de Tránsito²⁹.

A su respecto, distinguiremos a las penas accesorias por ostentar dos caracteres principales: uno negativo, en tanto el delito debe no tener prevista especialmente esta pena; y otro positivo, ya que ley asocia ésta a otra pena que juega un papel principal³⁰. Siguiendo en este punto a la profesora española VALEIJE ÁLVAREZ de la Universidad de Vigo, sus particularidades más importantes son:

- a) Añaden a las penas principales nuevos efectos punitivos distintos de sus contenidos naturales;
- b) Constituyen unidades punitivas que se rigen por reglas especiales de determinación de las penas, complementarias y subsidiarias de las reglas generales;
- c) **Indefectibilidad y automatismo en su aplicación, no teniendo la discrecionalidad judicial ningún poder para influir en ello, en que los parámetros están determinados tanto en la imposición como en su cuantificación**³¹ (negrita es nuestra).

Respecto a su automaticidad, éstas se aplican en estrecha relación con sus correspondientes penas privativas de libertad principales, constituyendo una excepción al principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas del delito, añadiendo, como expresa la articulista hispana, un plus punitivo que no depende del injusto, sino de otros criterios político criminales³².

En lo que nos atañe, el artículo 196 de la Ley de Tránsito vigente al día 8 de noviembre de 2013 expresaba³³:

28 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, Tomo II, p. 163.

29 Una excepción a esta accesoriedad de las inhabilitaciones puede verse en el artículo 223 del Código Penal, en cuanto establece la inhabilitación perpetua como pena única en el caso de la prevaricación de jueces y fiscales judiciales.

30 VALEIJE ÁLVAREZ, Inma. "La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995" [en línea]. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Volumen LX, Madrid, España, 2007, p. 263. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4097755> [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2014].

31 VALEIJE, ob. cit., p. 264.

32 VALEIJE, ob. cit., p. 265.

33 No obstante que al momento de redactarse el presente artículo el tipo penal había sido ya modificado a través de la Ley 20.770 de septiembre de 2014, aumentando las penas para diversos supuestos típicos de la Ley de Tránsito, todo lo aquí señalado respecto a

“El que infrinja la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 110, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutados en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, además de la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados por el término de dos años, si fuese sorprendido en una primera ocasión, la suspensión por el término de cinco años, si es sorprendido en un segundo evento y, finalmente, con la cancelación de la licencia al ser sorprendido en una tercera ocasión, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves. Se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días.

Si, a consecuencia de esa conducción, operación o desempeño, se causaren lesiones graves o menos graves, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales, además de la suspensión de la licencia de conducir por el término de treinta y seis meses en el caso de producirse lesiones menos graves, y de cinco años en el caso de lesiones graves. En caso de reincidencia, el juez deberá decretar la cancelación de la licencia.

Si se causaren algunas de las lesiones indicadas en el artículo 397 N°1 del Código Penal o la muerte de una o más personas, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo y multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales, además de la pena de inhabilitación perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica”.

Así, vemos como el tipo penal en comento sanciona la conducción en estado de ebriedad distinguiendo los resultados que esta conducta significa respecto de terceros. La sanción va en aumento desde el presidio menor en su grado mínimo en caso de no producirse lesiones o ser éstas leves y crece en uno o dos grados, en el evento de resultar lesiones graves y menos graves, o aquéllas establecidas en el numeral 1° del artículo 397 del Código Penal, respectivamente. Junto a la pena principal privativa de libertad se acompañan penas pecuniarias que también varían de acuerdo al resultado lesivo.

En lo que respecta al tema en comento, es dable señalar que al momento de establecer la suspensión de la licencia de conducir por espacios variables de tiempo, desde dos años en la hipótesis normada en el inciso primero a inhabilitación perpetua en el caso del inciso final, en todos los tipos el legislador utilizó el adverbio **además**, cuestión que no hace sino confirmar su inequívoca naturaleza jurídica de pena accesoria a las principales de privación de libertad y multa, lo que hace patente su indefectibilidad y automatismo en la aplica-

la consideración jurídica de esta última sanción resulta aplicable a la nueva sistemática, conforme al articulado reformado.

ción por parte del adjudicador penal en los espacios de tiempo taxativamente enunciados por esta ley especial. A su turno, el carácter indivisible de la sanción accesoria resulta preclaro conforme a que la divisibilidad se expresa en nuestra sistemática en grados de aplicación, lo que no enuncia en caso alguno el tipo penal en comento y que sí haría permisible una rebaja del tiempo indicado en el tipo penal.

4. Los yerros en derecho de la sentencia

Por lo expuesto precedentemente es que no puede ser bajo ningún respecto objetable la actividad realizada por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago en el momento en que efectúa las rebajas de la pena principal desde el presidio menor en su grado medio al grado mínimo y de la pena de multa en lo referido a su *quantum*, en tanto, ha actuado dentro del ámbito discrecional que establece el legislador dentro de las normas *decisoria litis* de los artículos 67 y 70, respectivamente, en consideración a las circunstancias atenuantes que le fueron reconocidas al imputado. Pero, tratándose de las penas accesorias ocurre algo diverso, que fue en este caso soslayado por el sentenciador, generando de su parte una actividad hermenéutica contraria a la legislación nacional y el sentido que estas penas mantienen en el sistema.

En efecto, la suspensión de la licencia de conducir por variables espacios de tiempo es una pena accesoria que establece expresamente el artículo 196 de la Ley de Tránsito, añadida a las penas pecuniarias y privativas de libertad que allí se indican, dependiendo de la dañosidad que la conducción en ebriedad produzca, es decir, de la intensidad del ataque a los bienes jurídicos protegidos, trayendo aparejadas mayores penas a resultados más lesivos. En el caso materia de la imputación comentada, acreditándose una víctima con lesiones graves, correspondía la referida suspensión por el espacio imperativo de cinco años.

Por ende, la aplicación de la pena accesoria de suspensión de la licencia de conducir que exige el tipo penal a que se ha hecho referencia es de carácter obligatoria para el sentenciador luego de establecer lo pertinente respecto de la pena privativa de libertad y pecuniaria por la que optará en el caso concreto, no siendo susceptible de modificación en relación a su *quantum* por el carácter esencialmente indivisible de la misma, al no contemplar la ley penal sustantiva o la legislación especial una forma diversa de graduar, reducir, fraccionar ni dividir ésta, por su especial naturaleza jurídica, ya mencionada con anterioridad. Cosa distinta, por ejemplo, establece el artículo 56 del Código Penal a la hora de consagrar la divisibilidad de las penas cuando éstas constan de diversos grados de aplicación, lo que permite su aumento o agravación, según sea el caso particular y que se expresa, por ejemplo, en los artículos 67 y 68 del cuerpo sancionatorio sustantivo.

Contrario a lo que sostiene el tribunal que dicta sentencia, el que se apoya en una supuesta discrecionalidad para rebajar el plazo de suspensión de la licencia de conducir, en tanto no existiría en el ordenamiento jurídico chileno norma alguna que se lo impidiera, mientras que sí existirían reglas para rebajar a su elección las penas principales, entendemos que nuestro legislador penal manifiesta expresamente su voluntad en términos contrarios al desarrollado por el adjudicador: a vía de ejemplo, suspendida la imposición de la condena por falta, conforme lo permite el artículo 398 del Código Procesal Penal, por dicha circunstancia y de acuerdo al inciso final del artículo 197 de la Ley 18.290, no podrá dejar de imponerse la suspensión de la licencia de conducir. Una interpretación armónica nos lleva insoslayablemente a estimar que no pudiendo el sentenciador eludir la pena accesoria en caso de suspenderse la principal, menos estará facultado para modificar el plazo de su imposición luego de que la sanción principal sea determinada y aplicada en el caso concreto.

Lo anterior sigue el criterio que desde antiguo ya estableció nuestro Código Penal, en tanto sus artículos 76 y 80 establecen la obligatoriedad de condenar al acusado a las penas accesorias que prevea la ley junto a las principales, así como el mandamiento de que no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

El Juzgado de Garantía que dictó sentencia en estos errados términos, obviando la interpretación armónica de todos los textos legales ya referidos y con ello, de la propia Constitución Política, en tanto el numeral 3° del artículo 19 de ésta ordena que ningún delito puede castigarse con otra pena que la señalada por la ley promulgada con anterioridad a su perpetración, se arroga facultades que el ordenamiento no le confiere, eludiendo así un deber legal de imposición punitiva en que no mantiene ningún tipo de discrecionalidad, actuando, en consecuencia, de manera contraria a los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental ya que no somete su actuar a derecho. En efecto, representando el sentenciador la praxis sancionadora del Estado como detentador legítimo del *ius puniendi*, debe apegarse irrestrictamente al cauce fijado por la Constitución y las leyes de procedimiento creadas conforme a su preceptiva³⁴, siéndole imperativo actuar, en las correctas palabras de NÚÑEZ y VERA, en conformidad con el principio de legalidad, no pudiendo realizar una interpretación que soslaye el derecho vigente³⁵.

34 NÚÑEZ y VERA, ob. cit., p. 171.

35 NÚÑEZ y VERA, ob. cit., p. 171. Así, señalan los autores nacionales: “También se debe considerar que la decisión judicial debe ser una decisión doblemente limitada. Por un lado, por el principio de legalidad, que implica que el juez tiene que tomar la decisión aplicando el ordenamiento jurídico; en otras palabras, la decisión judicial tiene que ser una decisión legal. Por otro lado, como el ordenamiento no predetermina totalmente la solución a los casos

La hermenéutica del juez expresada en que *lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal* no puede sostenerse jurídicamente sin contener yerros en derecho en estas materias. El enunciado principio nace para la aplicación directa en cuestiones comerciales con las particularidades del Derecho civil y mercantil, consagrándose en el Código Civil chileno en el artículo 1442 a la hora de definir los contratos de tipo *principal* y *accesorio*, con expresiones también en el artículo 1906 en materia de cesión de créditos; 1830 en caso de compraventa; 2420 en temas de hipotecas, etcétera. Es pues un principio propio del Derecho privado que en caso alguno puede trasladarse a las normas de orden penal integrantes del Derecho público del Estado en que el principio de legalidad en sus variantes procesal y penal es parte constitutiva del debido proceso de derecho, o, conforme a la nomenclatura de nuestra Carta Fundamental, de la idea del justo y racional procedimiento que exige el artículo 19, numeral 3° de dicho cuerpo. Así, una interpretación que no respete dicho principio resulta contraria al ordenamiento interno, en tanto no está permitido por la ley colmar una presunta laguna jurídica que, en la especie, no existe, dado el carácter de accesorio de esta pena y su aplicación en los claros términos y plazos delimitados por el legislador.

Estos razonamientos han sido seguidos de cerca por la jurisprudencia nacional desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal a lo largo de Chile. De esta forma, ya en el año 2004 la I. Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N°371-2004 señaló el carácter imperativo del plazo que establece la ley de la suspensión de la licencia de conducir en el delito de conducción en estado de ebriedad³⁶; cuestión que reafirmó dicho Alto Tribunal

individuales, hay un segundo límite a la decisión judicial, límite que viene dado por la correcta justificación de la misma, justificación que está en función de las razones dadas a favor de cada una de las opciones que se le plantean al juez en el proceso de aplicación. Por lo tanto, lo decisivo en la aplicación judicial del derecho no es sólo la aplicación de enunciados jurídicos (de fuentes del derecho) como fundamentos o razones para la decisión, sino también las razones dadas a favor de la aplicación de dichos enunciados frente a otros potencialmente aplicables, la determinación de un preciso significado de los mismos frente a otras interpretaciones, la consideración de determinados hechos como probados (alternativamente a las razones a favor de los mismos como no probados) y como encuadrables en una categoría jurídica (y no en otra), así como la elección de una correcta consecuencia jurídica dentro de las alternativas legales”.

36 I. Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de septiembre de 2004, Rol N°371-2004. Considerando 5°: “Que a mayor abundamiento cabe agregar que el delito de manejo en estado de ebriedad, actualmente considera en el artículo 196 E (agregado por la Ley 19.925 de 19 de enero de 2004) como complemento de la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales la pena accesoria de suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados, norma legal que debe ser aplicada por el juez, dado su carácter imperativo de acuerdo a la redacción de la ley y no como una facultad que contenía la Ley Adecuatoria N°19.806, la cual modificaba la Ley de Alcoholes”.

recientemente en el año 2013 en causas Rol N°4-2013³⁷; Rol N°25-2013³⁸ y Rol N°607-2013³⁹.

Este criterio fue también seguido de cerca por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol N°474-2005⁴⁰ y por la I. Corte de Apelaciones de La Serena en causas Rol N°124-2005⁴¹ y N°260-2013⁴².

-
- 37 I. Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de enero de 2013, Rol N°4-2013. *Considerando 4°: “Que, como aparece de la normativa transcrita, para el caso de un imputado por manejo en estado de ebriedad existe una ley especial que le impone al juez la obligación de decretar siempre la suspensión, cancelación o inhabilitación perpetua conforme a lo establecido en el inciso 1° del artículo 196 de la Ley 18.290, precepto legal que señala el plazo de suspensión de la licencia por dos años, si fuere sorprendido en una primera ocasión. Aquél es el tenor literal de la disposición legal, por ende, no es admisible realizar una interpretación de su conjunto, lo pretexto de la supuesta existencia de consecuencias no previstas por el legislador. En efecto, la utilización de la frase “debiendo siempre...” del artículo 197 de la Ley 18.290, no solo obliga al juez a aplicar la suspensión de la licencia de conducir, sino que además, sujetarse a los plazos que le impone el artículo 196 de la misma ley. La redacción de esta frase indica claramente que ese plazo no admite fraccionamiento alguno, como si lo permitía la disposición anterior, interpretación que cobra racionalidad al considerar la historia de la ley 20.580 y los propósitos perseguidos por el legislador en su generación”.*
- 38 I. Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de febrero de 2013, Rol N°25-2013. *Considerando 5°: “Que, como se aprecia, en este particular caso, existe una ley especial que obliga al juez a imponer siempre la suspensión, cancelación o inhabilitación perpetua, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 193 y 196, según corresponda, no siendo ello facultativo para el sentenciador”.*
- 39 I. Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de noviembre de 2013, Rol N°607-2013. *Considerando 2°, parte final: “...Como se puede apreciar, no hay una errónea aplicación del derecho por parte de los sentenciadores, sino por el contrario, en la fijación de la pena se han ajustado estrictamente a la normativa legal vigente, desde que la referida norma no admite graduación, por parte del Tribunal, de la pena de suspensión de la licencia de conducir, dado el resultado de lesiones menos graves o graves, según se precisa. Fue el legislador quien no quiso dejar entregado a los jueces la posibilidad de graduar la pena de suspensión de la licencia de conducir, fijándola en los términos ya indicados”.*
- 40 I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de junio de 2005, Rol N°474-2005. *Considerando 7°: “(...) lo que significa en otra palabra, que nunca se le permite al Juez dejar de cumplir el mandato legal de suspender efectivamente la licencia para conducir, por el paso señalado por el legislador, o que envuelve su falta de facultad para imponer esta pena por un plazo menor, como ocurrió en esta sentencia recurrida”.*
- 41 I. Corte de Apelaciones de La Serena, 2 de junio de 2005, Rol N°124-2005. *Considerando 4°: “Por lo demás, y por expreso mandato del artículo 196 E de la Ley 18.290, de acuerdo con la modificación legal dispuesta por la ley 19.925, publicada en el Diario Oficial del 19 de enero de 2004, en cuya virtud el legislador manifestó concretamente su voluntad de aplicar siempre y a todo evento, en esta clase de delitos, en el carácter de pena accesoria especial, la suspensión de la licencia”.*
- 42 I. Corte de Apelaciones de La Serena, 25 de septiembre de 2013, Rol N°260-2013. *Considerando 3°: “Que en torno al error de derecho que se denuncia y que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde ya cabe dejar claramente sentado que es pena accesoria aquella que va de la mano o se acompaña de una principal, lo que claramente ocurre en la especie, desde que el artículo 196 de la Ley 18.290, establece la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa, con la accesoria de suspensión, tratándose ésta de una pena*

Finalmente y también a vía ejemplar, la I. Corte de Apelaciones de Santiago en el reciente fallo recaído en el Rol N°874-2014⁴³ desarrolló similares argumentaciones, reafirmando el precedente invocado:

“QUINTO: Que, como bien argumenta el Ministerio Público, la sanción antes expresada es una de carácter indivisible y no graduada, no contemplando la normativa del caso alternativa legal para reducirla, en razón de lo cual el tribunal del juicio se hallaba impedido para rebajarla según su personal entender, discrecionalmente, sin asiento legal, resultando así de toda evidencia que en el fallo recurrido, al procederse del modo expresado que se impugna, se ha incurrido en una errónea aplicación de lo preceptuado en el citado artículo 196 de la Ley de Tránsito, error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que la errada aplicación jurídico penal en que se incurrió motivó la dictación de una sentencia particularmente provechosa al imputado, ocasionando en definitiva al Ministerio Público recurrente el consiguiente perjuicio en su función legal persecutoria, que sólo puede repararse con la invalidación de lo obrado”.

5. A modo de conclusión

Fluye de todo lo expresado y conforme a los argumentos de texto, jurisprudenciales y doctrinarios invocados, que la decisión del tribunal de rebajar discrecionalmente el plazo de suspensión de la licencia de conducir como pena accesoria del artículo 196 de la Ley de Tránsito atenta contra derecho, en tanto no condena al acusado en los términos que exige la ley penal especial a estos respectos, siendo subsanable por vía de nulidad en aplicación del literal b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, ya que, pronunciándose la sentencia a través de una errónea aplicación del derecho, éste influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, no aplicando taxativamente la pena establecida por la ley en el delito ya latamente enunciado. Por su parte, en caso de haber mediado un procedimiento abreviado, la decisión del Juez de Garantía es recurrible en alzada a través del respectivo recurso de apelación, conforme lo dispone expresamente el artículo 414 del cuerpo adjetivo, siendo claro el agravio del interviniente Ministerio Público puesto que el sentenciador no ha aplicado la pena en los términos imperativos que el ordenamiento establece y que han sido requeridos por el persecutor penal público en su acusación.

indivisible, que no permite graduación; además, que por su especialidad no se condice con las accesorias generales que establece el Código Penal.

En suma, el sentenciador carecía de facultades para imponer una pena inferior a la establecida en la ley en la aplicación de la pena accesoria, por cuando se está frente a una pena de carácter indivisible que no admite división y nadie puede ser condenado sino a la pena establecida por el legislador”.

43 I. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 2014, Rol N°874-2014.

Bibliografía citada

1. CURY URZUA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 7ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
2. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo II, 2004.
3. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et. al.*). Madrid, España, Editorial Trotta, 1995.
4. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo I, 2005.
5. JESCHECK, Heinz-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. (traducción de José Luis Manzanares Samaniego). 4ª. ed., Granada, España, Editorial Comares, Tomo I, 1993.
6. MALDONADO FUENTES, Francisco. “Fundamentación y determinación de la pena en el Derecho penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B. N. M. por el delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V Región”. En: *Revista Ius et Praxis*, Volumen 17, N°2, Talca, Chile, 2011.
7. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal? [en línea]. Santiago, Chile: Informe en Derecho del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2009. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf> [fecha de consulta: 4 diciembre 2014].
8. MEDINA SCHULZ, Gonzalo. “Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°11, Santiago, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.
9. NÚÑEZ OJEDA, René y VERA VEGA, Jaime. “Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno”. En: *Revista de Política Criminal*, vol. 7, N°13, Santiago, Chile, 2012. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n13/art05.pdf> [fecha de consulta: 30 noviembre 2014].
10. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004.
11. VALEIJE ÁLVAREZ, Inma. “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995” [en línea]. En: *Anuario de Derecho Penal y Cien-*

cias Penales, Volumen LX, Madrid, España, 2007. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4097755> [fecha de consulta: 22 noviembre 2014].

Normas citadas

1. Chile, Código Procesal Penal de la República de Chile, edición enero de 2013.
2. Chile, Código Penal de la República de Chile, edición enero de 2014.
3. D.F.L. N°1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito 18.290, modificada por las Leyes 20.580 de 15 de marzo de 2012 y 20.770 de 16 de septiembre de 2014.

Jurisprudencia citada

1. I. Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de septiembre de 2004, Rol N°371-2004.
2. I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de junio de 2005, Rol N°474-2005.
3. I. Corte de Apelaciones de La Serena, 2 de junio de 2005, Rol N°124-2005.
4. I. Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de enero de 2013, Rol N°4-2013.
5. I. Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de febrero de 2013, Rol N°25-2013.
6. I. Corte de Apelaciones de La Serena, 25 de septiembre de 2013, Rol N°260-2013.
7. I. Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de noviembre de 2013, Rol N°607-2013.
8. I. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 2014, Rol N°874-2014.
9. 2° Juzgado de Garantía de Santiago, 16 de septiembre de 2014, RIT N°15409-2013.

ACCIÓN DE REVISIÓN RECHAZADA. NUEVOS ANTECEDENTES Y ESTÁNDAR DE DUDA RAZONABLE

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Los antecedentes que se sindicaron como nuevos o desconocidos en los términos del artículo 473 letra d) del Código Procesal Penal, apuntan a la posibilidad que la víctima haya mentido en el proceso, lo que no es propio de la causal esgrimida, desde que ninguno de ellos satisface las exigencias del referido precepto.

Para que proceda la revisión se requiere que se trate de hechos o antecedentes nuevos, desconocidos durante el proceso, calidad que no tienen los datos que ahora se señalan, puesto que aun cuando se han descrito uno a uno diversos documentos a los cuales tal vez no pudo efectivamente la defensa acceder a todos, ocurre que ellos apuntan en una sola dirección, cual es, la existencia de procesos donde la menor ya habría levantado cargo por el mismo delito o uno similar contra otra persona y es del caso que en el mismo libelo de la acción de revisión, así como en el texto del recurso de nulidad aparece que la defensa estaba en conocimiento de la existencia de la otra denuncia y que aquella se había dirigido contra un tío de la menor, con posterioridad al hecho indagado en el proceso de autos, por una agresión de tipo sexual.

La interpretación sugerida por la defensa en cuanto a que es factible que la Corte Suprema pueda proceder aun cuando los nuevos antecedentes no prueben la plena inocencia del condenado, en cuyo evento procedería el reenvío de los antecedentes a tribunal no inhabilitado para nuevo juicio, supone una nueva revisión del estándar de duda razonable que ya ha sido exigido por el legislador procesal penal para arribar a convicción condenatoria a los jueces del fondo, de modo que convierte a la acción de revisión en una instancia, en lugar de situarla como una acción nueva y desvinculada del primer proceso, donde es absolutamente necesario acreditar alguna de las causales exigidas por el legislador.

En voto de minoría del Ministro Sr. Dolmestch y el Abogado Integrante Sr. Bates, fueron de opinión de acoger la acción de revisión para el efecto de realizarse un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado, puesto que en su opinión, los antecedentes incorporados tienen la calidad de desconocidos durante el proceso, desde que la defensa sólo sabía de la existencia de otro proceso penal, pero no de sus detalles ni menos aún de su resultado y carecía de todo dato acerca del proceso que no prosperó por falta de antecedentes, como tampoco de aquella declaración prestada por la menor en un proceso proteccional de Familia.

Agregan que si bien los antecedentes no resultan bastantes para tener por establecida la inocencia del condenado, sí tienen el mérito para destruir la convicción condenatoria que tuvo en su momento el Tribunal Oral para condenar al imputado, restableciéndose en consecuencia, la duda razonable.

Texto completo:

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos antecedentes rol N°19.373-2014, compareció a fs. 158 doña A.M.O., quien dedujo acción de revisión a favor de su hermano I.M.O., condenado en el proceso RUC 1100645875-2, RIT 50-2013 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes por el delito reiterado de violación impropia previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, en la persona de la menor de iniciales M.G.M.S., hechos ocurridos en mayo de 2011, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y accesorias legales.

A fs. 226 se confirió traslado de la solicitud al Ministerio Público, el que lo evacuó a fs. 236, cuando ya se había ordenado fijar audiencia pública para el conocimiento del asunto.

A fs. 257 se agregó el acta que da cuenta de haberse realizado la audiencia pública de conocimiento de la acción ejercida, a la que compareció el abogado Sr. Fernando Mardones Vargas en representación de la requirente, asesorada por la Defensoría Penal Pública y el Sr. Pablo Campos Muñoz, por el Ministerio Público, contra la solicitud.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por la acción formalizada se ha esgrimido la causal

de revisión del artículo 473 letra d) del Código Procesal Penal.

Al respecto se explica que el Tribunal Oral tuvo por ciertos, en el razonamiento décimo de la sentencia cuya revisión se solicita, que: “El día 20 de mayo de 2011, en horas de la tarde, la menor de 13 años de iniciales M.G.M.S., se encontraba en su domicilio de calle XXX, bajo el cuidado de su padre I.M.O., quien la obligó a entrar al dormitorio matrimonial, intimidándola con un cortaplumas y obligándola a sacarse toda la ropa, tapándole la boca con su mano para evitar que los gritos de la niña fueran oídos. Acto seguido, la ató de manos y pies a una cama, e introdujo su pene en la vagina de la ofendida, y una vez consumado el acto, volvió a amenazarla que debía guardar silencio y la mandó a comprar pan.

A los pocos días de ocurridos estos hechos, el día 27 de mayo de 2011, en horas de la tarde, M.O., aprovechando el hecho de encontrarse a solas con la menor, la amenazó con el propósito de reiterar su conducta, y con la finalidad de procurar su excitación la obligó a desnudarse y a imitar una pose de una de las revistas pornográficas que le exhibió, para luego penetrarla por vía vaginal.

A raíz de la agresión de que fue objeto la menor víctima, resultó con desgarramiento himeneal en el punto 9 y 6 del reloj: himen desflorado.”

La defensa aduce que para tenerse por establecida la intervención del acusado en los hechos descritos, el tribunal se valió fundamentalmente

de la declaración de la menor de edad de iniciales M.G.M.S. y detalla a continuación, todas las contradicciones o inconsistencias que se advierten en sus relatos y de los que no se habría hecho cargo en forma satisfactoria la sentencia impugnada.

Luego se indica que el tribunal señaló que su convicción condenatoria estaba supeditada al juicio de credibilidad del relato de la menor, precisando en el considerando undécimo que la participación del acusado quedó plenamente demostrada por el señalamiento que de su persona efectuó en la audiencia oral la víctima, “imputación que fue sostenida por la niña en la audiencia del juicio, oportunidad en la que claramente sindicó a su padrastro como el autor de los abusos en estudio, refiriéndolo como su único agresor”.

En esta parte la defensa sostiene que el tribunal dio plena credibilidad al relato inculpativo de la víctima recurriendo para ello al testimonio de la perito psicóloga del CAVAS, Jessica Ortega Valencia, quien declaró en el juicio oral al tenor del informe de veracidad del relato de la menor que evacuó el 6 de marzo de 2012. Es así como en el motivo noveno de la sentencia se explican las diferentes razones y datos ilustrativos del informe que refuerzan la apreciación del tribunal, entre los que se cuentan la circunstancia de haberse mantenido el relato de la menor por más de dos años, de haber sido capaz de aportar detalles vivenciales y donde las inconsistencias con los testigos son mínimas y explicables por el transcurso del tiempo, así como

también los trastornos síquicos que el hecho le provocó, los intentos de suicidio, la necesidad de cambiar el domicilio por las amenazas y acosos del imputado, etc..

SEGUNDO: Que a continuación, la defensa explica que en su momento y por el defensor que entonces tenía el acusado, se dedujo recurso de nulidad para ante esta Corte Suprema, el que fue conocido, fallado y rechazado, pero en el cual no se reclamó por la valoración que el tribunal hizo de los dichos de la menor, en particular no impugnó que la niña faltó a la verdad e incluso mintió y que entró en serias e importantes contradicciones que explica en el libelo. Señala al respecto que dijo ante el fiscal que el imputado le había enviado mensajes a su celular amenazándola de muerte a ella y su madre y luego se retractó diciendo que esos mensajes se los había enviado ella misma para apurar el proceso. Además, después de decir que sólo había sido violada por vía vaginal, dijo que también lo había sido por vía anal en las dos ocasiones, lo que fue descartado por el tribunal. Por último, dice la defensa que la menor describió al menos cinco eventos en los que había sido amenazada o acosada por el imputado y que de cuatro de ellos la policía adoptó el procedimiento de rigor, sin ningún resultado positivo y que en el último, donde la menor dijo estar acompañada de la empleadora de su madre cuando fue amenazada por el acusado, aquélla dijo que él nunca se les acercó mientras ella estuvo presente.

Hasta aquí, como se advierte de lo relatado por la defensa, no se ha esgrimido ningún hecho o antecedente nuevo desconocido durante el proceso, sino que por el contrario, no se ha hecho más que reprobador la prueba producida en la oportunidad respectiva y discrepar de la ponderación que de ella hicieron los jueces del tribunal oral, pero en todos los casos, no sólo lejos de la causal que motiva la acción de revisión, sino que además, con argumentos tangenciales y que tan sólo expresan una mera discrepancia con la valoración asignada a la prueba de cargo, pero que no revelan la comisión de falta alguna en el procedimiento.

TERCERO: Que a continuación se indica que con posterioridad a la sentencia condenatoria se tomó conocimiento de una serie de documentos desconocidos durante el proceso y que corresponden a la investigación RUC 1200075416-K, seguida por el Ministerio Público contra R.P.S. por el delito de abuso sexual, donde la presunta víctima habría sido la misma menor de autos, M.G.M.S.

Esta investigación se inició por denuncia de Joanna Lazo Burgos, psicóloga del Programa de Intervención Especializada en Maltrato Grave y Abuso Sexual Kimey Puyal; y sostiene que de tal proceso sólo tuvieron conocimiento del informe pericial de credibilidad de la psicóloga Jessica Ortega Valencia, siendo los nuevos antecedentes a los que después se accedió, los siguientes: 1) Acta de audiencia de formalización ante el Juzgado de Garantía de Los Andes, de 9 de julio de 2013, por el

cual se informó al imputado P.E. que era investigado por hechos constitutivos de abuso sexual en perjuicio de la menor M.G.M.S.; 2) Informe de credibilidad de 6 de marzo de 2012, evacuado por la psicóloga del CAVAS Jessica Ortega Valencia, misma profesional que evacuó el informe de credibilidad en el proceso que concluyó con la sentencia que ahora se impugna y que fue de tenor similar al evacuado en este proceso; 3) Correo electrónico de Jorge Ávila, asistente social de URA-VIT del Ministerio Público, dirigido a la fiscal adjunto, de 22 de febrero de 2012, por el cual le informaba que se contactó con la madre de la víctima para tener una entrevista por la causa nueva que involucra a un sujeto distinto, pero que ni ella ni su hija quisieron venir, porque sólo tenían interés en el proceso que involucraba a I.M. Lo mismo dijo la niña, quien adujo que la causa contra P. no era importante y que sólo quería que se hiciera algo con I.M., agregando que “Claramente tanto la niña como la madre tienen serios problemas psicológicos...”; 4) Correo electrónico de Ana Quilodrán Neculhueque, funcionaria de Fiscalía al Fiscal Regional, donde solicita no perseverar, ya que la menor en audiencia de formalización indica que los hechos no son efectivos y que ella lo dijo a instancias de una tía que se lleva mal con el imputado. Esta información es ratificada en declaración prestada ante la Fiscalía; 5) Registro de la declaración de M.G.M.S. de 11 de diciembre de 2013, ante la Fiscalía, donde informó que tanto lo que había declarado ahí, como lo dicho

ante Investigaciones no era verdad, sino que su tía E.S.B. la obligó a que le echara la culpa a su tío R.P. de haberle tocado sus partes íntimas porque ella le tiene mala y quería vengarse de él. Lo hizo para que su tía no le hiciera daño y ahora dice la verdad porque su tío es una buena persona y ella y su mamá vivieron dos meses con él y siempre le tuvo respeto; 6) Solicitud de audiencia para comunicar decisión de no perseverar; 7) Acta de audiencia de 28 de marzo de 2014 por la cual se comunicó decisión de no perseverar en el proceso antes señalado y se dejó sin efecto tanto la formalización como las medidas cautelares; 8) Informe Policial de 27 de abril de 2012, evacuado por la Subcomisaria Yanira Valdés al que se anexan una serie de declaraciones. La defensa afirma que tanto en la declaración de la supuesta víctima prestada ante esta profesional, así como la dada a la psicóloga del CAVAS, se dieron detalles de comisión suficientes como para que la perito concluyera que su relato era creíble, afirmando que para ambos procesos se elaboró un solo informe de credibilidad.

Finalmente, se señala como nuevos antecedentes que dan cuenta de denuncias infundadas de I.S.B. por violación o abuso sexual en perjuicio de algunas de sus hijas; y como la menor M.G.M.S. ha faltado a la verdad en procesos judiciales: 1) Denuncia por abuso sexual de 27 de febrero de 2008 de I.S. contra N.Q., la que fue archivada provisionalmente por falta de antecedentes que permitieran desarrollar una investigación; 2) Medida de Pro-

tección sustanciada ante el Juzgado de Familia de Los Andes donde, en audiencia de 31 de enero de 2014, el tribunal entregó la custodia de la menor M.G.M.S., que entonces estaba en manos de la suegra, a su madre I.S., donde la menor expresó para justificar que la custodia fuera devuelta a la madre que "...muchas cosas que declaró en su oportunidad perjudicó a su madre, que mintió; y que quiere estar con su madre."

CUARTO: Que todos los antecedentes que se sindicaron como nuevos o desconocidos en los términos del artículo 473 letra d) del Código Procesal Penal, apuntan a la posibilidad que la víctima haya mentido en el proceso, lo que no es propio de la causal esgrimida, desde que ninguno de ellos satisface las exigencias del referido precepto.

En efecto, la existencia de un proceso posterior seguido contra un tío de la niña en el cual se indagó la supuesta existencia de ciertos abusos y se evacuó un mismo informe de credibilidad que en el proceso en que recayó la sentencia que ahora se impugna, no tiene el mérito de establecer por sí mismo la inocencia del imputado, y resulta discutible además, su calidad de hecho desconocido.

En efecto, la denunciante de este supuesto episodio de abuso no fue la niña, sino que una psicóloga del lugar donde era atendida para la reparación de la violación que sufrió en forma previa. Después de ese ilícito y dadas las amenazas y hostigamientos que ella y su madre describieron de parte del imputado

M.O., tuvieron que cambiarse de domicilio y le pidieron a R.P.E. un espacio donde quedarse, habiéndoles entregado aquél una mediagua donde residir. De los diferentes relatos agregados en el informe policial citado por la defensa, aparece que la menor nunca tuvo intención de denunciar el supuesto abuso cometido por su tío y que la madre aun cuando dijo ante una persona que no le creía y ante otra que sí lo hacía, lo cierto es que al mismo imputado P. le habría aclarado que ella no hizo la denuncia, sino que fue una psicóloga, para procurar desvincular su responsabilidad, recibiendo de inmediato el reproche de malagradecida por la ayuda previa que había recibido de parte del citado P.

Como se advierte, es un hecho que la menor no tuvo intención alguna de develar y que tampoco la tuvo de proseguir con una incriminación, apareciendo más antecedentes gananciales en el desistimiento y retractación de lo dicho originalmente que en lo afirmado originalmente a una psicóloga dentro del marco de un tratamiento de reparación.

En este sentido, los documentos que dan cuenta de la audiencia de formalización como de comunicación de no perseverar, en nada contribuyen a lo que pretende la defensa, como tampoco el correo por el cual se pidió al Fiscal Regional ejercer la facultad de no perseverar ante el desistimiento de la menor.

El correo electrónico del asistente social Jorge Ávila dirigido a la fiscal

adjunta sólo amerita ser analizado en cuanto madre e hija desde antes de un año a la fecha de la formalización de P. le estaban diciendo claramente que no querían perseverar en ese proceso, atribuyéndose aquél la calidad profesional suficiente como para tildar a la víctima y a su madre de personas con problemas psicológicos.

En este escenario, que el informe de credibilidad evacuado en ese proceso lo haya sido conjuntamente con aquél en que se pronunció el fallo que ahora se revisa, carece de toda relevancia, desde que ése es de fecha 6 de marzo de 2012, esto es, anterior a la oportunidad en que la menor se retracta y lo hace señalando los motivos por los cuales habría mentido originalmente, si es que efectivamente lo hizo libre de toda presión. Contrariamente a lo concluido por la defensa, la circunstancia que la chica haya sido capaz de enfrentar al fiscal, al juez y al imputado aceptando que mintió, en tanto en el proceso que ahora se analiza, haya mantenido por más de dos años la imputación contra el padre, hasta llegar a juicio, habiendo tenido que cambiarse de casa y hasta soportar el haber sido separada de su madre nuevamente, ponen de relieve que existió diferencia entre un proceso y otro y que el análisis de credibilidad de la perito conservó su fidelidad.

Del mismo modo, se agregaron como nuevos antecedentes al tenor de la causal esgrimida, para nuevamente corroborar la falta de credibilidad del relato de la menor, dos procesos: uno en que la madre de la menor denunció a un sujeto por vio-

lación o abuso sexual en perjuicio de alguna de sus hijas, hecho que no se investigó por falta de antecedentes; y, la declaración que hizo la menor en el Juzgado de Familia donde reconoció haber mentido antes, con el objeto de obtener que se entregara nuevamente su custodia a su madre.

El primer hecho carece de todo detalle y no tiene incidencia alguna en el ahora analizado, porque corresponde a una denuncia hecha por la madre en febrero de 2008, por alguna de sus hijas. No se precisa siquiera el nombre de la víctima, las circunstancias fácticas del hecho y la denunciante fue otra persona.

Y, en lo que atañe al proceso de familia, no aparece más que una frase fuera de todo su contexto, ya que la niña fue sacada de la custodia materna y entregada a la abuela (aparentemente la madre del acusado) y la niña se retracta de haber dicho algo que no se sabe qué es, para procurar revertir el estatu quo y ser devuelta a su madre, de donde se sigue que la mentira a que alude se pudo haber expresado en ese mismo proceso y no en otro distinto o en su vida entera.

Como se advierte de lo expresado, los antecedentes a los que alude la defensa no tienen la entidad suficiente para aproximarse a suponer la inocencia del acusado, que es lo que exige la causal en estudio.

QUINTO: Que, por otra parte y como ya se adelantó, se requiere que se trate de hechos o antecedentes nuevos, desconocidos durante el proceso, calidad que no tienen los

datos que ahora se señalan, puesto que aún cuando se han descrito uno a uno diversos documentos a los cuales tal vez no pudo efectivamente la defensa acceder a todos, ocurre que ellos apuntan en una sola dirección, cual es, la existencia de procesos donde la menor ya habría levantado cargo por el mismo delito o uno similar contra otra persona y es del caso que en el mismo libelo de la acción de revisión, así como en el texto del recurso de nulidad y en la declaración de la misma perito Jessica Ortega Valencia, latamente referida en el fallo, aparece que la defensa estaba en conocimiento de la existencia de la otra denuncia y que aquella se había dirigido contra un tío de la menor, con posterioridad al hecho indagado en el proceso de autos, por una agresión de tipo sexual.

De la forma señalada, sucede que ninguna de las exigencias de la causal contenida en el artículo 473 letra d) del Código Procesal Penal se satisface en el especie.

SEXTO: Que, por último, cabe referirse a la interpretación que sugiere el recurrente del artículo 473, en relación a los artículos 478, 479 y 480 del Código Procesal Penal, en el sentido que la invalidación de la sentencia no sólo procede ante la existencia de prueba o hecho nuevo que por sí mismo baste para establecer la inocencia del condenado, sino que es factible que esta Corte pueda proceder aún cuando los nuevos antecedentes no prueben la plena inocencia del condenado, en cuyo evento procedería el reenvío de los anteceden-

tes a tribunal no inhabilitado para nuevo juicio.

Recurriendo al derecho comparado aduce la defensa que es posible la revisión de la sentencia y el reenvío en caso de duda eficiente, la que describe y concluye pidiendo que se anule la sentencia condenatoria y que se remitan los antecedentes al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones legales.

SÉPTIMO: Que la interpretación sugerida por la defensa supone una nueva revisión del estándar de duda razonable que ya ha sido exigido por el legislador procesal penal para arribar a convicción condenatoria a los jueces del fondo, de modo que alza la acción de revisión en una instancia en lugar de situarla como una acción nueva y desvinculada del primer proceso, donde es absolutamente necesario acreditar alguna de las causales exigidas por el legislador.

En el caso, la causal esgrimida es la del artículo 473, letra d) del Código, que autoriza la revisión de un fallo para su invalidación cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado. Como se advierte, es la causal invocada en el caso concreto la que exige dos requisitos copulativos para la invalidación del fallo, antecedentes o hechos nuevos o desconocidos y de naturaleza tal que basten para establecer la *ino-*

encia del acusado, requisitos que no se dan en este caso.

Por estas consideraciones y de conformidad además, a lo prevenido en los artículos 473 y 475 del Código Procesal Penal, **se rechaza** la acción de revisión deducida a fs. 158 por doña A.M.O. a favor de su hermano I.M.O. contra la sentencia de veintiséis de agosto de dos mil trece pronunciada en el proceso RUC 1100645875-2 RIT 50-2013 por el Tribunal de Juicio Oral de los Andes.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch y del Abogado Integrante Sr. Bates, quienes fueron de opinión de acoger la acción de revisión formalizada y, con su mérito invalidar la sentencia señalada, para el solo efecto de realizarse un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado, puesto que en su opinión, los antecedentes incorporados tienen la calidad de desconocidos durante el proceso, desde que la defensa sólo sabía de la existencia de otro proceso penal, pero no de sus detalles ni menos aún de su resultado y carecía de todo dato acerca del proceso que no prosperó por falta de antecedentes, como tampoco de aquella declaración prestada por la menor en el proceso proteccional de Familia.

De otra parte y aun cuando en su opinión tales antecedentes no resultan bastantes para tener por establecida la inocencia del condenado, sí tienen el mérito para destruir la convicción condenatoria que tuvo en su momento el Tribunal Oral

para condenar al imputado, restableciéndose en consecuencia, la duda razonable, siendo posible de acuerdo al tenor de los artículos 478 y 479 del Código Procesal Penal, hacer el reenvío para un nuevo proceso, cuestión que resulta además coherente con el principio de inocencia y el derecho al recurso garantizado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales vigentes en nuestro país.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°19.373-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Jorge Lagos G. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. EFECTOS DEL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE PERSONAS NO FORMALIZADAS

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

Los plazos y apercibimientos consagrados en el artículo 247 del Código Procesal Penal son pertinentes para el imputado formalizado, cuestión que resulta aún más clara si se advierte que entre los efectos principales de la comunicación que contempla el artículo 229 del Código Procesal Penal se encuentra no sólo el inicio del plazo que consagra el primer artículo citado, sino que además la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, situaciones ambas que claramente inciden en el destinatario de la formalización y no en el ausente, que continúa sujeto sólo al término general de prescripción que corresponda a la conducta que se le atribuye.

No resulta correcto pretender extender cualquiera de los efectos y actuaciones que derivan de la formalización de personas distintas, al imputado ausente, toda vez que ellas están previstas para los sujetos presentes en el proceso.

Una interpretación como la planteada en autos implicaría someter al ausente o renuente a comparecer, a un estatuto de extinción de su eventual responsabilidad penal que no está contemplado en la ley, otorgándole un trato privilegiado en relación a aquellos que forzada o voluntariamente se encuentran presentes para todos los actos propios de la investigación.

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 101 del Código Procesal Penal, es perfectamente posible que en una misma investigación coexistan declaraciones de rebeldía e imputados presentes, ya que se debe avanzar hasta la audiencia de preparación de juicio oral, oportunidad en la que se debe dictar el sobreseimiento temporal respectivo y proceder conforme lo disponen los artículos 266 y siguientes del mismo cuerpo legal respecto de las personas que, previo a haber sido acusadas, han sido formalizadas.

No puede exigirse al Ministerio Público que separe investigaciones para proceder respecto de los imputados formalizados y reservar el derecho a continuar el procedimiento respecto del ausente, ya que tal suerte de sanción constitutiva de una verdadera preclusión no ha sido contemplada por el legislador procesal.

Texto completo:

Santiago, quince de octubre de dos mil catorce.

VISTOS:

A fojas 14 de estos antecedentes, dona Marcela Adasme Flores, Fiscal

del Ministerio Público de la Zona Metropolitana Centro Norte ha interpuesto recurso de queja contra las ministras señoras María Teresa Figueroa Chandía y Gloria Solís Romero y del abogado integrante señor Ángel Cruchaga Gandarillas, en su calidad de integrantes de la

Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con ocasión de las faltas o abusos cometidas en la dictación de la resolución de veinticuatro de junio del año en curso, por la que resolvieron confirmar la decisión de veintinueve de mayo de dos mil catorce del 2° Juzgado de Garantía de Santiago, que sobreseyó definitivamente el proceso respecto del imputado M.A.V.V.

Explica la quejosa que el día 15 de noviembre de 2013 se inició investigación criminal por un hecho constitutivo de robo con violencia, siendo detenidos R.S., J.P.S. y M.V.V. como autores del mismo, en situación de flagrancia. En circunstancias que los detenidos fueron trasladados al servicio asistencial para la constatación de lesiones, V.V. logró darse a la fuga, situación a raíz de la cual se requirió y obtuvo al día siguiente, 16 de noviembre, una orden de detención a su respecto.

Como consecuencia de ello, sólo fueron formalizados los otros dos detenidos y se otorgó al Ministerio Público un plazo de 50 días de investigación, la que fue cerrada el día 9 de abril pasado. Se presentó la acusación correspondiente y se fijó audiencia de preparación de Juicio Oral para el 23 de mayo, el que se verificó finalmente el 27 de junio, dictándose sentencia condenatoria respecto de los dos formalizados como autores de robo con violencia e intimidación.

Hace presente que en la audiencia de preparación del Juicio Oral se pidió –y concedió– una nueva orden

de detención de M.V., la que se hizo efectiva el 29 de mayo pasado.

En la audiencia de control de su detención, el tribunal consideró aplicable en la especie la sanción contemplada en el artículo 247 del Código Procesal Penal, señalando que la investigación fue cerrada y que durante el plazo señalado por la ley el Ministerio Público no adoptó ninguna decisión de aquellas a que alude el artículo 248, en circunstancias que, según el tribunal, debió separar investigación para eximirse de la determinación que se adoptó finalmente, la que fue ratificada por la Corte de Apelaciones.

Sostiene que la falta o abuso cometida se verifica porque el sobreseimiento definitivo que se ha dictado se funda en el artículo 247 del Código Procesal Penal, norma que se refiere al plazo que tiene el Ministerio Público para deducir acusación contado desde el cierre de la investigación y que el tribunal considera para el imputado M.V., en circunstancias que a la fecha de cierre de la investigación él no había sido formalizado y no existía plazo de investigación a su respecto. Por ello, se aplica a su parte una sanción procesal prevista para una situación que en la especie no concurre: no hubo formalización respecto del imputado, no transcurrió a su respecto el plazo de la investigación, no hubo apercebimiento para el cierre de la indagatoria, ni cierre de investigación. Los pasos detallados precedentemente son los que el legislador previó en los artículos 233, 234 y 247 del Código Procesal Penal, disposiciones que se

encuentran conectadas lógicamente, ya que el plazo de investigación es consecuencia de la formalización y se inicia con ella. Y la formalización es un acto de comunicación del Ministerio Público al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que se desarrolla una investigación en su contra, por lo que sólo provoca efectos respecto de quien es el destinatario de la comunicación. Esta comprensión otorga sentido al artículo 186 del Código Procesal Penal, que reconoce el derecho de los sujetos para ordenar al Ministerio Público informar sobre los hechos de una investigación, lo que demuestra que la formalización no aprovecha a quienes no han sido destinatarios de ella, sin que la facultad de agrupar o separar investigaciones tenga incidencia en lo discutido.

Por ello, como el resultado que se ha producido en autos es consecuencia de la infracción de una norma que impone una conducta que los jueces debieron respetar, pide acoger el recurso, dejando sin efecto la resolución que lo motiva y se dicte en su reemplazo una que haga lugar al recurso de apelación deducido contra la resolución que dispuso el sobreseimiento definitivo de M.V.V. En subsidio, solicita se deje sin efecto la sentencia que motiva el recurso y su vista, ordenando reponer la causa al estado que un tribunal no inhabilitado proceda a conocer conforme a derecho el recurso del Ministerio Público.

A fojas 35 informan los recurridos, señalando que la decisión atacada fue adoptada teniendo en conside-

ración los antecedentes que constan en autos, las alegaciones vertidas en estrados por los comparecientes y los fundamentos de la resolución recurrida, los que adjuntaron para mejor comprensión.

A fojas 39 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que para una adecuada decisión de lo planteado, es necesario considerar que el tribunal de primera instancia, al sobreseer definitivamente esta causa conforme lo dispuesto en el artículo 250 letra d) del Código Procesal Penal, tuvo en consideración el hecho de no haber separado el Ministerio Público las investigaciones; que el imputado de que se trata – M.V.V. – no fue formalizado y que se presentó acusación respecto de los otros dos co imputados. Sentados tales presupuestos, el juez del grado sostuvo que el artículo 247 del Código Procesal Penal establece los plazos máximos de investigación y las consecuencias que derivan para el caso de negativa del ente persecutor a cerrarla o en el evento de que tal proceso se encuentre clausurado. Así, entonces, se señala por el referido magistrado que como en la especie el imputado no fue formalizado previo a acusar a los otros dos sujetos que sí lo fueron, el Ministerio Público debió separar las investigaciones para que las consecuencias que establecen los artículos 247 y 248 del Código Procesal Penal no se produjeran a su respecto, por lo que, como la investigación realizada en carácter de única se encontraba

cerrada, decidió acoger lo pedido por la defensa, dictando el sobreseimiento definitivo recurrido.

SEGUNDO: Que la primera de las disposiciones invocadas para dictar la sentencia atacada —el artículo 247 del Código Procesal Penal— establece los plazos máximos de la investigación, señalando que ellos se cuentan desde que la indagación ha sido formalizada e indica una serie de consecuencias asociadas al quebrantamiento de su término máximo y a la actitud procesal del persecutor renuente a disponer su fin. La misma disposición también señala el lapso con que cuenta el Ministerio Público para formular acusación en contra de los imputados que hayan sido formalizados, conforme lo prescribe el artículo 248, letra b) del mismo cuerpo de leyes.

Por su parte, el artículo 185 del Código Procesal Penal consagra la facultad del Ministerio Público de investigar separadamente cada delito de que conociere, pudiendo desarrollar la pesquisa conjunta de dos o más de ellos cuando resultare conveniente, así como separar en cualquier momento las que se desarrollen conjuntamente.

TERCERO: Que sobre la facultad que consagra la última disposición mencionada en el motivo que precede, la doctrina nacional ha señalado que ella es parte del conjunto de disposiciones que dan cuenta de la desformalización y flexibilidad de la instrucción, toda vez que es el juicio la etapa central del procedimiento, de manera que durante su

primera fase “*el énfasis está puesto en el contenido de la actuación o diligencia de que se trate y en la eficacia y expedición con que se lleve a cabo la misma, cuidando de garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirla*” (María Inés Horvitz Lennon, Julián López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, pag. 455, Editorial Jurídica de Chile). Esta comprensión es, por lo demás, coherente con las normas que regulan la competencia territorial de los jueces de garantía, conforme a las cuales, comunicada la decisión de agrupar investigaciones, debe seguir conocimiento de las gestiones propias de dicho procedimiento al juez de garantía correspondiente al lugar de comisión del primer delito investigado (artículo 159 del Código Orgánico de Tribunales). En el caso de separación de investigaciones, se establece que serán competentes los tribunales que correspondan, según las reglas del artículo 157 del Código recién citado.

CUARTO: Que la regulación precedente, entonces, da cuenta que los plazos y apercibimientos consagrados en el artículo 247 del Código Procesal Penal son pertinentes para el imputado formalizado, cuestión que resulta aún más clara si se advierte que entre los efectos principales de la comunicación que consagra el artículo 229 del código procesal se encuentra no sólo el inicio del plazo que consagra el primer artículo citado, sino que además la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, situaciones

ambas que claramente inciden en el destinatario de la formalización y no en el ausente, que continúa sujeto sólo al término general de prescripción que corresponda a la conducta que se le atribuye.

QUINTO: Que en razón de lo expuesto, no resulta correcto pretender extender cualquiera de los efectos y actuaciones que derivan de la formalización de personas distintas del imputado ausente, a éste último, toda vez que ellas están previstas para los sujetos presentes en el proceso, sin perjuicio de advertir que una interpretación como la planteada en autos implicaría someter al ausente o renuente a comparecer a un estatuto de extinción de su eventual responsabilidad penal que no está contemplado en la ley, otorgándole un trato privilegiado en relación a aquellos que –forzada o voluntariamente– se encuentran presentes para todos los actos propios de la investigación, lo que no resulta admisible.

SEXTO: Que corrobora esta comprensión de las normas aplicables al caso, el estatuto que contempla el Código Procesal Penal respecto del imputado rebelde, conforme al cual el procedimiento no se suspende por la declaración de rebeldía y debe continuar, afectando el sobreseimiento temporal que se dicte sólo al rebelde y no a los imputados presentes. Tal regulación, entonces, demuestra que es perfectamente posible que en una misma investigación coexistan declaraciones de rebeldía e imputados presentes, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 101 del estatuto en comento que, además de prohibir

la paralización del curso progresivo del procedimiento, dispone que se debe avanzar hasta la audiencia de preparación de juicio oral, oportunidad en la que se debe dictar el sobreseimiento temporal respectivo y proceder conforme lo disponen los artículos 266 y siguientes respecto de las personas que, previo a haber sido acusadas, han sido formalizadas, conforme lo ordena el inciso final del artículo 259.

De tal normativa, entonces, aparece como innecesaria la exigencia que se ha formulado en autos en orden a separar investigaciones para proceder respecto de los imputados formalizados y reservar el derecho a continuar el procedimiento respecto del ausente, ya que tal suerte de sanción constitutiva de una verdadera preclusión no ha sido contemplada por el legislador procesal.

SÉPTIMO: Que por otra parte tampoco resulta posible atribuir efectos extintivos de responsabilidad penal a una medida de carácter administrativo como la que se ha exigido, que ha sido consagrada en carácter de facultad del persecutor con miras a una mayor optimización de sus recursos, por cuanto ella no es un presupuesto de la legalidad del procedimiento de indagación, sino un mecanismo que atiende a criterios diversos, como los de eficiencia y racionalidad, siendo susceptible de control por parte de la judicatura en la hipótesis que consagra el artículo 274 del Código Procesal Penal, esto es, referida a la pluralidad de acusaciones respecto de un mismo imputado.

OCTAVO: Que de acuerdo a lo expresado, sólo resta concluir que en casos como el que se revisa, el Ministerio Público se encuentra facultado para continuar con la investigación en contra del imputado renuente a comparecer, con prescindencia de lo que ha ocurrido respecto de las otras personas formalizadas en el curso del procedimiento, sujeto sólo a los plazos de prescripción generales, toda vez que a la persona de que se trata no se la ha formalizado.

NOVENO: Que lo antes resuelto no contradice lo expresado por esta Corte en otras ocasiones (SCS 2697-2009), en orden a que la existencia de una sola investigación respecto de un número plural de imputados obliga a proceder conjuntamente a su respecto, siendo necesaria la separación de investigaciones previo a su cierre, ya que los presupuestos de hecho entre uno y otro caso resultan de suyo diversos.

DÉCIMO: Que, conforme a lo razonado, en la especie no resultaba procedente decretar el sobreseimiento definitivo del proceso por la causal del artículo 250 letra d) del Código Procesal Penal, ya que no ha operado ninguna de las modalidades de extinción de la responsabilidad penal del imputado que contempla la ley, por lo que al confirmar la resolución que dispuso indebidamente el sobreseimiento definitivo respecto de M.A.V.V., los jueces del tribunal de segundo grado han cometido una **falta grave** que justifica el acogimiento del recurso de queja, toda vez que dicha conducta ha afectado sustancialmente las normas procesa-

les que regulan la persecución penal, defecto que, por último, sólo puede ser corregido en este caso por medio de este arbitrio disciplinario.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGE** el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 14, por doña Marcela Adasme Flores, Fiscal del Ministerio Público de la Zona Metropolitana Centro Norte y, en consecuencia, **se deja sin efecto** la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, de veinticuatro de junio de dos mil catorce, que confirmó el sobreseimiento definitivo de la causa respecto del imputado M.A.V.V., decidiéndose en cambio que se revoca la resolución de veintinueve de mayo del año en curso, pronunciada por el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, en la causa RIT 15630-2013, RUC N°1301118442-6, que dispuso el sobreseimiento solicitado por la defensa del imputado y en su lugar se declara que éste queda rechazado.

No se remiten estos antecedentes al Pleno de este tribunal, por estimar que no existe mérito suficiente para ello.

Se previene que el Ministro señor Juica estuvo, además, por agregar como una falta grave adicional, que fluye claramente de los antecedentes tenidos a la vista, la ausencia casi absoluta de fundamentación para disponer el improcedente sobreseimiento definitivo, si se considera que el Juez de Garantía sólo consideró

con error de derecho la ausencia de un trámite administrativo de la Fiscalía de no separar investigaciones y ningún motivo de los jueces recurridos, que sólo aducen para confirmar “*los fundamentos señalados en esta audiencia*”, infringiendo abiertamente lo previsto en el artículo 36 del Código Procesal Penal.

Acordada la negativa de enviar los antecedentes al Tribunal Pleno con el voto en contra del Ministro señor Juica, quien estuvo por disponer tal comunicación porque así lo ordena imperativamente el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Comuníquese por la vía más expedita esta resolución a la Corte de

Apelaciones de Santiago y al 2° Juzgado de Garantía de Santiago.

Regístrese, devuélvase el legajo de documentos a la Corte de Apelaciones de Santiago y, hecho, archívese.

Redacción a cargo del Ministro señor Juica.

Rol N°17.169-14

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. SIGNOS EVIDENTES. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA. INGRESO A LUGAR CERRADO

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La policía tenía conocimiento sobre la comisión del delito de tráfico de estupefacientes en un domicilio, a lo que se suma la vigilancia y percepción por los funcionarios de una situación reiterada de concurrencia de distintas personas a dicho lugar, los que ingresaban y salían rápidamente del mismo, debiendo agregarse, también, el control de identidad de uno de los sujetos que concurrió a tal inmueble, en cuyo poder se encontró un envoltorio de papel blanco, contenedor de cannabis sativa.

El referido contexto resulta suficiente para estimar que la actuación policial se llevó a cabo existiendo signos evidentes de que en el recinto se estaba cometiendo un delito. La indagación comienza por el conocimiento de los funcionarios policiales respecto de la comisión de un ilícito en el domicilio de los acusados, el que justifica la vigilancia efectuada.

Los signos evidentes, esto es, ciertos, claros, patentes, de dicho quebrantamiento, vienen dados por la percepción directa de los funcionarios policiales de la concurrencia de distintas personas a ese lugar, con una estadía breve y rápido alejamiento, conductas que son las regularmente observadas en la compra de sustancias estupefacientes por los consumidores.

Los antecedentes referidos, tienen la entidad y seriedad suficiente para ser estimados como signos evidentes de la comisión de un ilícito en el recinto, esto es, el tráfico ilícito de estupefacientes, por lo que es claro que en el caso concreto se presentaron las circunstancias previstas por el artículo 206 del Código Procesal Penal para proceder a la entrada y registro sin consentimiento ni autorización¹.

Texto completo:

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil catorce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de dieciocho de octubre

de dos mil catorce, a los imputados Náyade de Jesús Canales Cáceres y David Elías Peñaloza Garrido como autores del delito de tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes, cometido en la comuna de San Fernando el día 24 de febrero de 2014, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación

¹ En este mismo sentido, ver las sentencias recaídas en los recursos de nulidad Ingreso N°8.139-2013, N°23.930-2014 y N°27.335-2014.

absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de una multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales. Dispone el comiso del dinero y especies incautadas, efectúa los abonos pertinentes e impone el pago de las costas.

La defensa de los acusados dedujo recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 61, fijándose a fs. 64 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fs. 75 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Considerando:

Primero: Que el recurso invoca en primer término la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, aquella que previene la infracción sustancial de garantías constitucionales durante la tramitación del proceso, en este caso, las contenidas en el artículo 19 N°s 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la República, en cuanto aseguran un procedimiento e investigación racionales y justos, el derecho a la intimidad, y la libertad personal y seguridad individual.

Se funda, en un primer aspecto, en que tales garantías se vieron vulneradas por la infracción de los artículos 4, 7, 83, 85, 89, 205 y 206 del Código Procesal Penal, ya que los principales elementos probatorios en que se basó la decisión de condena son aquellos obtenidos en un pro-

cedimiento policial en que se allanó sin orden judicial el domicilio de los encartados, con posterioridad a un control de identidad efectuado a un tercer sujeto que no declaró en juicio, y que habría sido visto saliendo del domicilio portando droga. Agrega que luego de dicha actuación, la policía se retiró al cuartel policial a la espera de más contingente y perros adiestrados, para después allanar el domicilio sin orden de un fiscal y sin la autorización de un juez de garantía, obteniéndose la incautación de 920 gramos bruto de cannabis sativa.

Explica el arbitrio que la única señal de que al interior se cometía un delito fue el control de identidad a L.A.N.C., quien luego de entrar y salir del inmueble portaba un envoltorio de cannabis sativa. Así, se infringió directamente el artículo 206 del Código Procesal Penal, pues no se verifican las circunstancias allí previstas para proceder al allanamiento en situación de flagrancia por no haber signos evidentes del pretendido ilícito porque no se cumple la pluralidad de elementos de convicción que exige la norma –ya que no hubo una percepción personal de los funcionarios policiales de la supuesta venta– y la que sí obraba en el procedimiento no es evidente.

En un segundo aspecto, denuncia la vulneración de la garantía del debido proceso por infracción de los artículos 1, 329 inciso 4° y 330 del Código Procesal Penal, que se produjo durante la tramitación del juicio oral, mientras declaraba el testigo Gonzalo Torca Bernal. Explica que con posterioridad a su declaración,

el tribunal realizó preguntas directas e inductivas incorporando información adicional a la que el testigo proporcionó en su examen directo y contra examen, excediendo con ello el mandato legal del artículo 329 ya citado, que lo autoriza a realizar sólo preguntas aclaratorias, más aún cuando había quedado en evidencia que la policía no actuó en flagrancia para efectos de ingresar al domicilio de los imputados. Hace referencia a las técnicas de interrogación establecidas en el artículo 330 del Código Procesal Penal, y al derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial previsto en el artículo 1 del código citado.

Subsidiariamente, alega la infracción de los artículos 10 N°12, 11 N°9 y 15 N°1 del Código Penal, explicando que existe un error en la atribución de participación de la acusada Canales Cáceres y el rechazo de la eximente de haber incurrido en una omisión hallándose impedida por una causa legítima o insuperable. Tal yerro se produce, según su parecer, porque se subsume su actuación en las variantes del artículo 15 N°1 del Código Penal, norma que contempla hipótesis activas de conducta, ninguna de las cuales pueden encuadrarse dentro de los hechos asentados por el tribunal, que ha confundido una omisión debidamente justificada en la relación familiar con el acusado Peñaloza Garrido, con las modalidades de participación activa que la norma en comento prevé. Por otro lado, denuncia la infracción del artículo 11 N°9 del Código Penal al desestimarse esta circunstancia atenuante pedida por la defensa, argumentando

el tribunal que no hubo sustancia- lidad en la cooperación prestada por los imputados al explicar que la tenencia de la droga se debe al consumo de Peñaloza Garrido, a pesar que en forma previa se había señalado por los sentenciadores que esas declaraciones sirvieron de base para establecer la existencia del núcleo fáctico que sustentó la decisión de condena.

En cuanto a la preparación del recurso en lo que corresponde a la diligencia de ingreso y registro, da cuenta que solicitó se declarase la ilegalidad de la detención, petición que fue acogida, pidió la exclusión de la prueba en la audiencia de preparación, y alegó durante el juicio oral sobre los vicios denunciados. En lo que atañe al contenido del interrogatorio del tribunal, explica que no ejerció algún acto de impugnación por cuanto no existen mecanismos legales para ello.

En relación con el perjuicio, indica que viene dado por la imposición de una condena asentada sobre una base fáctica establecida en antecedentes obtenidos con infracción a las garantías citadas. En cuanto a la causal subsidiaria, señala que se impuso una condena asentada sobre una errónea aplicación del derecho, que sesgó la determinación de participación de la acusada Canales Cáceres y de la pena aplicada a Peñaloza Garrido.

Finaliza solicitando se invalide el juicio y la sentencia, y que el procedimiento se reponga al estado procesal de que jueces no inhabilitados celebren nuevamente el juicio oral,

ordenando la exclusión expresa de toda la prueba material derivada del procedimiento policial, así como las declaraciones de los testigos participantes de éste. Subsidiariamente, se invalide la sentencia, y se dicte una de reemplazo que absuelva a Náyade de Jesús Canales Cáceres de la acusación de ser autora de un delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, y en caso de no ser absuelta, se acoja para ambos acusados la atenuante de responsabilidad del artículo 11 N°9 del Código Penal, procediendo a compensar racionalmente las circunstancias modificatorias, regulando la pena en 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo.

Segundo: Que en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del recurso se produjo prueba documental, incorporando el recurrente las partes pertinentes del acta de la audiencia de control de la detención y del acta de la audiencia de preparación de juicio oral. De dichos instrumentos puede establecerse que la detención de los imputados fue declarada ilegal en la audiencia de control, y que se rechazó la petición de exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral.

Tercero: Que para resolver el primer reclamo de la causal principal de nulidad, que se refiere a un procedimiento de entrada y registro a un domicilio particular que el recurrente estima contrario a derecho, es necesario considerar las circunstancias en que se realizó y que están mencionadas en el motivo noveno de la sentencia en examen, que en

lo que interesa al arbitrio indica que *“El día 24 de febrero de 2014, a las 19:35 horas aproximadamente, y producto de que la Brigada Antinarcoóticos de Rancagua tenía conocimiento que en el domicilio ubicado en XXX, San Fernando, los habitantes del domicilio se dedicaban a la comercialización de droga en el interior, se realiza vigilancia de este domicilio, momentos en los cuales observaron que varias personas concurren al domicilio, ingresan a su interior, para luego salir rápidamente, modalidad que se fue repitiendo en reiteradas ocasiones. En base a lo anterior, se controló a L.A.N.C., el cual había ingresado y salido rápidamente del domicilio ya singularizado, encontrando en su poder un envoltorio de papel blanco, contenedor de cannabis sativa. Frente a lo anterior, con conocimiento del Fiscal de Turno, personal de Investigaciones ingresa al domicilio ubicado en XXX, de la comuna de San Fernando...”*

Cuarto: Que, en un procedimiento como el de la especie resultan aplicables los preceptos contenidos en los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal. El primero de ellos requiere que el propietario o encargado del lugar consienta expresamente en la práctica de la diligencia, o que se obtenga autorización del juez; procediendo en los casos en que se presume que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado lugar. El segundo artículo permite la entrada y registro sin el consentimiento ni la autorización antes indicadas, en caso que las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros

signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.

Ahora bien, conforme con el establecimiento de los hechos efectuado por el tribunal, queda claro que nos encontramos en la hipótesis final del artículo 206 del Código Procesal Penal, de manera que la actuación policial sólo podría haberse llevado a cabo si se hubiese presentado alguna de las circunstancias previstas en dicha norma, y más precisamente, si habían signos evidentes respecto de la comisión de un ilícito en el domicilio de los imputados.

Quinto: Que en el caso en estudio, la policía tenía conocimiento sobre la comisión del delito de tráfico de estupefacientes en el domicilio de XXX, a lo que se suma la vigilancia y percepción por los funcionarios de una situación reiterada de concurrencia de distintas personas al domicilio, que ingresan y salen rápidamente del mismo, debiendo agregarse, también, el control de identidad de uno de los sujetos que concurrió a tal domicilio, en cuyo poder se encontró un envoltorio de papel blanco, contenedor de cannabis sativa.

El referido contexto resulta suficiente para estimar que la actuación policial se llevó a cabo existiendo signos evidentes de que en el recinto se estaba cometiendo un delito. En efecto, la indagación comienza por el conocimiento de los funcionarios policiales respecto de la comisión de un ilícito en el domicilio de los acusados, el que justifica la vigilancia efectuada. Por otro lado, los signos evidentes, esto es, ciertos, claros,

patentes, de dicho quebrantamiento vienen dados por la percepción directa de los funcionarios de la concurrencia de distintas personas a ese lugar, con una estadía breve y rápido alejamiento, conductas que son las regularmente observadas en la compra de sustancias estupefacientes por los consumidores. A ese signo se suma la práctica de un control de identidad en el que se comprueba que uno de los sujetos que ha salido del domicilio vigilado, y en el que se realizan movimientos propios del ilícito indagado, porta un envoltorio con cannabis sativa.

Los antecedentes referidos, como se adelantó, tienen la entidad y seriedad suficiente para ser estimados como signos evidentes de la comisión de un ilícito en el recinto, tráfico ilícito de estupefacientes, por lo que es claro que en el caso concreto se presentaron las circunstancias previstas por el artículo 206 del Código Procesal Penal para proceder a la entrada y registro sin consentimiento ni autorización. De esta suerte, y habiendo obrado los funcionarios con apego a la legalidad, las garantías constitucionales invocadas no han sido infringidas por el actuar de la Policía, a resultas de lo cual la prueba obtenida en dicha ocasión pudo ser valorada positivamente, como efectivamente se hizo, y servir de fundamento a la decisión de condena. De esta manera, el primer apartado de la causal principal de nulidad será desechado.

Sexto: Que en lo relativo al segundo capítulo del motivo principal del recurso de nulidad, esto es, el reclamo

por un interrogatorio del tribunal que excede el margen de las preguntas aclaratorias que puede efectuar, para su rechazo basta con señalar que la causal no se encuentra preparada. En efecto, no resulta sostenible lo afirmado por el recurrente en torno a la inexistencia de mecanismos procesales específicos para hacer frente a una examen del tribunal que supera sus facultades aclaratorias, puesto que tal carencia es cubierta por los medios de impugnación generales previstos por la normativa que rige el procedimiento penal, como las objeciones –que no están proscritas para las preguntas de un juez–, el incidente de nulidad y la reposición. Adicionalmente, cabe señalar que el recurrente no ha explicado satisfactoriamente la trascendencia que este hipotético vicio habría tenido en lo dispositivo de la sentencia, desde que las circunstancias del control de identidad y vigilancia no fueron relatadas sólo por el deponente Torca Bernal, sino también por otros dos funcionarios policiales, de manera que aún excluyendo a este testigo obraba prueba en el juicio sobre tales circunstancias. De esta forma, la falta de preparación del recurso y la carencia de influencia sustancial del eventual vicio procesal denunciado, impiden que prospere este acápite, por lo que la causal principal del recurso de nulidad será rechazada.

Séptimo: Que la causal subsidiaria del arbitrio tiene dos proposiciones. La primera de ellas tiene relación con la incongruencia que observa el recurrente en la sentencia, al establecer la participación de la acusada Náyade De Jesús Canales Cáceres

en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal, rechazando con ello la eximente de responsabilidad del artículo 10 N°12 del mismo código. Sobre este tópico, la sentencia cuestionada tuvo por acreditado que se encontró en el living comedor del domicilio vigilado la cantidad de 78 envoltorios contenedores de cannabis sativa, una pesa digital y una cartera con la suma de \$654.500 en dinero de baja denominación, estando la acusada cercana a los envoltorios señalados. Tales hechos, inamovibles para esta Corte, constituyen el sustento adecuado de la hipótesis de participación del numeral primero del artículo 15 del Código Penal, que estima autor a quien toma parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite. Ahora bien, el verbo rector “traficar” del tipo en examen comprende, según prescribe el artículo 3 de la Ley N°20.000, a quienes sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias. Así, queda claro que la venta y posesión de la droga dosificada, sumada al hallazgo de una pesa digital y una cartera con dinero, constituyen el sustrato fáctico adecuado para establecer la participación de la acusada Canales Cáceres en los términos indicados en el fallo recurrido, de manera que no se advierte incongruencia alguna en el consecuente rechazo de la circunstancia atenuante invocada que, dicho sea de paso, se aplica a los delitos por omi-

sión tal como surge de su texto. Por lo anterior, este primer aspecto de la causal subsidiaria será desestimado.

Octavo: Que, finalmente, en lo que tiene relación con la segunda cuestión propuesta en esta causal, por la que se denuncia la errónea aplicación del derecho en el rechazo de la circunstancia atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, cabe tener presente que, aún de ser efectivo dicho yerro, éste carecería de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. En efecto, como puede apreciarse de la lectura de los motivos décimo quinto y décimo sexto de la sentencia en examen, afecta a los acusados la agravante de responsabilidad de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del Código Penal. De esta manera, el tribunal debía excluir el tramo mínimo de la pena, al rechazar la atenuante invocada por la defensa y contar con una agravante, llegando por ello al presidio mayor en su grado medio. Sin embargo, de acogerse la modificatoria de responsabilidad penal que la defensa solicita se efectuaría la compensación racional con la mencionada agravante, por lo que el tribunal se encontraría en la posibilidad de recorrer todo el rango de la pena, de manera que igualmente podría aplicar la sanción que ahora pesa sobre los acusados.

Así las cosas, no queda sino rechazar también este reclamo del recurso de nulidad.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 14 por la defensa de los acusados Náyade de Jesús Canales Cáceres y David Elías Peñaloza Garrido, contra la sentencia de dieciocho de octubre de dos mil catorce, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1300369872-2, RIT 33-2014 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Rol N°27.613-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RECHAZADO. ARTÍCULO 255 DEL CÓDIGO PENAL. VEJÁMENES INJUSTOS

Tribunal: Tribunal Constitucional

Resumen:

El núcleo de la figura descrita en el artículo 255 del Código Penal es el verbo rector vejar, cuyo sentido natural y obvio es evidente y conocido en el idioma -maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer-, careciendo de dificultad su comprensión para el intérprete.

Por su parte, la expresión injusta alude a que carece de justificación normativa, debiendo apreciarse en relación a un acto del servicio, y se determina por un criterio de valoración cultural propio de la función hermenéutica inherente a la jurisdicción.

La conducta incriminada en la referida norma resulta clara, patente y especificada, cumpliéndose con la exigencia constitucional de manifestar una descripción expresa.

Texto Completo:

Santiago, dos de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 3 de junio de 2014, el abogado César Alejandro Gárnica, en representación de C.B.A., ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 255 del Código Penal, por cuanto en su aplicación se vulneraría el artículo 19 N°3°, inciso final, de la Carta Fundamental, en cuanto a los principios de legalidad penal y descripción expresa de la conducta sancionada.

Precepto legal impugnado.

El precepto cuya aplicación se impugna dispone:

“El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere

cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con la pena de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”

Gestión invocada.

La gestión invocada es una investigación formalizada en contra de la requirente, por la figura típica contenida en el precepto impugnado, en el marco del ejercicio de su profesión de educadora de párvulos en la escuela municipal XXX de Valdivia. Los hechos imputados y controvertidos, calificados por el persecutor como maltratos y vejámenes, consisten en obligar a comer mediante golpes, gritar y tocar un pito de forma intimidatoria en la sala de clases.

Disposiciones constitucionales que se alegan infringidas.

Expone la requirente que el precepto legal impugnado no cumpliría con la exigencia constitucional de descripción suficiente de los elementos del tipo, que a lo menos en los aspectos esenciales debe estar expresamente enunciado por el legislador, admitiendo que en sus elementos accidentales el tipo puede completarse mediante normativa de rango infralegal.

Agrega que en este caso no existe norma alguna que complemente el contenido de la conducta típica que se sanciona, motivo por el cual queda entregada al arbitrio del Tribunal sentenciador la determinación del concepto de “*vejación injusta*”.

Argumenta que se ha declarado la inconstitucionalidad de normas que no describen el hecho típico o que lo hacen de forma vaga e imprecisa, pues el estándar de densidad normativa exigido por la Constitución es una garantía de seguridad jurídica para los justiciables, diferenciando las leyes penales en blanco de las abiertas.

Señala que en el caso concreto el núcleo esencial es cualquier vejamen, que denota malestar, menoscabo o perjuicio acompañado del calificativo de injusto, dando a entender que habría vejámenes justos, sin que exista parámetro, delimitación, referencia ni elemento alguno, aumentando la indeterminación y calificando la norma cuestionada como ley penal abierta, que vulnera además la garantía del contenido

esencial de los derechos y el derecho a un debido proceso al impedirle la defensa frente a un tipo no definido o no lleno de contenido preciso y objetivo.

Por todo lo expuesto solicita se declare inaplicable el artículo 255 del Código Penal, en tanto sanciona como delito “cualquier vejamen injusto”.

Admisión a trámite y admisibilidad.

Acogido a tramitación el requerimiento por la Segunda Sala de este Tribunal, se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

Evacuando el traslado de admisibilidad, el Ministerio Público solicitó el rechazo del requerimiento alegando que el libelo carece de fundamento plausible y no se encuentra razonablemente fundado, en la medida que se plantea una cuestión de mera legalidad acerca de la determinación del sentido del tipo y el alcance de la norma en relación al hecho punible, que incide en la determinación de la legislación aplicable, cuestión que corresponde a la actividad propia de los jueces del fondo. Agrega que los cuestionamientos formulados apuntan a la correcta interpretación, todo lo cual redundaría en la inadmisibilidad del requerimiento, a lo que la requirente suma calificativos de mérito acerca de la actividad de la fiscalía.

Declarada la admisibilidad del requerimiento, se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada y se confirió traslado para resolver acerca del fondo

del conflicto de constitucionalidad planteado.

Traslado sobre el fondo del conflicto de constitucionalidad.

Evacuando el traslado sobre el fondo del conflicto, el Ministerio Público dio cuenta de los antecedentes de la gestión, señalando que los hechos imputados constituyen un conjunto de actos consistentes en malos tratos tanto físicos como psicológicos hacia los menores de cuatro años de edad a cargo de la parvularia imputada: descalificaciones, gritos, groserías, zamarreos, tomarlos por la fuerza, golpearlos contra sillas y pared, provocar vómitos y obligar a comer restos de alimentos así contaminados, por lo cual se formalizó la investigación.

Sostiene el ente persecutor que no se produce efecto contrario a la Constitución, en tanto el concepto típico de *“cualquier vejación injusta”* cometida por funcionario público aparece en nuestro Código Penal en 1874, teniendo entre sus antecedentes al Código español de 1848-1850, a lo que añade que en dicho país el Código de 1995 sigue usando la expresión *“vejación injusta”*.

Expone que la norma chilena se encuadra en el párrafo sobre abusos contra particulares y que su contenido es el mismo de 1874, que los profesores Politoff, Matus y Ramírez caracterizan como maltratos, perjuicio, molestias o gravámenes cometidos por empleado público en acto de servicio. Agrega que *vejar* es maltratar, molestar, perseguir, perjudicar o hacer padecer, lo que no tiene

nada de impreciso, descartando la supuesta imposibilidad de conocer el tipo. Argumenta que para el profesor Cury la conducta no se agota en el verbo *vejar*, pues se establece el sujeto activo y el complemento; que el adjetivo *“cualquier”* es clarificador y que el adjetivo *“injusta”* es una referencia normativa del tipo, por lo cual no es efectiva la argumentación de la requirente en torno a su innecesariedad.

Posteriormente se refiere latamente a los estándares de descripción del hecho típico en la jurisprudencia de este Tribunal sobre control de constitucionalidad de leyes penales, con especial alusión a aquellas denominadas *“en blanco”*, exponiendo que la expresión *“vejar”* no supone un desafío cognitivo, lo cual impide acceder al cuestionamiento. En cuanto a la expresión *“injusta”*, reitera que es una referencia normativa, tipología que ha sido tratada y validada por este Tribunal a propósito de la expresión *“conviviente”*, en tanto elemento del tipo del artículo 390 del Código Penal, en la sentencia Rol N°1432.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo del requerimiento.

A fojas 62, compareció el abogado de la parte querellante de la gestión, formulando observaciones, refutando la argumentación del requerimiento y explicando el sentido de la norma, en cuanto al concepto de *vejamen* en la doctrina penal. Da cuenta del carácter concreto del control de inaplicabilidad y señala que *vejamen* no es cualquier maltrato, sino aquel que ridiculiza, humilla,

menosprecia o menoscaba la honra y dignidad de quien lo sufre, en un sentido infamante. Agrega que la expresión injusta alude al ejercicio de funciones, excluyendo las molestias connaturales al mismo, de forma que es injusto el maltrato que carece de justificación normativa, pues, como señala Garrido Montt, el cumplimiento de un deber no puede justificar un acto típico o marginar su tipicidad.

Finalmente, se refiere a los estándares doctrinales y jurisprudenciales respecto de leyes en blanco, concluyendo que el tipo es comprensible y que no se vulnera la garantía de descripción suficiente.

Conclusión de la tramitación.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Vista de la causa.

Con fecha 26 de agosto del año en curso se verificó la vista de la causa, alegando, por el Ministerio Público, el abogado señor Hernán Ferrera Leiva y, por la parte querellante de la gestión invocada, el abogado señor Félix Manuel Carrasco Fuentes.

CONSIDERANDO:

I.- EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO ANTE ESTA MAGISTRATURA.

PRIMERO: Que el conflicto constitucional planteado resulta de la aplicación del artículo 255 del Código Penal, en cuanto contraveniría el principio de tipicidad penal

establecido en el artículo 19 N°3°, inciso noveno, de la Constitución Política, que prohíbe a la ley establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;

SEGUNDO: Que dicha vulneración derivaría del incumplimiento de la exigencia constitucional de descripción suficiente de los elementos del tipo, que asimila el precepto objetado a lo que se conoce como ley penal en blanco abierta, sujeta en su configuración al arbitrio del juez;

TERCERO: Que, no obstante el problema constitucional esbozado, aparecen del debate otras cuestiones relativas a la subsunción de ciertos supuestos, cuyo conocimiento y resolución radican en el juez del fondo.

Entre ellos, el carácter público de la función desempeñada y la fijación del alcance de los términos “*vejación injusta*”. A lo que se adiciona el eventual desplazamiento de la figura en examen por el ilícito contemplado en el artículo 16 D de la Ley N°20.370;

CUARTO: Que, con todo, es obvio entender que la aludida *vejación injusta* no expresa un acto de simple molestia o descortesía –atendido el carácter de *última ratio* de la represión penal–;

QUINTO: Que la carga de la argumentación recae en la requirente y ésta no logra ofrecer una explicación precisa, cabal y sistemática de su afirmación, la que se constriñe a una aseveración que adolece de similar defecto al que reprocha a la norma

cuestionada, esto es, vaguedad e indeterminación;

SEXTO: Que, desde luego, el núcleo de la figura es el verbo rector *vejar*, cuyo sentido natural y obvio es evidente y conocido en el idioma –maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer–, careciendo de dificultad su comprensión para el intérprete.

En tanto que la expresión *injusta alude a que carece de justificación normativa*, debiendo apreciarse en relación a un acto del servicio, y se determina por un criterio de valoración cultural propio de la función hermenéutica inherente a la jurisdicción;

SÉPTIMO: Que, entonces, la conducta incriminada resulta clara, patente y especificada, cumpliéndose con la exigencia constitucional de manifestar una descripción expresa.

La comprobación de la concurrencia de los supuestos de la norma, es tarea del juez. Recabar de la ley –general y abstracta– omnicomprensión de todas las circunstancias posibles, no es compatible con el método jurídico;

OCTAVO: Que, en consecuencia, procede desestimar la acción intentada.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en los artículos 19, numeral 3°, y 93, incisos primero, N°6°, y decimoprimer, de la Carta Fundamental, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1.

2. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 33. OFÍCIESE.

3. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUERENTE POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N°2670-14-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, la Ministra señora Marisol Peña Torres y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Empananza, Juan José Romero Guzmán y la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

CERTIFICO: Que el Ministro señor Raúl Betelsen Repetto no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse con permiso.

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

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

MESA OPA SIAU: UNA EXPERIENCIA DE ACOMPAÑAMIENTO Y SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO GENERAL DE ATENCIÓN DE USUARIOS DE LA FISCALÍA DE CHILE EN LA FISCALÍA REGIONAL DE VALPARAÍSO

Francisco Rojas Advis¹

Introducción

A partir del año 2013 comienza a implementarse en la región de Valparaíso el Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU), que constituye la segunda parte del Modelo General de Atención de Usuarios, que busca mejorar la atención que la Fiscalía de Chile brinda a los mismos. Esta implementación se realizó de manera gradual, comenzando con cinco Fiscalías locales.

Como una forma de apoyar a estas cinco Fiscalías en el cumplimiento de los objetivos que la institución se ha impuesto en relación a la atención de usuarios a través de la implementación de este Sistema, se creó a principios de 2014 una instancia regional a cargo de la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos denominada Mesa OPA² SIAU, cuyo principal sentido fue brindar información permanente a las Fiscalías locales para direccionar la gestión orientada al cumplimiento de los indicadores de atención a usuarios, para eso se diseñó un proceso de flujo y análisis de información y elaboración de propuestas para el cumplimiento de los indicadores. Esta instancia contó con la importante participación de la Unidad Regional de Gestión y de Recursos Humanos, quienes desde sus áreas de experticia aportaron al desarrollo de la mesa.

Durante el año se realizaron cuatro reuniones de la mesa, con una participación activa de las Fiscalías locales, tanto en el análisis de información como en la propuesta para mejorar la gestión que, a nivel local, tienen en el ámbito de la atención de usuarios y que se traduce para su seguimiento, en el cumplimiento de los indicadores definidos para este ámbito.

El presente documento tiene por finalidad realizar una exposición general de esta iniciativa incorporando información sobre el diseño de la mesa, que considera aspectos metodológicos, logísticos e instrumental utilizados, sobre la implementación de las reuniones de la mesa, donde se profundiza en el proceso de preparación de las reuniones y la estructura de las mismas y que

1 Asistente Social, Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional de Valparaíso, Ministerio Público.

2 La sigla OPA alude a los tres servicios que la Fiscalía de Chile entrega a usuarios, estos con Orientación, Protección y Apoyo.

considera además el análisis de las principales métricas que en el ámbito de atención a usuarios exhibe la región. Como conclusión de las reuniones, cada Fiscalía local expone las medidas correctivas propuestas en caso de no cumplir con los indicadores, información contenida en un informe que cada Fiscalía local debía enviar al Director Ejecutivo Regional y que es uno de los principales insumos de las reuniones.

Para concluir se exponen los resultados de la experiencia y los desafíos pendientes para el año 2015, los que contemplan no sólo la integración de las Fiscalías restantes sino también la incorporación de diversas temáticas que aportan a mejorar, como institución, la atención hacia nuestros usuarios.

Características generales del modelo de atención de usuarios

La Fiscalía de Chile ha definido en su Plan Estratégico una serie de temáticas que definen las prioridades en el marco de su desarrollo institucional. Este Plan se ha constituido en la carta de navegación institucional y en él destaca la importancia que el Ministerio Público le asigna a los usuarios como actores dentro del proceso penal y como sujetos de derechos, de los cuales nuestra institución debe hacerse cargo de manera consistente y eficaz.

El segundo objetivo estratégico contenido en el Plan Estratégico, a saber, *“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”*³ ha implicado la generación de una política de atención a usuarios que expresa los principios y valores que en este ámbito la Fiscalía de Chile aplica. En términos operativos, esta política se traduce en el desarrollo de una serie de iniciativas que buscan facilitar la participación de los usuarios en el proceso penal en general y en las actuaciones del Ministerio Público en particular, todo lo anterior con el objeto de aportar a la consolidación del estado de derecho, a la promoción del ejercicio de los derechos ciudadanos en el ámbito de la justicia y la eficacia del funcionamiento del sistema de justicia penal.

A través de la División de Atención a las Víctimas y Testigos, de la Fiscalía Nacional, la Fiscalía de Chile ha impulsado diversas iniciativas tendientes a cumplir con el objetivo estratégico arriba descrito, iniciándose un proceso de desarrollo de modelos de trabajo caracterizados por la priorización de los usuarios y sus necesidades emergentes durante su paso por el proceso penal como principal inspiración. Así, a partir del año 2008, dicha División

3 División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión Ministerio Público, República de Chile. “Plan Estratégico Ministerio Público 2009 – 2015”. Primera Edición: Abril 2009.

comienza a diseñar el proyecto OPA, sigla que refleja los tres servicios que la institución debe entregar a todos sus usuarios víctimas y testigos, independiente del delito que las haya afectado y momento del proceso penal en que se encuentren. Estos servicios son: Orientación, Protección y Apoyo. El modelo establece que estos tres servicios serán entregados a víctimas y testigos atendiendo a las particularidades de cada una de ellos y a las características del delito en que se encuentran involucrados.

El modelo aspira, a través de la intervención diferenciada y transversal, a contribuir a la satisfacción de las diversas 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 motivación por participar en el proceso penal y mejoren su desempeño en las diversas instancias judiciales, redundando consecuentemente en una positiva evaluación del servicio que presta la Fiscalía.

Para el logro de lo anterior se han definido ciertos aspectos orientadores que es necesario conocer:

- 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; esto 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.
- 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 por la Fiscalía y la calidad de los mismos, esto 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.

El objetivo general de este modelo, a entender “Incentivar la participación de víctimas y testigos en el proceso penal, mejorando los sistemas de atención”⁴, ha implicado un cambio de paradigma en la forma en que institucionalmente se había asumido la relación con víctimas y testigos, en términos que la Fis-

4 División de Atención a Víctimas y Testigos Fiscalía Nacional. “Modelo de atención a víctimas y testigos”. Enero 2011.

calía asume una actitud proactiva hacia éstas, poniendo a su disposición los servicios de orientación, protección y apoyo. La **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. La **Protección** implica la evaluación de la situación en que se encuentra el usuario y, considerando sus resultados, implementar oportunamente las medidas de protección que sean pertinentes. El **Apoyo**, 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.

En relación a las particularidades de la aplicación del modelo por tipo de usuarios, cabe destacar que éste posee variantes relacionadas con el tipo de delitos y momento del proceso penal, así en los casos de violencia intrafamiliar se ha definido que estos servicios deben ser entregados contingentemente a la realización de la denuncia, teniendo las Fiscalías locales plazos muy acotados para la entrega de estas medidas a sus usuarios. En el caso de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales y maltrato, se presenta un escenario similar, con plazos más estrictos para el contacto y la entrega de estos servicios. En ambos casos se reconoce la oportunidad en el contacto como un factor clave al momento de la eficacia de las medidas implementadas.

No obstante los grandes avances que ha implicado la instalación de este modelo de atención, aún quedaba un segmento muy importante de usuarios respecto de los cuales no se había abordado su atención en forma estandarizada y teniendo presente la satisfacción de sus particulares necesidades, en este contexto se desarrolló el Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU), que busca satisfacer necesidades de imputados, denunciantes, abogados y público en general, los que se suman a las víctimas y testigos, usuarios cuyas necesidades son abordadas también a través del proyecto OPA.

Al igual que el modelo OPA, el SIAU busca cumplir con el segundo objetivo estratégico y consiste en un sistema transversal que coordina los espacios de atención existentes en la Fiscalía (presencial, telefónico y virtual), a fin de facilitar a los usuarios el acceso a los servicios que presta la institución a través de la entrega de información, recepción de sus requerimientos y su correspondiente respuesta.

Los principios de esta iniciativa son complementarios a los del OPA y al igual que en el caso anterior se convierten en normas fundamentales que tienen por objeto orientar la conducta de una organización en un sentido determinado.

Los principios son los siguientes:

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:
 - **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 del marco normativo, 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.
 - **Oportuna.** Los servicios de información y atención entregados por fiscales y funcionarios deben ejecutarse dentro de plazos razonables, establecidos previamente, conocidos por el usuario y definidos según el tipo de requerimiento.
 - **Efciaz.** La atención o servicio entregado por fiscales y funcionarios debe estar orientado a satisfacer, dentro del marco regulatorio institucional, el requerimiento del usuario.
 - **Trato digno.** Los fiscales y funcionarios deben brindar una atención amable y respetuosa a los usuarios teniendo siempre presente su calidad de 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 sin discriminación arbitraria.** Los fiscales y funcionarios deben considerar en su trato a todas las personas como iguales indistintamente de su sexo, condición sexual, raza, etnia, creencia o religión, nacionalidad, profesión, actividad, condición socio económica 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, puede tener acceso a los

actos de la institución, excluyéndose aquellos que tengan el carácter de reservados, según la misma normativa.

El objetivo del SIAU es “*Contar con un Sistema de Información y Atención a Usuarios que coordine los espacios de atención del Ministerio Público a fin de permitir el acceso a la información relativa a la función institucional, y que contemple: a) Procesos de Trabajo definidos con sus respectivos estándares y protocolos; b) Sistemas de registro y gestión de requerimientos; c) Mecanismos de evaluación de procesos y de resultados*”⁵.

Como ya se indicara anteriormente el modelo SIAU considera la existencia de tres Espacios de Atención, que son los siguientes:

Espacio de Atención presencial: Es aquella que otorgan las Fiscalías Locales, Regionales y Nacional que se inicia con la atención de los recepcionistas a los usuarios en el mesón de recepción.

Espacio de Atención telefónica: Es aquella que se otorga a los Usuarios a través del call center de la Fiscalía.

Espacio de Atención virtual: Es aquella que se otorga a los usuarios a través de la página web institucional.

En términos metodológicos ambas iniciativas son parte constitutivas del Modelo General de Atención a Usuarios, según se observa en la siguiente gráfica:

CUADRO 1:
“GRÁFICA MODELO GENERAL DE ATENCIÓN DE USUARIOS”

OPA + SIAU = MODELO GENERAL DE ATENCIÓN A USUARIOS

Este modelo considera que la institución desarrolla e implementa acciones orientadas a mejorar permanentemente los estándares de atención que brinda a sus usuarios. Estos estándares se relacionan con los principios que están a la base de estos modelos, y que ya fueron expuestos anteriormente. Para el seguimiento del cumplimiento de las acciones mínimas del modelo, a entender aquellas que permiten alcanzar los objetivos del mismo, es que en cada uno de los diseños se considera la existencia de indicadores de desempeño,

5 División de Atención a Víctimas y Testigos Fiscalía Nacional. “Sistema de información y atención a usuarios del Ministerio público (requisitos técnicos CGI – SIAU etapa 2 año 2010) Versión 2, diseño actualizado en agosto de 2011”.

que constituyen herramientas direccionadoras de la gestión institucional en el ámbito de la atención a usuarios.

Los indicadores del OPA son los siguientes⁶:

1. Porcentaje de usuarios que declaran o denuncian en la FL en que se aplicó pauta de evaluación de intimidación.
2. Porcentaje de víctimas y testigos con intimidación alta en que se implementaron medidas de protección.
3. Porcentaje de menores de edad víctimas de delitos sexuales o en contexto VIF en que se aplicó pauta de recopilación de antecedentes de riesgo.
4. Porcentaje de menores de edad víctimas de delitos sexuales o en contexto VIF en que se aplicó pauta de recopilación de antecedentes de riesgo hasta en tres días hábiles desde fecha sistema de creación del sujeto en SAF.
5. Porcentaje de víctimas y testigos con fecha de audiencia de Juicio Oral en que se aplicó pauta de detección de necesidades.

Por otra parte los indicadores SIAU con los siguientes:

1. Porcentaje de solicitudes ingresadas que requieren evaluación interna que son resueltas dentro del plazo establecido.
2. Porcentaje de solicitudes resueltas, comunicadas al usuario dentro de tres días hábiles desde su resolución.
3. Porcentaje de reclamos válidos ingresados al sistema respondidos dentro del plazo establecido.
4. Porcentaje de solicitudes validamente emitidas relativas a Ley de Transparencia respondidas antes del cumplimiento del plazo legal.

6 Cabe destacar que para efectos del trabajo de la Mesa de seguimiento OPA-SIAU se excluyen los indicadores de violencia intrafamiliar, a entender:

- “Porcentaje de Víctimas VIF ingresadas por un Parte Policial (PP), Denuncia Directa (DD) o Flagrancia ACD en que se aplicó Pauta de Evaluación de Riesgo, respecto al total de víctimas VIF ingresadas por Parte Policial, Denuncia Directa Flagrancia ACD”.
- “Porcentaje de Víctimas VIF ingresadas por un Parte Policial (PP) o Denuncia Directa (DD), evaluadas con riesgo medio o alto, en que se implementó alguna medida de protección dentro del plazo definido por el modelo, respecto al total de Víctimas VIF ingresadas por un Parte Policial o Denuncia Directa evaluadas con riesgo medio o alto”.

Lo anterior dado que éstos contaban durante el año 2014 con un soporte de medición y gestión diferente a los demás indicadores del Modelo General de Atención de Usuarios. Por otra parte se contaba, para los indicadores VIF con un procedimiento de seguimiento y apoyo a nivel regional y local ya consolidado.

5. Porcentaje de usuarios citados a las Fiscalías Locales, atendidos en horario fijado (incluyendo espera máxima de 20 minutos).

La información del cumplimiento de estos indicadores está a disposición de las Fiscalías locales, a través de informes de gestión remitidos mensualmente por la Fiscalía Nacional y que se pueden extraer directamente por cada administrador del sistema informático de gestión de los proyectos de atención a usuarios implementados por la Fiscalía de Chile.

Aspectos normativos que regulan la atención de usuarios

En el contexto antes desarrollado cobra especial relevancia el marco regulatorio que da fundamento y legalidad a las acciones que la Fiscalía de Chile realiza en el ámbito de la atención de usuarios. Es importante destacar que este marco normativo ha servido como guía para el desarrollo de los modelos de atención de usuarios y de las acciones propias de su implementación y seguimiento.

El Ministerio Público es un organismo autónomo, por disposición del artículo 83 de la Constitución Política de la República de Chile, lo que se expresa en que la institución tiene constitucionalmente asignado el rol exclusivo de investigar los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, además de adoptar las medidas para proteger a las víctimas y testigos. Por otra parte cuenta con la Ley Orgánica Constitucional N°19.640, que determina su organización y atribuciones.

Sin perjuicio de la autonomía que ostenta el Ministerio Público, no está exento de controles, y es así como se impone a las autoridades superiores la obligación de rendir cuenta, en audiencias públicas, ante la ciudadanía de las actividades del organismo a nivel nacional, regional y local (artículos 21 y 36 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Este aspecto es de especial relevancia para la gestión de la mesa de seguimiento OPA SIAU, dado que los resultados de la misma facilitan la obtención de información relevante para la ciudadanía, en la medida que sirve como insumo para que el Fiscal Regional y Fiscales Jefes puedan dar cuenta de lo realizado en esta área.

Las normas aplicables al ámbito de atención de usuarios de nuestra institución, tanto de carácter nacional como internacional, son variadas. En el análisis se aprecian normas vinculantes para la institución y otras que, dada la autonomía ya señalada, no son vinculantes, pero sí referenciales, dado su carácter y espíritu.

En el ámbito internacional se reconocen diversas convenciones y tratados que tienen un carácter vinculante para el Estado de Chile. Todos estos cuerpos tienen como eje fundamental el respeto por los derechos fundamentales de

las personas y persiguen que los Estados adopten medidas para avanzar, por ejemplo, en los ámbitos de la no discriminación, protección de la honra y dignidad de las personas. Los principales documentos que contienen las normas aludidas son los siguientes:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: De 1966 y ratificado por nuestro país en el año 1972.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH), suscrita, tras la *Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos*, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder de 1985 (resolución 40/34).
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “Convención de Belem do Para”, de 9 de junio de 1994, promulgada por Chile el año 1998.

A nivel nacional existen disposiciones de diversa jerarquía y entidad, que establecen parámetros y principios para regular el tratamiento de usuarios por parte de las instituciones del Estado, existiendo como ya se indicó, algunas vinculantes y otras referenciales para el Ministerio Público, estas normas son:

- Constitución Política de la República.
- Código Procesal Penal.
- Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Ley 19.640).
- Ley N°19.718 que crea la Defensoría Penal Pública.
- Ley N°20.240 que perfecciona el sistema de incentivos al desempeño de los Fiscales y de los funcionarios del Ministerio Público.
- Ley N°20.285 sobre acceso a la información pública.
- Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.
- Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada.
- DFL 1-19.653 fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

- Ley N°19.553, Concede asignaciones de modernización y otros beneficios que indica (PMG).
- Ley N°19.284, que establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad.
- Ley N°20.422, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.
- Reglamentos y documentos internos del Ministerio Público.

Todos estos cuerpos que son la base normativa del diseño del modelo de atención de usuarios de la Fiscalía, son permanentemente observados en el proceso de implementación y seguimiento a nivel regional y local.

Características generales de la Fiscalía Regional de Valparaíso

La Fiscalía Regional de Valparaíso es una de las cuatro regiones que entra en régimen en la Reforma Procesal Penal el año 2003, con la implementación de la cuarta etapa de la Reforma. Está constituida por 14 Fiscalías locales y una oficina de atención: Fiscalía local de Viña del Mar, Valparaíso, Quilpué, Villa Alemana, Limache, Quillota, La Calera, San Felipe, Los Andes, La Ligua, Casablanca, San Antonio, Quintero e Isla de Pascua y oficina de atención de Petorca.

Con un ingreso de 140.665 causas en 2013 y 105.644 al 30 de septiembre de 2014, la Quinta Región es la segunda con más ingresos a nivel nacional, lo que impone a la gestión de la Fiscalía una serie de desafíos relacionados con la complejidad propia de su gestión y con el alto volumen de causas y por lo tanto de usuarios (Fuente: Boletín Estadístico del Ministerio Público, años 2013 y 2014).

A nivel regional se ha definido una categorización de Fiscalías locales que ha permitido generar procesos de trabajo homologados reconociendo las particularidades de las Fiscalías locales y su similitud con otras Fiscalías por número de ingresos, cantidad de fiscales y funcionarios. De esta forma existen tres categorías de Fiscalías:

Fiscalías G1:

- Valparaíso
- Viña del Mar
- San Antonio

Fiscalías G2:

- Quilpué
- Villa Alemana

- San Felipe
- La Calera
- Quillota
- La Ligua
- Los Andes

Fiscalías G3:

- Quintero
- Casablanca
- Limache
- Isla de Pascua

El primer grupo de Fiscalías (G1) son aquellas que tienen la mayor cantidad de ingresos y de fiscales, las Fiscalías G2 son las segundas con más cantidad de ingreso y las G3 son las Fiscalías denominadas unifiscal ya que están constituidas por un solo fiscal y coincide además con aquellas que tienen la menor cantidad de causas.

El proceso de homologación ha buscado optimizar la gestión de las Fiscalías locales, de manera de generar un mejoramiento permanente de su gestión y de la gestión de las causas bajo responsabilidad de cada una de éstas. Por otra parte la homologación ha permitido contar con un modelo de gestión comparable entre Fiscalías locales, facilitando el análisis de las razones que se encuentran a la base de los resultados exhibidos por éstas y tomar las acciones correctivas necesarias.

El proceso de homologación vivido por las Fiscalías locales se ha implementado de manera paralela al modelo general de atención de usuarios, lo que ha permitido engarzar ambos temas y generar las sinergias necesarias para apoyar las implementaciones en las Fiscalías locales, las que han implicado cambios de procesos de trabajo, procedimientos e incluso de paradigmas de gestión, en la medida que la homologación propone un modelo de gestión totalmente diferente al existente en las Fiscalías locales.

La implementación del modelo general de atención de usuarios en la región se realizó de forma gradual con el objeto de disponer del recurso humano suficiente para hacer frente a las diversas necesidades derivadas de la implementación y para adquirir la experiencia necesaria con el propósito de tomar, durante la implementación, las medidas correctivas necesarias que faciliten la implementación en las Fiscalías locales restantes. El cronograma general de la implementación fue el siguiente:

CUADRO 2:
**“CRONOGRAMA GENERAL DE IMPLEMENTACIÓN DE LA SEGUNDA PARTE DEL
 MODELO GENERAL DE ATENCIÓN A USUARIOS, QUE CONSIDERA EL SIAU”**

Fiscalía	Período
San Antonio	Primer semestre 2012
La Ligua	Segundo semestre 2012
Valparaíso	Primer semestre 2013
Viña del Mar	
Casablanca	Segundo semestre 2013
Los Andes	Primer semestre 2014
San Felipe	
Isla de Pascua	
Limache	
Villa Alemana	
Quintero	
Quilpué	
La Calera	
Quillota	

Cabe destacar que la experiencia de implementación de la mesa de seguimiento OPA SIAU, involucró a las Fiscalías de San Antonio, La Ligua, Valparaíso, Viña del Mar, Casablanca. Las demás Fiscalías se integrarán a este espacio el año 2015, con objetivos similares a los de la primera mesa.

Implementación de la mesa OPA SIAU

Durante el año 2011 comienza a implementarse en la región la primera parte del Modelo General de Atención de Usuarios, iniciativa tendiente a entregar a los usuarios de la institución un modelo de trabajo que, inspirado en una política institucional sobre el tema, genere procesos de trabajo ad-hoc a las características particulares de nuestros usuarios y el momento del proceso penal en que se encuentran. La primera parte en implementarse fue el modelo de Orientación, Protección y Apoyo (OPA), que como ya se indicó está dirigido a víctimas y testigos.

A nivel regional se hizo una planificación tendiente a asegurar el adecuado cumplimiento de las actividades destinadas a la implementación. La preparación regional comportó la realización de un diagnóstico, la programación de diversas acciones de sensibilización, apresto y capacitación, la instalación del proyecto y el seguimiento. Proceso similar fue llevado a cabo en relación a la implementación del SIAU, que constituye la segunda parte del modelo general de atención a usuarios y cuya instalación concluyó en agosto de 2014, con la implementación en toda la región del espacio de atención virtual.

Una de las acciones más importantes en el proceso de implementación de ambos proyectos es el seguimiento, esta fase que se implementa desde el ini-

cio comportó diversas actividades, la principal de éstas fue el envío periódico de información sobre el comportamiento de los indicadores. Sin embargo el mero envío de información no ha sido suficiente para asegurar el pleno cumplimiento de los objetivos de los proyectos, por lo que se hizo necesario complementar esta actividad con la generación de un espacio de análisis y toma de decisiones.

En esta línea surge en el año 2014 la mesa OPA SIAU, iniciativa de seguimiento y control de la implementación regional del Modelo General de Atención a Usuarios.

La iniciativa consideró la participación de todas las Fiscalías locales que, a la fecha de inicio del funcionamiento de la mesa, tenían implementado el SIAU y que son:

- San Antonio
- La Ligua
- Valparaíso
- Viña del Mar
- Casablanca

Los convocados al proceso fueron los fiscales jefes y los administradores de Fiscalía, además de profesionales de la Unidad Regional de Recursos Humanos, de Unidad de Gestión y de la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos. El programa consideró la realización de cuatro reuniones, las que se realizaron con una frecuencia bimensual.

Los objetivos de la mesa son los siguientes:

Objetivo General

Realizar análisis y seguimiento al modelo general de atención de usuarios

Objetivos Específicos

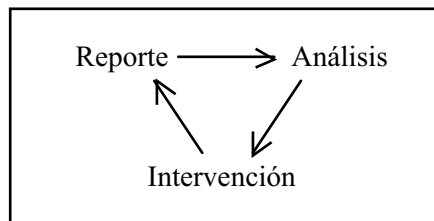
1. Implementar medidas correctivas y/o preventivas para el cumplimiento de los indicadores de desempeño de cada uno de los proyectos asociados al modelo general de atención de usuarios.
2. Implementar medidas correctivas y/o preventivas para el adecuado desarrollo de los procesos de trabajo de los proyectos asociados al modelo de atención de usuarios.
3. Contribuir a la propuesta de metas de gestión para los funcionarios con responsabilidad en la ejecución de los proyectos asociados al modelo general de atención de usuarios.

Los Productos esperados para la mesa fueron los siguientes:

1. Plan de Implementación de medidas correctivas para el cumplimiento de indicadores, cuando corresponda, es decir cuando su cumplimiento se encuentre por debajo de lo exigido en la meta.
2. Plan de Implementación de medidas para el desarrollo de procesos, cuando corresponda.
3. Criterios para la propuesta de metas para:
 - Recepcionista
 - Administrador de FL
 - Atendedor SIAU nivel 2⁷
 - Atendedor SIAU nivel 3⁸
 - Atendedor OPA

Para el cumplimiento de los objetivos de la mesa se definió un procedimiento que facilitara el flujo de información entre la Fiscalía Regional y las Fiscalías locales, de forma de proveer a estas últimas la información necesaria para el análisis de su propia gestión, lo que debería traducirse en el consecuente levantamiento de áreas deficitarias que debían ser intervenidas. Para lograr lo anterior la Fiscalía Regional puso a disposición de las Fiscalías locales un procedimiento que comportaba la realización de acciones de la triada: Reporte, Análisis, Intervención.

CUADRO 3:
“TRIADA DE BASE DEL TRABAJO DE LA MESA OPA SIAU”



7 Atendedor SIAU de nivel 2, es aquel funcionario del Ministerio Público, que puede ser Fiscal, abogado o técnico jurídico y que está encargado de atender a nivel de la Fiscalía Local las necesidades de denuncia directa, solicitud de medidas de protección y/o reclamos no formalizados de los usuarios. Por reclamos no formalizados se entiende todas aquellas manifestaciones de usuarios, que podrían constituir reclamos, pero que son susceptibles de aclarar en una instancia previa a la formalización del mismo.

8 Atendedor SIAU de nivel 3, son aquellos funcionarios del Ministerio Público que atienden de manera presencial a usuarios citados (Fiscales, abogados asistentes, profesionales URAVIT, custodios, etc.).

Este procedimiento considera la realización de una serie de acciones en los ámbitos:

- a) provisión de información;
- b) análisis de información;
- c) implementación de medidas correctivas, en caso de ser necesario.

Cada una de estas acciones se implementa por un responsable, que pueden ser la Fiscalía Regional, nacional o local:

1. División de Atención a las Víctimas y Testigos, DAVT – FISCALÍA NACIONAL

- Generar y actualizar informes de gestión: implica levantar información de bases de datos centralizadas a nivel nacional con el comportamiento de los indicadores de los proyectos implementados en la región.
- Remitir informes con frecuencia definida a Fiscalía Regional: Los informes fueron remitidos con una frecuencia mensual.
- Asesorar a Fiscalía Regional en análisis de información: Implica realizar las aclaraciones necesarias para el adecuado análisis de la información contenida en los informes.
- Levantar mejores prácticas de gestión y seguimiento SIAU. Implica a partir del análisis y acciones tomadas por las Fiscalías Regionales y locales, levantar las acciones de mejora y analizar la posibilidad de que se constituyan en prácticas replicables a otras Fiscalías.

2. Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos, URAVIT - FISCALÍA REGIONAL

- Procesar informe remitido por la DAVT: Implica el procesamiento de la información remitida por la DAVT para facilitar el análisis de las Fiscalías locales.
- Somete a revisión de equipo URAVIT SIAU: La información procesada es revisada por profesionales de la Unidad Regional de Atención a Víctimas.
- Remitir a Jefe URAVIT: Los datos son remitidos al jefe de URAVIT para su posterior envío a la Unidad de Gestión, Unidad que realiza la revisión final.

3. Unidad de Gestión - FISCALÍA REGIONAL

- Visar información contenida en el informe: Implica la revisión de la información para el envío final a las Fiscalías locales.

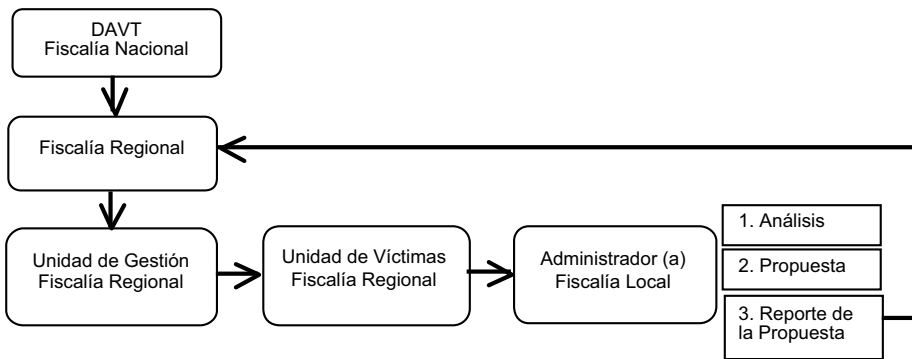
- Remitir a Fiscalías locales información sobre el comportamiento de los indicadores. Esto se realiza a través del envío de un correo electrónico donde se informa que en la carpeta virtual de la Fiscalía local se encuentran a disposición los datos.

4. Fiscalía Local

- Recibir reporte.
- Analizar información.
- Reportar propuesta de mejora.
- Implementar mejora.

La siguiente gráfica expone el proceso de manera dinámica:

CUADRO 4:
“PROCESO DE FLUJO DE INFORMACIÓN Y PROPUESTA”



El funcionamiento de la mesa comportó la realización de una serie de actividades en los ámbitos de:

- Planificación
- Ejecución
- Evaluación y seguimiento

Cabe mencionar que este fue un proceso dinámico, donde si bien era posible establecer la prioridad de algunas de las etapas, igualmente las demás se encuentran en proceso de revisión e implementación.

El proceso estaba organizado en tres fases:

Fase 1: Análisis de información y elaboración de la propuesta

En esta fase las Fiscalías locales reciben la información remitida por la Fiscalía Regional que a su vez la recibió por parte de la Fiscalía Nacional. La

información recepcionada por la Fiscalía local consistía en el resultado para el período de una selección de indicadores de OPA y SIAU. Los indicadores informados son los siguientes:

Los indicadores del OPA son los siguientes⁹:

- Porcentaje de usuarios que declaran o denuncian en la FL en que se aplicó pauta de evaluación de intimidación.
- Porcentaje de víctimas y testigos con intimidación alta en que se implementaron medidas de protección.
- Porcentaje de menores de edad víctimas de delitos sexuales o en contexto VIF en que se aplicó pauta de recopilación de antecedentes de riesgo hasta 3 días hábiles desde fecha sistema de creación del sujeto en SAF.
- Porcentaje de víctimas y testigos con fecha de audiencia de Juicio Oral en que se aplicó pauta de detección de necesidades.

Por otra parte los indicadores SIAU son los siguientes¹⁰:

- Porcentaje de solicitudes ingresadas que requieren evaluación interna que son resueltas dentro del plazo establecido.
- Porcentaje de solicitudes resueltas, comunicadas al usuario dentro de tres días hábiles desde su resolución.
- Porcentaje de usuarios citados a las FL, atendidos en horario fijado (incluyendo espera máxima de 20 minutos).

Analizados los datos a nivel local, cada Fiscalía debía elaborar un informe donde consignara el comportamiento de los indicadores y, en aquellos casos en que no se cumplieran, desarrollar una propuesta de acción tendiente al logro del indicador, según formato que se expone a continuación:

9 Como se indicara anteriormente los indicadores de Violencia Intrafamiliar se excluyen del seguimiento realizado a través de la Mesa OPA- SIAU.

10 Para efectos del seguimiento de la Mesa OPA – SIAU se excluyen los indicadores:

- “Porcentaje de requerimientos escalados o derivados resueltos, puestos en estado “comunicado” o “entregado” en plazo establecido”;
- “Porcentaje de reclamos válidos ingresados al sistema respondidos dentro del plazo establecido”;
- “Porcentaje de solicitudes validamente emitidas relativas a Ley de Transparencia respondidas antes del cumplimiento del Plazo legal”.

El primero no se incorpora dado que a la fecha de la implementación de la mesa este indicador no tenía carácter de prioritario, sino de monitoreo. Respecto a los otros dos indicadores, cabe consignar que su exclusión se debió a que su cumplimiento tiene un factor regional muy gravitante, lo que reduce el control de la Fiscalía Local en su logro.

CUADRO 5:
“INFORME DE ATENCIÓN DE USUARIOS
MODELO GENERAL DE ATENCIÓN A USUARIOS”

Aspecto		Cumplimiento		Observación	Propuesta	Evolución de la propuesta
		Nº	%			
SIAU	Tiempo respuesta de resoluciones					
	Tiempo de comunicación					
	Tiempo de espera de usuarios citados					
OPA Intimidación	Aplicación pauta de intimidación					
	Medidas de protección en intimidación alta					
OPA Menores edad	Aplicación de pauta a menores					
	Aplicación de pauta a menores en tres días					
OPA JO	Aplicación de PDN en JO					

Cada Fiscalía local envía el informe al Director Ejecutivo Regional, quien era el encargado de distribuirlo entre las unidades que debían analizar los resultados.

Fase 2: Realización de la reunión

La reunión considera una metodología de carácter participativo y se organiza en tres momentos:

Momento 1: Exposición de los informes locales.

Profesionales de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, una vez analizados y consolidados los informes remitidos por las Fiscalías locales, preparan una presentación con los resultados de los indicadores y con las medidas correctivas propuestas cuando corresponda.

Momento 2: Análisis de estadísticas regionales generales sobre la atención de usuarios y principales aspectos de la gestión de las Fiscalías locales.

En este momento se expone y analizan los principales resultados de los indicadores con agregación regional y los principales aspectos de la gestión regional y local asociados a los servicios entregados a través de los modelos.

Momento 3: Acuerdos y plan de seguimiento.

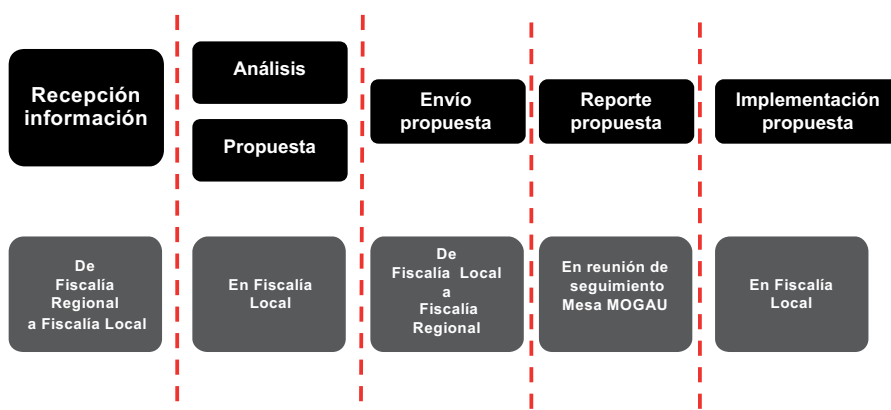
Cada Fiscalía Local a partir del análisis de los resultados en el comportamiento de los indicadores propone un plan de acción para el diseño de acciones correctivas, las que deben ser reportadas en la reunión siguiente, previo del informe donde se dé cuenta del desarrollo de la misma.

Fase 3: Implementación de acciones de mejora

Las Fiscalías Locales implementan las acciones diseñadas y registran en el informe sus resultados, los que serán expuestos en la próxima reunión.

A continuación se expone el proceso de manera gráfica:

CUADRO 6:
“ESTRUCTURA DE FUNCIONAMIENTO DE LA MESA OPA SIAU A NIVEL DE FISCALÍA REGIONAL Y LOCAL”



Resultados

En relación a los resultados de la experiencia cabe destacar que se cumplieron los objetivos planteados. Sobre el objetivo general es posible aseverar que la participación en el espacio fue constante, lo que implicó por parte de las Fiscalías Locales la recepción, análisis y exposición de la información sobre el cumplimiento de sus indicadores y la consecuente propuesta de acciones de mejora en caso de que no se estuvieran alcanzando.

En lo que concierne a los dos primeros objetivos específicos, a entender: “implementar medidas correctivas y/o preventivas para el cumplimiento de los indicadores de desempeño de cada uno de los proyectos asociados al modelo general de atención de usuarios” e “implementar medidas correctivas y/o preventivas para el adecuado desarrollo de los procesos de trabajo de los proyectos asociados al modelo de atención de usuarios” y vinculado con las medidas tomadas para el cumplimiento de los indicadores, cabe mencionar que la estrategia implementada permitió el desarrollo de acciones que efectivamente aportaron al mejoramiento en el cumplimiento de los mismos y/o a tener claridad en relación a su comportamiento y las razones del mismo. Dentro de las medidas tomadas por las Fiscalías Locales destacan las siguientes:

- Ajustes de procesos internos.
- Reuniones bilaterales y/o multilaterales con funcionarios o fiscales.

- Implementación de acciones de control y seguimiento, a través del análisis de la información disponible.
- Recapitación de funcionarios.
- Cambios en estándares de atención de usuarios.
- Redistribución de cargas de trabajo y responsabilidades de funcionarios.

La categorización expuesta anteriormente corresponde a medidas tomadas en las diversas Fiscalías Locales participantes de la mesa. Cabe consignar que el comportamiento de los indicadores al final del período para todas las Fiscalías Locales fue satisfactorio.

En relación al objetivo específico número tres, es decir “contribuir a la propuesta de metas de gestión para los funcionarios con responsabilidad en la ejecución de los proyectos asociados al modelo general de atención de usuarios”, se realizó una propuesta por el equipo de la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos, en base a los antecedentes expuestos anteriormente y en el marco de la última mesa OPA SIAU, propuesta que fue discutida por los fiscales jefe y administradores presentes.

Desafíos

La experiencia del año 2014 en relación a la mesa OPA SIAU plantea una serie de desafíos en el ámbito de la cobertura y de los tópicos susceptibles de ser abordados en este espacio y que se pasan a describir a continuación:

a) Ampliar la mesa OPA SIAU a todas las Fiscalías Locales de la región:

La implementación gradual del modelo ha implicado que el proceso de seguimiento se instale también de manera gradual, así para el año 2015 se extenderá el funcionamiento de la mesa a todas las Fiscalías Locales de la región, las que se organizarán según tamaño.

Por otra parte y dada la complejidad que implica el volumen de Fiscalías Locales existentes en la región, se proyecta organizar la mesa según tamaño.

Al igual que en la versión 2014 de la mesa OPA SIAU, el énfasis estará dado por el cumplimiento de los indicadores y los aspectos de calidad de la gestión de las Fiscalías.

b) Fortalecer la calidad en la entrega de servicios:

Para el año 2015 se proyecta trabajar la consolidación del protocolo de calidad de respuesta a solicitudes de usuarios, aspecto de especial relevancia toda vez que al estar implementados los tres espacios de atención (presencial, telefónico y virtual), la cantidad de información a disposición de los usuarios y la

diversificación de plataformas de atención imponen la necesidad de realizar un proceso planificado de instalación de esta temática entre funcionarios y fiscales en la Fiscalía Local, aspecto que se comenzó a trabajar en 2014, pero que debe ser profundizado.

c) Incorporación del tópico de gestión, diferente a la atención de usuarios, en el foco de la mesa:

Tal como se indicara anteriormente, la homologación que se ha desarrollado en las Fiscalías de la Quinta Región, ha implicado la adquisición de lógicas de gestión y funcionamiento diferentes, requiriéndose de un espacio de seguimiento e intercambio de experiencias. Por otra parte la generación de sinergia entre las iniciativas que se implementan a nivel de las Fiscalías Locales es de gran relevancia ya que permiten optimizar el cumplimiento de los indicadores y racionalizar la utilización de los recursos existentes, especialmente del capital humano.

d) Favorecimiento de liderazgo a nivel local:

Para terminar, es necesario consignar que una de las variables más relevantes en la implementación de estas iniciativas es el compromiso y liderazgo del equipo directivo de cada Fiscalía Local, así el Fiscal Jefe y Administrador se constituyen los líderes a nivel local, aspecto que debe ser favorecido por la mesa, a través de la entrega de información relevante para la gestión y el acompañamiento en las tareas de implementación, seguimiento, control y evaluación. El desafío en este contexto es brindar a estos actores las herramientas y el espacio para la reflexión, aspectos que serán abordados en la mesa del año 2015.

Bibliografía

1. División de Atención a Víctimas y Testigos Fiscalía Nacional. “Modelo de atención a víctimas y testigos”. Enero 2011.
2. División de Atención a Víctimas y Testigos Fiscalía Nacional. “Sistema de información y atención a usuarios del Ministerio público (requisitos técnicos CGI – SIAU etapa 2 año 2010) Versión 2, diseño actualizado en agosto de 2011”.
3. CHÁVEZ Ángela, ROJAS Francisco, “Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU)”. En *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°49, Santiago, Chile, 2011. págs. 41 a 64.
4. División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión Ministerio Público, República de Chile. “Plan Estratégico Ministerio Público 2009 – 2015”. Primera Edición: Abril 2009.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

COMENTARIO A LA SCS DE 13 DE JUNIO DE 2013 (ROL 2.560-2013)

Jaime Antonio Retamal Herrera¹

I. Individualización de la resolución y presentación del problema

La sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de fecha ocho de abril de dos mil trece, RIT 207-2012, RUC N°1100224702-1, condenó a P.L.A. a una pena de 61 días de reclusión menor en su grado mínimo, inhabilitación especial para cargos u oficios públicos de fiscal del Ministerio Público y del escalafón primario del Poder Judicial mientras dure la condena, más multa de \$50.000 –cincuenta mil pesos–, debiendo cumplir la reclusión bajo el régimen alternativo de la remisión condicional, con sujeción a la vigilancia pertinente por el término de un año, como autor del delito de cohecho ocurrido en Las Condes, el cuatro de marzo de 2011.

La acusación que dio origen al juicio en el que se emitió la decisión condenatoria se centra en lo ocurrido el día cuatro de marzo de dos mil once a raíz de comunicaciones telefónicas intercambiadas por el encartado P.L.A. y el funcionario administrativo del Ministerio Público de Las Condes, señor R.S.C. En esas oportunidades se consideró que L., que había desempeñado el rol de fiscal adjunto en esa Fiscalía, oportunidad en la que R.S. había laborado para él, le habría requerido una información que éste no podía develar sin faltar gravemente a sus deberes funcionarios.

La acusación recayó en el delito de cohecho del artículo 250 inciso primero del Código Penal, en relación con los artículos 249 y el 246 de ese código, amén del 182 inciso 1° del Código Procesal Penal.

El juzgado del grado así lo entendió, sin perjuicio de lo cual recalificó el ilícito, considerando configurado el del citado artículo 250, pero en su inciso segundo en relación con el artículo 248 bis del mismo código.

La defensa del condenado L.A. interpuso recurso de nulidad fundado en las causales de los artículos 373 a), 374 f) y e) y 373 b); las tres últimas, en subsidio de la primera. Para el caso de acogerse la causal principal, solicita que la Corte anule el juicio y la sentencia y ordene realizar uno nuevo por parte de tribunal no inhabilitado. Tratándose de la segunda y tercera causales, se pide otro tanto. En cuanto a la última, se persigue sólo la anulación del fallo, para

1 Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Alta Complejidad. Fiscalía Centro Norte. Master en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona y U. Pompeu Fabra.

que en la sentencia de reemplazo de rigor se absuelva a L. de la acusación de que ha sido objeto.

Fundamentalmente, la defensa planteó en su recurso que es procedente la causal del artículo 373 a), por haberse desconocido la garantía de la presunción de inocencia y alterado la carga de la prueba en perjuicio de L.. Planteó que además estaría configurada la causal del artículo 374 f) por desconocimiento del imperativo de incongruencia que fluye del artículo 341 del Código Procesal, desde que la sentencia habría excedido el contenido de la acusación, extendiéndose a hechos no contenidos en ella. Que junto a lo anterior, se conjuraría la causal del artículo 374 e), en relación con los artículos 342 c) y 297, todos del Código Procesal Penal, por haber apreciado la sentencia la prueba en contravención a principios de la lógica y las máximas de experiencia. Y que, finalmente, es procedente la causal del artículo 373 b), por haber vulnerado las juzgadoras la correcta aplicación de los artículos 248 bis del Código Penal, en relación con el 250 del mismo cuerpo legal, con influencia substancial en lo dispositivo.

La sentencia de la Excma. Corte Suprema desestima en su inicio la primera causal de nulidad invocada, esto es, la contenida en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, pues no constata un atentado a la presunción de inocencia por la vía de la inversión de la carga de la prueba, ni de la negligente omisión probatoria del ente persecutor, lo que conduce a descartar el vicio de invalidación que principalmente se hizo valer.

También, la sentencia comentada desestima la segunda causal de nulidad invocada, esto es, la contenida en el artículo 374 f) en relación con del artículo 341 del Código Procesal, ya que a su juicio: “No es exacto el planteamiento del impugnante de cara a que se acusó a L. nada más por “cohechar”. Se precisa que lo que hay es que se persiguió al ex fiscal por haber procedido “a sabiendas de que lo que estaba solicitando implicaba un incumplimiento a los deberes del cargo del funcionario (S.) y un eventual delito”, y exactamente sobre eso es que recayó el pronunciamiento definitivo, de tal forma que quedó indemne el paradigma del artículo 341, por lo cual no se configura el motivo de ineficacia aquí examinado, que por ello se descarta².

Seguidamente, la sentencia de la Excma. Corte desestima la tercera causal de nulidad contemplada en el artículo 374 e), en relación con los artículos 342 c) y 297, todos del Código Procesal Penal, por haber la sentencia apreciado la prueba en contravención a principios de la lógica y las máximas de experiencia, ya que no encuentra la Corte en los análisis de la prueba reunida, algún elemento constitutivo de sacrificio de lo que el impugnante denomina “principio de conclusión imposible”, “principio de argumentación deductiva válida”

2 Considerando 15°, Sentencia de 13 de Junio de 2013, Rol 2560-2013.

y “de no contradicción”. Tampoco entiende la Excma. Corte que en el análisis de la prueba rendida se soslaye una “máxima de experiencia”, relativa a que el sentido común exigía algo tan básico para un funcionario policial –, en este caso Díaz– consistente en dejar en evidencia el tenor del diálogo telefónico a través de un sistema altavoz o de “manos libres”, lo que en definitiva no se realizó.

Finalmente, la Corte Suprema acoge la causal del artículo 373 b), por haber vulnerado la sentencia la correcta aplicación de artículos 248 bis del Código Penal, al estimar el fallo que el concepto genérico de improbidad traduce el significado de la expresión legal “deberes de su cargo”, que emplea el precepto. Se sostiene que, con la errada aplicación de derecho que hace el voto de mayoría, no se sanciona la infracción de los deberes propios del cargo, sino que se sanciona la infracción del deber de probidad que tienen todos los funcionarios públicos, y con ello se desnaturaliza y se atenta derechamente contra la norma del artículo 248 bis, pues ya no se castiga lo que la ley tipifica, esto es, ofrecer dinero para ‘ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo’, sino que lo que se sanciona según el tribunal es ofrecer dinero para ‘ejecutar un acto con infracción a los deberes generales de todo funcionario público’.

Debido a que se acoge la causal del artículo 373 b) de esa legislación, por haberse infringido el 248 bis del Código Penal, se declara nula la sentencia dictada el ocho de abril último por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, emitiéndose a continuación la de reemplazo consecuente, la que absuelve finalmente al acusado P.L.A..

1. Hechos establecidos por la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal

La sentencia del 3er Tribunal Oral en lo Penal de Santiago tuvo por acreditados más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

“El día 4 de marzo de 2011 P.L.A. efectuó desde su teléfono móvil N°xxx diversas llamadas al teléfono móvil N°xxx de R.S.C., funcionario administrativo del Ministerio Público, con quien había trabajado anteriormente, cuando el primero se desempeñó como Fiscal Adjunto en la Unidad de Robos de la Fiscalía Local de Las Condes. En la primera de estas conversaciones telefónicas, efectuada alrededor de las 13:00 horas, L.A. le señaló a S.C., que le solicitaría cierta información, a cambio de “unas monedas”. Posteriormente, en la comunicación que sostuvieron alrededor de las 17,00 horas, L.A. le proporcionó a S.C. los nombres de don S.J.J. y don M.E.Á., junto con sus respectivas cédulas de identidad, solicitándole información sobre el listado de causas SAF de estas personas, los correos electrónicos y nombres de los fiscales asignados a cada una de ellas, ofreciéndole a cambio la suma de \$100.000.-,

indicándole, además que la entrega de la anterior se efectuaría el lunes 7 de marzo de 2011, a las 18:00 horas, conductas que no lograron materializarse³.

2. Fundamento del injusto del artículo 248 bis del Código Penal

Conviene recordar para el presente análisis, primeramente, el tipo penal del artículo 248 bis del Código Penal, que sanciona al “empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, (...) con la pena de reclusión menor en su grado medio y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado”⁴.

Luego resulta esencial para la exégesis de la figura penal, desentrañar el sentido y alcance de la expresión “acto propio del cargo” utilizada por el legislador para delimitar el injusto punible. Sobre el particular se ha sostenido que por actos propios del cargo del funcionario público deben entenderse sólo aquellos cuya realización obedece al ejercicio de funciones públicas, debiendo descartarse los actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del empleado, pero cuya comisión resulta facilitada por su condición de tal⁵. Esta interpretación guardaría correlación con el texto legal, que alude a actos *proprios* del cargo, por lo cual no podría sostenerse seriamente que sean actos propios del cargo de un funcionario aquellos que no pertenezcan a la competencia de éste. Se agrega que propio, según lo señala el Diccionario de la Real Academia Española, significa “perteneciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello”; o “característico peculiar de cada persona o cosa”⁶.

El bien jurídico tutelado por esta figura, según la doctrina actual, sería el correcto desempeño de la función pública⁷. Lo anterior, debido a que esta clase de comportamientos impide o dificulta que el servicio a los ciuda-

3 Considerando 2°, Sentencia de 13 de Junio de 2013, Rol 2560-2013.

4 Inciso modificado, como aparece en el texto por el artículo único N°4 de la Ley N°20.341 de 22 de abril de 2009.

5 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Delitos contra la función pública. El derecho penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial, p. 320. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 2005. .

6 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, ob. cit., p. 321.

7 En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, ob. cit., p. 313.

danos se preste de manera correcta, y para que esta prestación de servicios pueda estimarse correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella⁸.

Históricamente, la doctrina antigua de nuestro país señaló como bien jurídico tutelado al decoro, el prestigio y el correcto funcionamiento de la administración pública⁹. En similar sentido parece haberse decantado la doctrina influyente de nuestro medio, que definía el delito como el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada y prometida en consideración a actos de su oficio¹⁰.

En derecho comparado español, las monografías especializadas, junto con destacar la evolución del análisis del contenido del bien jurídico tutelado, precisan que actualmente el bien jurídico es la función pública, o el buen funcionamiento de la administración conforme a los principios de un estado social y democrático de derecho¹¹.

3. Solución dada por la Corte Suprema

El presupuesto dogmático de la Corte Suprema para invalidar la sentencia del Tercer Tribunal Oral en lo Penal reside primeramente en que vulnera, por falsa aplicación, el artículo 248 bis del Código Penal, al estimar el fallo que el concepto genérico de improbidad traduce el significado de la expresión legal “deberes de su cargo”, que emplea el precepto. La impugnación lo sintetiza en estos términos: “El error es manifiesto, pues lo penado es la infracción a los deberes propios del cargo. Con la errada aplicación de derecho que hace el voto de mayoría no se sanciona la infracción de los deberes propios del cargo, sino que se sanciona la infracción del deber de probidad que tienen todos los funcionarios públicos, y con ello se desnaturaliza y se atenta derechamente contra la norma del artículo 248 bis, pues ya no se castiga lo que la ley tipifica, esto es, ofrecer dinero para ‘ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo’, sino que lo que se sanciona según el tribunal es ofrecer dinero para ‘ejecutar un acto con infracción a los deberes generales de todo funcionario público’¹²”.

8 En este sentido, Octavio de Toledo y Ubieta, La Prevaricación de funcionario público, citado por RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, ob. cit., p. 313.

9 LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, Tomo II, p. 99.

10 ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1998, Tomo IV, p. 252.

11 RODRÍGUEZ PUERTA, Ma. José, *El Delito de cohecho, problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Pamplina, Navarra, España, Editorial Aranzadi, 1999, p. 44.

12 Considerando 26°. Sentencia de 13 de Junio de 2013, Rol 2560-2013.

El considerando 29° de la sentencia de la Excma. Corte, resume así el error de derecho en que habrían incurrido los sentenciadores: “La falacia radica en que, si conforme se dejó antes aquí esclarecido, el quiebre del deber de confidencialidad alcanza únicamente a las informaciones conocidas por el empleado en exclusiva, es decir, habida cuenta su ministerio, empero no las que cualquier persona puede acceder por vía pública o abierta, entonces no cabe subsumir en el artículo 248 bis –como erróneamente se lo hace– una conducta concerniente a datos públicos y abiertos, cuanto más sí, por eso mismo, la misma resolución la desligó del tipo del artículo 246, justamente focalizado en la infracción del deber de reserva o secreto”.

Lo anterior, debido a que se estableció por la Excma. Corte que el acusado requirió del funcionario de este organismo R.S.C., información contenida en el ‘Listado de causas S.A.F’, que no reviste el carácter de secreto, porque de él cualquier persona puede tomar conocimiento a través del portal del Poder Judicial y porque participa del topos de publicidad del artículo 8 de la Constitución Política de la República.

Este particular razonamiento contenido en el considerando 29°, lo consideramos absolutamente erróneo, ya que si ello fuere correcto, esto es, si la conducta de P.L. no es subsumible en el 250 en relación con el 246, ambos del Código Penal, esto es, la revelación de secretos, esta ausencia de subsunción no prejuzga a favor de la ausencia de tipicidad del 250 en relación con el 248 bis. La pregunta interpretativa aquí no es sobre el estatus de la información en este tipo penal –el 248 bis–, o sea, si es secreta o pública, sino, si al entregar dicha información el funcionario público por solicitud de L.A. con una oferta de dinero, estaba revelando a terceros información que tomó conocimiento en razón de su cargo, y al parecer las circunstancias fácticas así lo indicaban, ya que era un funcionario del Ministerio Público que tenía acceso al registro SAF, lo que está vedado a particulares. Este, y no el carácter más o menos público de la información, es el núcleo del injusto, esto es la prohibición de que los particulares previa oferta de una dádiva induzcan a funcionarios públicos a la entrega de información que debe mantenerse en resguardo por los funcionarios públicos, en razón de su cargo.

Estamos claros, y concordamos con la sentencia de la Excma. Corte Suprema, en que un empleado público puede revelar secretos, y también puede revelar información que no constituye un secreto pero que debe guardar reserva en razón de su cargo, es decir, toda la información de un funcionario público no es “secreta”, sólo alguna de ella, por su entidad, importancia y por definición legal, estando claros que la información de una institución pública de una investigación criminal es información sensible, reservada, que debe mantenerse en reserva respecto de terceros, existiendo una prohibición reglamentaria de revelarla.

El bien jurídico aquí no radica en cautelar la reserva de la información, o su confidencialidad, como parece sugerir el razonamiento que se critica, sino en corromper la función pública por dádivas, de tal forma que el funcionario público esté al servicio de un particular entregando información que él debe mantener en reserva, al margen que esta misma información pudiere ser pública.

La pregunta correcta entonces es si el acusado L.A., al ofrecer una dádiva a un funcionario público, intentó, o puso en peligro el correcto desempeño de la función pública, y tal parece que repugna al desempeño de la función pública que un funcionario esté al servicio de un particular motivado por una dádiva, insisto, sea que la información sea pública, privada o secreta.

La confusión de la Excma. Corte Suprema se hace evidente entonces, al razonar del modo referido, y se sintetiza señalando que en la exégesis del artículo 248 bis no resulta relevante el estatus o calidad pública o secreta de la información, este análisis es pertinente en el tipo penal de revelación de secretos del artículo 246 del Código Penal. Confundir o mezclar los análisis nos lleva a esta falacia, consistente en que el carácter público de la información impediría la existencia de una infracción de los deberes del cargo. Parece dejarse entrever que se trataría de una tentativa inidónea, en circunstancias que el eje de la discusión está en el correcto desempeño de la función pública como destaca la doctrina en forma uniforme.

Finalmente, llama la atención desde la perspectiva de la finalidad de la acción de L.A., que si la información era pública, como sostiene la Excma. Corte Suprema, el sentido de solicitarla a un funcionario del Ministerio Público, y más aún, ofrecer una suma de dinero por su entrega, ello parece absurdo conforme a alguna mínima racionalidad económica, y tal vez nos hace sugerir, que al menos desde la perspectiva subjetiva del acusado, la información solicitada no era pública, y no estaba a disposición de cualquier persona, sólo eso pudo motivar la oferta económica a un funcionario público, como se sostuvo en el fallo que anuló la sentencia condenatoria.

II. Texto completo de la sentencia

Santiago, trece de Junio de dos mil trece.

VISTOS:

Los abogados Cristián Arias Vicencio, Jaime Madariaga de la Barra y Christian Bouchette Mancilla, actuando en representación de P.L.A., recurren de nulidad contra

la sentencia que el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dictó el ocho de abril de dos mil trece, en estos autos ingreso Corte 2560-13, RIT 207-2012, RUC N°1100224702-1, que lo condenó a la pena de 61 días de reclusión menor en su grado mínimo, inhabilitación especial para cargos u oficios públicos de fiscal del Ministerio Público y del escalafón prima-

rio del Poder Judicial mientras dure la condena, más multa de \$50.000 – cincuenta mil–, debiendo cumplir la reclusión bajo el régimen alternativo de la remisión condicional, con sujeción a la vigilancia pertinente por el término de un año, como autor del delito de cohecho ocurrido en Las Condes el cuatro de marzo de 2.011.

Invoca como causales las de los artículos 373 a), 374 f) y e), y 373 b); las tres últimas, en subsidio de la primera.

Para el caso de acogerse la causal principal, solicita que la Corte anule el juicio y la sentencia y ordene realizar uno nuevo por parte de tribunal no inhabilitado. Tratándose de la segunda y tercera causales, se pide otro tanto. En cuanto a la última, se persigue sólo la anulación del fallo, para que en el de reemplazo de rigor se absuelva a L. de la acusación de que ha sido objeto.

Traídos que fueron los antecedentes en relación, se procedió a su vista en la audiencia de veintisiete de mayo último, con la comparecencia de los abogados que por el órgano acusador y la defensa del recurrente efectuaron sus alegaciones orales, habiéndose dejado el asunto en acuerdo y fijado para la audiencia de lectura del veredicto, el próximo día trece del presente, a las trece horas.

Y TENIENDO PRESENTE QUE:

1°) La acusación que dio origen al juicio en el que se emitió la decisión condenatoria se centra en lo ocurrido el día cuatro de marzo de

dos mil once a raíz de comunicaciones telefónicas intercambiadas por el encartado P.L.A. y el funcionario administrativo del Ministerio Público de Las Condes, señor R.S.C.

En esas oportunidades se consideró que L., que había desempeñado el rol de fiscal adjunto en esa Fiscalía, oportunidad en la que R.S. había laborado para él, le habría requerido una información que éste no podía develar sin faltar gravemente a sus deberes funcionarios.

La acusación recayó en el delito de cohecho del artículo 250 inciso primero del Código Penal, en relación con el 249 y el 246 de ése, amén del 182 inciso 1° del código procesal penal.

El juzgado del grado así lo entendió, y recalificó el ilícito, considerando configurado el del citado artículo 250 pero en su inciso segundo en relación con el 248 bis del código.

Es contra esa decisión que el sentenciado se alza de nulidad, pudiendo sintetizarse de la siguiente manera las cuatro causales que esgrime, siendo las tres últimas subsidiarias entre sí y con respecto a la principal:

1) Causal del artículo 373 a), por haberse desconocido la garantía de la presunción de inocencia y alterado la carga de la prueba en perjuicio de L.

2) Causal del artículo 374 f), por desconocimiento del imperativo de incongruencia que fluye del artículo 341 del código procesal, desde que la sentencia habría excedido el conte-

nido de la acusación, extendiéndose a hechos no contenidos en ella.

3) Causal del artículo 374 e), en relación con el 342 c) y 297, todos del Código Procesal Penal, por haber la sentencia apreciado la prueba en contravención a principios de la lógica y las máximas de experiencia.

4) Causal del artículo 373 b), por haber vulnerado las juzgadoras la correcta aplicación del artículos 248 bis del Código Penal, en relación con el 250 del mismo, con influencia substancial en lo dispositivo;

2°) Para facilitar el entendimiento de los reproches que llevan al recurrente a impetrar la anulación de la sentencia singularizada, conviene precisar el supuesto fáctico del juicio de condena:

“El día 4 de marzo de 2011 P.L.A. efectuó desde su teléfono móvil N°xxx diversas llamadas al teléfono móvil N°yyy de R.S.C., funcionario administrativo del Ministerio Público, con quien había trabajado anteriormente, cuando el primero se desempeñó como Fiscal Adjunto en la Unidad de Robos de la Fiscalía Local de Las Condes. En la primera de estas conversaciones telefónicas, efectuada alrededor de las 13:00 horas, L.A. le señaló a S.C., que le solicitaría cierta información, a cambio de “unas monedas”. Posteriormente, en la comunicación que sostuvieron alrededor de las 17,00 horas, L.A. le proporcionó a S.C. los nombres de don S.J.J. y don M.E.Á., junto con sus respectivas cédulas de identidad, solicitándole información sobre el listado de causas SAF de estas personas, los correos electrónicos y nombres de los fiscales asignados a

cada una de ellas, ofreciéndole a cambio la suma de \$100.000.-, indicándole, además que la entrega de la anterior se efectuaría el lunes 7 de marzo de 2011, a las 18:00 horas, conductas que no lograron materializarse.”;

3°) Causal del artículo 373 a).

Según el recurso, se vulneró la garantía constitucional del racional procedimiento, que no solamente recoge la carta fundamental sino, también, la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativa al principio de inocencia, al relevarse al Ministerio Público de la exigencia de acreditar la imputación, desarrollando una mínima actividad probatoria y, al mismo tiempo, al infringirse el deber de fundar la imposición de pena en pruebas atinentes al efecto o que resulten suficientes para ello.

En la especie, el hecho que el ente persecutor no actuara en cuanto se tuvo la noticia *criminis*, encontrándose en situación de desarrollar actividad investigativa, determinó que todo el procedimiento llegara a su conclusión bajo el supuesto de un delito que constaba sólo de una denuncia no comprobada, pero perfectamente comprobable con una mínima actividad, lo que determina que la tramitación de la investigación no ha sido justa ni racional, poniendo de cargo del denunciado desvirtuar los dichos de su acusador.

La única prueba presentada en juicio fue el atestado del denunciante. Y esa sola versión, mantenida en el tiempo, trasladó la carga probatoria a

su parte, lo que fue ratificado por la sentencia definitiva;

4°) Sobre este punto la sentencia sostuvo que desestimaba la solicitud de absolución porque consideraba que no se ha acreditado ninguna de las tres hipótesis en que se la apoya, a saber, la de falta de credibilidad del denunciante R.S.C., la de inconsistencias de la denuncia y déficit de la prueba presentada en juicio y la de un supuesto ánimo persecutorio por parte del órgano fiscal, estableciendo que “la naturaleza de la prueba rendida por la Defensa no es contradictoria a la incorporada por el acusador, no cuestiona, ni acredita que el hecho no haya ocurrido o fue imposible de ser materializado, estando más bien referida a las características personales del denunciante y denunciado, a la forma de operar del SAF y al conocimiento que tuvieron con posterioridad de estos hechos de parte del acusado, sin que se lograra acreditar que los testigos presentados por los acusadores y en especial de don R.S.C. y de don Ricardo Díaz Barría, tuvieran una animadversión o motivos para declarar en falso en contra del imputado.” Y que “Hace fuerza para concluir lo anterior no sólo los medios de prueba precedentemente reseñados, sino que además, la circunstancia material consistente en que los elementos de descargo aportados por la defensa en nada sirvieron para desvirtuar la certeza alcanzada por estas magistrados a raíz de la prueba rendida por el ente persecutor”;

5°) L. entra al juicio como inocente.

Surgen en su contra las pruebas de cargo que convencen a los jueces del hecho de haber ocurrido un ilícito y de la intervención en él del acusado.

Las “teorías alternativas” de la defensa tratan de derribar esa convicción, para lo cual ésta procura desacreditar tales evidencias de cargo, sin lograrlo.

El fin de la defensa es, justamente, el exitoso ejercicio ante el tribunal, de la persuasividad destructora del convencimiento que condujo al Ministerio Público a la acusación, para lo que necesariamente debe desvanecer la fuerza de su cimente probatoria.

A juicio de esta Corte esa dinámica confluye en la especie;

6°) La sentencia explicitó su plena conciencia al respecto, al hacer explícita su sujeción al estándar de convicción, recordando que en un Estado Democrático de Derecho todo acusado por un delito sólo puede ser condenado cuando se comprueba, a través de un juicio oral, público y contradictorio, que ha cometido una conducta ilícita en el mundo real. El juez necesita llegar a la verdad, que no se refiere a la circunstancia que haya existido objetivamente un hecho delictivo constitutivo del ilícito objeto del presente juicio, sino, además, que éste configure el delito y que la participación culpable del acusado haya sido probada en audiencia.

Continúa razonando la sentencia que ninguna persona puede ser condenada por delito sino cuando quien la juzga se convence, más allá de toda

duda razonable, que realmente se ha cometido el hecho punible y que en él ha tenido participación culpable el encartado. Se detiene, incluso, en la significación de la voz “duda”, para expresar a su respecto que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de los elementos de convicción que aportan los intervinientes durante la audiencia del juicio oral, la que, además, debe evaluarse en una visión de conjunto, debidamente armonizada unas con otras, para evitar una ponderación aislada y fragmentaria que conspire contra las reglas de la sana crítica, situación que acontecería en el presente caso si se desestimare lo depuesto por el denunciante, el capitán de carabineros, los señores Armendáriz, Mena y la principal prueba documental de la Fiscalía –notación atribuida a S. mientras se comunicaba con L.– unido a los otros antecedentes aportados por el ente persecutor, pues no cualquier duda es suficiente para alterar las conclusiones de una razonada evaluación de la prueba de cargo, debiendo tratarse de una de cierta entidad, vinculada con un hecho que anide en el ánimo de los juzgadores, en el sentido que las cosas pudieron efectivamente suceder de otro modo, por manera que, continúan las sentenciadoras, “la verdad” en materia de decisiones judiciales es lo más que se puede obtener, empero de carácter aproximado o relativo, pues, para fundar una condena, los jueces no pueden obtener una convicción que escape a las limitaciones propias del conocimiento humano, donde el universo

valorable es el aportado por las probanzas producidas durante el juicio;

7°) No se constata, pues, atentado a la presunción de inocencia por la vía de la inversión de la carga de la prueba ni de la negligente omisión probatoria del ente persecutor, lo que conduce a la Corte a descartar el vicio de invalidación que principalmente se ha hecho valer.

8°) Causal del artículo 374 f) del Código Procesal Penal.

Se queja el recurrente que la condena a P.L. como autor de cohecho del artículo 250 del Código Penal, en relación con el artículo 248 bis del mismo código, bajo la modalidad de ofrecimiento de beneficio económico al funcionario S., para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo, no es una figura que estuviera descrita en la acusación, tanto desde un punto de vista jurídico como de otro fáctico.

La hipótesis propuesta, esto es, la de ejecutarse un acto con infracción a los deberes propios del cargo, supone se haya descrito la transgresión concreta a un deber propio de ese cargo, es decir, su conexión específica con la función, que lo haga exigible al empleado supuestamente cohechado, además de la manera en que se habría quebrantado.

Continúa explicando el libelo que el Ministerio Público acusó por cohechar para que un funcionario determinado cometiera delito, específicamente el de revelación de determinada información secreta, tipificado en los artículos 250, 249 y

246 del estatuto. Empero, como esta última hipótesis no se tuvo por comprobada, el tribunal, en un esfuerzo por condenar, habría excedido el ámbito de la acusación, desconociendo el imperativo del artículo 341 del código procesal penal, como quiera que en la acusación no se describió ni reseñó algún deber funcional concreto que resultara exigible al supuesto cohechado y que éste hubiera infringido en la esfera de sus atribuciones, a cambio de una retribución.

Así, concluye, la acusación no contiene una relación circunstanciada del deber del funcionario que supuestamente se iba a incumplir ni explica de qué manera resultaba exigible a ése, específicamente, ni cómo debía ser violentado, de suerte que no pudo condenarse a base de una calificación jurídica novedosa con respecto a la acusación, precisamente porque en cuanto sobrea-bundante, conculcó el principio de congruencia;

9°) En torno a esta materia las sentenciadoras señalaron que “la forma en que fueron descritos los supuestos fácticos en la acusación contempló el conocimiento que la acción pretendida por el acusado ‘implicaba un incumplimiento a los deberes del cargo del funcionario y un eventual delito’... De esta forma, la exigencia legal de congruencia constituye un reflejo del derecho de defensa en cuanto se requiere que la imputación sea precisa y determinada y por lo tanto saber exactamente cuáles son los hechos que se le atribuyen, sus circunstancias de comisión –cuándo

y dónde habría ocurrido– y la calificación de los mismos. De esta forma, el artículo 341 del código procesal penal impide condenar por hechos o circunstancias no contenidos en la acusación.”;

10°) La cabal inteligencia de la regla de congruencia que impone el artículo 341 pasa por el respeto al 340, según el cual “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.”

La piedra angular de semejante imperativo está dada por la oración “la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible”.

No se trata de cualquier situación fáctica; de una fijación de realidad material pura y simple, pues la adjetivación substantivada “punible” necesariamente asocia el núcleo circunstancial –hecho– a la punibilidad del acto, lo que quiere decir que la descripción exigible al auto de cargos está condicionada por su referencia a una conducta criminal, al punto que la congruencia no se concentra tanto en la faceta prescriptiva cuando en la descriptiva de la acusación.

De no ser así, difícil se haría legitimar el instituto procesal de la “re-calificación”, que no hace sino dejar siempre reivindicado para la jurisdicción el conocido axioma del “*iura novit curia*”:

11°) El artículo en referencia, vale decir, el 341 del código procesal, predica 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.

“Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación... siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.”;

12°) El tenor de la acusación fue el siguiente: “El día 4 de marzo de 2011 el imputado P.L.A., de profesión abogado, efectuó desde su teléfono móvil N°xxx diversas llamadas al teléfono móvil N°yyy, teléfono de R.S.C., funcionario público, administrativo grado XVI del Ministerio Público, quien en el momento de la primera llamada telefónica se encontraba en la Fiscalía Local de Las Condes de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, ubicada en calle Los Militares N°5.550, Las Condes, lugar donde habitualmente ejerce sus funciones. En dichas conversaciones L.A. le ofreció a R.S.C. un beneficio económico consistente en \$100.000.-, ‘una gambita’, a cambio de que éste le proporcionara información secreta y reservada de particulares y de investigaciones penales.

“Es así como L.A. le solicitó a R.S.C. que obtuviera información sobre casos investigados por el Ministerio Público, que aparecen en la aplicación informática de la institución denominada ‘SAF’ (Sistema de

Apoyo a Fiscales), respecto de don S.J.J. y don M.E.Á., para que luego le fuera entregada a éste impresa en papel, a cambio de los \$100.000.- antes referidos. En particular, solicitó se le entregara la impresión de la ‘Ficha SAF’, que permite identificar a los intervinientes en una investigación, la calidad que ostentan, número de RUC, número de RUT, fiscal asignado, actuaciones y diligencias de investigación realizadas, etc. y las casillas de correos electrónicos de cada uno de los fiscales adjuntos que tienen asignados tales casos. La referida información reviste el carácter de secreta, reservada y confidencial para terceros ajenos a la investigación en particular, tanto de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 182 del Código Procesal Penal, como conforme a lo dispuesto en la Ley N°19.628, sobre protección de la Vida Privada y Datos de Carácter Personal, por consiguiente, a los funcionarios del Ministerio Público no les está permitido divulgar ningún tipo de información a terceros que no sean intervinientes o utilizarla para fines diferentes a los estrictamente institucionales.

“La información en cuestión fue solicitada por L.A. respecto de M.E.Á. y S.J.J., atribuyéndose la calidad de abogado de los mismos, sin acreditar dicha calidad, proporcionándole para estos efectos a S.C. las cédulas de identidad de estas personas. La solicitud anterior la efectuó aprovechando que el funcionario R.S.C. había trabajado dentro de su equipo, mientras L.A. se desempeñó como Fiscal Adjunto anteriormente, a sabiendas de que lo que estaba

solicitando implicaba un incumplimiento a los deberes del cargo del funcionario y un eventual delito. Posteriormente, al percatarse R.S.C. del motivo de la llamada telefónica efectuada por el imputado L.A., procedió a denunciar los hechos a sus superiores jerárquicos, sin lograr materializarse la solicitud del imputado P.L.A.”;

13°) En criterio del tribunal del grado “La correcta interpretación del alcance del artículo 341 del Código Procesal Penal implica que el *factum* contenido en la acusación fiscal o particular sea trasladado, sin alteración de sus aspectos esenciales a la sentencia, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. En este sentido, el tribunal no podrá incluir en la relación de los hechos que da por probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos”.

Fiel a lo anterior, añade que “la calificación jurídica arribada por estas sentenciadoras de mayoría dice relación con que la conducta que determina la figura típica de cohecho, sea activa o pasiva es precisamente el ofrecimiento o aceptación de un beneficio económico a un funcionario público, proposición fáctica que se encuentra acreditada en juicio”;

14°) No es exacto el planteamiento del impugnante de cara a que se acusó a L. nada más por “cohechar”.

Lo que hay es que se persiguió al ex fiscal por haber procedido “a sabiendas de que lo que estaba solicitando implicaba un incumplimiento a los deberes del cargo del funcionario (S.) y un eventual delito”.

Y exactamente sobre eso es que recayó el pronunciamiento definitivo.

15°) Por lo tanto, indemne como queda el paradigma del artículo 341, no se configura el motivo de ineficacia aquí examinado, que por ello ha de ser descartado.

16°) Causal del artículo 374 e) del código procesal penal.

Afirma el libelo de saneamiento que la sentencia da por probado que un testigo, que califica de esencial, oyó al denunciante lo que éste “repetía” al acusado, vulnerando el principio de conclusión imposible.

Lo controvertido en el juicio fue el contenido de una conversación telefónica. Hay dos versiones contrapuestas: la del denunciante y la del acusado. Para creer a uno y no al otro se vulneró las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Según las juezas, el aludido testigo esencial vio y escuchó cómo el denunciante mantenía una conversación telefónica con un tercero, también oyó lo que el denunciante repetía y, todavía, presencié cómo éste escribía en una hoja en blanco las palabras que repetía en voz alta.

En concepto del objetante, para afirmar que se repite algo, el testigo debió poder escuchar al acusado, para discernir si estaba repitiendo lo que oía o si era de su propia creación. Siendo así, el testigo en referencia no lo es de oídas de lo que el denunciante repetía, sino de lo que éste decía, de modo que si el tribunal formó su convicción sobre la base de los dichos del denunciante y de semejante testigo, lo hizo violando el principio de conclusión imposible, en la medida que a base de una información que está ausente en las premisas, arriba a una convicción que queda inexplicada.

Al mismo tiempo, con ello se sacrifica el principio de la argumentación deductiva válida, en virtud del cual si dos premisas son ciertas, la conclusión también lo será, lo que aquí no se da, pues una de las premisas no es cierta –que el carabinero Díaz fue testigo de oídas, de lo que el denunciante repetía– ya que sólo lo fue de lo que el denunciante decía, en circunstancias que para saber si lo repetía, debió aportarse información que no existe, porque el policía narró que solo escuchó una voz, y para saber si una voz repite lo que otra habla, debe escucharse a ambos.

No es todo, pues a juicio del crítico el fallo arrasa con el principio de no contradicción, habida cuenta que luego de afirmar que el documento donde S. supuestamente tomaba nota de la conversación telefónica con L., fue reconocido por el deponente Díaz, las juezas aseveran que no se puede afirmar si esa pieza corresponde o no a la elaborada por

S. el día de los hechos, al no haber cadena de custodia, olvidando que nada puede ser y no ser al mismo tiempo.

Por último –remata esta segunda invocación subsidiaria– se ha pasado por encima de las máximas de experiencia, en la medida que no se explica cómo, atendida la condición de los protagonistas del episodio investigado, no se echó mano a una grabación, una filmación u otro de los tantos medios con que obviamente el Ministerio Público ha contado al momento de la comunicación telefónica, que le hubiera permitido evidenciar los detalles de lo que, por la previa advertencia del funcionario S., se vislumbraba incorrecto;

17°) En la sección 7 del razonamiento sexto se aborda el tema del contenido de la conversación telefónica de aquel 4 de marzo de 2.011 entre L. y S., expresándose al respecto que el capitán de carabineros Ricardo Díaz señaló en estrados “que si bien no escuchó lo que le dijo el interlocutor al señor S., advirtió que al otro lado de la línea se oía una voz masculina. Asimismo, constató la existencia de una conversación telefónica normal, la que se extendió entre dos y tres minutos. A su respecto, no advirtió gritos, improperios o que el señor S. hablara sólo, muy por el contrario aseveró que todo se desarrolló en una conversación o en un diálogo telefónico normal, en una acción de preguntas y respuestas entre dos personas. En segundo lugar, el Capitán de Carabineros Díaz Barría fue testigo también de la confección por parte del señor S., en

una hoja en blanco con el membrete de la Fiscalía, de palabras que eran el fiel reflejo, de lo que el anterior iba repitiendo –prueba documental N°1 del Ministerio Público–. Señaló a su respecto, haber estado frente al señor S. en su escritorio y de haber percibido por sus sentidos, concretamente a través de su visión y audición cómo el anterior escribió con su puño y letra, en una hoja en blanco, las menciones más relevantes, mientras hablaba y las repetía por teléfono. Por lo demás, el documento N°1 de la Fiscalía fue reconocido por el señor S. y admitido como cierto, en cuanto a su contenido por el Capitán Ricardo Díaz, no existiendo dudas en cuanto a la autenticidad o de una eventual alteración del mismo”, lo que conduce a estimar que “...la real y fiel petición efectuada por L.A. a S.C., se contuvo en ese documento, en el cual se plasman las individualizaciones de S.E.J.J. y M.J.E.Á., sus Cédulas de Identidad –N°xx y N°yy–, nombres y correos electrónicos de los fiscales, ‘listado de causas SAF’ y la mención ‘lunes me llama a las 18:00 horas’” y que “...el mentado documento no requiere de una cadena de custodia, porque no es una especie perecible, dispendiosa o que no se pudiere guardar en la carpeta de investigación. En este orden de ideas, cabe recordar que la cadena de custodia de la prueba es un procedimiento que reglamenta la adecuada recolección, identificación, registro, conservación bajo sello y manejo de la evidencia material, objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o estado destinados a la comisión del

hecho investigado, que busca garantizar su conservación e indemnidad hasta el momento de la realización del juicio oral, y que la ley procesal ha puesto bajo la responsabilidad de la policía y del Ministerio Público, en los términos del artículo 188 del Código Procesal Penal ... la prueba documental signada en el auto de apertura con el N°1, no constituye aquellos elementos que estén destinados a la comisión de un hecho ilícito, muy por el contrario en él se contuvo de manera escrita, a vía de ayuda de memoria, la petición del acusado hacia la persona del funcionario público, información que fue allegada de manera inmediata a la carpeta investigativa seguida con ocasión de esta causa. Por lo demás este documento fue reconocido en audiencia por la persona que lo confeccionó, testimonio que debe ser relacionado con los dichos del Capitán de Carabineros, quien depuso que las menciones que en él se estamparon –en cuanto a su contenido y calidad y entidad del documento–, se condecían con lo que S.C. repitió mientras hablaba con el encartado, el día 4 de marzo de 2011, alrededor de las 17:00 horas ... cabe precisar que el registro que se debe llevar en la etapa de investigación es de carácter desformalizado, respetándose siempre el derecho a la información que debe tener la defensa, situación que se configuró en el presente caso a analizar, dado que ella tuvo conocimiento, entre otros aspectos, según se ha señalado, de la persona que elaboró el documento, de su contenido y del funcionario de Carabineros que fue testigo

de su escrituración. Asimismo, no se discutió por parte de los comparecientes que en la carpeta investigativa no se hayan consignado en su oportunidad dicha documental”;

18°) En la sección 10 del mismo motivo sexto el fallo desarrolla las razones que tuvo para habilitar el testimonio del denunciante S. exponiendo, en lo pertinente, que “como en estos casos de cohecho, de manera general la *única* prueba con la que se cuenta para condenar al acusado es la declaración del denunciante, resulta necesario determinar –acorde con el sistema de libertad probatoria y obligación de motivación de las decisiones judiciales de nuestro sistema– aquellos requisitos que han de reunir para que constituyan prueba de cargo valorable.

“Un primer aspecto que se ha sostenido en relación con las pruebas personales, es que estas declaraciones deben ajustarse a las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia, sin que puedan resultar fantásticas o increíbles, en atención al contexto situacional y dinámica de los acontecimientos a los que se refieren. Un segundo requisito importante, a la hora de valorar estas declaraciones se traduce en que este relato, debe haberse mantenido firme a lo largo de todo el proceso, lo que implica que sus dichos no se han de modificar sustancialmente, en las distintas ocasiones en las que se haya prestado su testimonio. Lo anterior también se refiere a que en sus declaraciones no se presenten ambigüedades o vaguedades y por último, que estén dotadas de armonía, esto

es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes.

“Finalmente y como último requisito, la declaración ha de estar corroborada, a lo menos, por un dato periférico o anexo de carácter objetivo que la reafirme. Lo anterior, debe entenderse como una corroboración de suficiente entidad por sí misma, que permita darle fuerza a los datos o información obtenida del elemento probatorio base. En definitiva, se estima que la declaración debe estar avalada por algún *hecho, dato o circunstancia externa* e independiente a la propia declaración, la que en la especie se encuentra constituida por los respectivos tráficos telefónicos, lo depuesto por los señores Armendáriz, Mena, J., E., Aste, González, la prueba documental N°1 de la Fiscalía y en especial con los dichos del Capitán de Carabineros don Ricardo Díaz Barría.

“Son estos los parámetros orientadores con los cuales estos sentenciadores analizarán el testimonio de don R.S.C. que declaró en estrados, relacionándolos con los presupuestos acusatorios referidos, todo lo cual permitirá obtener una serie de conclusiones de trascendencia jurídica, que serán esbozadas y argumentadas en su oportunidad ... dicho testimonio sorprendió a estos jueces por resultar completamente creíble, no sólo atendido a la información presentada en él, sino que, además, por el hecho de haber sido confirmado y ratificado –en sus aspectos más esenciales e importantes– por otros medios de prueba, como los testigos antes individualizados, los

que declararon en las audiencias de juicio, lo que potencia su coherencia tanto interna –en relación con sus propios dichos desde el inicio de la presente investigación– como externamente, independiente de ciertos detalles que no alteran la esencia de la imputación–, no agregando, ni quitando ningún elemento o dato de relevancia, que permitiera dudar de su veracidad, situación que en casos como los de la especie, contribuyen a lograr un mayor grado de certeza, en torno a la prueba personal antes referida ...resultó fundamental a la hora de determinar la validez de la declaración del denunciante para su posterior valoración, la propia impresión que estos sentenciadores tuvieron al escuchar su relato en estrados. En este sentido, resulta claro que don R.S.C. dio cuenta pormenorizada de los hechos ocurridos el día 4 de marzo de 2011, presenciándose una declaración en la cual se evidenciaba sus sensaciones y sentimientos reflejados a la hora de relatar su experiencia. En este orden de ideas, el propio ex Fiscal Regional el señor Xavier Armendáriz Salamero dio cuenta del grado de afectación que advirtió en la persona del mencionado funcionario público, a la hora de relatar los hechos ocurridos en relación al acusado ... de acuerdo a los dichos de los deponentes señores Armendáriz, Mena, Jaramillo y a las calificaciones efectuadas por sus superiores en los diversos años en que ha prestado servicios en la Fiscalía de Las Condes, su conducta ha sido desde el año 2005 proba y acorde a los principios que rigen el proceder del Ministerio Público, existiendo incluso reconoci-

mientos del propio acusado hacia la persona del denunciante, mientras el anterior tuvo la calidad de jefe de don R.S.C.”;

19) No encuentra la Corte en tales análisis algún elemento constitutivo de sacrificio de lo que el impugnante denomina “principio de conclusión imposible”, “principio de argumentación deductiva válida” y “de no contradicción”;

20) Menos, que en él se obvía lo que hace consistir en “máxima de experiencia”, relativa a que el sentido común clamaba por algo tan básico para un funcionario policial –Díaz– como lo era evidenciar el tenor del diálogo telefónico a través de altavoz o de “manos libres”, lo que no se realizó;

21) por consiguiente, lo presente tampoco será exitoso;

22) Antes de concluir esta segunda causal subsidiaria, la Corte estima del caso dejar constancia que el libelo de invalidación no toca en este capítulo el hecho que el “Listado de Causas S.A.F.” no es secreto, como lo deja establecido el fallo al rematar las sección octava de su argumento 6°.

23) Causal del artículo 373 b) del código procesal penal.

Asegura el escrito de nulidad que los hechos establecidos en la sentencia no satisfacen la totalidad de los requisitos del tipo del artículo 250 del código penal, en relación con su artículo 428 bis, en tanto dicha figura exige la infracción por parte

de un funcionario de un deber propio de su cargo y no uno genérico de probidad que pesa sobre el funcionario público.

Añade que la doctrina sostiene que los actos a que se refiere el tipo penal de cohecho son propios del cargo, esto es, aquellos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas, debiendo descartar los actos que no pertenecen a la esfera de las atribuciones del empleado, pero cuya comisión resulta facilitada por la condición de tal.

El legislador, continúa, sanciona ofrecer dinero por información secreta o reservada. El fallo sostiene que siempre que a un funcionario público se le ofrezca dinero, independiente de la conducta que se le solicita, se incurre en el ilícito y, como la que fue requerida a S. contraviene el principio de probidad administrativa, se configura la hipótesis del artículo 250 en relación con el 248 bis.

El error consiste en estimar que lo sancionado en el artículo 248 bis es la infracción de cualquier deber de un funcionario público. Entonces, no se sanciona el atentado a los deberes propios del cargo, sino al de probidad que tienen todos los funcionarios públicos, desnaturalizando la norma y atentando contra su tenor, ya que no se pune lo que la ley tipifica, que es únicamente ofrecer dinero para ejecutar un acto con infracción a los deberes del cargo, sino ofertarlo para ejecutar un acto con infracción a los deberes generales de todo empleado público.

Así, el escrito de nulidad concluye afirmando que, en definitiva, se reprocha conforme al artículo 248 bis, una conducta que éste no contempla, por lo que no cabe sino declarar ineficaz lo resuelto, para absolver a L.;

24°) El encaramiento de este tema trae de inmediato a colación lo establecido por los juzgadores en los tres últimos párrafos del punto 8 del motivo sexto de su veredicto, donde expresan que “la información que fue requerida por el acusado a don R.S.C., el *‘listado de causas SAF’*, no reviste el carácter de *secreta*, ya que la misma, que consta en las páginas 34 y 50 del documento N°8 de la prueba de cargo, se limita a señalar, respecto de cada causa, los siguientes datos: tipo de sujeto, nombre de éste, nombre del caso –el delito de que se trata–, fiscalía, fiscal asignado, fecha de la denuncia y recepción y el estado del caso –vigente o terminado–, claramente constituye una información genérica, a la que se puede acceder incluso a través del portal del Poder Judicial... En este sentido, la norma del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República consagra, como regla general, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del estado, salvo las excepciones establecidas por una ley de quorum calificado, estableciéndose similar disposición en el artículo 8 inciso 4° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N°19.640. En efecto, no existe norma alguna que, de manera excepcional, califique de secreta o reservada la información tantas veces referida.

“Además, la mentada información de *‘listado de causas SAF’* no queda contemplada en el artículo 182 del Código Procesal Penal, en atención a que el acusado no intentó acceder a toda la base de datos de la fiscalía o al contenido de las carpetas investigativas de cada causa, por lo que no puede calificarse dicho listado como secreto o confidencial, que haga exigible su reserva.”

Dicho está que lo que el encartado solicitó a S. fue información del “Listado de causas S.A.F.”;

25°) Sobre la base de ese supuesto el fallo explicó en su razonamiento séptimo que “La calificación jurídica a que arribó el Tribunal es coincidente con la figura típica descrita en la norma del citado artículo 248 bis, en atención a que en la hipótesis que el funcionario público hubiese aceptado el ofrecimiento de dinero efectuado por el acusado, el primero habría incurrido en infracciones a deberes propios de su cargo, los cuales en síntesis se refieren a la probidad con que deben dirigir sus acciones los funcionarios públicos, materializadas además, en el reglamento de personal de la institución de que se trata, concretamente en su artículo 33, numeral 8, que impone a los dependientes del Ministerio Público la obligación de observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al cargo... el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el correcto desempeño de la función pública, el que se perfecciona por

la mera solicitud u ofrecimiento, siendo claramente un delito de peligro, que se sanciona con independencia si el funcionario realiza la conducta o recibe el dinero o beneficio económico.

“En mérito de lo anterior, la tipificación del delito de cohecho en el Código Penal, en términos muy simples, establece que siempre que a un funcionario público se le ofrezca dinero, independientemente de la conducta que se está solicitando se comete el ilícito en comento.”;

26°) A juicio de estos jueces es aquí donde se vulnera, por falsa aplicación, el artículo 248 bis del Código Penal, al estimar el fallo que el concepto genérico de improbidad traduce el significado de la expresión legal “deberes de su cargo”, que emplea el precepto.

La impugnación lo sintetiza en estos términos: “El error es manifiesto, pues lo penado es la infracción a los deberes propios del cargo. Con la errada aplicación de derecho que hace el voto de mayoría no se sanciona la infracción de los deberes propios del cargo, sino que se sanciona la infracción del deber de probidad que tienen todos los funcionarios públicos, y con ello se desnaturaliza y se atenta derechamente contra la norma del artículo 248 bis, pues ya no se castiga lo que la ley tipifica, esto es, ofrecer dinero para ‘ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo’, sino que lo que se sanciona según el tribunal es ofrecer dinero para ‘ejecutar un acto con

infracción a los deberes generales de todo funcionario público’;

27°) El artículo 248 bis exige esa vinculación propietaria entre el atributo y el cargo. S. es empleado público en cuanto desempeña un cargo o función de ese carácter en un órgano autónomo creado por el Estado (artículo 260 del Código Penal). Eso, desde luego, sin lugar a dudas y así viene establecido.

Dentro de la administración pública, cada funcionario está llamado a ejercer un rol específico y es esa especificidad la que se encuentra concernida por el tipo penal del artículo 248 bis.

No bastó al ordenamiento punir el atentado funcionario grave, pues no se construyó a la protección de los vastos límites de la eficiente “servicialidad” funcionaria sino que, desbordándola, extremó su amparo para cubrir de oprobio el atentado a la identidad de cada rol.

No es otro el estándar del artículo 248 bis, a la luz del paradigma del artículo 19 N°3° inciso final de la Constitución Política de la República;

28°) La frase “infracción a los deberes de su cargo” supone aislar ese deber, singularizarlo, individualizarlo, denominarlo con miras a su identificación.

Como corolario del axioma de legalidad que entrecruza todo el derecho público, tales deberes se encuentran plasmados en reglas de diversa índole, tales como la ley, el

reglamento, la circular, la resolución extensiva o la instrucción vinculante.

En este caso la regla que el Ministerio Público ha hecho valer y que el fallo en estudio recoge es el “Reglamento de Personal para los funcionarios del Ministerio Público”, aprobado por Resolución N°1.526, de cuatro de octubre de dos mil doce, emanada de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, cuyo artículo 33 dispone que “33.- Los funcionarios del Ministerio Público están obligados a: ...8. Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño del cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado; 9. Guardar secreto de la información de que tome conocimiento por razones de su cargo, la que no puede revelar a terceros sino en virtud de un requerimiento legal o judicial o con autorización previa del jefe respectivo;”.

De partida, una puntualización relativa al acápite 9: su reserva cubre nada más las informaciones que el funcionario conoce en cuanto tal y que están vedadas a terceros por razón de secreto ministerial. Este aserto se aviene con los artículos 62 N°1° de la Ley 18.575 y 52 de la 19.653, que calzan muy precisamente con la situación *sub iudice*, habida cuenta la casi literal coincidencia entre este último y el artículo 52 inciso segundo de aquélla, por una parte, y el 33 N°8° del reglamento, por la otra;

29°) Si para perfilar la conducta indeseada por el legislador penal, se echa mano al Reglamento de Personal para los Funcionarios de Ministerio Público, entonces ha de hacerse conforme a padrones hermenéuticos irrenunciables; el primero de ellos, de general aplicación, es el consagrado en el artículo 22 del Código Civil –contextualidad intra y extra normativa– y el otro, inherente por naturaleza al derecho punitivo, consiste en la insubstituible restrictividad de la significación normativa o, si se quiere, la interdicta ampliación de su inteligencia.

La aplicación de ambos criterios a la situación en análisis –no por graciosa concesión de estos juzgadores, sino por ineludible mandato sistémico– enseña lo que sigue:

A. –El número 8 del artículo 33 del reglamento referido no admite una lectura prescindente del inciso final de ese precepto.

En efecto, ese numeral –que para un mejor entendimiento conviene volver a copiar– obligaba a S.C. a “Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño del cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”.

Pues, una vez concluida la mención de las trece obligaciones que contiene el artículo, su normador explicitó el siguiente discurso: “La enunciación que antecede no es taxativa y, por consiguiente, no obsta a la responsabilidad del funcionario

... por la realización de hechos que constituyan infracción a deberes genéricos de probidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública”.

El núcleo de la oración de este particular octavo anida en la “observación estricta al principio de probidad administrativa”, pues el resto de la frase es una derivación explicativa del contenido de ello: “...conducta funcionaria moralmente intachable ... entrega honesta y leal al desempeño del cargo ... preeminencia del interés público sobre el privado”.

A fortiori, lo vedado es la inobservancia estricta del principio de probidad administrativa.

Sin embargo y como es fácil advertir, la frase “infracción a deberes genéricos de probidad” (inciso final) es equivalente a la de “inobservancia del principio de probidad administrativa” (número 8), lo que importa una univocidad discursiva, pues tanto la especie 8 cuanto el remate del comentado artículo 33 son monosignificantes, como quiera no puede ponerse razonablemente en duda que el antónimo de la observancia del principio de probidad administrativa es la infracción de los deberes de probidad.

El modo “estrictamente” y la adjetivación “genéricos” que, respectivamente, utilizan los predicados del consabido punto 8 y del cierre del artículo 33 de que ése forma parte, no hacen diferencia entre uno y otro, por cuanto el prisma semántico, que es el precisamente útil en este orden de análisis, los muestra como cuantificadores –estrictez/rigor, género/

universo— que vienen siendo inocuos para la esencialidad de las acepciones a las que sirven de complemento.

Sigue que es el propio texto del artículo 33, holísticamente asumido, el que trasunta que el deber de su capítulo 8 carece de especificidad, lo que lo priva de aquella descriptividad ínsita en lo típico, que es lo que autoriza inferir que determinada conducta/inconducta sea propia/impropia de un cargo.

Desde este primer tamiz hermenéutico, resulta que el artículo 33 número 8 del reglamento en alusión no abona la tesis según la que el deber del cargo que S. fue llamado a desconocer por L., sea el del mentado acápite octavo;

B. - Tampoco la lectura del artículo 33, esta vez en su hipótesis 9, puede ser enfrentada —a los fines de desentrañar la pertinencia de la acusación, que es, a la postre, lo que aquí convoca— con prescindencia del articulado atingente del Código Penal, al que la sentencia objetada lo asocia.

Acorde a ese particular 9, los funcionarios del Ministerio Público están obligados a “Guardar secreto de la información de que tome(n) conocimiento por razones de su cargo, la que no puede(n) revelar a terceros sino en virtud de un requerimiento legal o judicial o con autorización previa del jefe respectivo”.

Por su parte, el artículo 246 del Código Penal sanciona al empleado público “que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón

de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados...”.

En el párrafo cuarto de su motivo 7° la sentencia explicó que “Se desestimó así la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público en la acusación, en el sentido que estos hechos son constitutivos del delito de cohecho del artículo 250 del Código Penal, en relación con el artículo 249 del cuerpo legal citado, en atención a que no resultó probado más allá de toda duda razonable, que la petición formulada por el acusado al denunciante dijera relación con la comisión de un delito de violación de secretos, ilícito previsto y sancionado en el artículo 246 del mismo código, en relación con el artículo 182 inciso primero del Código Procesal Penal.”.

Esa aseveración es cierta, a juzgar por la parte del fallo, que se dejó reproducida en *supra* 24°, que revela un manifiesto contrapunto epistemológico, al blandir como juicio condenatorio uno que no deriva de las premisas en que aparece sustentado.

El incordio se presenta de esta forma:

· “El artículo 248 bis castiga al que fuerza a un funcionario del Ministerio Público a infringir el deber de su cargo consistente en no revelar a terceros y guardar en secreto la información de que toma conocimiento por razón de su cargo.

“P.A.L.A., tercero actualmente ajeno al Ministerio Público, requirió

del funcionario de este organismo R.S.C., información contenida en el ‘Listado de causas S.A.F’, que no reviste el carácter de secreto, porque de él cualquier persona puede tomar conocimiento a través del portal del Poder Judicial y porque participa del *topos* de publicidad del artículo 8 de la Constitución Política de la República.

“P.A.L.A. incurrió en la conducta que sanciona el artículo 248 bis al requerir de S. información contenida en el ‘Listado de causas S.A.F’ de que tomó conocimiento por razón de su cargo.”

La falacia radica en que, si conforme se dejó antes aquí esclarecido, el quiebre del deber de confidencialidad alcanza únicamente a las informaciones conocidas por el empleado en exclusiva, es decir, habida cuenta su ministerio, empero no las que cualquier persona puede acceder por vía pública o abierta, entonces no cabe subsumir en el artículo 248 bis –como erróneamente se lo hace– una conducta concerniente a datos públicos y abiertos, cuanto más sí, por eso mismo, la misma resolución la desligó del tipo del artículo 246, justamente focalizado en la infracción del deber de reserva o secreto;

30°) De esa manera, las juezas sentenciadoras conculcaron el artículo 248 bis del Código Penal, con influencia substancial en lo dispositivo, debido a que de habérselo respetado en su cabal significación no habría podido arribarse al juicio de reproche sobre la base de los asen-

tamientos fácticos de la correspondiente subsunción;

31°) *Ergo*, configurada se halla la última causal subsidiaria argüida por el agraviado, a saber, la del artículo 373 b) del estatuto procesal penal.

Consideraciones en virtud de las cuales:

A.- Se **rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por los abogados Cristián Arias Vicencio, Jaime Madariaga de la Barra y Christian Bouchette Mancilla, en representación de P.L.A., en cuanto basado en las causales de los artículos 373 a) y 374 f) y e) del Código Procesal Penal.

B.- Se lo **acoge** en tanto apoyado en la causal del artículo 373 b) de esa legislación, por haberse infringido el 248 bis del Código Penal, declarándose, consiguientemente, **nula** la sentencia dictada el ocho de abril último por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, debiendo emitirse, a continuación, la de reemplazo consecuente, por separado y sin nueva vista, dado que se encuentra la cuestión decidida en el caso del artículo 385 del citado Código, en tanto se ha condenado a una persona por un hecho ilícito que la ley no considera tal.

Redacción del ministro suplente señor Cerda

Regístrese.

Rol N°2560-2013.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres.

Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Juan Fuentes B., Carlos Cerda F. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

Sentencia de Reemplazo.

Santiago, trece de junio de dos mil trece

En razón de lo precedentemente decidido, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

1°) Lo expuesto hasta el considerando 6°, sección 10 de la sentencia invalidada;

2°) Lo razonado en la sección 11 de la misma fundamentación, con las siguientes modificaciones:

a) en su párrafo segundo se sustituye el pasaje que expresa “se desestimaré la petición de absolución planteada por la Defensa, la cual se basó principalmente” por “en lo que va del análisis procede desestimar la defensa, nada más en cuanto basada”,

b) en su párrafo sexto se reemplaza las palabras “cuestionan”, “acreditan” y “referidas” por “cuestiona”, “acredita” y “referida”,

c) se elimina su párrafo séptimo,

d) en el noveno se prescinde de la expresión “de robo con intimidación”, y

e) se suprime su párrafo decimo quinto;

3°) Lo expresado en su argumento séptimo, con las adecuaciones que pasa a precisarse:

a) se suprime su párrafo tercero, que se inicia manifestando “Que los hechos...”,

b) se hace abstracción de sus párrafos octavo a duodécimo y vigésimo tercero que comienza diciendo “En opinión de ...”, y

c) se elimina su párrafo final;

4°) Lo expuesto en los desarrollos 26°, 28° y primera parte del 29° del fallo de ineficacia que antecede, excluyendo de este último su sección **B.**;

5°) Que la lectura del artículo 33 número 9 del Reglamento de Personal para los Funcionarios del Ministerio Público no puede ser enfrentada –a los fines de desentrañar la pertinencia de la acusación, que es, a la postre, lo que aquí convoca– con prescindencia del articulado atingente del Código Penal, al que la sentencia objetada lo asocia.

Acorde con ese particular 9, el funcionario del Ministerio Público está obligado a “Guardar secreto de la información de que tome conocimiento por razones de su cargo, la que no puede revelar a terceros sino en virtud de un requerimiento legal

o judicial o con autorización previa del jefe respectivo”.

Por su parte, el artículo 246 del Código Penal sanciona al empleado público “que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados...”;

6°) Que si conforme se ha dejado establecido, el quiebre de deber de confidencialidad alcanza únicamente a las informaciones conocidas por S.C. por causa de su ministerio y en el desarrollo del mismo, sin extenderse a las que cualquier persona puede acceder por vía pública o abierta, se tiene que no es razonablemente aceptable la subsunción en el consabido artículo 248 bis de una conducta que concierne a esa clase de datos –disponibles– aserto éste que adquiere aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que precisamente por ello la conducta enjuiciada fue desligada por las juezas del ámbito del artículo 246, focalizado como se ha expresado, en la custodia del deber de reserva o secreto;

7°) Que, por consiguiente, este tribunal no ha logrado adquirir convicción en torno a que realmente se ha cometido el hecho punible objeto de la acusación, más allá del parámetro de toda duda razonable, exigido por el artículo 340 del código adjetivo;

8°) Que, por lo tanto, no cabe sino absolver de la acusación que dio origen al juicio de que se trate.

Consideraciones sobre la base de las cuales se declara que se **absuelve** a P.A.L.A. de la acusación que se le formuló como autor del delito de soborno previsto en el artículo 250 incisos primero y cuarto, en relación con el 249 y 246, luego recalificado como cohecho del artículo 250 inciso segundo, en vinculación con el 248 bis, todos del Código Penal, supuestamente ocurrido el cuatro de marzo de dos mil once en la comuna de Las Condes de esta ciudad de Santiago.

Redacción del ministro suplente señor Cerda.

Regístrese y devuélvase

Rol N°2560-2013.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Juan Fuentes B., Carlos Cerda F. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN TRÁFICO ILÍCITO
DE ESTUPEFACIENTES Y
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

EL AGENTE ENCUBIERTO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

Alejandro Ivelic Mancilla¹

I. Introducción

Los instrumentos tradicionales con que cuenta un Estado liberal y democrático de Derecho, son insuficientes en la lucha contra la criminalidad organizada.

Con el objeto de enfrentar este fenómeno en constante expansión, los Estados han adoptado diversos mecanismos que involucran a distintas ramas del ordenamiento jurídico:

1. En materia penal: Se han creado nuevos tipos penales, se han aumentado las penas, se han creado agravantes especiales, se han tipificado actos preparatorios anticipando considerablemente las barreras de punibilidad.
2. En materia procesal: Se han establecido plazos especiales que facilitan la labor persecutoria, normas para el secreto, protección de testigos, mecanismos de investigación especiales altamente intrusivos como la interceptación de comunicaciones telefónicas y el agente encubierto.
3. En materia administrativa: Se han creado Fiscalías de Alta Complejidad, Unidades Policiales Especiales, programas de capacitación, etc.
4. En materia internacional: Se ha relativizado el principio de la territorialidad frente a la criminalidad transnacional y se han adoptado nuevas formas de cooperación internacional entre autoridades judiciales, las policías y los Ministerios Públicos².

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

2 La Fiscalía de Chile ha celebrado en los últimos cinco años, una serie de convenios internacionales de cooperación internacional en materia de criminalidad organizada con otras Fiscalías de la Región, que dicen relación con investigaciones conjuntas, entrega de información, entregas vigiladas internacionales, capacitación, etc.:

- a) Con el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina, la Fiscalía de Chile celebró un convenio de cooperación interinstitucional que, entre otros objetivos contempla el intercambio de información sobre organizaciones criminales, blancos investigados, alertas tempranas, rutas de droga, capacitación, desarrollo de proyectos de investigación sobre el narcotráfico, amplia cooperación en acciones conjuntas.
- b) Con la Procuraduría General de los Estados Unidos Mexicanos, la Fiscalía de Chile celebró un acuerdo sobre intercambio de información y experiencias para el

En nuestro país, con el objeto de dotar al ordenamiento jurídico de un instrumento eficaz para enfrentar la criminalidad organizada, se creó la figura o técnica investigativa del agente encubierto. Ya en la historia del establecimiento de la Ley 19.366 que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes, se destacó la importancia del agente encubierto como el mejor elemento de prueba debido al nivel de conocimiento que tiene este funcionario sobre los participantes de una determinada organización criminal³, siendo aprobada el establecimiento de esta técnica, con un amplio consenso político y sin mayor discusión.

De igual manera, con la Ley 20.000 (que sustituyó la Ley 19.366) aprobada durante la vigencia en nuestro país de la Reforma Procesal Penal, se perfeccionó la figura del agente encubierto en varios aspectos que dicen relación con su autorización, ámbito de investigación, medidas de protección, creándose además una causal de justificación para los agentes e informantes encubiertos y reveladores.

En el presente trabajo, haremos una breve reseña histórica de la figura del agente encubierto y el contexto de su establecimiento, esto es, en un primer período como una herramienta investigativa para los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, para después ser exportada como técnica de investigación a otros ilícitos relacionados con la criminalidad organizada.

También se hará una distinción entre esta técnica investigativa y otras instituciones penales similares como la instigación y el agente provocador.

Respecto de la legitimidad de esta figura, se analizarán las diversas modalidades que puede asumir la actuación de un agente encubierto inserto en una organización criminal, que básicamente pueden ser de dos tipos: activa o pasiva.

La actuación activa de un agente encubierto, esto es, realizando conductas ejecutivas y de colaboración con la organización criminal, aparece legitimada por la proporcionalidad de la misma en relación a las características de la organización criminal; especialmente su grado de peligrosidad, los bienes jurídicos afectados y la existencia de otros mecanismos investigativos menos intrusivos como alternativa para lograr los mismos resultados.

combate a la delincuencia organizada transnacional, el narcotráfico, delitos conexos, y que además promueve la coordinación en acciones simultáneas en el territorio de cada país.

- c) Con la Fiscalía General de Colombia, la Fiscalía de Chile suscribió un protocolo de cooperación interinstitucional sobre remesas o entregas controladas o vigiladas de drogas y otras diligencias investigativas especiales.

3 Primer informe Comisión Constitución, Senado, Legislatura 327, Cuenta en Sesión 17, 23 de noviembre. En: Historia de la Ley 19.366, p. 425.

II. Características del crimen organizado

Respecto a la criminalidad organizada, si bien no existe un consenso sobre sus elementos (debido probablemente a la multitud de sectores sociales y económicos que afecta) se puede afirmar que utiliza un modelo organizativo similar al de otras estructuras sociales legítimas (por ejemplo una empresa).

Para Waldo Villapando⁴, existirían dos modelos de crimen organizado:

- 1) El modelo del padrino: Según este enfoque, las comunidades mafiosas son sociedades permanentes iniciadas con la extorsión y que operan con una estructura jerárquica y gran concentración de mando que asume el control exclusivo de un territorio o de un servicio determinado; la ley del secreto (la omertá en Italia) es un elemento esencial para su protección. El poder está ejercido para una familia o un pequeño grupo parafamiliar, que se maneja internamente como fraternidad.
- 2) El modelo empresa: Las comparaciones entre el crimen organizado y las empresas, involucran amplios aspectos, principalmente la distribución de responsabilidades internas, las jerarquías administrativas y la similitud de algunas operaciones de gestión.

En relación a las características del crimen organizado, tomaremos como fuente dos estudios: el primero es del profesor Joaquín Delgado contenido en el libro “Criminalidad Organizada”⁵, y el segundo, es un estudio realizado por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) sobre “El Crimen Organizado Internacional”⁶.

Según el profesor Joaquín Delgado, las principales características de la criminalidad organizada serían las siguientes⁷:

1. Disposición de mayores recursos personales y materiales: Esto supone una mayor facilidad para delinquir y por lo tanto un mayor desvalor en la conducta delictiva. La idea clave para entender la delincuencia organizada es “la sofisticación”⁸, es decir, se trata de estructuras criminales fuertemente complejas que suelen importar modelos organizativos de la economía legal.

4 VILLAPANDO, Waldo, *Crimen Organizado Transnacional*, Editorial Astrea, págs. 11-13.

5 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, Barcelona, Editorial JM Bosh, 2001, p. 24.

6 ROJAS ARAVENA, Francisco. II Informe del Secretario General de Flacso, El Crimen Organizado Internacional, 2006, págs. 9-11.

7 Ob. cit. N°5, p. 24.

8 Ibid.

2. Cultura de la supresión de la prueba: Las organizaciones criminales utilizan todo tipo de medios a su disposición para eliminar los vestigios de sus delitos, dificultando en forma extrema la investigación y posterior prueba en un juicio oral. Tal como lo señala el profesor Elvio Fassone⁹: **“si el reo siempre ha buscado no dejar huellas en su delito, o hacerlas desaparecer, las asociaciones criminales han elevado a ciencia este empeño, inscribiéndolo programáticamente en sus designios, añadiendo que ello comporta no sólo que la ciencia recíproca (la investigación) está obligada a seguir con modernidad la cultura de la supresión de la prueba, sino también la ciencia jurídica viene obligada a hacer lo mismo con la evolución de sus propias categorías dogmáticas tradicionales”**.
3. Empleo de la violencia: Es una forma de mantener el férreo control de la estructura de la organización y asegurar sus mercados **“la sociedad no presta a los empresarios ilegales servicio de policía, tribunales y códigos de comercio con la finalidad de garantizar la seguridad de la propiedad y el respeto de las normas esenciales en materia económica”**¹⁰.
4. Expansión de la actividad ilícita sobre el sistema: El poder económico proporciona a las organizaciones criminales una fuerte capacidad de influencia sobre la vida pública, económica, social y judicial, con la consiguiente relativización de las normas de un Estado de Derecho, poniendo en grave riesgo aquellos países con instituciones públicas débiles y económicamente vulnerables.
5. Transnacionalización de sus actividades: El crimen organizado ha sabido aprovechar el desarrollo económico y comunicacional, para diversificar e internacionalizar sus actividades delictuales, no solamente con un afán de lucro, sino también para protegerse contra la acción persecutoria estatal, dificultando considerablemente la persecución penal en estos casos.
6. Alto poder de cooptación: La posibilidad de obtener rápido asenso económico y social, hacen que estas organizaciones criminales representen un atractivo poderoso para jóvenes de ambientes marginales, los cuales son reclutados, proporcionando nuevos ambientes de criminalidad.

Según el II Informe del Secretario General de FLACSO sobre “El Crimen Organizado Internacional”, sus características serían las siguientes:

1. El crimen organizado no es ideológico: No busca el poder político como tal, lo que busca es tener en un contexto de estabilidad, formas de influencia que les permitan un marco de impunidad para desarrollar su acción¹¹.

9 Ibid, p. 2.

10 Ibid, p. 29.

11 En este sentido, el crimen organizado se diferencia del terrorismo. El terrorismo busca objetivos políticos a través del terror.

2. El crimen organizado posee una estructura jerárquica: Hay una autoridad que define y planifica los objetivos. Estas estructuras de mando han adquirido cada vez mayores grados de flexibilidad. En materia de drogas, es común detectar altos grados de atomización de una organización criminal, luego que es capturado uno de sus líderes, tal como lo afirma la investigación realizada por FLACSO¹²: **“Los carteles de la droga en los distintos países de América Latina en la medida que se han logrado apresar a sus principales cabecillas, se han dispersado y fragmentado en forma considerable, generándose un segundo y tercer nivel de nuevos mandos de autoridad para continuar con las actividades ilícitas, lo que hace más compleja la tarea de represión”**.
3. El crimen organizado posee una fuerte cohesión interna: Entre los aspectos que tienden a otorgar un mayor grado de cohesión, se encuentran los de carácter étnico o el origen de sus integrantes (familiar o territorial). El crimen organizado tiene una fuerte autoidentificación, busca desarrollar una fuerte credibilidad para poder intimidar.
4. El crimen organizado es una empresa ilegal: Generalmente también ingresa a la actividad lícita, facilitado por la corrupción.
5. El crimen organizado es crecientemente transnacional: la transnacionalización es una consecuencia creciente de la globalización.
6. El crimen organizado se articula en forma jerárquica y se especializa: Así por ejemplo, algunos estudios indican **“que los carteles mexicanos de drogas, que son los que controlan las principales cadenas de distribución y el ingreso de la droga a los Estados Unidos, están comprando directamente y al por mayor, la droga en Colombia. Es decir, existen almacenes de aprovisionamiento en Colombia en donde los distintos carteles entregan esta droga, allí es comprada y luego llevada a los grandes centros de consumo, fundamentalmente por mar y tierra”**¹³.
7. El crimen organizado produce distintos tipos de daños.

En conclusión, de acuerdo a estas características del crimen organizado, se puede afirmar que sus actividades ilícitas mutan en forma rápida y constante, fortaleciéndose por los procesos de globalización y acceso a tecnologías de punta. Su accionar en red, le otorga una alta flexibilidad de la cual carece el Estado, en especial, sus mecanismos tradicionales de persecución penal.

La especialización de las organizaciones criminales, la compartimentación de sus actividades y la segmentación de los flujos de información, requieren de

12 Ob. cit. N°6, p. 10.

13 Ibid, p. 9.

nuevos mecanismos de investigación que permitan acceder a los núcleos de toma de decisiones, siendo uno de esos instrumentos¹⁴, la técnica del agente encubierto.

III. Antecedentes históricos del agente encubierto

Los antecedentes históricos datan desde el período del absolutismo francés con la figura del llamado “*agent provocateur*” donde a instancias del poder político, se organizaban disturbios y atentados con el fin de generar un ambiente de temor político y social, que justificaban medidas de persecución en contra de los enemigos del régimen absolutista¹⁵.

En aquella época, los agentes de policía del régimen absolutista francés, inducían a otros (a los llamados *agent provocateur*) a cometer delitos públicos con la finalidad de deshacerse de los enemigos políticos del gobierno. Uno de estos episodios de provocación con fines políticos, ocurrió en la época del Cardenal Richelieu, con la realización de acciones criminales por parte de la policía francesa, al mando del Marqués de Angerson, que originaron un ambiente de tensión en el cual se pudieron llevar a cabo una serie de medidas coercitivas en contra de la oposición política¹⁶.

Junto con los *agent provocateur*, la policía francesa trabajaba con una serie de informantes y colaboradores que les suministraban información del ambiente social y político, colaboradores llamados *mouches* o *muchard*, divididos en dos categorías: los *observateur* que trabajaban clandestinamente para los inspectores, y aquellos individuos que operaban abiertamente llamados propiamente *mouches*, que eran personas detenidas que obtenían su libertad a cambio de

14 Otra de estas técnicas especiales de investigación, es la interceptación de comunicaciones telefónicas. En cuanto a la eficacia comparativa de ambas técnicas, considerando las características de las organizaciones criminales, parece ser más efectiva y menos riesgosa, la técnica de interceptación de comunicaciones telefónicas por las siguientes razones:

- a) La interceptación permite conocer en tiempo real las comunicaciones entre los miembros de una organización, sin necesidad de exponer la integridad de los funcionarios que ejecutan la técnica.
- b) El estricto control de los flujos de información de las organizaciones criminales, a través de las técnicas de contrainteligencia como la del compartimentaje, (mediante la cual, las distintas unidades operativas que conforman la organización, actúan sin conocer más detalles que los estrictamente necesarios para realizar una operación delictiva) impide que el agente encubierto pueda obtener información de primer nivel.
- c) El riguroso proceso de reclutamiento en las organizaciones, dificultan que un extraño (agente encubierto) pueda acceder a las cúpulas criminales donde se toman las decisiones.

15 MONTROYA, Mario Daniel, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2001, p. 39.

16 *Ibid*, p. 40.

colaboración y generalmente provenían de los estratos más bajos de la sociedad francesa¹⁷.

Los observadores en cambio, no necesariamente provenían de los estratos sociales más bajos. El tipo de *observateur* era seleccionado por la policía según el ambiente social en que se debía infiltrar.

Las fuerzas del orden revolucionario de 1793, también utilizaron la figura del *agent provocateur* en las prisiones con el fin de descubrir complotos. Estos espías de prisiones fueron llamados *moutons de prisons*¹⁸.

El agente provocador tuvo una presencia constante en la historia política francesa desde la época del régimen absolutista hasta la fase posrevolucionaria. Llama la atención al profesor Mario Daniel Montoya que la figura del agente provocador no haya tenido ningún tratamiento doctrinal ni jurisprudencial: **“es llamativo el hecho de que la figura del agente provocador fuera ignorada por la doctrina y jurisprudencia francesa hasta la Segunda Guerra Mundial, cuando resurgió”**¹⁹.

En Chile, la figura del agente encubierto fue introducida en nuestra legislación en el año 1995 por la Ley 19.366 que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas²⁰, que en su artículo 34 inciso segundo señalaba: **“Se entiende por agente encubierto, el funcionario policial que, debidamente autorizado por sus superiores, abandona su identidad oficial y se involucra o introduce en organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes y recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal”**. La Ley 19.366 nada decía sobre el ámbito en que les estaba permitido actuar a los agentes encubiertos, ni se establecían circunstancias eximentes de responsabilidad para el evento que el agente tuviera que realizar alguna conducta típica.

Posteriormente, la Ley 20.000, que sustituyó la Ley 19.366, contemplaba originalmente en su proyecto, el artículo 63 inciso segundo que señalaba: **“un reglamento regularía los límites y características de estas técnicas”**. En el

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Ibid, p. 41.

20 En el año 1992 en el informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile, de la Cámara de Diputados, se señaló que se hacía necesario introducir modificaciones a la legislación vigente, a fin de hacerla más eficaz en el combate del narcotráfico, entre ellas, **“incorporar a la actual legislación dos aspectos o medidas de utilidad como son el agente encubierto y el informante, regulando su participación con normas legales y administrativas que precisen su desempeño y debido control”**, siendo aprobado por unanimidad en esa Comisión Especial, el artículo 34 que contemplaba la figura del agente encubierto, generando amplio consenso en el Senado la aprobación de esta figura.

control de constitucionalidad, dicha disposición fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por estimar que esa materia debería ser regulada por una Ley Orgánica Constitucional, específicamente la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y no por un reglamento ²¹, razón por la cual se eliminó esa disposición del proyecto.

La Ley 20.000 perfeccionó la técnica investigativa del agente encubierto en los siguientes aspectos:

1. Se la diferenció de la técnica del agente revelador.
2. Se reservó la facultad de autorizar esta técnica investigativa al Ministerio Público.
3. Se amplió el ámbito de su actuación a las organizaciones delictuales, meras asociaciones y agrupaciones con propósitos delictivos.
4. Se facultó al Ministerio Público para otorgar una historia ficticia al agente encubierto.
5. Se facultó al Tribunal para autorizar el cambio de identidad del agente encubierto después del juicio, para su seguridad.
6. Se establecieron medidas de protección especiales para los agentes encubiertos como la prueba anticipada, secreto de actuaciones de investigación, etc.

21 Sentencia Tribunal Constitucional, 25 de enero del 2005, Rol N°433-2005, que señala en lo pertinente:

“Décimo Octavo: Que, el inciso primero de dicho precepto dice relación con “las sustancias y especies vegetales” a que aluden los artículos 1, 2, 5 y 8, al configurar los tipos penales que contemplan, con “los requisitos, obligaciones y demás exigencias” que deben cumplirse para obtener la autorización del Servicio Agrícola y ganadero a que se refiere el artículo 9 para sembrar, plantar, cultivar y cosechar las “especies vegetales” que indica y con el “control y fiscalización de dichas plantaciones”; todo lo cual debe ser normado por un reglamento.

En cambio, su inciso segundo alude a las técnicas comprendidas en los artículos 23, 24 y 25 del proyecto con el objeto de llevar adelante la investigación de aquellos hechos que, en conformidad en lo que establece el artículo 80 letra A de la Constitución Política, le corresponde dirigir, en forma exclusiva, al Ministerio Público, las que han de ser, igualmente reguladas por un reglamento.

Décimo Noveno: Que como puede observarse, ambos párrafos del artículo 63 hacen referencia a dos órdenes de materias por completo diferentes, y no constituyen, por lo tanto, un todo orgánico y sistemático de carácter indisoluble. Por el contrario, cada uno de ellos se sustenta a sí mismo y tiene autonomía normativa;

Vigésimo: Que, al analizar el contenido de los dos incisos y, en armonía con lo antes expuesto, se concluye que el primero es propio de una ley común. Y, el segundo, de la ley orgánica constitucional contemplada en el artículo 80 B de la Carta Fundamental, en atención a que dice relación con las atribuciones del Ministerio Público, las cuales de acuerdo con el mismo precepto, deben estar comprendidas en dicho texto legal, al que, por tal motivo, modifica”.

7. Se creó una causal eximente de responsabilidad penal para los delitos en que deba incurrir y los que no pudiere evitar.

IV. Concepto de agente encubierto y su reconocimiento normativo

Para el profesor Sergio Politoff, el agente encubierto **“es aquel funcionario policial que oculta su calidad de policía y se infiltra en la organización criminal, por encargo, y con autorización de su servicio”**²².

Para el profesor español Juan Muñoz Sánchez, se entiende por agente encubierto **“aquellos funcionarios policiales que actúan en la clandestinidad, generalmente con otra identidad, y que desempeñan tareas de represión y represión del crimen mediante la infiltración en organizaciones criminales a fin de descubrir a las personas que las dirigen, recabando pruebas y pres-tando testimonio de cargo ante la justicia”**²³.

Para el profesor español Joaquín Delgado Martín, el agente encubierto **“es un funcionario de policía que realiza su labor de investigación ocultando su condición de agente estatal, infiltrándose en ocasiones en la organización criminal, para lo cual podrá llegar a adoptar una identidad supuesta”**²⁴.

Para la profesora española Teresa Molina Pérez, el agente infiltrado **“es un funcionario de la Policía que tiene por misión actuar, dentro de la clandestinidad, en un determinado ambiente criminal para reprimir y prevenir acciones delictivas, y para descubrir a quienes integran la organización criminal, con las tareas y funciones que les vienen atribuidos por la Ley”**²⁵.

El agente encubierto, se encuentra definido en el artículo 25 inciso segundo de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, el cual señala: **“Agente encubierto es el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictuales o meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objeto de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación”**.

22 POLITOFF, Sergio, “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley 19.9366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Gaceta Jurídica*, N°203, Santiago, Chile, mayo 1997, p. 8.

23 MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El agente provocador*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996, p. 41.

24 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad Organizada*, Barcelona, Editorial JM Bosh, 2001, p. 45.

25 MOLINA PÉREZ, Teresa, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”. En: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLII, 2009, 153-174, p. 155.

Además, la figura del agente encubierto tiene amplio reconocimiento normativo, en diversos cuerpos legales:

- 1) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también llamada Convención de Palermo, en su artículo 20 número 1: **“Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con el objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”**.
- 2) El Art. 369 ter. del Código Penal referido a la investigación de los delitos de pornografía infantil y prostitución infantil señala que: **“podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte”**.
- 3) Ley 20.507 de Tráfico de Migrantes y Trata de Personas: Artículo 411 octies. Previa autorización del juez de garantía competente, el fiscal podrá autorizar: **“que funcionarios policiales se desempeñen como agentes encubiertos y, a propuesta de dichos funcionarios, que determinados informantes de esos servicios actúen en esa calidad”**.
- 4) Ley 19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero: Artículo 33: a) Investigación: **“se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional con o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos”**.
- 5) Ley 19.974 Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado que crea la Agencia Nacional de Inteligencia: en su Título IV titulado **“De los procedimientos especiales de obtención de información”**, dispone en el artículo 31: **“Los directores o los jefes de los organismos de inteligencia milita-**

res o policiales, sin necesidad de autorización judicial, podrán disponer que uno de sus funcionarios, en el ámbito de las competencias propias de su servicio y en el ejercicio de las actividades señaladas en el inciso segundo del artículo 23, oculte su identidad oficial con el fin de obtener información y recabar antecedentes que servirán de base al proceso de inteligencia que se refiera esta ley, para tal objetivo podrá introducirse en organizaciones sospechosas de actividades criminales”.

“La facultad a que se refiere el inciso primero comprende el disponer el empleo de agentes encubiertos, y todos aquellos actos necesarios relativos a la emisión, porte y uso de la documentación destinada respaldar la identidad creada para ocultar la del agente”²⁶.

V. Naturaleza jurídica del agente encubierto y sus formas de actuación

De acuerdo a los conceptos doctrinarios de agente encubierto y a la forma en que ha sido reconocida esta la figura, se puede concluir que es una técnica de investigación especial cuya finalidad es descubrir una conducta delictiva preexistente.

En efecto, el agente encubierto con su actuación, no determina el nacimiento de un hecho delictivo nuevo, sino que se infiltra en una organización delictual (también mera asociación o agrupación con propósitos delictivos), cuya conducta criminal ya se encontraba en curso o consumada.

El agente encubierto a diferencia del agente provocador, no hace aparecer en otro una voluntad delictiva que no existía, no es instigador de un delito ya que no se dan los presupuestos de esa forma de participación criminal²⁷, sino que pone al descubierto el tráfico ilícito u otras formas asociativas criminales como la conspiración o la asociación ilícita para cometer delitos de tráfico, delitos que existían con anterioridad a la intervención del agente encubierto.

26 El artículo 23 inciso segundo de esta Ley, señala que estos procedimientos estarán limitados exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, del crimen organizado y del narcotráfico. Por otra parte, artículo 31, al hablar de “**organizaciones sospechosas de actividades criminales**”, no restringe su ámbito de aplicación. Por lo cual, para darle coherencia a esta normativa en relación a las facultades privativas del Ministerio Público para autorizar a funcionarios policiales para que actúen como agentes encubiertos en materia de narcotráfico, habrá que concluir que el agente encubierto de la Ley 19.974 solamente podrá utilizarse para recabar información para el proceso de inteligencia y no para un proceso jurisdiccional.

27 La doctrina nacional entiende que para que pueda hablarse de instigación, es menester que esta sea eficaz, es decir, que debe efectivamente hacer nacer la determinación de realizar el hecho. Si el inducido rechaza la instigación, si la resolución delictiva ya se había formado por sí sola en el inducido o este último comete un delito diferente al incitado, no hay inducción punible.

En la práctica, la actuación del agente encubierto en el interior de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, va a ser incompatible con la figura de la instigación criminal. Ello, debido a que los delitos tipificados en la Ley 20.000 tienen ciertas particularidades en su estructura típica que, sumado a ciertas formas de participación propias de organizaciones criminales que son dirigidas por sujetos con dominio del hecho que tienen poder de reemplazo sobre los ejecutores, hacen que el agente encubierto trabaje en ambientes delictuales cuyo quehacer delictivo se está renovando constantemente.

Algunas de las características de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes que harían inviable la posibilidad de instigación por parte de un agente encubierto que opera dentro de una organización criminal, son las siguientes:

- 1) El carácter de emprendimiento de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes. Esto significa que la actividad de narcotráfico está constituida por una serie de etapas y fases progresivas (como las de importar, transportar, guardar, distribuir, etc.), y en la cual intervienen varios sujetos que son sancionados por igual, hayan o no iniciado la actividad. Es decir, cada sujeto con su conducta le está dando principio de ejecución a una actividad global, a una progresión delictiva que fue precedida por la conducta de otro. En este sentido, difícilmente un agente encubierto que se incorpora en cualquier fase de este ciclo, podría inducir a otro sujeto vinculado a este circuito a que inicie una actividad delictiva nueva, independiente y desvinculada al proceso delictual. Más bien, parece ser que el agente encubierto se acopla a un desarrollo delictivo pre existente, que era conocido y aprobado por todos intervinientes.
- 2) La fungibilidad de los ejecutores en una organización criminal: La forma en que operan estas organizaciones de traficantes, esto es, como verdaderas empresas criminales que son dirigidas por personas que no ejecutan materialmente las acciones típicas pero que tienen el control de los cursos causales y cuentan con la seguridad que las actividades ejecutivas necesariamente se realizarán por parte de los eslabones más bajos de la organización, imposibilitan la instigación de un agente encubierto. Este estilo de funcionamiento, dificulta en la práctica, que un agente encubierto pueda actuar como instigador, ya que, no obstante su conducta colaborativa con la organización, la actividad a la que coadyuva necesariamente se iba a producir (con o sin la intervención del agente encubierto) incluso con independencia de la predisposición criminal del ejecutor, por cuanto el férreo control y direccionamiento de la organización criminal por parte de sus líderes, garantiza que las actividades ejecutivas se realicen, ello debido a la capacidad de reemplazo que tienen sobre los autores que ejecutan materialmente las conductas típicas.

En el marco de esa labor, y desde un punto de vista operativo, el agente encubierto puede actuar de dos formas dentro de una organización criminal:

La primera, es en forma pasiva, consistente en un actuar contemplativo, limitando su accionar a la de un mero observador de un ambiente delictivo. Estos casos son excepcionales y no responden a la realidad criminológica de las organizaciones criminales ni tampoco es lo político criminalmente esperable de una técnica investigativa moderna. Así lo entiende el profesor Sergio Politoff en la hipótesis que el agente encubierto no pudiera realizar conductas típicas: **“si esa opinión...se interpretara en su sentido literal, la actividad del agente encubierto y/o informante estaría reducida a la de un contemplador puramente pasivo de las acciones de la asociación ilícita a la que se ha introducido. Tal concepción sería utópica...Claro está: si se infiltra un agente de policía o un informante en una organización criminal (particularmente de la clase que nos ocupa, que no se caracteriza por su simpatía hacia los observadores pasivos), es para trabajar, para hacer algo, y ese algo no podría consistir únicamente en pasearse por los escondites o lugares de reunión en que la organización funciona para hacer preguntas o recoger información, lo que resultaría por lo demás, bastante más peligroso para el agente o informante, que los riesgos que se quieren evitar a través de las medidas de precaución con que la ley ha rodeado sus declaraciones en el sumario.**

Es concebible por supuesto, que un agente encubierto efectúe labores de indagación en casos determinados, sin ejecutar actos de colaboración o instigación a la perpetración de hechos punibles que sirvan para desenmascarar y aprehender a los responsables. Así por ejemplo, fingirse un amigo de la persona que debe recibir una partida de sustancias estupefacientes, para estar allí en el momento de la entrega. Pero tales casos son excepcionales, aunque sólo sea porque los integrantes de bandas criminales son gentes de pocos amigos, no dispuestos a ventilar sus negocios ilícitos en presencia de testigos no comprometidos”²⁸.

La segunda forma de actuar, es de una manera activa dentro de la organización criminal, realizando labores ejecutivas y de colaboración en la organización con la triple finalidad de identificar a los partícipes, reunir información y recoger antecedentes necesarios para la investigación. En cuanto a la admisibilidad de esta forma de operar del agente encubierto (actuaciones que podrían ser subsumibles dentro de algún tipo penal), además de las razones político criminales explicadas por el profesor Sergio Politoff, un análisis sis-

28 POLITOFF, Sergio, “El agente encubierto y el informante infiltrado en el marco de la Ley 19.9366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”. En: *Gaceta Jurídica*, N°203, Santiago, Chile, mayo 1997, p. 7.

temático de las normas de la Ley 20.000 confirman la admisibilidad de estas actividades ejecutivas del agente encubierto:

- Existe una causal de exención de responsabilidad especial para los agentes e informantes encubiertos, cuya premisa es la comisión de actos típicos por parte del funcionario policial.
- Esta técnica de investigación especial se encuentra regulada conjuntamente con otras técnicas investigativas excepcionales como las entregas vigiladas, que, de no mediar autorización del Ministerio Público, devendría en delictiva la circulación de la droga.
- La facultad de dotar al agente encubierto de una historia ficticia, se justifica también por lo delicado de las conductas activas que eventualmente va a realizar dentro de la organización criminal.

En cuanto a la legitimidad de la conducta del agente encubierto (activa o pasiva), el estándar para determinarlo, es el de la proporcionalidad²⁹. De esta manera se podrá evaluar si la intensidad de la conducta del agente encubierto era necesaria y la más adecuada para obtener la finalidad ordenada por la ley, atendido el particular contexto del ambiente delictivo en el cual se estaba desarrollando el agente encubierto y la existencia de otros mecanismos investigativos menos intrusivos que habrían podido utilizarse.

Tratándose de actividades orientadas a obtener objetivos legítimos y reconocidos por la ley, el legislador concedió en el artículo 25 inciso final, tanto para agentes como informantes encubiertos, una especial causal de exención de responsabilidad penal, redactada en los siguientes términos³⁰: **“El agente encubierto, el agente revelador y el informante en sus actuaciones como**

29 La Constitución chilena no contiene ninguna norma que consagre el principio de la proporcionalidad aunque puede entenderse implícito en las reglas del Estado de Derecho como la interdicción de las actuaciones arbitrarias de los poderes públicos.

30 La Ley 19.366 no contemplaba esta causal de exención de responsabilidad para los actos del agente encubierto, no obstante lo cual, la doctrina estimaba que no era delictiva su conducta. Alguno de los argumentos eran los siguientes, desde la perspectiva que el agente era un agente provocador:

1. Para la doctrina alemana, se excluye la punibilidad del agente provocador, si este sólo se proponía que el hecho del autor principal quedara en fase de tentativa. El fundamento de la impunidad radica en que el provocador no quiere la consumación del delito del autor principal. La instigación punible apunta hacia dos efectos: a que surja la decisión de actuar en el autor principal y a que el delito se lleve a cabo. Si faltan ambos elementos, no hay instigación.

2. Para la doctrina holandesa, aunque el delito del agente provocador se encuentre consumado, el agente provocador no es punible, si el bien jurídico tutelado por el delito no ha sido puesto en peligro. Para estos autores, es difícil concebir el tráfico en fase de tentativa y por lo tanto, la inducción lleva necesariamente a la consumación.

3. Para la doctrina Española, el tema no está resuelto:

agente encubierto o agente revelador, estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”.

Esta causal de exención de responsabilidad penal tiene las siguientes características:

1. Es una causal de justificación que se funda en un interés preponderante consistente en el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un oficio o cargo (artículo 10° N°1 del Código Penal).
2. No restringe su aplicación a ciertos delitos, sólo hace referencia a que estos sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma.

VI. Requisitos del agente encubierto

- 1) Autorización por parte del Fiscal del Ministerio Público: Al igual que otras técnicas especiales de investigación como las entregas vigiladas y controladas, se requiere autorización expresa por parte del Fiscal.

Una sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en causa Rol N°3501 2014 de fecha 7 de abril del 2014, acogió un recurso de nulidad por no encontrarse vigente la autorización dada por el Fiscal para la actuación de un agente revelador. Destaca entre los argumentos de la Corte Suprema, el

- Juan Bustos señala que parece predominar la opinión en el sentido que si se instiga un hecho determinado que deba ser detectado por la autoridad, no hay verdadera instigación.

- Rodríguez Devesa se pone en el caso que el instigador piensa detener el curso de la ejecución e impedir que el hecho llegue a consumarse, afirma la responsabilidad criminal del provocador, porque las reservas mentales que albergue el provocador no alteran en absoluto el hecho que ha realizado consciente y deliberadamente los actos necesarios para que surja la determinación criminal en el provocado, lo que es tanto como inducirle a que cometa el delito.

- Para Jiménez de Azúa, la intervención de la policía lleva consigo la exclusión de todo daño o peligro para el bien jurídico, por lo que se tratará de un delito absolutamente imposible.

- Para Fernández Carrasquilla, si lo que el provocador hizo fue únicamente tender un cerco para sorprender al provocado, su actuación estará justificada por el ejercicio de un derecho o un cargo.

- Gómez Rivero, pone el acento en la ausencia de los elementos subjetivos de la inducción.

hecho que esta diligencia resulta tan violenta que el legislador dispuso una causal de exención de responsabilidad penal para el que la utiliza³¹.

31 Sentencia Excma. Corte Suprema, 7 de abril del 2014, Rol N°3501-2014, que señala en lo pertinente:

“QUINTO: Que en el caso que se revisa, la autorización para el desempeño como agente revelador otorgada a la Cabo Primero J. H. Á. fue limitada por el Oficio N°1264, de 3 de mayo de 2013, a 30 días, en circunstancias que la intervención de la policía en esa calidad es de 23 de julio del mismo año. La prueba nueva que se permitió rendir al Ministerio Público para salvar la anomalía advertida consistente en un documento extendido con la misma fecha pero con un número correlativo menor, no manifiesta con la claridad que cree ver el fallo que la actuación se ajustaba a los términos de la autorización conferida por el fiscal.

SEXTO: Que, a mayor abundamiento, la autorización vigente cuya existencia reclama el persecutor para proceder con la mencionada técnica no constaba en la carpeta de investigación, lo que manifiesta una infracción al deber de registro, pues lo único que se ha demostrado es la existencia de dos documentos con diverso número identificatorio ninguno de los cuales estaba vigente a la fecha de la diligencia, lo que era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva. Existe un reconocimiento expreso de las autoridades involucradas en el sentido que se hizo uso de la técnica que señala el artículo 25 de la Ley N°20.000, sin que resulten plausibles las explicaciones postreras de creer que actuaban al alero de una autorización vigente, cuando en realidad lo único cierto es que procedieron después de un mes y treinta días desde que había expirado, todo lo cual ha quedado en evidencia con la prueba rendida.

SÉPTIMO: Que en este escenario los agentes policiales ejecutaron una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador no era válida al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para ingresar al inmueble del imputado y proceder a su detención.

OCTAVO: Que a resultas de lo verificado, cuando la policía ingresó al domicilio del inculpaado y procede a incautar evidencias de cargo, todo lo obrado al interior de ese inmueble adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba contra el imputado, puesto que de lo contrario, se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas.

NOVENO: En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el magistrado, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación, tanto como rige no sólo para el persecutor, sino también para el Sr. Juez de Garantía, como regla general del procedimiento, el Título I que fija los principios básicos y el párrafo 2° del Título II del Libro I del Código Procesal Penal, en cuyo texto explica el artículo 9° que el juez puede –en casos urgentes– otorgar una autorización que restrinja o perturbe derechos a una persona por cualquier medio idóneo, sin perjuicio de la constancia posterior en el registro correspondiente; del mismo modo, el artículo 21 expresa que las comunicaciones que corresponden a requerimientos de información entre autoridades, tribunales y de asistencia internacional también pueden realizarse por cualquier medio idóneo, sin perjuicio del posterior envío de la documentación que fuere pertinente.

- 2) No provocar o instigar al delito: La actuación del agente encubierto, no puede originar una predisposición delictiva en otra persona que no la tiene. La finalidad de esta técnica investigativa es el descubrimiento de un hacer criminal que se encuentra en desarrollo. A lo más, el agente encubierto va a concretizar una actividad delictiva ya existente pero no puede generar una voluntad delictiva en quien no la tenía.
- 3) Introducción en una organización delictiva: Los términos empleados por la Ley 20.000 son bastante amplios, se refiere a organizaciones delictuales o meras asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos. No se limita el ámbito de operación a las asociaciones ilícitas contempladas en el artículo 16 de la Ley 20.000³².
- 4) Proporcionalidad en la actuación del agente encubierto: Es un requisito no solamente consagrado en la causal de exención de responsabilidad penal del artículo 25 inciso final de la Ley 20.000, sino que es inherente al Estado de Derecho, emana de la dignidad humana y se exige a todas aquellas actuaciones del Estado que afecten derechos fundamentales.

El principio de la proporcionalidad exige una relativa gravedad de la infracción perseguida así como una ponderación de los intereses en juego por parte del agente encubierto y su controlador, para discernir si la intromisión y consiguiente restricción del derecho fundamental en beneficio del interés público debe primar sobre el interés del titular del referido derecho.

En este sentido, una sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol 275-2014 de fecha 1 de Septiembre del 2014 que rechazó un recurso de nulidad deducido por la defensa de funcionarios policiales quienes utilizaron ilegalmente la técnica del agente revelador, quienes además de ello emplearon a un menor de edad para tales efectos, hace suyos los razonamientos del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la Serena, en

No cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador o la de un Juez de Garantía que permite el ingreso y registro de una propiedad han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria del funcionario por muy fiable que aquella sea, cuando se ha procedido en casos urgentes que han aconsejado dar la orden en forma verbal”.

- 32 Excepcionalmente, nuestro legislador permite la utilización de esta técnica para investigar a una persona que individualmente hubiere cometido o preparado la comisión de delitos de pornografía infantil o prostitución infantil. Así lo permite la disposición del artículo 369 ter: **“Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter”.**

orden a exigir la proporcionalidad en la utilización de tal técnica policial, en forma restrictiva y solamente para los casos que la ameriten³³.

Según los profesores Arnold, Martínez y Zúñiga, el principio de la proporcionalidad, tiene a su vez, los siguientes requisitos³⁴:

1. Debe perseguir una finalidad legítima.
2. Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo.
3. Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que menos afecte los derechos involucrados (mínimo de intervención).
4. Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si estos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad.

De acuerdo con ello, la actividad del agente encubierto deberá estar precedida de una constante ponderación de estos elementos cuando con su actividad pueda afectar derechos fundamentales. Por lo mismo, es importante estable-

33 Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, 1 de septiembre del 2014, Rol N°275-2014, que señala en lo pertinente reproduciendo los razonamientos del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la Serena causa RUC N°1000279975-3:

“DECIMOCUARTO: ...Tampoco puede ser justificación para la perpetración del ilícito, que se saque droga de circulación, atendido el bien jurídico protegido que subyace en la Ley 20.000, ya que no obstante el interés en combatir en forma vigorosa al crimen organizado alrededor del tráfico de drogas, y los diferentes delitos asociados a éste, que demanda mayor tolerancia para minimizar el impacto de abusos y los vicios de procedimiento que tales abusos conllevan, las herramienta que el legislador ha entregado a través de la Ley 20.000, por medio de técnicas especiales de investigación, deben ser utilizado por las policías en forma restrictiva y únicamente en casos que lo ameriten, es decir, con la proporcionalidad debida, y autorizados por funcionario competente...Entre estas técnicas especiales se encuentran el agente encubierto, el agente revelador y el informante, estatuidos en el artículo 25 de la Ley 20.000, y que define a cada uno de ellos, pero el legislador no entrega una licencia desprovista de legalidad y control para quienes hagan uso de ellas, y su límite está inexorablemente dado por el sistema de derechos y garantías que la Constitución y la Ley aseguran...No merece mayores dudas que un menor adolescente no puede ser utilizado bajo ninguna circunstancia para provocar o inducir la entrega de droga, lo que por lo demás, teniendo en consideración su edad y su nula instrucción en acciones de esta naturaleza, que duda cabe, dicha operación pudo encerrar un peligro para su integridad física y psicológica”.

34 ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José; ZÚÑIGA, Francisco, “El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Estudios Constitucionales*, año 10 N°1, Santiago, Chile, 2012, p. 71.

cer primeramente qué tipo de organización es aquella en la cual se infiltra el funcionario (si es una mera asociación, una agrupación con propósitos delictivos, una organización delictual, una organización transnacional, si es una organización importadora de drogas o distribuidora), sus mecanismos de contrainteligencia (técnicas de chequeo y contra chequeo, compartimentaje, dobles tratos con agentes policiales, informantes infiltrados en organismos policiales, etc.), su grado de peligrosidad, la urgencia de la diligencia investigativa, los recursos investigativos disponibles, posibilidad de recurrir a otras técnicas igualmente eficaces y menos intrusivas, etc.

VII. Conclusiones

- La criminalidad organizada es un fenómeno dinámico, que actúa en red con otras organizaciones delictuales, ha sabido aprovechar las ventajas de la globalización, transnacionalizando sus actividades y aprovechando las tecnologías de punta para realizar sus operaciones.
- Esas características de la criminalidad organizada, además de la fuerte cohesión interna, lo que se refleja en el riguroso proceso de selección de sus integrantes y el control de los flujos de la información, hacen necesaria la existencia de mecanismos de investigación altamente intrusivos que permitan acceder a los espacios donde se genera la decisión delictual.
- El agente encubierto es una técnica investigativa especial que tiene su fundamento en la necesidad de contar con instrumentos eficaces para investigar la criminalidad organizada, técnica que tiene un amplio reconocimiento normativo nacional e internacional.
- Algunas características de los tipos penales contemplados en la Ley 20.000, hacen que la actividad del agente encubierto inserto en una organización criminal, signifique siempre el descubrimiento de delitos que actualmente se encuentran en curso y desarrollo, siendo inconcebible en esa forma de generación de conductas criminales, que un agente encubierto dé origen a una voluntad delictiva nueva que antes no existía, ya que necesariamente esas conductas se van a ejecutar, incluso con independencia de la predisposición del ejecutor, por ser precisamente el delito de tráfico un delito de emprendimiento que está en constante evolución y por tratarse de organizaciones criminales que operan bajo la fórmula de la autoría mediata, esto es, con autores ejecutores fungibles y reemplazables.
- El agente encubierto puede actuar de manera activa o pasiva en una organización criminal. De forma pasiva, como un mero contemplador de las operaciones criminales. De forma activa, facilitando, colaborando con las actividades criminales que se encontraban en curso.

- La legitimidad de la actuación del agente encubierto está determinada por sus presupuestos y requisitos, y muy especialmente por el requisito de la proporcionalidad de su actuación. Este es un requisito que subyace en toda actuación de los poderes del Estado, emana de la dignidad humana y exige un ejercicio racional del poder público.
- La proporcionalidad de la conducta del agente encubierto, va a significar en la práctica una ponderación de los elementos del principio de la proporcionalidad en el caso concreto. Por lo cual, no se podría, per se, desestimar la actuación de un agente encubierto por haber afectado un derecho fundamental sin haber hecho previamente este ejercicio de valoración.
- Para la correcta ponderación de los intereses en conflicto, para determinar la legitimidad de la actuación del agente encubierto, esto es, si su conducta era necesaria e idónea para obtener su fin reconocido por la ley, habrá que conocer las características de la criminalidad organizada, sus métodos de contrainteligencia, sus políticas de eliminación de prueba, su forma de cohesión. Esto, por cuanto si bien el agente encubierto es una técnica de excepción, igualmente excepcional es el crimen organizado que atenta de forma permanente y más violenta contra todo tipo de bienes jurídicos individuales y supra individuales.

LA IGNORANCIA DELIBERADA EN EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Lorena Rebolledo Latorre¹

I. Introducción

La doctrina de la *ignorancia deliberada*, también llamada, *ceguera ante los hechos o ceguera intencional y desconocimiento provocado*, nace en el siglo XIX, en el derecho angloamericano bajo la denominación de la “willful blindness”.

En términos simples, esta doctrina contempla aquellos casos en que el sujeto en forma intencional, deseada, se coloca en una situación de ignorancia ante un hecho penalmente relevante.

Pese a que en la actualidad, en el derecho continental, se ha verificado un interesante debate académico, en nuestro país, poco se ha discutido acerca de esta figura, careciendo por consiguiente de desarrollo dogmático y jurisprudencial. Ello podría deberse a que el “dolo eventual” resuelve en gran medida las situaciones en que el sujeto se coloca en una situación de desconocimiento intencional sobre el tipo penal, vale decir, tal como lo refiere la primera sentencia española que menciona a la ignorancia deliberada, ello se traduce en: “no querer saber aquello que puede y debe conocerse”².

Mencionaremos, asimismo, especialmente casos de narcotráfico³ en los cuales se ha dado reconocimiento a esta figura doctrinal, tomando finalmente una postura dentro de esta materia.

II. La doctrina de la *willful blindness*⁴

Como primer antecedente podemos citar un caso ocurrido en *Inglaterra*, “Regina v. Sleep”, cuya sentencia data del año 1861, en la cual se condenó al imputado por malversación de bienes de dominio público, delito que requería el conocimiento por parte del sujeto activo de que los bienes eran estatales. Este fallo fue revocado por falta de prueba del conocimiento de la titularidad

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

2 Tribunal Supremo español, 10 de enero de 2000 [en línea]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> [fecha de consulta: 26 enero 2015].

3 En España esta doctrina se ha aplicado también a casos de lavado de activos, terrorismo, tenencia ilícita de armas y delitos patrimoniales.

4 RAGUÉS i VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona, España, Atelier, Libros Jurídicos, 2007, págs. 65-70.

estatal sobre los bienes, asimismo no se acreditó que el Sr. Sleep se haya abstenido intencionalmente de adquirir dicho conocimiento.

Posteriormente, se dictaron otras sentencias similares, asentándose de esta forma en la doctrina inglesa, a finales del siglo XIX, la equiparación entre la *willful blindness* y el conocimiento.

La *willful blindness* surge en la jurisprudencia de *Estados Unidos* en 1899, en el fallo del Tribunal Supremo en el caso “Spurr v. United States”, en la que dicho tribunal condena al acusado, presidente del Banco Comercial Nacional de Nashville, por haber certificado cheques emitidos por un cliente contra una cuenta sin fondos. El Tribunal Supremo consideró que la intención del autor puede presumirse cuando éste se mantiene deliberadamente en la ignorancia sobre si el librador tiene o no dinero en el banco o cuando muestra una “indiferencia crasa” sobre su obligación de verificar la existencia de estos fondos.

Esta doctrina se aplicó escasamente entre 1899 y 1960, expandiéndose de manera significativa en la década del 70 para casos de tráfico ilícito de estupefacientes.

Desde la década de los 60, la doctrina de la *willful blindness* se ha visto subordinada por las previsiones del Model Penal Code propuesto en el año 1962 por el American Law Institute, considerado como estándar para la legislación penal. La sección 2.02.7 de este instrumento titulada “*El conocimiento de la alta probabilidad satisface la exigencia de conocimiento*” reza: “cuando el conocimiento de la existencia de un hecho particular sea elemento de una infracción, *concorre tal conocimiento si el sujeto es consciente de la alta probabilidad de la existencia del hecho*, a menos que realmente crea que dicho elemento no concurre”⁵.

Finalmente, en *España*, a partir del año 2000, el Tribunal Supremo ha dado aplicación, especialmente en casos de narcotráfico y lavado de dinero, a la “teoría de la ignorancia deliberada”, considerando para ello la doctrina de la *willful blindness*, y equiparando la ignorancia deliberada al dolo.

III. Dolo versus imprudencia. Solución al tratamiento jurídico penal de la ignorancia deliberada

En este trabajo nos enfocaremos a determinar cuál sería el tratamiento jurídico penal más adecuado de la “ceguera ante los hechos”, considerando especialmente casos de tráfico ilícito de drogas, teniendo en cuenta la difícil atribución de responsabilidad penal en estructuras complejas de criminalidad,

5 RAGUÉS, ob. cit., p. 72.

“verdaderas empresas”, incluso algunas “transnacionales”, tal como se verifica en organizaciones de traficantes que presentan división funcional del trabajo, con diferentes grados de conocimiento y toma de decisiones.

Ahora bien, en materia de imputación subjetiva, resulta indispensable diferenciar el dolo y la imprudencia, previo a analizar el instituto que nos convoca: la ignorancia deliberada.

Para CURY, “Dolo es el *conocimiento* del hecho que integra el tipo, acompañado por la *voluntad* de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria⁶”. En otros términos, “saber el sujeto lo que va a ejecutar y en querer hacerlo⁷”.

Así, la dogmática penal distingue dos elementos en el dolo: el cognoscitivo (conocimiento) y el volitivo (voluntad).

En el elemento cognoscitivo “(s)e exige que el sujeto activo conozca todas las características materiales que conforman la acción descrita por el tipo objetivo, tanto las descriptivas como las normativas. Deberá saber, por consiguiente, cuál es la actividad que desarrollará (naturaleza, forma y medios de ejecución), el curso causal que se pondrá en desarrollo y los efectos que provocará⁸”.

El elemento volitivo se traduce en la voluntad de realización del tipo legal.

Respecto de la categorización del dolo, podemos señalar que éste se divide en directo o de primer grado; indirecto, de las consecuencias necesarias o de segundo grado, y eventual.

“Hay dolo directo cuando la intención del sujeto, aquello que pretendía, coincide con el resultado de la acción realizada⁹”.

Para BULLEMORE hay dolo indirecto cuando la acción no está concretamente dirigida al resultado, pero se ejecuta sabiendo que ese resultado es consecuencia segura e inevitable de ella; y dolo eventual cuando hay *indiferencia* absoluta frente a la posibilidad de que el tipo objetivo se verifique o no como consecuencia de la acción¹⁰.

6 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Tomo I, p. 294. La cita original está en cursiva y la negrilla fue agregada.

7 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo II, p. 75.

8 GARRIDO, ob. cit., p. 76.

9 GARRIDO, ob. cit., p. 78.

10 BULLEMORE G. Vivian R., MACKINNON R. John R. *Curso de Derecho Penal. Teoría del Delito*, 3ª ed. aumentada y actualizada, Santiago de Chile, Editorial Legal Publishing, 2010, Tomo II, p. 46.

Habiendo dado revista a conceptos básicos relativos al dolo, ahora nos referiremos brevemente a la culpa.

En forma excepcional la ley castiga los comportamientos imprudentes, vale decir, a quien “ejecuta una acción que en sí misma no es típica, pero a la que no se imprimió toda la dirección de que se era capaz, a fin de evitar resultados lesivos para un bien jurídicamente protegido¹¹”.

Se distinguen dos tipos de imprudencia: consciente y la inconsciente. En la imprudencia consciente, el sujeto activo se representa como posible que sobrevenga el resultado típico pero actúa *confiando* en que éste no se producirá. En cambio, en la imprudencia inconsciente el sujeto no se representa, no prevé la realización de este resultado.

En el delito culposo disminuye gradualmente el elemento cognoscitivo en relación al dolo eventual y luego en la culpa inconsciente¹².

Luego de clarificar someramente las formas de imputación subjetiva, examinaremos los elementos de la ignorancia deliberada.

Para RAGUÉS, cuatro serían los elementos que conformarían la concepción jurídica de esta figura:

1. **Ausencia de representación suficiente:** es necesario que el sujeto activo al momento de realizar la acción u omisión típica no cuente con los conocimientos que permitirían aseverar que ha actuado con el grado de representación exigida por el dolo.
2. **Capacidad de obtener la información ignorada:** aquí se trata de aquella información que está al alcance del sujeto activo. HUSAK y CALLENDER¹³ refieren al respecto que es necesario que el sujeto hubiera podido obtener la información que ha evitado conocer, por medios *fiabiles, rápidos y ordinarios*. La capacidad de obtener la información debe mantenerse durante la realización de la acción u omisión típicas.
3. **Deber de obtener la información ignorada:** es forzoso que exista un deber de conocer lo que se ha ignorado, sin que sea necesario que se incumpla un deber específico (principio de culpabilidad).

11 CURY, ob. cit., p. 319.

12 BULLEMORE, ob. cit., p. 63.

13 Citados por Ramón Ragués, ob. cit., p. 140. Una de las obras más importantes en relación con la *willful blindness*, es aquella publicada en el año 1994 por estos profesores estadounidenses, quienes entregan los elementos que definen las situaciones que pueden ser consideradas dentro del concepto de ignorancia deliberada.

4. **Decisión de no conocer:** la falta de representación debe haber sido ocasionada por una resolución del sujeto activo.

De esta manera, se encuentra en una situación de ignorancia deliberada el sujeto “que *pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta toma deliberadamente o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia con respecto a ellas*”¹⁴.

Sin perjuicio de compartir y entronizar la elaboración del profesor RAGUÉS en torno a los elementos integrantes de las situaciones que pudieran dar lugar a casos de ignorancia deliberada, es menester agregar según nuestra postura frente al tema, un quinto elemento:

5. **Indiferencia ante la puesta en peligro del bien jurídico protegido o resultado lesivo:** en atención a que el sujeto activo no desiste de la conducta, demostrando de esta forma “indiferencia” hacia el bien jurídico protegido.

Requisito entonces que equipararía los casos de ignorancia deliberada a los supuestos de conocimiento «dolo eventual», como veremos más adelante, y que en definitiva permite observar situaciones concretas en que la intención de desconocer *se opone a la imprudencia* como título de imputación, pues en ella el sujeto confía en que no se concretará el peligro representado. “Esta posición psicológica de confianza es precisamente lo que diferencia la culpa consciente del dolo eventual, donde el sujeto ante la posibilidad del riesgo, que también se representa, adopta una posición de indiferencia; su estado psicológico es de que pase lo que pase, igualmente actuará”¹⁵.

Casos de ignorancia deliberada según Ragués

1. Ignorancia atribuible a la voluntad de evitarse complicaciones

Si bien es cierto, este caso aparece tratado dentro de aquellos de ignorancia deliberada “por pereza del sujeto activo o para evitarse complicaciones”, no se trata de un caso equiparable a supuestos de dolo eventual. El autor así lo concluye citando un ejemplo: un conductor que pese a notar algo extraño en el sistema de frenado decide no acudir al taller, y en su lugar prioriza descansar en su hogar. Este supuesto, de ocurrir un accidente mortal será apreciado a título de imprudencia.

14 RAGUÉS, ob. cit., p. 158.

15 GARRIDO, ob. cit., p. 174.

2. Ignorancia atribuible a razones de eficacia

Al igual que en la situación anterior, no se aprecia un grado de indiferencia equiparable a los supuestos de dolo eventual. Tal sería el caso del alcalde que firma sin revisar los detalles de numerosas resoluciones. No habría razón para sospechar de la existencia de una resolución gravemente arbitraria.

3. Ignorancia debida a la falta de confianza en obtener información

Se trata de aquel sujeto que renuncia a investigar por no confiar en obtener la información que necesita. El autor cita el caso del testaferro que decide aceptar el cargo de administrador de una sociedad, a cambio de dinero, y que no realiza averiguaciones acerca de la sociedad como tampoco consulta al contratante el objeto de la misma, pues está seguro que no obtendrá la verdad de éste. En este caso el sujeto posee conocimientos previos, que moverían a cualquier persona a no aceptar el encargo, para no cometer una ilicitud. En segundo lugar, la decisión la mantiene durante un tiempo no insignificante, y por último, el sujeto se beneficia económicamente sin asumir riesgos propios, y cuenta con una defensa: alegar la falta de conocimiento¹⁶.

Pese a que el sujeto no disponía de los conocimientos que le faltaban, concurriendo los restantes elementos de la ignorancia deliberada, este caso debería ser valorado como manifestación de una grave indiferencia equiparable a los supuestos de dolo eventual.

4. Ignorancia como resultado de una estrategia para eludir posibles responsabilidades

Un último caso “es el *del sujeto que renuncia a adquirir determinada información para así contar con una alegación que le exonere de responsabilidad si llega a infringir alguna norma o lesionar algún interés valioso socialmente*”¹⁷.

Así por ejemplo, nos encontramos con el directivo que dispone una estructura que impide que le llegue información que pueda ser perjudicial para él. Se trata de un ejemplo claro de indiferencia grave equiparable al dolo pues exis-

16 Estimamos por tanto, que se trataría de una suerte de mecanismo de defensa anticipada como se ha visto en algunas ocasiones -comparativamente-, con el uso torcido de la Cooperación Eficaz en aquellos casos que imputados colaboradores sólo con la intención de asegurar el reconocimiento de esta circunstancia atenuante de responsabilidad penal, “reservan” cantidades de droga para delatar a miembros de organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas. A este respecto, es preciso hacer presente que en nuestra legislación la Cooperación Eficaz se encuentra contenida en el artículo 22 de la Ley N°20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, y constituye al mismo tiempo, una herramienta de investigación criminal y una circunstancia atenuante de responsabilidad calificada.

17 RAGUÉS, ob. cit., p. 191.

ten conocimientos iniciales que justifican la decisión de no querer informarse acerca de una determinada actuación ilícita; el tiempo de este “no querer saber” no es breve, y finalmente el sujeto obtiene la ventaja de alegar ignorancia en el caso de ser investigado por sus actos lesivos.

RAGUÉS formula como conclusión los casos de ignorancia deliberada que merecen el tratamiento del dolo:

“el sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que éste”¹⁸.

Casos de ignorancia deliberada en el tráfico ilícito de drogas

En atención al grado de desarrollo jurisprudencial que ha tenido la ignorancia deliberada en España, revisaremos algunos fallos del Tribunal Supremo en casos de narcotráfico.

1. El acusado por el delito de tráfico de drogas, argumenta desconocer el contenido de los envases que transporta. Sentencia de fecha 4 de julio de 2002

Para este tipo de casos, se sostuvo que la ignorancia deliberada es doctrina consolidada en la Segunda Sala. El Tribunal consideró que este planteamiento se basa en la “teoría del asentimiento”, “que viene a centrar la esencia del dolo eventual en que el agente si bien desconoce en todos sus detalles el acto ilícito penal en el que se encuentra involucrado, lo asume en la medida que acepta todas las consecuencias de su ilícito actuar”¹⁹.

En el mismo sentido podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo, del 30 de septiembre de 2006, en la que se argumenta en términos de indiferencia por parte del sujeto activo: “En base a todos estos indicios directos, acreditados e interrelacionados entre sí, el Tribunal llegó a la conclusión de que el recurrente era conocedor del contenido de la sustancia que transportaba, máxime porque no ha dado ninguna explicación razonable que pudiera desvirtuar de alguna manera tales indicios y debe recordarse que en general ya se opere con la teoría de la ignorancia deliberada que no exime de responsabilidad a quien pudiendo y debiendo conocer algo, no lo conoce y sin

¹⁸ RAGUÉS, ob. cit., págs. 192-193.

¹⁹ RAGUÉS, ob. cit., p. 30, comillas del autor.

embargo presta su colaboración o bien por la teoría de la indiferencia en la que al agente le resulta absolutamente indiferente cual sea el resultado de la acción continuando también con su actividad. En uno u otro caso se está en presencia al menos del dolo eventual que es suficiente para estimar al recurrente como autor del delito por el que ha sido condenado”²⁰.

2. La acusada por el delito de tráfico de drogas, acepta el encargo de depositar droga en un determinado lugar a cambio de dinero. Sentencia de fecha 20 de marzo de 2003

Este caso es el de una mujer que por encargo de un sujeto y a cambio de dinero accede a depositar ante una tumba un ramo de flores que contenía oculto un paquete de droga, para ser recogida por terceros. El tribunal argumenta en el sentido que: “es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencia de su ilícito actuar”²¹.

En síntesis, podemos mostrar diferentes situaciones de transporte de droga, con distintas alegaciones de desconocimiento, en los que el Tribunal en definitiva considera concurrente la doctrina de la ignorancia deliberada, a saber:

- a. Sujeto acepta el cargo de administrador de una sociedad siendo conecedor que ésta podría trasladar droga; sin embargo, ante una incautación, *alega desconocer que se trataba de cocaína*. Sentencia de fecha 16 de octubre de 2000;
- b. Sujeto alega *desconocer la cantidad de droga* transportada. Sentencia de fecha 22 de mayo de 2002;
- c. Sujeto accede a trasladar una maleta con droga, y en su defensa manifiesta *desconocer el contenido de la misma*. Sentencia de fecha 22 de julio de 2002;
- d. Sujeto detenido cuando transportaba droga y que *afirma creer que estaba trasladando dinero* producto de lavado de activos. Sentencia de fecha 30 abril de 2003.

Aun cuando sólo abarcamos anteriormente casos relativos al transporte de droga, claramente, la conducta subsumible en el tipo legal podría importar la

20 RAGUÉS, ob. cit., págs. 30-31.

21 RAGUÉS, ob. cit., p. 33.

conurrencia de otras hipótesis de tráfico como la posesión, porte, importación, exportación, etc.; o la inducción, promoción, facilitación, por cualquier medio, del uso o consumo de drogas²².

IV. Toma de posición

Pensemos en un hombre promedio, capaz de sospechar la creación de un riesgo penalmente relevante y su eficacia para poner en peligro o lesionar un bien jurídico penal, que cuenta con información disponible sobre el mismo y que, sin embargo, ha decidido intencionadamente “no saber” de manera persistente. La conclusión natural a la que podríamos llegar, a la luz de lo que hemos expuesto en los párrafos anteriores, es que esta conducta a efectos punitivos debería ser sancionada como dolosa. De esta manera, concordamos con la premisa sobre la cual descansa la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo español en el sentido de que la “provocación del desconocimiento equivaldría al conocimiento actual”.

En esta misma línea podemos citar a JAKOBS (el cual denomina a la figura en estudio: “ceguera ante lo hechos”) para quien: “la culpabilidad no existe porque concurren el conocimiento del tipo o el conocimiento de la ilicitud, sino porque falta lealtad al Derecho; este déficit puede ser inducido a través del conocimiento, pero también de otros modos o formas que lo pongan de manifiesto²³”.

En la práctica, son múltiples las situaciones de ignorancia deliberada que podríamos considerar en las diversas infracciones a la Ley de Drogas; mencionamos en el punto anterior básicamente casos de transporte de droga, en los cuales el acusado ha alegado desconocimiento, sea de la misma sustancia ilícita, de su cantidad o naturaleza. En estos dos últimos casos, con el objetivo de obtener la imposición una pena morigerada.

Será, por lo tanto, una cuestión probatoria, teniendo en cuenta los elementos del concepto jurídico penal de este instituto, la atribución de responsabilidad por ignorancia, cuya sanción, de lege lata, estimamos será a título de dolo eventual.

22 Véase el artículo 3° Ley 20.000, norma que describe la conducta de tráfico de estupefacientes y sicotrópicos.

23 Citado por RAGUÉS, ob. cit., p. 127. Al respecto véase también a JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, Madrid, España, Marcial Pons, 1997, págs. 312-315.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE CONVIVENCIA EN EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PENAL?

Ivonne Sepúlveda Sánchez¹

“Elige a tu pareja con mucho cuidado, de esta decisión dependerá el 90% de tu felicidad o tristeza; pero después de elegir cuidadosamente, el trabajo apenas empieza”.

H. JACKSON BROWN.

I. Antecedentes generales

El antiguo artículo 390 del Código Penal sólo consideraba el vínculo matrimonial para configurar el delito de parricidio, pero con la dictación de la Ley N°20.066 de Violencia Intrafamiliar, se incorporó el término “conviviente” a dicha norma. Esta ley en su artículo 21 señaló: *“Introducéndose las siguientes modificaciones en el Código Penal: b) en el artículo 390, suprímese la frase “sean legítimos o ilegítimos”, así como la coma que le sigue, y la palabra “legítimos” que sigue al término “descendientes”, e intercálese, a continuación del vocablo “cónyuge”, la expresión “o conviviente”*².

Esta modificación fue propuesta por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) en la discusión de la Comisión Mixta, y tuvo por finalidad *“aplicar la misma lógica seguida en el proyecto, en cuanto se agrava la estructura del delito de lesiones corporales, respecto de los delitos contra la vida. La modificación sugerida salva la coherencia interna de la iniciativa y la de su relación con el ordenamiento penal general”*³. En este mismo sentido, el Senador Chadwick indicó que con ello, *“matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge, con lo cual esta norma del parricidio queda acorde con las disposiciones de este proyecto. Agregó que, en todo caso, como la convivencia es una situación de hecho que no está definida legalmente, su existencia y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia”*⁴.

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Chile, Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial del 7 de diciembre de 2005, artículo 21 letra b).
- 3 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N°20.066. Informe de la Comisión Mixta, de 4 de septiembre de 2005, p. 470.
- 4 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 470.

Como se aprecia, el sentido de esta modificación fue dar coherencia a todas las normas que regulan hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, de modo tal que los convivientes quedaran como sujetos activos y pasivos de todos los tipos penales que pudieran cometerse en este contexto. De este modo, los convivientes pueden cometer lesiones, amenazas, maltrato habitual, etc., y también parricidio.

Ello porque el término “conviviente” ya estaba en la antigua Ley N°19.325 de Violencia Intrafamiliar y se mantuvo en la moción parlamentaria que inicialmente buscó modificar la referida Ley N°19.325 y que, en definitiva, culminó con la dictación de la Ley N°20.066. En la primera ley sobre violencia intrafamiliar, el vocablo “conviviente” estaba incorporado en el artículo 1° al definir lo que se entendía por acto de violencia intrafamiliar, donde se señalaba que era *“todo maltrato que afecte la salud física o psíquica de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo”*⁵.

Luego, en la moción parlamentaria de las diputadas señoras María Antonieta Saa y Adriana Muñoz⁶ que derivó en la Ley N°20.066, se reconoció como un aporte de la Ley N°19.325 el haber consagrado un *“concepto amplio de familia, que incorpora las uniones de hecho, reconocido mundialmente”*⁷. Por ello en la Ley N°20.066 se mantiene esta idea, lo que se traduce al definir lo que se entiende por violencia intrafamiliar en su artículo 5°: *“Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”*⁸.

Tal como lo señalaron los representantes del Ejecutivo en el Segundo Informe de la Comisión de Familia, a propósito de una indicación formulada por tres diputados que buscaba restringir la protección otorgada por ley a los parientes del conviviente, circunscribiéndola únicamente a los hijos de uno de los convivientes, *“está en el espíritu de la ley en proyecto hacerse cargo de la configuración*

5 Chile, Ley N°19.325 sobre Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial del 19 de agosto de 1994, artículo 1.

6 Boletín N°2318-18. Proyecto de ley sobre Violencia Intrafamiliar.

7 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Moción parlamentaria de 7 de abril de 1999 sobre Violencia Intrafamiliar, p. 6.

8 Chile, Ley N°20.066, establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial del 7 de octubre de 2005, artículo 5.

informal de las familias en la sociedad chilena actual”, de modo que no les pareció formular diferencias discriminatorias respecto de las uniones matrimoniales y las uniones de convivencia. En este mismo sentido, los demás integrantes de la Comisión que no adhirieron a la indicación *“abogaron por dar igual protección a todos los miembros de cualquier núcleo familiar, sea que esté o no legalmente constituido, pues es sabido que la violencia se da siempre entre personas que tienen algún tipo de relación afectiva e incluso recrudece cuando esas relaciones se rompen y las partes ya no viven bajo un mismo techo, lo cual requiere un tratamiento legislativo diferente del que recibe la violencia generada entre personas extrañas”*... “Recordaron, además, que el inciso en comento protege especialmente a los menores de edad y discapacitados que se encuentren bajo el cuidado de algún miembro del grupo familiar, entendiéndose por tal no sólo a la familia sustentada en el matrimonio, sino también al núcleo formado por los convivientes y sus respectivos parientes consanguíneos, que la norma asimila a los afines de los cónyuges, los cuales quedarían excluidos si se restringiera su aplicación solamente a los hijos de aquéllos”⁹.

De lo anterior se aprecia que la intención del legislador fue incorporar dentro de la tutela legal a aquellas familias “informales”, constituidas por quienes no mantenían vínculo matrimonial, precisamente porque la única diferencia que se aprecia entre quienes forman una familia estando casados, de aquellos que no lo están, es la suscripción del contrato matrimonial.

Este sentido de la modificación legal introducida primitivamente a la Ley N°19.325 y que derivó en la dictación de la Ley N°20.066 que aún nos rige, se mantuvo con la dictación de la Ley N°20.480, de 18 de diciembre de 2010, que incorporó la figura de los ex convivientes en el parricidio y a los convivientes y ex convivientes en el delito de femicidio.

La autora del proyecto, la Diputada Adriana Muñoz, indicó, a propósito de la necesidad de legislar sobre el femicidio, que: *“nuestra legislación contempla para tales casos tipos insuficientes que no abordan, conceptualmente, en forma adecuada el problema y otorgan a los agresores la posibilidad de utilizar atenuantes o beneficios que les permiten rebajar las penas o minimizar su cumplimiento efectivo, razón por la que se hace necesario incorporar el tipo penal de femicidio, para castigar todo asesinato en que la víctima sea la cónyuge, conviviente o cualquier mujer con la que el agresor está o haya estado ligado por alguna relación afectiva. Plantea, que en el plano teórico, la división del parricidio, distinguiendo específicamente como femicidio las conductas contra la mujer, permitirá una mejor comprensión del problema, una adecuada difusión de sus implicancias y constituirá una señal mediática y cultural que apunte decididamente a evitar su ocurrencia. Precisa su autora, que junto con ello, en la definición del tipo de femicidio que se crea y en el parricidio que*

9 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Segundo Informe de la Comisión de Familia de la Ley N°20.066, de 6 de agosto de 2003, p. 150.

*se desagrega, se superará la deficiencia existente en el parricidio vigente que califica como tal sólo las relaciones actuales de matrimonio o convivencia, excluyendo a los anteriores cónyuges o convivientes y a todo otro tipo de relación afectiva...*¹⁰.

En el mismo Informe de la Comisión de Familia de la Historia de la Ley N°20.480, se señala que: *“La modificación propuesta reformula el delito de parricidio estableciendo en definitiva, dos tipos penales con la misma sanción: el parricidio en el inciso primero y el femicidio en el segundo. Así castiga como parricida a la mujer que mate al varón cuando esté o haya estado ligada a éste por un vínculo matrimonial, de convivencia u otra relación afectiva; y como femicida al varón que mate a la mujer con la que tiene o haya tenido el mismo tipo de relación.*

El Código Penal, en su artículo 390 que se propone modificar, circunscribe el parricidio al hecho de dar muerte —conociendo la relación que los liga— a un ascendiente o a un descendiente (excepto el hijo menor de 48 horas de vida, porque ello constituye infanticidio), e incluye en la misma categoría al cónyuge y al conviviente. La pena llega hasta presidio perpetuo calificado (15 a 40 años).

*Por lo tanto, la muerte dolosa de cualquier otra persona que no tenga la calidad de cónyuge, lo que supone matrimonio civil (o que no sea ascendiente o descendiente), o conviviente, constituye homicidio, que puede ser simple o calificado, según se establezcan o no ciertas circunstancias calificantes (que no tienen relación con el parricidio, tales como la alevosía, premeditación, entre otras). Ésta es la actual situación que se configura cuando se da muerte voluntariamente a la persona con la que se estuvo ligada por vínculo matrimonial ya disuelto y que por lo tanto no es cónyuge, o se estuvo vinculado por convivencia o por cualquier otra relación afectiva (como podría ser una relación homosexual o lesbica). Estas últimas hipótesis hoy sólo están sancionadas como homicidio y constituyen la parte esencial de la iniciativa de la Diputada Muñoz, en estudio, porque la modificación consiste en extender el delito de parricidio a casos que actualmente no lo son y sancionarlos con mayor pena que el homicidio*¹¹.

No obstante los innegables avances que constituyeron las reformas introducidas al Código Penal con las Leyes N°20.066 y N°20.480, ya con anterioridad algunas leyes habían incorporado el concepto de convivencia.

La Ley N°9.293, de 19 de febrero de 1949, fue la primera en reconocer expresamente un efecto jurídico al “concubinato”. Esta ley introdujo una modificación a la Ley N°5.750, de 30 de noviembre de 1935, sobre Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, estableciendo una responsabilidad solidaria a quien viviera en concubinato con el padre, madre o cónyuge

10 CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N°20.480, Informe de la Comisión de Familia de 16 de abril de 2008, p. 32.

11 CONGRESO NACIONAL DE CHILE, ob. cit., p. 129.

del alimentario, disposición que se mantiene en la Ley N°14.908 que rige la materia¹².

Luego, el 2 de abril de 1952, la Ley N°10.271 introdujo un numeral 3° al artículo 280 del Código Civil que permitió al hijo ilegítimo que no tuviera la calidad de natural, el derecho a pedir alimentos del padre o madre, o de ambos en su caso, si se comprobaba la filiación respecto de la madre y se acreditaba que ella y el presunto padre habían vivido en concubinato notorio y durante éste había podido producirse la concepción. Este artículo fue derogado por la Ley N°19.585, de 26 de octubre de 1998, pero se mantuvo el mismo sentido de la disposición en el actual artículo 210 del Código Civil, que prescribe: *“El concubinato de la madre con el supuesto padre, durante la época en que ha podido producirse legalmente la concepción, servirá de base para una presunción judicial de paternidad.*

Si el supuesto padre probare que la madre cohabitó con otro durante el período legal de la concepción, esta sola circunstancia no bastará para desechar la demanda, pero no podrá dictarse sentencia en el juicio sin emplazamiento de aquél”¹³⁻¹⁴.

Sin embargo, por primera vez se utiliza la expresión “convivencia” en el Decreto Supremo N°892, del Ministerio de Previsión Social, de 1958, a propósito de una modificación al Reglamento del Seguro Social que reconoció el derecho al pago de la cuota mortuoria a quien acreditara que había mantenido una “convivencia habitual” con el fallecido¹⁵.

Con posterioridad, la Ley N°17.564, de 22 de noviembre de 1971, incorpora por primera vez en un texto con rango legal, la noción de “conviviente”. En el artículo 1 número 2 se introdujo un artículo M a la Ley N°16.282, de 28 de julio de 1965, que establece disposiciones para casos de sismos o catástrofes, agregando como beneficiario de un subsidio al conviviente de la persona fallecida¹⁶.

De lo señalado se advierte que, en un comienzo, solamente la legislación civil incorporó el concepto de convivencia, pues en materia penal recién en 1999 se incluyó al modificarse el artículo 259 del Código Penal que versa sobre el empleado que solicitare a persona sujeta a guarda por razón de su cargo, ya

12 BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código Penal”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°7, Santiago, Chile, 2006, p. 194.

13 BARRIENTOS, ob. cit., p. 195.

14 Chile, Ley N°19.585, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario oficial del 26 de octubre de 1998.

15 BARRIENTOS, ob. cit., p. 195.

16 BARRIENTOS, ob. cit., p. 196.

que en su inciso segundo se agrega para efectos de agravar la pena, la circunstancia de ser conviviente la persona solicitada¹⁷.

El 12 de octubre del año 2000 se promulga el Código Procesal Penal, y en él se contienen normas que incluyen la expresión “conviviente”. Así, en el artículo 108 se incorpora al conviviente como una de las personas consideradas como víctima en aquellos delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que se confieren en el código. Del mismo modo, el conviviente es considerado en el artículo 177, que se refiere al incumplimiento de la obligación de denunciar, donde se indica que no será aplicable la pena por el delito en cuestión cuando apareciere que quien omitió denunciar, arriesgaba la persecución penal de su conviviente, entre otros. Por último, el artículo 302 del Código Procesal Penal menciona al conviviente al detallar quienes no están obligados a declarar como testigos en juicio oral por motivos personales.

En el Código Penal por su parte, con la Ley N°19.617 de 12 de julio de 1999, se modificó el artículo 369 en su cuarto inciso, señalando reglas para proceder en el caso que el cónyuge o el conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 número 1.

Luego, el 2004 con la dictación de la Ley N°19.927 de 14 de enero, se reforma el artículo 367 bis del Código Penal, que se refiere al delito de promoción o facilitación de la entrada o salida de personas al país para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional, donde se agrega en su inciso segundo al conviviente de la víctima para los efectos de agravar la pena.

Por último con la Ley N°20.066 de 7 de octubre de 2005, además de la incorporación del conviviente en el delito de parricidio, se añade en la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N°4 del Código Penal, a propósito de la legítima defensa.

En resumen, el concepto de convivencia ha estado presente en varias disposiciones legales, pero nunca ha sido definido en la ley, razón por la cual ha generado dificultades en cuanto a su determinación, su sentido y alcance. Ello porque se trata de una cuestión de hecho, y como tal requiere que se den ciertas circunstancias que la hagan concurrente.

II. Algunos conceptos de convivencia en la doctrina chilena

El área del Derecho en la que más se ha desarrollado el concepto de convivencia es en el derecho civil, a propósito de la discusión sobre la regulación

¹⁷ BARRIENTOS, ob. cit, p. 197.

jurídica que tienen estas uniones de hecho. Por ello, a continuación se describen algunos de estos conceptos.

Para Consuelo Gazmuri Riveros, los requisitos tipificantes de una unión de hecho o convivencia se clasifican en dos tipos, los que dan cuenta de un criterio amplio y otros que se relacionan con un criterio restringido. Como elementos propios de un concepto amplio están:

- Que se trate de una unión libre y mutuamente consentida.
- Que se presente cierta permanencia y estabilidad.

Ahora, tratándose del concepto restringido, adiciona a los requisitos ya mencionados, la existencia de lo que se ha denominado “*comunidad de lecho y techo*”, es decir, que la vida de la pareja se desarrolle exteriormente como la de un verdadero matrimonio¹⁸. Para esta autora, la comunidad de lecho y techo, incluye la mantención de una vida sexual en la pareja.

También señala, aunque sin adherir a ello, que la doctrina suele mencionar otros elementos como propios de una unión de hecho:

- La *affectio*, esto es, el afecto recíproco entre convivientes.
- La procreación.
- La fidelidad y socorro mutuo.

El profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, por su parte, toma el concepto de convivencia que da Pedro Talavera Fernández, quien sostiene que es la convivencia afectiva, sexual y pública entre dos personas, la que alcanza una cierta estabilidad en el tiempo, pero que no llega a su formalización jurídica¹⁹.

Para Figueroa Yáñez, las características de la convivencia que generalmente indica la doctrina son:

- *Relación monogámica no matrimonial*: la unión de hecho se constituye y mantiene por afectividad y no por el consentimiento como ocurre en el matrimonio. Este autor incluye a las parejas homosexuales, desde que la homosexualidad entre adultos se entiende hoy como un estado y no como una derivación anómala y ha pasado a ser absolutamente lícita²⁰.

18 GAZMURI RIVEROS, Consuelo. “Uniones de hecho: algunos antecedentes, y problemáticas de la regulación jurídica de sus efectos”. En: *Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Instituciones modernas de derechos Civil*. Santiago, Chile, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 1996, p. 112.

19 FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. “El Pacto de Convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio”. En: *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, abril de 2005, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2006, p. 434.

20 FIGUEROA, ob. cit., p. 445.

- *Comunidad de vida*: lo que implica la voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir un mismo proyecto de vida²¹. Para Gonzalo Figueroa el hecho de compartir un mismo domicilio no es un requisito para estar en presencia de una convivencia, pero sí es una manifestación de la voluntad de querer vivir juntos y por ello es un buen medio de prueba de la misma. Agrega que la notoriedad de la convivencia es la mejor forma de acreditarla en juicio.
- *Estabilidad o permanencia temporal*: como la convivencia carece de solemnidades que la constituyan, debe consolidarse, lo cual se verifica con el paso del tiempo. Con ello se excluye a quienes tienen relaciones sentimentales pasajeras o circunstanciales.
- *Relaciones sexuales*: este es un elemento distintivo de otros tipos de relaciones como las amistosas, que al estar presente, las diferencia unas de otras.
- *Unidad económica de los convivientes*: esta característica se refiere a que por regla general el vivir juntos con cierta estabilidad y permanencia en el tiempo conlleva la celebración de contratos en el ámbito patrimonial.

Por su parte, las autoras María Dora Martinic Galetovic y Graciela Weinstein Weinstein, en “Nuevas Tendencias de las Uniones Conyugales de Hecho”, postulan una serie de requisitos más restrictivos que los autores anteriores, de modo que la convivencia queda circunscrita a quienes cumplan con las siguientes exigencias:

- *Heterosexualidad*: para estas autoras, por definición el concubinato es la unión de un hombre y una mujer²². Estiman que las parejas homosexuales no son comparables con las heterosexuales, básicamente porque en los países en que se han regulado estas situaciones de vida, les está vedado adoptar hijos y realizar inseminaciones con la idea de formar una familia, entonces se protege el derecho a optar por la forma de vida que cada persona estime conveniente, pero se vela por la protección tradicional del grupo familiar²³.
- *Cohabitación y comunidad de vida*: como el Diccionario de la Real Academia señala que cohabitar es “*hacer vida marital entre un hombre y una mujer, habitar conjuntamente con uno u otros*”, manifiestan que este requisito implica una comunidad de lecho, estableciendo como elemento

21 FIGUEROA, ob. cit., p. 435.

22 MARTINIC GALETOVIC, María Dora y WEINSTEIN WEINSTEIN, Graciela. “Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho”. En: SCHMIDT HOTT, Claudia - MARTINIC GALETOVIC, María Dora. *Instituciones de Derecho de Familia*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2004, p. 21.

23 MARTINIC y WEINSTEIN, ob. cit., p. 22.

diferenciador entre el concubinato y otras relaciones sociales, la existencia de relaciones sexuales entre hombre y mujer. Agregan que para algunos autores también es necesario que compartan un hogar común —comunidad de techo—, para distinguirlo de las relaciones esporádicas o casuales. Pero más allá de exigir existencia de domicilio común, es relevante que la unión trascienda el ámbito privado, pues es este trato afectivo y público el que le confiere carácter *more uxorio* a la convivencia.

- *Estabilidad y permanencia*: ello implica que la relación debe durar en el tiempo, sin precisar tiempos mínimos de duración, pero sí lo razonable para entender que hay una cierta estabilidad en la pareja.
- *Singularidad de la unión*: esto significa que debe ser monogámica. Estas autoras se cuestionan si hay o no convivencia en el caso de aquellos sujetos que mantienen vínculo matrimonial no disuelto. Concluyen que tratándose de cónyuges separados de hecho, es posible que tenga una unión extramarital estable, monogámica y duradera, constituyendo una situación de hecho, cuyos efectos deben ser reconocidos por el derecho²⁴.
- *Ausencia de solemnidades*: es de la esencia de la convivencia que no exista intervención de autoridad alguna en su inicio, sino por el contrario que sólo exista una unión libre y consentida por las partes.

Añaden Martinic y Weinstein otros elementos característicos de la convivencia, respecto de los cuales existe cierto consenso en la doctrina:

- El *affectio*: entendiéndose por tal la amistad auténtica y el afecto recíproco entre los convivientes, que es causa y efecto de la convivencia misma²⁵.
- La *procreación*: criterio recogido por la doctrina italiana, pero al que no adhieren las autoras por estimar que éste no se ajusta a la realidad, ya que basta esta unión libre y consentida sin necesidad de descendencia.
- La *fidelidad*: si bien en varias relaciones de convivencia se da esta situación de manera voluntaria, este aspecto es visto como una consecuencia de la *affectio*, que sí la consideran un elemento tipificante de la convivencia.

Una opinión similar, pero aún más restrictiva de la convivencia nos da Javier Barrientos Grandón a propósito de una consulta que le formulara la Defensoría Penal Pública acerca del contenido de la voz “conviviente” que se emplea en el artículo 390 del Código Penal.

24 MARTINIC y WEINSTEIN, ob. cit., p. 26.

25 MARTINIC y WEINSTEIN, ob. cit., p. 27.

En este artículo, Barrientos analiza pormenorizadamente el sentido y alcance de la expresión, llegando a la conclusión que, para que dos personas puedan ser calificadas como convivientes, se deben reunir las siguientes condiciones:

1.- *Que se esté en presencia de una situación de hecho que implique una vida en común*: para convivir se requiere de un elemento material consistente en el hecho de vivir juntos. Este vivir juntos, implica hacer una vida en común o llevar una comunidad de vida, la que tiene las siguientes características para los efectos jurídicos:

- se trata de una unión de dos personas;
- esta unión se origina de un hecho y no de un acto o negocio jurídico;
- se desplaza el elemento voluntad o consentimiento propio de todo acto jurídico a ciertos elementos fácticos.

Esta vida en común, a su vez, presenta ciertos caracteres:

- permanencia: implica la exigencia de cierta estabilidad y proyección en el tiempo;
- notoriedad: esta convivencia debe manifestarse externamente, ya que su publicidad es la que la convierte en un hecho de interés jurídico.

Resume Barrientos que esta primera condición, para estar en presencia de una convivencia, debe reunir los elementos que a continuación se mencionan:

- que hasta el momento de la comisión del delito hayan mantenido una situación de hecho consistente en “vivir en compañía” o “bajo el mismo techo”;
- que tal vida en compañía o bajo el mismo techo implique una “vida en común”;
- que dicha vida en común implique una convivencia permanente y notoria²⁶.

2.- *Que el autor y la víctima, sin estar casados, hayan mantenido una situación de convivencia jurídicamente asimilable a la de una familia*: esta segunda condición se desprende del sistema jurídico chileno donde aparece de manifiesto en la Ley N°20.066 el reconocimiento de una noción amplia de familia, incorporando a las uniones de hecho. De allí que para Barrientos la precisión de quién puede ser legalmente considerado como conviviente, necesariamente ha de estar ligada a la noción de familia, es decir, la situación que existía entre el autor y la víctima, ha de ser tal que constituya jurídicamente una familia, con

26 BARRIENTOS GRANDON, Javier. “Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código Penal”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°7, 2006, p. 206.

lo cual resultan excluidas aquellas situaciones de hecho en que la vinculación entre las partes no pueda ser tenida como de naturaleza familiar, tales como las que tienen una naturaleza meramente económica o de contenido patrimonial; las que tienen una naturaleza tal cuya estabilidad no sea compatible con la entidad familiar, como el noviazgo o “pololeo”; las que carecen de cierto contenido sexual, porque si bien la nota “familiar” excluye de la consideración legal como “convivientes” a quienes puedan encontrarse en una serie de otras posibilidades de asociación heterosexual, el necesario contenido sexual de ella la define y delimita de otras múltiples posibilidades de convivencia y la dota de su naturaleza familiar²⁷.

3.- *Que esa familia, a la cual resulte asimilable la situación de convivencia, sea la fundada en un matrimonio*: no basta con que se tenga una vida en común asimilable a una familia, sino que además debe ser asimilable a la de una familia matrimonial. Ello porque el sentido de la incorporación del concepto “conviviente” en el parricidio fue para asumir un concepto amplio de familia que equiparara la relación matrimonial a las uniones de hecho.

4.- *Que el autor y la víctima puedan ser asimilables jurídicamente a la categoría de cónyuges*: Barrientos señala que la utilización de la expresión alternativa “cónyuge o conviviente” se explica porque la inspiración de las leyes que han incorporado el concepto de convivencia, tiene como finalidad reconocer ciertos efectos a las uniones de hecho no fundadas en el matrimonio. De este modo, este autor equipara matrimonio y convivencia, indicando los siguientes requisitos para que dos personas puedan ser calificadas como convivientes:

- Ser personas de distinto sexo: el fundamento de este requisito reside en que la actual legislación sólo permite el matrimonio entre personas heterosexuales.
- Tener la edad legal para ejercitar el *ius connubii*: para este autor se requiere tener edad para contraer matrimonio para poder convivir. De este modo, sólo podrán ser considerados convivientes los mayores de dieciséis años, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 5 N°2 de la Ley N°19.947²⁸.
- Ser solteras o divorciadas: dado que para este autor, para convivir se requiere contar con los mismos requisitos que para contraer matrimonio, obviamente para ello se debe ser soltero o tener vínculo matrimonial disuelto.

Por otra parte, y ya en el ámbito penal, se han pronunciado algunos autores respecto del concepto de convivencia del artículo 390 del Código Penal.

27 BARRIENTOS, ob. cit., p. 211.

28 BARRIENTOS, ob. cit., p. 219.

Matus y Ramírez señalan que la categoría de conviviente no se encuentra definida ni en la Ley N°20.066 ni en el artículo 390 del Código Penal. Sin embargo, sostienen que puede deducirse del contexto de la Ley de Violencia Intrafamiliar y de lo previsto en el artículo 369 del Código Penal que menciona al que “hace vida en común” con otro como si fuera su cónyuge. No obstante, y siguiendo al profesor Rodríguez Collao²⁹, la asimilación con el matrimonio sólo alcanzaría al hecho de hacer una vida en común como pareja sexual, mas no al carácter heterosexual del matrimonio, ya que el fundamento de la agravación del parricidio, que es la existencia de relaciones de confianza y dependencia mutua que genera una relación compuesta por personas de distinto sexo con cierta estabilidad, en nada se diferencian con las relaciones que forman parejas homosexuales³⁰.

Por su parte los autores Bullemore y Mackinnon postulan que la convivencia es una unión de hecho para el establecimiento de una vida en común –con lo que adquiere relevancia jurídica– que ha de estar revestida de una cierta estabilidad o permanencia, y ha de ser pública o notoria³¹.

III. El concepto de convivencia en la jurisprudencia nacional

El año 2009 los abogados defensores de un acusado por el delito de parricidio –ya que dio muerte a su conviviente–, presentaron un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Uno de los fundamentos de dicho requerimiento fue señalar que el artículo 390 del Código Penal infringía el artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución Política del Estado, toda vez que dicha norma al incorporar el concepto de convivencia, no satisfacía la exigencia constitucional referida a la descripción de, al menos, el núcleo esencial de la conducta típica o sus elementos más determinantes.

El Tribunal Constitucional resolvió rechazar el requerimiento, por cuanto sostuvo que no había infracción al artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución. No hay tal infracción al principio de legalidad en materia penal, puesto que este principio establece un límite formal al señalar que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite mate-

29 Rodríguez Collao plantea respecto del especial perdón del ofendido que se establece en el artículo 369 del Código Penal, que procede cualquiera sea el sexo del autor y de la víctima; y en el caso de convivencia, ésta puede ser heterosexual u homosexual. En: RODRÍGUEZ, COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2014, p. 410.

30 MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 3ª edición revisada y actualizada, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2014, Tomo I, p. 68.

31 MACKINNON ROEHRS, John, BULLEMORE GALLARDO, Vivian. En: *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, edición aumentada y actualizada, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2011, Tomo III, p. 36.

rial al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona³². En este sentido, el Tribunal analizó desde el punto de vista material, si la descripción que contenía la norma impugnada constituía una caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible. Concluyeron que la voz “conviviente” en el tipo penal no lo transformaba en un tipo penal abierto, puesto que se trata de un elemento normativo integrado al tipo, y por tanto, su concepto debe ser dilucidado por la interpretación que haga el juez en el juicio concreto³³. Agregaron que en la historia fidedigna del precepto se tuvo la intención explícita de asimilar la convivencia al matrimonio en relación a los supuestos y consecuencias que genera la violencia en la pareja³⁴, y que a lo largo de la historia de la leyes chilenas, la expresión “conviviente” ya había sido utilizada antes, de modo que existe una interpretación judicial y doctrinaria muy sólida de su significado. Así, continúa el fallo, de acuerdo a la doctrina especializada, los elementos de la convivencia son, por una parte, un elemento objetivo (*corpus*), el vivir juntos y, por otra parte, un elemento subjetivo (*affectio*), la conciencia de compartir una vida en común. Dicha unión se caracteriza por ser lícita (adecuada al ordenamiento jurídico), notoria o pública, de naturaleza afectiva y por poseer contenido sexual³⁵.

Como se aprecia del fallo del Tribunal Constitucional, el concepto de convivencia ha sido entregado a la doctrina y jurisprudencia, al no encontrarse definido legalmente.

A continuación se extractan pasajes de algunos fallos que se encuentran ejecutoriados, recaídos en los delitos de femicidio y parricidio, en los cuales la jurisprudencia ha resuelto que, en términos generales, la convivencia implica que dos personas, libremente y fundado en la afectividad, deciden hacer una vida en común, dotando a ésta de algún grado de estabilidad, duración, notoriedad y contenido sexual, con ánimo de permanencia.

- Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 12 de octubre de 2012, RUC N°1101225252-k, RIT N°238-2012: Si bien este fallo contiene un análisis completo y detallado sobre el concepto de convivencia que efectúa la defensa del condenado tomando como referencia el informe en derecho realizado por Javier Barrientos a propósito del concepto de convivencia del artículo 390 del Código Penal, la Corte no hace suyos estos argumentos, y por el contrario, señala que: “*TERCERO: Que, en cuanto a las reflexiones y alegaciones de la defensa, relativas al tema a qué es la convivencia y si existió entre el imputado y la víctima tal situación, en cuanto a lo primero, bien sabemos que cuando el legislador no ha definido las palabras se entenderán éstas en su sentido*

32 Tribunal Constitucional, 5 de agosto de 2010, Rol N°1432-09-INA, p. 35.

33 Tribunal Constitucional, fallo citado, p. 43.

34 Tribunal Constitucional, fallo citado, p. 44.

35 Tribunal Constitucional, fallo citado, p. 45.

natural y obvio, y así, si se atiende a la tradición occidental, entenderemos a la convivencia como una comunidad de vida, para atender a nuestras necesidades primarias y permanentes, es una forma de hacer familia, ya que no sólo podemos restringir esta institución a la que deviene del matrimonio, la convivencia es algo querido por la naturaleza humana para la conservación de la vida, disfrute de la misma tanto en lo material como en lo espiritual, como para la conservación de la especie, reúne a personas que conviven juntos sin necesidad de un vínculo matrimonial que los una; ya señalados una noción de convivencia en un sentido absolutamente real y amplio y atingente a las personas a quienes se les aplica la ley, como lo es por dar un ejemplo la ley de violencia intrafamiliar, quien sin definir lo que es una relación de convivencia, hace aplicable esta normativa a esas situaciones reales que existen en nuestra sociedad, y que es a todos los habitantes de nuestro país, en cuyo caso se encontraban de acuerdo a las probanzas allegadas a estos antecedentes víctima e imputado; veremos ahora si le es aplicable a éste la figura del artículo 390 del Código Penal, para así arribar si hubo o no errónea aplicación del derecho que haya influido en lo dispositivo de la sentencia”.

- Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 15 de julio de 2012, RUC N°1101002040-0, RIT N°70-2012: se indica en su considerando undécimo: *“respecto de la vinculación de convivencia previa entre la ofendida y el acusado, de conformidad con el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal, corresponde determinar qué se entiende por la misma. En este sentido la Excelentísima Corte Suprema señaló en fallo de fecha 14.10.2010; en causa Rol N°1421-2009, refiriéndose al concubinato o convivencia, que “están determinadas por la existencia de la unión de hecho de dos personas, en que el elemento voluntad y consentimiento se desplaza frente al carácter fáctico de la citada relación a la afectividad. La alegación de existencia de una relación de convivencia, que no está precedida de matrimonio, exige la comprobación de determinados elementos que permiten identificarla, a saber: que se trate de personas de diferente sexo que, sin haber contraído matrimonio entre sí, se unen para hacer vida en común, caracterizada a su vez por la afectividad, de esa relación marital, de algún contenido sexual, libremente consentida, de relativa estabilidad, duración y notoriedad, entre otras”.*

“Dicho lo anterior, la relación de convivencia, tiene correspondencia esencialmente con una situación de hecho, en que dos personas, libremente y fundado en la afectividad, deciden hacer una vida en común, dotando a ésta de algún grado de estabilidad, duración y contenido sexual, es decir, debe existir un ánimo de permanencia”.

- Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 11 de julio de 2011, RUC N°1000226415-9, RIT N°296-2011: Considerando décimo: *“Que en cuanto al conocimiento de las relaciones que los ligan, esto es, la relación de convivencia, lo cual no ha sido discutida por la defensa, se tuvo en cuenta que mediante la modificación introducida al Código Penal, por medio de la Ley 20.066 de 7 de octubre de 2005, se incorporó como sujeto pasivo del delito de parricidio al conviviente, sin que se haya definido hasta ahora en la ley dicho concepto, por lo que en consecuencia, es*

de competencia exclusiva del Tribunal ante el cual se desarrolla el juicio determinar si en cada caso existe o no una relación de convivencia. Para estos efectos debe tenerse en cuenta, en primer término, que según lo define el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “conviviente” es “cada una de las personas con quienes comúnmente se “vive” y “convivir” es “vivir en compañía de otro u otros” (Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, 2001, página 648). Ahora bien para definir adecuadamente el concepto de convivencia debe estarse también a la idiosincrasia de nuestro país de manera de dotar a la expresión de un contenido real y práctico en relación a la realidad que se da en nuestra sociedad”.

- Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, 5 de mayo de 2014, RUC N°1300137845-1, RIT N°62-2014: Considerando décimo: *“De esta forma, el cúmulo de prueba antes detallada, traducida en la declaración entregada por la encartada R. V., tanto en la etapa investigativa como en el juicio mismo, en los imparciales asertos de una funcionaria de Carabineros –que tomó la denuncia– y otro de la Policía de Investigaciones de Chile, ligado a los pormenorizados relatos de una familiar, amigos y vecinos del occiso, y la prueba documental ya detallada –sentencia que condenó al afectado por lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar en la persona de su conviviente, doña I.S.R.V. –, dio cuenta de una circunstancia indiscutida, resultando toda ella coherente, concordante y categórica en cuanto a la concurrencia de los tres elementos que, cierta doctrina y jurisprudencia, compartida por estos Jueces, exigen de manera copulativa a la entidad fáctica de la “convivencia”, a saber: la cohabitación; un proyecto de vida en común y la notoriedad. Dichos componentes, conforme ha sido latamente analizado en este basamento, quedaron demostrados al concluir que víctima y autor vivían y dormían juntos en el inmueble de calle...de la Población..., desde hacía aproximadamente seis años; situación que permitió concluir que en ese período de tiempo tuvieron vida en común, la que por cierto estuvo marcada, lamentablemente, por el excesivo consumo de alcohol y drogas de ambas partes, y por las constantes y mutuas agresiones verbales y físicas, lo que a criterio de estos juzgadores configura convivencia en los términos exigidos por la disposición del artículo 390 del Código Penal”.*

- Excelentísima Corte Suprema, 2 de septiembre de 2014, RUC N°1200098038-0, Rol N°19.798-14: Este fallo de la Corte Suprema, resume en gran medida lo que la doctrina ha considerado como convivencia, así como también el sentido que tuvo la incorporación de este concepto de acuerdo a su historia fidedigna, y luego de ello da parámetros para entender que se está en presencia de una convivencia, concluyendo que en el caso particular no se está ante una convivencia por cuanto la pareja tenía una relación funcional, más no logró acreditarse la presencia de un proyecto de vida en común. Así se lee en los siguientes considerandos: *“Vigésimo sexto: Que, conforme a los tópicos señalados por la doctrina y lo que el propio legislador pensó al momento de incorporar la convivencia dentro de la figura típica de parricidio, nos encontramos en condiciones de señalar que, si bien, no existe un concepto dogmático único de convivencia, hay estándares comunes que esta debe cumplir, que permiten enumerar ciertos requisitos*

que nos servirán para determinar cuándo nos encontramos frente a una relación que nos permita diferenciar con exactitud si el hecho investigado es parricidio o si por el contrario estamos frente a un homicidio simple o calificado, en ambos el bien jurídico protegido es el mismo, la vida humana, pero el primer caso el disvalor se ve agravado por la relación que une a la víctima con su agresor.

Desde esta perspectiva es posible señalar que en una primera aproximación a la noción de convivencia, esta debe tener un carácter permanente, es decir tiene que mantener una cierta estabilidad en el tiempo; además de publicidad y notoriedad; un proyecto de vida en común; y por cierto debe ser asimilable a una familia.

De esta manera no toda unión de hecho –entre la víctima y su agresor– puede incorporarse a la figura descrita en el artículo 390 del Código Penal, para que estemos frente al delito de parricidio es necesario que la relación entre los actores sea asemejable a un matrimonio –definido en nuestra legislación civil–, es decir, no todas aquellas personas que cohabitan en un mismo espacio o mantienen una vida en compañía pueden ser considerados convivientes, porque para que tal supuesto se entienda satisfecho, es necesario tener un propósito u objetivo de vida en común.

Vigésimo séptimo: Que ahora en lo tocante al tipo penal del parricidio, éste se compone –en cuanto tipo penal– tal y como expresa el Profesor Cury en su libro Derecho Penal, Parte General, de dos elementos, el descriptivo y el normativo, éste último a su vez se compone de subelementos culturales y jurídicos, es en esta sub clasificación del tipo normativo, que se encuentra dentro del delito que nos ocupa, la noción de convivencia, de manera que corresponde ahora esclarecer si conforme al hecho que se tuvo por establecido en el considerando séptimo del fallo impugnado, este se enmarca dentro del ilícito previsto y sancionado en el artículo 390 del código punitivo, o si por el contrario, estamos frente a la figura típica contenida en el artículo 391 N°2 del mismo código, invocado por la defensa.

Vigésimo octavo: Que como se ha anotado precedentemente, no existe discusión en cuanto a que la imputada compartía con el occiso el mismo domicilio, ahora bien, ese sólo hecho no es suficiente para tener por establecida una convivencia como parte del elemento normativo del tipo de parricidio, puesto que tal y como se señaló en los basamentos precedentes, la unión de hecho debe compartir una serie características, que permitan al resto de la sociedad dentro de la que esta se inserta reconocerla como un vínculo similar al matrimonio.

En estos antecedentes, con la prueba aportada por las partes fue posible determinar que tanto el occiso como la sentenciada eran consumidores habituales de sustancias estupefacientes y que la noche de ocurrencia de los hechos materia de la presente investigación, ambos habían usado drogas e ingerido alcohol, además, los testigos que deponen durante el desarrollo del juicio oral, señalan que éstos compartían en forma permanente su adicción a la pasta base, es en este punto donde debemos detenernos y analizar la situación particular de lo ocurrido, porque a la luz del mandato legal que pesa sobre estos sentenciadores es necesario establecer con exactitud qué

tipo de relación existía entre los involucrados en el hecho acaecido el 25 de enero de 2012.

Siguiendo con lo expuesto y de acuerdo a lo señalado preliminarmente, estos jueces no pueden menos que centrarse en determinar si en el caso de autos, una unión basada en el consumo de drogas puede ser considerada como la convivencia –elemento normativo del tipo– exigida para establecer el delito materia de la acusación, así y de lo expresado por la encausada en la declaración prestada durante el desarrollo del juicio oral, reproducida parte de ella en la audiencia decretada para la vista de esta causa, lo cierto es que ésta sólo refiere que vivía junto a la víctima, sin mantener ningún tipo de vínculo afectivo, uniéndolos por ende la dependencia y consumo de drogas.

Por ende, lo que sentenciada describe se adecúa más bien a una relación funcional, basada en el provecho o utilidad que las partes se reportan, sin que sea posible distinguir un proyecto de vida en común, o la existencia de una relación de ayuda mutua o protección que pueda ser asimilada a la concepción de familia, pues si bien las uniones de hecho pueden no sujetarse a las reglas escritas del matrimonio, sí deben distinguirse en éstas derechos y obligaciones.

Vigésimo noveno: Que en las circunstancias descritas y de acuerdo a los hechos descritos en el razonamiento 22° de estos antecedentes no es posible establecer la existencia de una convivencia –como elemento normativo del tipo– entre la sentenciada y el occiso, pues ésta es una calificación jurídica que se aplica respecto de determinadas circunstancias fácticas, como aquella señalada en los basamentos precedentes, tales como que se esté en presencia de una situación de hecho que haya implicado, hasta el momento de ocurrencia del delito, la vida en común entre el autor y la víctima, que dicha relación sea equiparable jurídicamente a la de una familia, que sea visible para el resto de la comunidad la existencia de un proyecto de vida, manteniendo su estabilidad en el tiempo.

Ahora, luego de analizar los elementos que deben encontrarse presentes en una unión para que ésta sea conceptualizada como una convivencia que permita encuadrar la conducta desplegada por la imputada dentro del tipo penal del artículo 390 del Código Penal, es posible concluir que la relación habida entre el occiso y la acusada, no puede ser asimilada de manera inequívoca a los cónyuges que dan origen a una familia, concebida usualmente como la unión de dos personas que buscan construir una vida en común, prestándose auxilio mutuo.

Así, la cohabitación funcional habida entre la sentenciada y la víctima no satisface el elemento normativo del tipo presente en el parricidio, es decir, no es suficiente que dos personas vivan bajo un mismo techo para conceptualizar esa situación fáctica como la de una convivencia en los términos que sea asimilable a un matrimonio, teniendo en cuenta que el legislador, al integrar el parricidio con el vínculo de convivencia –junto con el matrimonio– ha querido amparar un bien jurídico asimilable a éste y no cualquier forma de vida en pareja, lo que como ya se ha reseñado, no

se encontraba presente en este caso, porque la situación de dependencia de los involucrados ciertamente generó en ellos una comunidad, con un fin diametralmente opuesto al que se debe exigir para que se configure el delito de parricidio.

El error de derecho anotado, esto es, tener por acreditado un vínculo de convivencia asimilable a una familia de índole matrimonial, importó que los jueces del Séptimo Tribunal Oral en lo Penal aplicaran a la encausada una pena superior a la que legalmente le correspondía en los términos descritos en el artículo 385 del Código Procesal Penal, de modo tal que se accederá a la declaración de nulidad de la sentencia, en este aspecto, y se dictará el fallo de reemplazo que corresponda como se dirá en consecuencia”.

Como la convivencia es una cuestión de hecho que requiere ser acreditada, se puede destacar el siguiente fallo en cuanto a los elementos probatorios necesarios para configurarla:

- Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 22 de mayo de 2012, RUC N°1100694927-6, RIT N°61-2012: Los magistrados sostienen en el considerando noveno: *“Que, nuestra legislación no establece un concepto legal de conviviente ni los requisitos necesarios para entender que existe o puedan aplicarse los efectos que la ley otorga para quienes conviven; por lo que, tal situación ha quedado a interpretación de la doctrina y la jurisprudencia. Es así como el profesor Javier Barrientos en su obra De las uniones de hecho: Legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago, Chile: Editorial Lexis-Nexis, 2008, pp. 5-6. señala que “la unión de hecho no matrimonial entre personas de distinto sexo puede ser entendida como una unión lícita entre un hombre y una mujer, fundada en un hecho que consiste en la convivencia afectiva y a la que el derecho reconoce ciertos efectos”.*

Que, en el caso sub-lite, a través de la prueba presentada a estrados se logró acreditar que víctima e imputado mantenían una relación afectiva que databa de algunos meses lo que fue reconocido por el propio acusado al ser entrevistado por la psiquiatra del Servicio Médico Legal Dra. Sonia Méndez Caro; por los dichos de sus hermanas cuyos testimonios fueron incorporados a través de la declaración del Jefe de la Brigada de Homicidios don Hernán Solís, las cuales señalaron que M.A.A. les había solicitado la casa ubicada en calle... precisamente para irse a vivir allí con la occisa; ambas relataron situaciones de cotidianeidad que daban cuenta de una convivencia entre ambos lo que además denota la notoriedad de la relación que existía entre ambos. El que vivían bajo un mismo techo fue ratificado además por el padre de J.V., don R.V. y por su pareja doña I.R. a quienes la víctima informó que se iría a vivir con su pololo al cual no presentaba por ser una persona mayor y se lo podían rechazar.

De igual forma, fue posible apreciar la existencia de vida en común el llamado telefónico que efectuó el imputado a una de sus hermanas y que fue incorporado al juicio por el perito en sonido de la PDI, don César Sáez Elgueta, en el cual aquella le llama la atención por su presunta vinculación con la muerte de J., mencionándola

como “la chica” lo que claramente indicaba el conocimiento de la persona de J. así como la relación que los ligaba. Misma información emana de los mensajes de texto que fueron rescatados del teléfono del acusado.

Igualmente, con los dichos de Erica Soto Solar se pudo establecer que víctima y victimario estuvieron juntos los días 6 y 7 de julio en la tarde ya que fueron observados por aquella en circunstancias en que iban en dirección su casa.

Finalmente, con lo declarado por el perito en electro ingeniería de la PDI, don Daniel Cuevas Rojas quien extrajo toda la mensajería de texto de los teléfonos celulares encontrados en el sitio del suceso, se pudo determinar la existencia de diversos mensajes enviados a J.V. de los cuales emanaba la existencia de una relación cotidiana con quien enviaba esos mensajes al señalar, por ejemplo, que tenían que hacer aseo o cuando le pregunta qué leche le compra; resultando que todos emanaban del mismo número telefónico, el cual evidentemente correspondía al del imputado puesto que se consignaban como enviados por “Miche”, lo que concuerda con el llamado telefónico que éste hizo a su hermana y en el cual aquella precisamente lo nombraba con ese diminutivo.

Complementa lo anterior, el hecho de que especies de propiedad de la afectada fueron encontradas en el domicilio de ... tales como relojes, un crucifijo, un par de botines, su cédula de identidad y una hoja de atención de urgencia de un centro asistencial; y, además, los restos calcinados hallados en la estufa de la casa habitación guardaban relación con ropa de mujer, resultando altamente probable que hayan pertenecido a la misma ofendida, máxime que la coartada dada por el acusado en orden a que él quemaba las cosas que robaba y que no le servían resulta del todo absurda toda vez que las máximas de la experiencia indican que en esos casos los delincuentes botan las especies”.

IV. Comentarios finales

La convivencia es una cuestión de hecho. Si bien este comentario puede parecer una obviedad, merece la pena subrayarlo y tenerlo como centro de la discusión tanto doctrinal como jurisprudencial. Ello, porque la convivencia carece de definición legal y de estatuto regulatorio, tanto en sede civil como penal, de modo que su sentido y alcance queda entregado a lo que la doctrina vaya considerando como tal y, a su vez, vaya siendo recogido por la jurisprudencia nacional.

Esta ausencia de regulación ha traído varias implicancias, principalmente cuando la judicatura ha debido dotar de contenido al concepto, pues no hay consenso ni en doctrina ni en la propia jurisprudencia sobre lo que se entiende por “convivencia”.

Como se señaló, existen visiones más amplias y otras más restrictivas de la convivencia o uniones de hecho, pero todas ellas recurren al espíritu del legis-

lador para aproximarse al concepto, pues parece del todo razonable tener en cuenta las motivaciones que llevaron a su incorporación en la ley. En este sentido, quedó de manifiesto en la discusión parlamentaria que la razón de la incorporación de la voz conviviente fue para dar coherencia a todas las normas que regulan hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, de modo tal que los convivientes quedaran como sujetos activos y pasivos de todos los tipos penales que pudieran cometerse en este contexto, otorgando en consecuencia, tutela legal a aquellas familias “informales” constituidas por quienes no mantienen vínculo matrimonial, porque de esta manera, se reconoce un fenómeno social que tan sólo se diferencia del matrimonio por la existencia de un negocio jurídico de por medio.

Siguiendo esta *ratio legis*, que aboga por una igualación ético-social de todas las formas de familia entre personas que hacen vida en común, sostenemos que debe entenderse por “convivencia” un concepto amplio, que abarque todas aquellas situaciones de hecho que impliquen una comunidad de vida. Si el legislador optó por no dar una definición al término sino por el contrario, entregó a la jurisprudencia la labor de llenar este contenido, debe necesariamente colegirse que su espíritu no era restringirlo al punto de identificarlo con el matrimonio, puesto que con ello quedarían exentos de regulación una serie de familias conformadas por parejas que no han querido o no han podido contraer el vínculo matrimonial.

De este modo, nos parece que si bien pueden identificarse algunos elementos característicos de las uniones de hecho, como la existencia de una relación monogámica no matrimonial basada en la afectividad —y no por el consentimiento como ocurre en el matrimonio—, que crea una comunidad de vida, lo que implica la voluntad mutua de ambas partes de formar una pareja y compartir un mismo proyecto de vida, con cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, que sea notoria y dotada de un componente sexual que la diferencie de otros tipos de relaciones como las amistosas; estos elementos deben ser analizados caso a caso, de acuerdo al mérito de la prueba rendida en juicio y tomando en consideración las características personales de los convivientes, pues puede suceder que el proyecto de vida que tiene una pareja con muchos recursos económicos sea distinta o menos ambiciosa que una pareja deprivada socioculturalmente, pero no por ello se le niegue su categoría de convivientes, como sucede en el caso de los indigentes, quienes por carecer de dinero, no tienen un techo estable donde habitar, no obstante pueden constituir uniones de hecho.

En consecuencia, insistimos en que la convivencia es una cuestión de hecho, a la que el derecho atribuye ciertos efectos, a diferencia del matrimonio que es un negocio jurídico. El derecho regula la institución del matrimonio y, al hacerlo, el legislador opta por la política que le parezca más plausible en torno a quienes pueden contraer este vínculo, a diferencia de la convivencia, que en

nuestro ordenamiento jurídico carece de regulación. Por ello no compartimos que se iguale la convivencia al matrimonio, pues son asuntos distintos.

Estimamos que no hay vulneración alguna al principio de legalidad, ni tampoco se está efectuando una interpretación por analogía o extensión, cuando se incluye dentro del concepto de convivencia a personas que no cumplen con los requisitos para contraer matrimonio, como lo serían las parejas del mismo sexo. No hay tales vulneraciones porque tal como lo zanjó el Tribunal Constitucional, la convivencia sería un elemento normativo del tipo y, por tanto, su contenido lo establece la jurisprudencia, y en esta definición, la judicatura está llamada a fallar sin hacer distinciones donde la ley no las hace. Consideramos que restringir el concepto excluyendo a determinadas parejas por ser homosexuales o por tener vínculo matrimonial no disuelto, entre otras, no refleja el espíritu del legislador, ni se ajusta a la realidad imperante en la sociedad.

Si el fin último de todas las legislaciones que incluyen el concepto de convivencia es reconocer una situación cada vez más validada y aceptada socialmente, y por ello otorgarle protección a aquellas parejas que se asimilan al matrimonio en su fundamento, que es el afecto y la voluntad de querer llevar una vida en común, el derecho debe darles cabida a todas estas expresiones que impliquen esta comunidad de vida, sin formular restricciones que no obedecen a la realidad jurídica y social de nuestro país.

V. Bibliografía

- Barrientos Grandon, Javier. “Sobre la noción de “conviviente” utilizada en el artículo 390 del Código Penal”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°7, Santiago, Chile, 2006.
- Castillo Ara Alejandra. Minuta El delito de femicidio [en línea]. Disponible en: Departamento de Estudios Defensoría Nacional <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/5319-2.pdf> [fecha de consulta: 30 de octubre de 2014].
- Cerna Carrasco, Carolina. *Crítica a La configuración del delito de parricidio y fundamentos para postular la supresión del ilícito*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2011.
- Chile, Ley N°19.325 sobre Violencia Intrafamiliar del 19 de agosto de 1994.
- Chile, Ley N°19.585, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial del 26 de octubre de 1998.
- Chile, Ley N°20.066, establece Ley de Violencia Intrafamiliar. Diario Oficial del 7 de octubre de 2005.

- Congreso Nacional de Chile. Boletín N°2318-18 sobre Violencia Intrafamiliar.
- De La Barra Suma de Villa. María Asunción. “Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: posibilidad de aplicación a parejas homosexuales”. En: *Revista Derecho y Humanidades*, N°16, Vol. 2, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2010.
- Díaz Fernández, Pilar Alejandra. *El Concepto de convivencia dentro del nuevo tipo penal de femicidio*. Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile, 2013.
- Figueroa Yáñez, Gonzalo. “El Pacto de Convivencia: una alternativa al pacto de matrimonio”. En: *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, abril de 2005, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2006.
- Gazmuri Riveros, Consuelo. “Uniones de hecho: algunos antecedentes, y problemáticas de la regulación jurídica de sus efectos”. En: *Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Instituciones modernas de derechos Civil*. Santiago, Chile, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 1996.
- Hernández Basualto, Héctor. “La definición de “convivencia” en el art. 390 del Código Penal”. En: *Informes en Derecho*. N°8, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, Chile, octubre, 2011.
- Informe de la Comisión de Familia de 16 de abril de 2008, en Historia de la Ley N°20.480.
- Informe de la Comisión Mixta, de 4 de septiembre de 2005, en Historia de la Ley N°20.066.
- Mackinnon Roehrs, John y Bullemore Gallardo, Vivian. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Edición aumentada y actualizada, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2011, Tomo III.
- Manríquez Rosales, Juan Carlos. “Disfunciones dogmáticas del parricidio en el Código Penal de Chile”. En: *Revista Escuela de Derecho, Casa Central Universidad del Mar*. Viña del Mar, Chile, 2008.
- Martinic Galetovic, María Dora y Weinstein Weinstein, Graciela. “Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho”. En: Schmidt Hott, Claudia - Martinic Galetovic, María Dora. *Instituciones de Derecho de Familia*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2004.

- Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 3ª edición revisada y actualizada, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2014, Tomo I.
- Pi Arriagada, Juan Enrique. *Análisis críticos de los proyectos de ley presentados al Congreso Nacional de Chile relativos al establecimiento de uniones civiles como forma de regulación de la pareja*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2014.
- Rodríguez Collao. Luis. *Delitos Sexuales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000.
- Segundo Informe de la Comisión de Familia, de 6 de agosto de 2003, en Historia de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.
- Tena Piazuelo, Isaac. Estado actual de las uniones de pareja heterosexuales y homosexuales [en línea]. Disponible en: http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasySociales/BibliotecaDiseno/Archivos/01_Documentos/estadoActualUnionHetero.pdf. [fecha de consulta: 30 de octubre de 2014].

Fallos citados:

- Tribunal Constitucional, 5 de agosto de 2010, Rol N°1432-09-INA.
- Corte Suprema, 2 de septiembre de 2014, RUC N°1200098038-0, Rol N°19.798-14.
- Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 12 de octubre de 2012, RUC N°1101225252-k, RIT N°238-2012.
- Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 11 de julio de 2011, RUC N°1000226415-9, RIT N°296-2011.
- Tribunal Oral en lo Penal de Calama, 15 de julio de 2012, RUC N°1101002040-0, RIT N°70-2012.
- Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, 5 de mayo de 2014, RUC N°1300137845-1, RIT N°62-2014.
- Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 22 de mayo de 2012, RUC N°1100694927-6, RIT N°61-2012.

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

RECONOCIMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CARÁCTER TÍPICO DE LA DENOMINADA ESTAFA PROCESAL

Verónica Rosenblut Gorodinsky¹

I. Introducción

A partir de la concepción clásica de la estafa que durante mucho tiempo ha sostenido la dogmática nacional, en relación con el contenido normativo que debe atribuirse a los elementos que se entienden configuradores del tipo básico de todo fraude por engaño, así como de la errónea comprensión que parte de la doctrina ha tenido acerca del mandato constitucional que entraña el principio de legalidad y a partir del cual se proscribe la denominada analogía *in malam partem*, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, eran hasta hace poco tiempo reacias a considerar como supuestos típicos de estafa, los denominados casos de *fraude o estafa procesal*.

En efecto, ya sea porque se considerara que en tales hipótesis era un tribunal quien sufría el error o resultaba engañado, lo que pugnaba con la concepción clásica de error como fenómeno psicológico, y por tanto privativo de los seres humanos², o bien, porque al no encontrarse expresamente tipificado en nuestro derecho el fraude procesal como un delito de estafa, se estimara que la aplicación que a dichos casos pretendía hacerse de las figuras establecidas en el artículo 473 o 468 del Código Penal, infringía el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, lo cierto es que la tónica jurisprudencial era, atendida la existencia de una doctrina nacional más bien silente, la de sostener la atipicidad de los supuestos de estafa procesal.

Como muestra de este diagnóstico, resulta muy ilustrativo comentar un fallo pronunciado hace sólo una década por un Tribunal Oral en lo Penal de nuestro país, el que al razonar acerca de la posibilidad de calificar jurídicamente y sancionar un caso de fraude procesal, a título de la figura de estafa del artículo 468 del Código Penal señaló, que: “...en la especie no concurren todos los elementos de este delito, no se aprecia algún ardid o maniobra que sea imputable directamente al acusado, salvo que no sea la de haber dado una dirección falsa del causante y de haber mentido en cuanto a que no existían herederos interesados en sus bienes, sin embargo la doctrina es unánime en que para que exista estafa es necesario algo más que la simple mentira o falseamiento de los hechos, los otros ele-

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Fraude de Seguros y la Estructura del Tipo Básico de Estafa*, Santiago, Chile, Universidad de Los Andes, 2005, págs. 45-95.

mentos que acompañan a la petición de declarar yacente la herencia de C. S. R. son los propios del ejercicio de la profesión de abogado de manera abusiva para perjudicar los intereses de sus mandantes o clientes. A continuación esta maniobra debe inducir al perjudicado a error, aquí lo han sostenido ambos acusadores en sus alegatos, **el engañado no es una persona es un tribunal**, que declaró yacente la herencia, sin cumplirse realmente los supuestos que exige el artículo 1240 del Código Civil, por lo tanto si el presunto perjuicio que se pretendía al cobrar el cheque era para con la familia S. B., el error no lo sufrieron los perjudicados sino un tribunal, es decir **estamos en el terreno del fraude procesal, que no se encuentra sancionado en nuestra ley**, pero si en algunas legislaciones comparadas, como en el Código Penal colombiano, que lo contempla mediante un tipo expreso, siendo la distinción entre uno y otro que la estafa provoca un perjuicio patrimonial y el fraude procesal lo que pretende es obtener una sentencia contraria a la ley, como ocurrió en el caso sub lite, pero que **no puede sancionarse como tal por carencia de una disposición penal que lo autorice**, sino que debe serlo por la disposición del artículo 231 del Código Penal³. El subrayado es nuestro.

Si bien a nivel comparado, entre los argumentos que se han esgrimido para los efectos de privar de carácter típico a la estafa procesal, también se encuentra aquél que considera que la sanción de estos supuestos mediante otras figuras contempladas en la ley, lesionaría el principio de legalidad⁴, frente a lo cual, por lo demás, existen importantes autores que expresamente consideran a la estafa procesal como uno de los ejemplos en que es *posible la aplicación de la ley a casos a que alcanza su letra, pero que no cuentan entre los normalmente incluidos en ella*⁵; lo cierto es que la mayor oposición que dicha posibilidad ha encontrado en la doctrina extranjera, se funda en otro tipo de consideraciones, representadas fundamentalmente por las siguientes ideas: al basarse el proceso civil en el principio de controversia entre las partes, son lícitas las falsas pretensiones; el Juez nunca puede ser objeto de engaño; y, el Juez nunca realiza un acto de disposición, porque los actos judiciales no son actos de voluntad y, por esta razón, no son actos de disposición sobre el patrimonio de una parte⁶.

En relación con la primera objeción, consistente en que al ser el proceso una manifestación del derecho de la parte a la tutela judicial efectiva, aquella está legitimada para utilizar cualquier medio en defensa de sus intereses, siendo lícitas por tanto las pretensiones infundadas, aventuradas y temerarias

3 TOP Temuco, 15 de junio de 2004, RUC 0100042140-1.

4 CIANO, Ariel, *Defraudaciones. Análisis de fraudes usuales: Estafa procesal; fraudes por emisión ilegal de cheques; estafa con automotores*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2006, p. 31.

5 MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1975, p. 343.

6 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los Delitos de Estafa en el Código Penal*, Madrid, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 113.

y, por ende, también las engañosas, la Jurisprudencia española ha señalado que: *“Tampoco es válido el argumento, aparentemente útil, pero en muchos casos realmente falso, de que quien acude a los Tribunales para dirimir sus discordias patrimoniales; solicitar la tutela jurídica y lograr el restablecimiento del orden jurídico perturbado, ejercita un legítimo derecho, pues es fácil comprender que puede ser lícito acudir a los Tribunales para resolver controversias jurídicas, puesto que afortunadamente a nadie es dable tomarse la justicia por su mano ni la acción directa, salvo en excepcionálísimos supuestos, pero lo que no es lícito ni válido, ni el Estado reconoce, es utilizar el proceso, que puede ser una facultad legítima, para, con plena conciencia de la falta de razón de aquello que se pretende y con el uso de maniobras engañosas, con propósito defraudatorio, lograr engañar bien a la parte contraria o bien al Juez, para conseguir una sentencia que suponga un perjuicio patrimonial injusto a la parte demandada por medio de engaño, ánimo de lucro, propósito defraudatorio y perjuicio de la víctima”*⁷.

En armonía con el referido parecer jurisprudencial, la doctrina española ha replicado a su turno, que deben distinguirse las pretensiones infundadas o temerarias de las engañosas, ya que mientras las primeras tienen corrección dentro del propio proceso, las segundas, si trasladan el engaño al Juez, determinan un fraude procesal y deben considerarse susceptibles de ser castigadas como estafa si se producen⁸.

Frente al segundo grupo de argumentos esgrimidos a nivel comparado para los efectos de deslegitimar la sanción del fraude procesal, y que razonan en torno a la idea de que en base al sistema de valoración de la prueba y a todo el sistema procesal, debe necesariamente negarse la posibilidad de que el Juez pueda ser objeto de un engaño, en la medida que éste tendría especiales deberes de examen de los medios de prueba y de las alegaciones de las partes, y de que, en el proceso civil, el principio dispositivo le obligaría a aceptar como ciertos los hechos que no sean objeto de controversia, la doctrina italiana ha señalado que: *“no es lícito poner en duda que entre el artificio o engaño de la parte y la decisión del Juez pueda existir un nexo causal; tan cierto es esto que el dolo de las partes es previsto como motivo de revocación de la Sentencia”*, sosteniéndose en el mismo sentido por la doctrina española que el que la condición de Juez excluya que éste pueda ser objeto de engaño es algo totalmente irreal⁹.

Si bien en países como España, las reformas legales que tipificaron expresamente la estafa procesal como delito¹⁰, vinieron a zanjar estas antiguas

7 STS de 25 de octubre de 1978.

8 CONDE-PUMPIDO, Cándido, *Estafas*, Valencia, España, Editorial Tirant lo blanch, 1997, págs. 132 y sgtes.

9 CONDE-PUMPIDO, ob. cit.

10 Figura actualmente regulada en el artículo 250.1.7° del Código Penal Español: *El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce*

discusiones que se entendían ya ampliamente superadas por la doctrina, fundamentalmente respecto a la posibilidad de que el juez fuese engañado y que el perjuicio recayera sobre una de las partes del juicio¹¹, en nuestro país sólo en el último tiempo la posibilidad de sancionar penalmente la estafa procesal ha comenzado a ser abrazada por los autores nacionales con mayor influencia en el ámbito del derecho penal económico, a propósito de la denominada “estafa triangular”, dando lugar dicho fenómeno, a que paralelamente hayan aparecido también los primeros pronunciamientos jurisprudenciales que vienen a reconocer la tipicidad de los supuestos de fraude procesal.

En los apartados siguientes, nos dedicaremos a exponer la forma en que la doctrina nacional, en sintonía con la doctrina comparada, ha conceptualizado y reconocido como delito las hipótesis de estafa procesal, para comentar luego los pareceres jurisprudenciales en los que de forma incipiente, ha comenzado también a aceptarse su sanción.

II. Conceptualización y estructura de la estafa procesal en la doctrina nacional y extranjera

1. Conceptualización

La figura especial de estafa, denominada en la doctrina como *estafa procesal*, constituye el caso paradigmático de la denominada “estafa triangular”, esto es, aquella situación en que el sujeto que se ve afectado por el engaño no es el mismo que resulta perjudicado en su patrimonio; *desdoblamiento*¹² que es actualmente aceptado de forma unánime por los autores nacionales, como un supuesto que satisface las exigencias típicas del delito de estafa. En este sentido la *estafa procesal* debe considerarse típica y no constituye un delito distinto de la estafa tradicional, sino que una figura especial en atención a

meses, cuando: 7° Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero. Con anterioridad a la reforma de la LO 5/2010, la estafa procesal se sancionaba en el numeral 2° del punto 1 del artículo 250 del Código Penal Español, castigándose hasta esa fecha la estafa con la misma pena cuando “2°. Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal”.

- 11 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1991, p. 197.
- 12 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo III, p. 398. En el mismo sentido POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 421.

la singular calidad del destinatario del engaño y a su particular estructura triangular.

No en vano, ya a mediados del siglo pasado, la doctrina alemana señalaba que: *“De la circunstancia que no es necesario que el engañado y el perjudicado sean la misma persona, resulta la posibilidad de la estafa procesal mediante engaño del juez, si éste, sobre la base de una declaración falsa de una parte, dicta una decisión perjudicial para la contraparte”*¹³.

En efecto, conceptualmente, la *estafa procesal* es la perpetrada en un proceso en que el destinatario del ardid es el juez de ese proceso, a quien se busca engañar, a fin de obtener una sentencia, fundada en la falsedad del ardid, que favorezca a una parte en detrimento injusto del patrimonio de la otra¹⁴, caracterizándose así porque el engaño se dirige contra un juez o funcionario del aparato de justicia, quien incurre en error y en dicha virtud resuelve en términos perjudiciales para el patrimonio de una de las partes o de un sujeto ajeno al procedimiento pero a quien los resultados de éste le empecen¹⁵.

Si bien la conceptualización de la *estafa procesal* como una estafa triangular, constituye a nivel comparado y nacional la posición mayoritaria, la doctrina minoritaria sostenida principalmente en España, considera que la *estafa procesal* correspondería en realidad a un caso de autoría mediata, en el que se utilizaría al juez como instrumento para cometer la estafa¹⁶; posibilidad que ha sido considerada en Chile también de forma minoritaria por algunos autores¹⁷. En efecto, en el contexto del análisis de las distintas hipótesis de autoría mediata, los partidarios de esta visión han señalado que dicha forma de intervención en el delito se presenta con toda claridad en los supuestos de estafa procesal, *en donde una de las partes hace valer documentos falsos con lo que determina una decisión falsa del juez que perjudica a la otra parte. El juez, ignorando la falsedad, obra de acuerdo a derecho. Pero el que obra detrás es autor mediato de estafa porque en base a su mayor conocimiento de la verdad de los hechos ha mantenido el dominio del hecho*¹⁸.

13 MEZGER, Edmund, *Derecho Penal Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 249.

14 GRISOLÍA, ob. cit.

15 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La estafa triangular en el derecho penal chileno. En especial la estafa procesal”. En: *Revista de Derecho*, Volumen XXIII, N°1, Santiago, Chile, julio 2010, págs. 201-231.

16 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, págs. 409 y 410.

17 MATUS ACUÑA, ob. cit.; GRISOLÍA, ob. cit.

18 BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1996, p. 196.

Difiere sin embargo de tal concepción, la moderna doctrina alemana, cuando, en sintonía con la doctrina nacional mayoritaria que concibe, como se dijo, a la estafa procesal como un caso de estafa triangular, señala que con la tesis de la autoría mediata tipificada no se fundamenta la posibilidad de una estafa en triángulo, sino que solamente se formula la exigencia de que el titular del patrimonio se autolesione como instrumento del autor¹⁹.

En cuanto al *ámbito de aplicación* de esta figura, en concordancia con lo sostenido con la doctrina española, según la cual, *la estafa procesal se da tanto dentro del procedimiento civil como dentro del procedimiento contencioso-administrativo o, incluso, penal*²⁰, nuestros autores han señalado que *las posibilidades procesales de este particular engaño se encuentran en todos los procedimientos, aunque en mayor medida en los de carácter dispositivo (civiles y laborales, paradigmáticamente)*²¹.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina comparada, existirían dos clases de estafa procesal: la denominada como propia, consistente en la *atribución a un tercero de una obligación inexistente, que engañosamente se invoca ante la justicia*²², y la impropia, que se daría cuando el ardid desplegado no está destinado a engañar al juez, sino a la contraparte, para que, como consecuencia del error, realice un acto que la perjudique patrimonialmente, ya sea desistiendo de la acción o del derecho, renunciando al mismo, llegando a una transacción o a una conciliación; de suerte tal que en la línea de lo sostenido por autores como CERESO MIR²³, el único elemento que diferenciaría estos dos tipos de estafa procesal, sería el sujeto que resulta engañado, por cuanto en esta última aquél correspondería a la contraparte y no a un magistrado, lo que llevaría en definitiva a concluir que en este último caso no nos encontraríamos realmente frente a un supuesto de estafa procesal, sino que frente a uno de estafa común o genérica.

Entre nuestros autores, si bien no existen rastros de una conceptualización como la planteada, hay quienes han distinguido entre los supuestos de estafa procesal propiamente tal y aquellos que han denominado como *simulaciones procesales*, esto es, hipótesis en las que el engaño se serviría del valor jurídico de los institutos que simulada o fraudulentamente, y con el objeto de perjudicar a un tercero, presentan las partes ante un juez, quien en todo caso, y a

19 KINDHAUSER, Urs, *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Lima, Perú, Editorial Jurídica Grijley, 2002, p. 99.

20 BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 116.

21 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit.

22 CIANO, Ariel, *Defraudaciones. Análisis de fraudes usuales: Estafa procesal; fraudes por emisión ilegal de cheques; estafa con automotores*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2006, p. 31.

23 CERESO MIR, José, "La Estafa Procesal". En: *Sección Doctrinal del B.O. del Estado*, España, 1965, págs. 179-198.

diferencia de lo que ocurriría en los supuestos de otorgamiento de contratos simulados, no sería el ente instrumentalizado, sino que las reglas procedimentales que en virtud del valor jurídico del acto simulado invocado, aquél se encontraría obligado a aplicar²⁴. Con todo, dicha diferenciación parecería no tener ninguna consecuencia práctica y por lo mismo ser de dudosa utilidad, en la medida que la propia doctrina que la plantea en nuestro país, admite la reconducción de estos casos a los supuestos de estafa procesal, y a que, en doctrina comparada, se consideran igualmente como casos de estafa procesal aquellos en que media colusión entre las partes, es decir, cuando las partes se ponen de acuerdo para engañar al Juez en perjuicio de tercero²⁵.

2. Estructura

De acuerdo con lo sostenido actualmente por la doctrina moderna y, como se verá más adelante, por la jurisprudencia nacional, atendido el amplio marco que concede la formulación genérica de los tipos de estafa presentes en el Código Penal, no puede esgrimirse el argumento de la impunidad de la estafa procesal por el hecho de no existir a su respecto un tipo específico, argumentándose incluso que ello equivaldría a afirmar, como señala un autor, que en ausencia del artículo 390 del Código Penal, el parricidio no sería punible como si no fuera aplicable en ese supuesto el artículo 391 con la agravante del artículo 12 N°18, concluyendo que *“detrás de la estafa procesal subyace la estafa común en sus formulaciones genéricas del artículo 473 y última parte del artículo 468 del Código penal”*²⁶.

Pero de esta constatación, se sigue la exigencia de que, para tener por constituida una estafa procesal, deben darse, en el caso concreto, todos los requisitos que habitualmente son exigidos para tener por configurada una estafa tradicional. En este sentido, el tribunal deberá tener por acreditado que existió un engaño, que ese engaño es responsable de un error (falsa representación de la realidad), a consecuencia de la cual el destinatario del engaño realizó una disposición patrimonial que perjudicó el patrimonio de un tercero (contraparte o no), quien constituye la víctima del delito.

A este respecto, si bien las formas que en primer término puede adoptar el **elemento engaño** en los supuestos de *estafa procesal* son múltiples, algunos autores nacionales han querido sintetizar los distintos tipos de ardidés, señalando como modalidades engañosas de fraude procesal aquellos en que se traba una

24 MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “La estafa procesal o la porfiada necesidad de la parte especial de los delitos de estafa”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Santiago, Chile, Vol. II, 2013, págs. 297-304.

25 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los Delitos de Estafa en el Código Penal*, Madrid, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 112.

26 GRISOLÍA, ob. cit.

litis aparente para perjudicar a un tercero; aquellos en los que se participa en una *litis* existente mediante la interposición de tercerías fingidas, con similar propósito; o, aquellos en que se presenta una gestión voluntaria para obtener inscripciones indebidas de bienes sometidos a sistemas registrales²⁷.

Desde un punto de vista más general, otro autor nacional ha señalado, a propósito de la observación de las causales de revisión establecidas en los primeros tres numerales del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, que: *Es ésta actividad fraudulenta la que puede constituir engaño típico en los términos de la estafa. Específicamente, por el especial despliegue que representa la simulación de pruebas o de un procedimiento falso, en principio el tipo calificado del art. 468 CP, pues, en palabras de Grisolia: "(q)uienes inventan un pleito para engañar al juez de modo que éste libere una sentencia injusta apta para perjudicar pecuniariamente a un tercero, despliegan una comedia procesal movidos por un afán de lucro: se atribuyen un crédito supuesto; aparentan la existencia del crédito que viene a ser el valor de la pretensión demandada –correlativamente el débito supuesto del demandado– y, en todo caso, demandar lo que no existe es un engaño semejante al descrito".*

En segundo lugar, entendiendo a la estafa como un delito de autolesión, caracterizado porque el perjuicio patrimonial no lo ocasiona el autor sino la propia víctima (o quien actúa por ella) a través de una disposición patrimonial, esto es, a través de una *manifestación de voluntad* con efectos patrimoniales, el **elemento error** es lo que justifica que sea el autor el que deba responder por un hecho voluntario que en principio sólo es de incumbencia y responsabilidad de quien lo realiza.

Sin embargo, atendida la dinámica de las estafas triangulares, la estafa procesal no se presenta como una figura de autolesión, ya que no es la víctima del delito quien padece el error que se origina a causa del engaño fraguado por el sujeto activo, sino que un tercero, específicamente un Juez, razón por la cual se sostiene a nivel comparado que: *"El error judicial es el punto de conexión de la doble relación causal exigida por el tipo penal. El error debe ser producido por el fraude del sujeto activo, y a su vez, debe traer aparejada como consecuencia la resolución judicial que impone una disposición patrimonial en perjuicio de la otra parte o de un tercero"*²⁸; y, entre nuestros autores, que: *"la inducción a error al juez de la experiencia se encuadra en el tipo de estafa cuando causa una lesión típica al patrimonio"*²⁹.

27 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 422.

28 CIANO, ob. cit., p. 32.

29 GRISOLÍA, Francisco, "La Estafa Procesal en el Derecho Penal Chileno". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24 N°3, Santiago, Chile, 1997, págs. 417-422.

La afirmación de la efectiva presencia de este elemento (error) en los supuestos de *estafa procesal* en los casos en que el dictamen judicial es más bien formal (piénsese en la admisión a tramitación de una demanda), fundamentalmente en aquellos procesos donde existen facultades dispositivas de las partes que tienden a favorecer su término por la vía de la transacción, la conciliación o el avenimiento, y en el que los jueces, como ha señalado un autor, no están llamados a verificar la *sinceridad* de los términos del mismo³⁰, ha sido fuertemente criticada por algunos sectores de la doctrina comparada, señalándose por ello: “*que la exigencia del estado de error como resultado derivado del engaño, produciría consecuencias insatisfactorias en supuestos de estafa procesal, ya que en la mayor parte de los casos el Juez no realiza el acto de disposición patrimonial en un estado de error, sino condicionado por las estrecheces que el procedimiento le impone y al cual ha llegado el propio juzgador inducido a través del engaño idóneo*”³¹.

En contra de la posición anterior, otro sector de la doctrina comparada sostiene que en los supuestos de estafa procesal sí resultaría correcto exigir la concurrencia del elemento error, argumentando para ello que: “*en el ejemplo de la estafa procesal, hay que reconocer que si el Juez ha podido llegar al momento procesal en el que la propia rigidez o estrechez del procedimiento le obliga a un acto de disposición en perjuicio de la víctima, en todo caso, lo es porque en algún momento determinado se encontró él u otra persona fundamental en el procedimiento, en un estado de error*”³².

En el mismo sentido, en la doctrina nacional se ha sostenido que si en general en la estafa, en los casos en que el disponente efectivamente incurre en error como hecho psíquico, es decir, cuando en virtud del engaño ha ignorado el verdadero sentido de su disposición, no obstante la voluntariedad de la disposición perjudicial, ésta es imputada al autor como su hecho, “*ello también debería serlo, por equivalencia funcional, cuando con independencia de su representación se encuentra jurídicamente obligado a resolver en el sentido de la información presentada, esto es, en los casos más extremos en que el sistema de antemano ha renunciado a toda forma de control judicial efectivo, y el tribunal u órgano sólo cumple una función de validación formal*”³³.

En cuanto a la concurrencia del elemento **disposición patrimonial**, propio de toda estafa, si bien se ha pretendido objetar que la sentencia no constituye un acto de disposición, entre nuestros autores se ha sostenido que esto sería más bien una falacia, por cuanto: “*Lo esencial de la disposición es el efecto patrimonial. Si la sentencia priva al perjudicado del ejercicio legítimo de su derecho sólo es el*

30 MATUS ACUÑA, ob. cit.

31 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los Delitos de Estafa en el Código Penal*, Madrid, España, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 46.

32 BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit.

33 HERNÁNDEZ, artículo “*La estafa triangular...*”, ob. cit.

*revés de la trama del acto de disposición normal. En buenas cuentas, equivale dar un palmo de narices a la víctima en sus legítimos derechos o expectativas pecuniaras en beneficio del burlador o de todos los partícipes en la estafa*³⁴.

En efecto, como apunta otro autor, “*en la medida en que el juez y algunos funcionarios judiciales poseen facultades para adoptar decisiones que por mandato legal surten efecto sobre el patrimonio de las personas –y conforme al concepto amplio de disposición patrimonial dominante también en Chile– no cabe dudar a la hora de atribuirle a dichas decisiones el carácter de disposición típica en los términos del delito de estafa*”³⁵.

Ahora bien, en relación con la forma en que en el caso de la *estafa procesal* se presenta el **elemento perjuicio**, la doctrina nacional ha entendido que se estimará concurrente dicho elemento, cuando *la decisión obtenida mediante engaño disminuya el valor económico del patrimonio sobre el cual tiene efectos relevantes dicha decisión*, pero no sólo en los casos obvios en que se pierde definitivamente un bien o derecho o se grava definitivamente el patrimonio, sino que también en aquellos casos en que la decisión judicial implique una traba al pleno ejercicio de los derechos que se tienen sobre determinadas cosas o el deterioro de un crédito³⁶; señalando en el mismo sentido la doctrina española en relación con la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo, que dentro del concepto de perjuicio deben incluirse *alteraciones en el disfrute y realización de derechos sin que se haya producido esa lesión en el patrimonio*³⁷.

Íntimamente relacionada con los conceptos de patrimonio y perjuicio, se encuentra también la determinación del **momento consumativo** de la *estafa procesal*, existiendo a ese respecto “*amplio consenso entre nuestros autores en cuanto a que la estafa debe considerarse consumada al menos con el pronunciamiento de la resolución obtenida mediante engaño, en cuando ésta esté en condiciones de ser ejecutada (con lo cual no es necesario que se encuentre a firme)*”³⁸, coincidiendo dicha visión con la de la doctrina española, cuando ésta señala que “*la consumación del delito de estafa ha de cifrarse en el cumplimiento de todos los requisitos objetivos y subjetivos del delito y, por tanto, se piensa que en la estafa procesal este cumplimiento se produce con la sentencia. Téngase en cuenta que dictada la sentencia el patrimonio queda gravado por el valor económico que la sentencia implica. Entendemos, así pues que no es necesario esperar a la ejecución*”³⁹; o cuando afirma que en la estafa procesal: “*el perjuicio se verifica en caso de actuación judicial o*

34 GRISOLÍA, ob. cit.

35 HERNÁNDEZ, artículo “*La estafa triangular...*”, ob. cit.

36 HERNÁNDEZ, artículo “*La estafa triangular...*”, ob. cit.

37 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, España, Editorial Thomson, 2007, Aranzadi, p. 658.

38 HERNÁNDEZ, artículo “*La estafa triangular...*”, ob. cit.

39 BAJO FERNÁNDEZ, ob. cit., p.116.

administrativa en el momento de la resolución judicial o del acto administrativo, ya que éstos al dar lugar a la disposición provocan al mismo tiempo el perjuicio (pues priva al otro de algo)”⁴⁰.

Por último, en relación con la interrogante que legítimamente pudiera surgir en un caso de fraude procesal, en orden a determinar qué figura de las establecidas en nuestra legislación penal (artículo 473 o 468) correspondería aplicar para los efectos de sancionar estas hipótesis, una vez que ha sido posible constatar la concurrencia de todos los elementos configuradores del delito de estafa, autores nacionales han sostenido que aparentemente la tendencia doctrinaria mayoritaria sería la de estimar aplicable o configurada la figura especial de estafa o estafa calificada contemplada en el artículo 468 del Código Penal, por identificar estos supuestos con aquellos en que se pretende “*aparentar bienes o créditos supuestos*”⁴¹.

III. Reconocimiento y tratamiento de la estafa procesal en la jurisprudencia chilena

Tal como se señaló al comienzo de este artículo, hasta hace al menos una década, la escasa jurisprudencia nacional existente en materia de fraudes procesales, era más bien reacia a reconocer la tipicidad y, por lo tanto, la punibilidad de dichos supuestos, por razones que en el caso concreto de nuestra magistratura, se referían fundamentalmente a la imposibilidad de aceptar que un tribunal, como ente, fuera engañado, y a la inexistencia de una norma legal que sancionara expresamente dichas figuras.

Sin embargo, durante los últimos años, y en gran medida gracias a la influencia que en la evolución del pensamiento jurisprudencial han tenido nuestros autores modernos, han comenzado a dictarse una serie de fallos en base a los cuales puede a nuestro juicio sostenerse sin temor a cometer una impropiedad, que actualmente en Chile el fraude procesal es sancionable a título de una o más de las figuras de estafa contempladas en el Código Penal.

Si bien a la fecha dicha evolución no nos situaría en un plano semejante a aquél en que, aparentemente y de acuerdo a la forma en que lo ha resumido la doctrina española, se encontraría la jurisprudencia de dicho país, a partir de los fallos pronunciados por su Tribunal Supremo⁴², examinando brevemente

40 BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 198.

41 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 423.

42 “*La estafa procesal exige que se cumplan los requisitos de la estafa genérica. Su particularidad estriba en que el engaño se realiza dentro de un pleito y se dirige a un juez o funcionario (SSTS 4.3.1997 Ref. Iustel: \$218534, 22.4.1999 Ref. Iustel: \$221145, 21.7.2004 Ref. Iustel: \$229971 y 18.4.2005 Ref. Iustel: \$240087). Se discute si debe abarcar los engaños dirigidos a la otra parte del proceso. Se excluyen los engaños en procedimientos administrativos. Incluye*

el contenido de las sentencias condenatorias que recientemente han sido dictadas por nuestros tribunales penales, de todas formas es posible afirmar la existencia de ciertos criterios en relación con la conceptualización, estructura y calificación jurídica de la *estafa procesal*.

Así, en primer lugar, reconociendo el carácter de estafa al denominado fraude procesal y la posibilidad de sancionarlo como tal, por medio uno o más de los delitos contemplados en el Código Penal, nuestros tribunales han señalado: **“Que los hechos que se han dejado establecidos, precedentemente son constitutivos de un delito de estafa previsto y sancionado, en el artículo 468 en relación con el artículo 467 N°1 ambos del Código Penal, en la hipótesis final del artículo, esto es, defraudar a otro, valiéndose de cualquier otro engaño semejante. (...) En el presente caso y como quedó demostrado del análisis de la prueba de cargo, el demandante, inició una gestión preparatoria de citación a confesar deuda, aparentando tener una acreencia real y verdadera contra doña M.J., obteniendo con ello que el Tribunal aceptara citarla a confesar tal acreencia. Recordemos al efecto, que la disposición del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil no exige requisito alguno para dar curso a la gestión preparatoria, la ley parte de la base de la buena fe de quien requiere la intervención de un Tribunal de la República. También se incurrió en engaño, al señalar como domicilio de quien supuestamente tenía una deuda para con el actor, uno que no le correspondía, como quedó claramente establecido durante el juicio, puesto que su domicilio era el de calle XXX y no en calle YYY, comuna de Santiago, como se señaló, lo que permitió evitar que ella se enterara de la gestión iniciada en su contra, presupuesto indispensable para quienes pretendían defraudarla y, así, se la tuviera por confesa en rebeldía, lo que deja en evidencia que todo este despliegue significó una maquinación, un engaño, tendiente a provocar en el Tribunal una falsa representación de la realidad, al tener por cierto que existía tal acreencia y que habiendo sido efectivamente notificada la demandada no había pagado lo debido, decretando se dispusiera de dineros de ésta, para pagar forzosamente la obligación, dinero que fue entregado al demandante y en la medida que no existía tal obligación, este acto de disposición provocó un efectivo**

los supuestos de colusión entre las partes para engañar al juez en perjuicio de tercero. Requiere que la decisión judicial implique actos de disposición y perjuicio patrimonial para un tercero. El engaño lo constituye la simulación de pleito o cualquier maquinación fraudulenta dentro del procedimiento. El engaño debe ser idóneo y bastante en atención al sujeto al que se dirige, el juez (STS 14.1.2002 Ref. Iustel: \$309428). No basta la falsedad ideológica ni cualquier mentira o inveracidad. El engaño debe determinar la decisión judicial (STS 22.12.2000 Ref. Iustel: \$258204). La consumación se produce con la resolución judicial (auto o sentencia) (SSTS 16.7.2003 Ref. Iustel: \$214416 y 14.2.2005 Ref. Iustel: \$239392). Las relaciones concursales con determinadas falsedades documentales (arts. 393,396 CP) y acusación y denuncia falsa se resolverán aplicando las reglas del concurso de leyes (art. 8 CP) (SSTS 30.9.1977 y 8.11.2003 Ref. Iustel: \$226498)”. ARROYO ZAPATERO y otros, Comentarios al Código Penal, Madrid, España, Editorial Iustel, 2007, p. 564.

*perjuicio en el patrimonio de la demandada, puesto que pagó una obligación que nunca tuvo*⁴³.

En el mismo sentido, tribunales de superior jerarquía han fallado: *“Que tal como lo reconoce la sentencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconoce que el fraude procesal queda subsumido en la figura del artículo 468 del Código Penal al hablar de las defraudaciones, asimismo en el artículo 473 del mismo cuerpo legal, lo que se conoce como estafa residual. Del mismo modo todos los intervinientes están contestes en que los requisitos en general de la estafa son los cuatro que detalla el fallo, esto es, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Para la doctrina, siguiendo al profesor Francisco Grisolia, fraude procesal es aquel perpetrado en el proceso, siendo el propio juez el destinatario del artificio o ardid, a quien se busca engañar con el preciso objeto de obtener una sentencia favorable en perjuicio del patrimonio de otra parte en el proceso o de un tercero, como es el caso. (La estafa procesal en el derecho penal chileno. Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, N°3, año 1997, págs. 417-422.)*⁴⁴

En segundo término, admitiendo la posibilidad de que un juez pueda incurrir en un error y, por lo tanto, sea sujeto de engaño típico, nuestros tribunales han señalado que: *“En concepto de estos sentenciadores, los actos a que se ha aludido tienen la aptitud necesaria y suficiente para haber provocado en el sujeto pasivo del delito, este es, el juez de la causa, un error de tal naturaleza que lo llevó a efectuar la disposición patrimonial, toda vez que, pese a que éste no puede ser considerado lego en materias jurídicas, no era posible que pudiese prever el engaño o ardid que habían maquinado los agentes, dadas las conductas desplegadas por ellos y a que las actuaciones judiciales se rigen por el principio de la “buena fe procesal”, de modo que, lo naturalmente esperable es que quienes intervienen en los procesos lo hagan en un correcto actuar y no ocultando propósitos ilícitos o buscando perjudicar a terceros. Además, el juez cumplió con las exigencias que establece el artículo 441 del Código de Procedimiento Civil, verificando que la obligación constara en un título ejecutivo, sea actualmente exigible, que fuera líquida o liquidable y no esté prescrita, pues en la especie existía un título, constituido por la confesión judicial realizada en el tribunal por R.S., el día 18 de julio de 2002, en que se reconocía una deuda por honorarios de \$4.000.000, que se habían devengado del contrato que éste celebró en el mes de marzo del mismo año, antecedente que conforme a lo dispuesto en el artículo 434 N°5 del citado cuerpo legal, era título suficiente. Así las cosas, todos los actos desplegados en el proceso nacieron de un título cuya falsedad, sólo podía ser conocida por los agentes, pues fueron los gestores del mismo (...) De esta forma, se desestiman las alegaciones de la defensa, en cuanto a que los hechos serían atípicos, pues como ha sostenido la doctrina derivada de las argumentaciones de autores como Francisco Grisolia y Héctor Hernández, no es posible sostener que el juez no pueda*

43 4° TOP de Santiago, 22 de agosto de 2012, RUC N°1010010922-6.

44 ICA Talca, 25 de enero de 2013, Rol 537-2012.

*ser engañado, pues ello precisamente ocurre cuando existen fraudes en el ámbito procesal, en casos como cuando las partes simulan un litigio inexistente*⁴⁵.

Reforzando el criterio anterior, desde nuestros tribunales de alzada se ha señalado que: *“Al respecto es conveniente tener presente que el artículo 6 del proyecto de Código Procesal Civil contempla lo siguiente: “Art.6° Buena fe procesal. Las partes, los terceros, y en general, quienes acudan ante los tribunales deberán ajustar su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y a la lealtad y buena fe procesal. El tribunal, de oficio o a petición de parte, adoptará durante el desarrollo del proceso todas las medidas que estime pertinentes para impedir y sancionar toda conducta u omisión que importe el fraude procesal, colusión o cualquiera otra conducta ilícita o dilatoria”. Una disposición como la transcrita –que ha sido muy controvertida–, que impone obligaciones al juez con el fin de evitar el fraude procesal no existe en nuestro actual ordenamiento jurídico, el autocuidado que se reclama de parte del Tribunal no aparece en ninguna parte, el Juez no es abogado ni protector de las partes que deba subsidiar pues ello afectaría la imparcialidad que es de la esencia del quehacer judicial, su actuar es independiente prevaleciendo en toda su integridad el principio dispositivo del proceso*⁴⁶.

Por otra parte, reconociendo las distintas formas que en el fraude procesal puede adoptar el engaño requerido por la estafa, nuestra jurisprudencia ha señalado: *“Que, ahora bien, los hechos que se dieron por establecidos en el motivo noveno son constitutivos, únicamente, de dos delitos consumados de falsificación y uso malicioso de instrumento público falso previsto y sancionado en los artículos 193, 194 y 196 del Código Penal, en concurso medial con el delito consumado de estafa del artículo 468 en relación con el artículo 467 inciso final, ambos del mismo cuerpo de leyes, en perjuicio del Fisco de Chile, ascendente a la suma de \$280.126.672, hechos perpetrados en esta ciudad entre los días de 26 de abril y 6 de julio de 2012. En efecto, ha quedado acreditado que particulares defraudaron al fisco de Chile, presentándose en causa civil voluntaria por expropiación del Primer Juzgado Civil de Concepción, usando de nombre fingido y calidades que no poseían, atribuyéndose representaciones y poderes que no tenían del expropiado de dicha causa (materializadas en el forjamiento de dos escrituras públicas de mandatos y un documento privado titulado “carta poder”, documentos falsos que fueron acompañados al tribunal) para así lograr la apropiación de dinero consignados en la cuenta del tribunal a favor de éste último con motivo del monto de indemnización provisoria, logrando engañar con ese accionar a la magistrada de ese tribunal,*

45 TOP Talca, 1 de octubre de 2013, RUC N°0310004905-7. Sancionando igualmente casos de fraude procesal a título de estafa del C.P.: TOP Concepción, 17 de diciembre de 2013, RUC N°1201070334-2; JG de Copiapó, 18 de diciembre de 2012, RUC N°1010009127-0. En sentido contrario, aun cuando condena por delito de estafa, TOP Concepción, 28 de enero de 2013, RUC N°1200 386675-9.

46 ICA Talca, ob. cit.

por cuanto la indujo a error y ésta dispuso el giro y entrega del cheque, a través de la secretaria subrogante de ese juzgado civil el 6 de julio de 2012, siendo cobrado ese documento el mismo día por el supuesto mandante del expropiado⁴⁷.

En términos similares se ha fallado también, que: “*estos hechos configuran los siguientes delitos: 1° Un delito frustrado de ESTAFA del artículo 468 con relación al inciso final del 467 del Código Penal, toda vez que el imputado desplegó un puesta en escena destinado a engañar al Tribunal, atribuyéndose la calidad de dueño del bien expropiado, con el propósito de apropiarse de \$469.947.000, dinero consignado por el Fisco de Chile, para ser entregado al dueño del inmueble expropiado que corresponde a la Ilustre Municipalidad de ValLENAR, logrando el imputado mediante la presentación de documentos falsos que se le entregara un cheque por dicha cantidad, el que finalmente no fue pagado por el banco por causas independientes de su voluntad, por lo que dicha estafa no logró consumarse y se encuentra en grado imperfecto de desarrollo, no obstante el imputado desplegó todo de su parte para que el delito se consuma*”⁴⁸.

Por último, en relación con la concurrencia del elemento perjuicio, recientemente nuestros tribunales han sostenido⁴⁹, citando a la doctrina nacional, que para que supuestos de fraude procesal como aquellos en que *producto del engaño o ardid efectuado por la encartada en el juicio civil la familia A. perdió “la posesión” del bien raíz, habiendo sido provocado tal engaño en un tercero –el juez– mediante la presentación en juicio del contrato de arrendamiento falso, quien producto del engaño emitió una decisión –el lanzamiento–, la cual provocó un perjuicio en otras personas –querellantes en esta causa y que habitaban el inmueble–, puedan ser efectivamente sancionados a título de estafa, **el perjuicio ha de ser de naturaleza económica, o sea afectar al patrimonio de la víctima**, agregando que, ya sea que se trate de la figura del artículo 468 o del artículo 471 N°2 del Código Penal, “*Por ser ambos delitos que atentan contra la propiedad, resulta lógico que para que se configuren se deba causar un perjuicio en el patrimonio de la víctima, es decir, debe ser de índole económico, no concordando en absoluto por tanto con una de las argumentaciones de la parte querellante en su alegato de clausura, en cuanto indicó que producto del lanzamiento fueron echados a la calle con una menor de 10 años, una mujer embarazada, una familia peruana sin redes de apoyo, sus enseres quedaron en la calle, la señora R. había vivido en la casa hace 40 años, y que si eso no era perjuicio entonces no sabía qué era. Resulta evidente que las circunstancias anteriores señaladas por el abogado sí constituyen un perjuicio, pero son de índole moral y no económico, el cual no fue recogido por el legislador penal a efectos de sancionar este tipo de delitos –perjuicio que en cambio sí puede considerarse a efectos de la determinación de la pena–*”.*

47 TOP Concepción, 17 de diciembre de 2013, RUC N°1201070334-2.

48 JG de Copiapó, 18 de diciembre de 2012, RUC N°1010009127-0.

49 2° TOP de Santiago, 26 de enero de 2015, RUC N°120019274-6.

Reforzando el criterio expuesto, en el mismo fallo el tribunal desecha también la alegación del Ministerio Público en cuanto a que el perjuicio sufrido por la víctima habría consistido en perder la posesión de su casa, ya que en el caso concreto la propiedad legalmente nunca le habría pertenecido, y en consecuencia, tal como apunta el fallo, la víctima **“sólo detentaban una mera tenencia material”**, afectación que a juicio de los sentenciadores, no puede tampoco considerarse como perjuicio típico.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE LAVADO DE DINERO. ESTRUCTURA DE IMPUTACIÓN

Angélica Torres Figueroa¹

A cinco años de la publicación de la Ley N°20.393, ya existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales que establecen sanciones penales a personas jurídicas. A la fecha, sólo han existido casos en que la imputación por la responsabilidad que les cabe, se vincula con el delito de cohecho; pero no existen casos en que el delito cometido sea financiamiento del terrorismo o lavado de dinero. El objetivo del presente artículo es analizar la forma de poder imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, por la comisión de un delito de lavado de dinero.

1. Aspectos generales

En el artículo 1° de la Ley N°20.393, se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas *respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal.*

El artículo 3° añade que *las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.*

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Por su parte, el artículo 27 de la Ley N°19.913 establece que *será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:*

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiriera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

El inciso cuarto del mismo artículo señala:

Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados.

En el apartado siguiente se analiza una forma en que se podría estructurar la imputación del delito de lavado de dinero a la persona jurídica, a partir de lo dispuesto en los artículos anteriores.

2. “Responsabilidad por defecto de organización”: Forma de estructurar la imputación por el delito de lavado de dinero

a) Comisión de un delito

Tal como se señaló anteriormente, el artículo 1° de la Ley 20.393 establece cuáles son los delitos por los que puede ser responsable la persona jurídica. Entre ellos se encuentra el delito de lavado de dinero, previsto en el artículo 27 de la Ley N°19.913.

De acuerdo a lo establecido en el referido artículo, lo primero que debe tenerse en consideración es que la imputación puede realizarse por:

Artículo 27 letra a): ocultar o disimular el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen de alguno de los delitos establecidos en el catálogo del artículo 27; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule los bienes en sí mismos.

Artículo 27 letra b): adquirir, poseer, tener o usar los bienes, con ánimo de lucro, conociendo su origen ilícito.

Artículo 27 inciso 4°: ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes, o los bienes en sí mismos, sin conocer el origen de los bienes, por negligencia inexcusable.

No queda comprendido dentro de este catálogo, por tanto, el delito de asociación ilícita para cometer el delito de lavado de dinero, comprendido en el artículo 28 de la Ley N°19.913².

Como se puede apreciar, el artículo 27 contempla la posibilidad de que el delito de lavado de dinero se cometa con dolo o con culpa. En los apartados siguientes se hará referencia a algunos aspectos puntuales de la imputación a la persona jurídica por el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable; sin embargo, parece pertinente hacer presente que en el análisis realizado en el presente artículo, el dolo o la culpa están referidos al delito cometido por la persona natural, no al actuar de la persona jurídica.

b) El delito debe cometerse por personas determinadas

Si bien es cierto el delito de lavado de dinero no exige un sujeto activo calificado, para efectos de poder imputar responsabilidad penal a la persona jurídica, el sujeto activo debe ser únicamente alguna de las personas que se encuentran establecidas en el artículo 3° incisos primero y segundo de la Ley 20.393, y que son los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, y las personas naturales que estén bajo su dirección o supervisión directa.

2 El artículo 28 de la Ley N°19.913 establece: *Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas en el artículo anterior, serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:*

1.- *Con presidio mayor en su grado medio, al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan, y*

2.- *Con presidio mayor en su grado mínimo, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la organización.*

De todas formas, como se verá en el apartado 6, la persona jurídica podría ser sancionada de acuerdo con el artículo 28 de la Ley N°19.913, en virtud del modelo de consecuencias accesorias.

Cabe precisar que el delito base de lavado de dinero (tráfico de drogas, obtención fraudulenta de créditos, trata de personas, uso de información privilegiada, etc.), puede ser cometido por el mismo sujeto que luego comete el delito de lavado de dinero, o bien, por un tercero. Es decir, no es necesario que el delito base y el lavado posterior sean cometidos por la misma persona, por lo que el delito base podría cometerlo alguna persona que no esté enumerada en el artículo 3° incisos primero y segundo.

Así por ejemplo, podría darse cualquiera de las siguientes hipótesis:

Juan es dueño de la empresa “E”, comete un delito de tráfico de drogas, obteniendo ingentes ganancias. Luego realiza actos tendientes a ocultar o disimular el origen de esas ganancias, utilizando para ello a “E”, logrando con ello un directo beneficio para la empresa, ya que las maniobras fueron realizadas directa e inmediatamente en su interés o para su provecho.

María es amiga de Juan. María comete el delito de uso de de información privilegiada y obtiene grandes ganancias. María solicita a Juan que oculte o disimule esas ganancias, y para ello le propone un “negocio” que traerá grandes ventajas económicas para “E”, empresa de la que Juan es dueño. Juan acepta, y en definitiva logran ocultar las ganancias ilícitas, generando además un importante beneficio económico en interés o provecho de “E”³.

3 En ambos ejemplos se podría imputar responsabilidad penal a “E” por el delito de lavado de dinero. Ahora bien, creo necesario hacer presente que situaciones como esta podrían ser bastante cercanas o similares al uso de tipologías conocidas como “uso de sociedades de fachada” o “sociedades de pantalla” o “sociedades de papel”. Según lo señalado por la Unidad de Análisis Financiero, una “sociedad de fachada” es en una tipología de lavado de dinero que consiste en constituir sociedades legales, pero que no tienen existencia física ni cumplen con la actividad económica indicada en su giro, usadas por los lavadores para inyectarles sus fondos ilícitos y darles así apariencia de legalidad. Por su parte, una “sociedad de pantalla” es una tipología de lavado de dinero que consiste en constituir sociedades legales, con existencia física y que cumplen con la actividad económica señalada en su certificado, usadas por los lavadores para mezclar sus fondos ilícitos con las ganancias obtenidas a través del giro de estas empresas. Finalmente, una “sociedad de papel” es una tipología de lavado de dinero que consiste en constituir sociedades legales, que no existen físicamente ni cumplen con su objeto social, usadas por los lavadores para justificar ingresos de origen ilícito. II Informe de Tipologías y Señales de Alerta de Lavado de Activos en Chile. Análisis de las sentencias definitivas condenatorias 2007-2013, Unidad de Análisis Financiero, julio 2013, Santiago Chile, p. 19 [en línea]. Disponible en: http://www.uaf.cl/publicaciones/senales_nac.aspx [fecha de consulta: 23 de enero de 2015].

Puede ocurrir que en un caso concreto coincida que la tipología utilizada para ocultar o disimular el origen de los bienes o los bienes en sí mismos, a su vez cumple con todos los presupuestos para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. En esos casos, no existiría problema en imputar lavado de dinero a la persona natural y a la persona jurídica.

Por otra parte, respecto del delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, podría plantearse la interrogante respecto al sujeto activo, duda que no sólo surge en el ámbito de la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sino también en el de las personas naturales. En ese sentido, considero que el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable es un delito común, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo.

A favor de esta interpretación, en derecho comparado, autores como Fabián Caparrós⁴, Álvarez Pastor⁵ y Aránguez Sánchez⁶, coinciden en que el tipo culposo de lavado de dinero puede ser aplicado tanto a sujetos obligados como no obligados. Destaco la opinión de Aránguez, quien señala que al restringir la aplicación del tipo penal sólo a los sujetos obligados se introduce una limitación de responsabilidad que no ha establecido el legislador, y que es difícilmente compatible con el tenor literal del precepto en cuestión. Añade que “no parece de recibo que la no constancia del deber de diligencia en una normativa administrativa pueda desplazar al hecho de que se atenta contra un deber de diligencia basado en las reglas de la lógica y la experiencia”⁷.

Por su parte, Álvarez Pastor y Eguidazu Palacios señalan que “la modalidad imprudente de blanqueo de capitales del artículo 301.3 del Código Penal debe ser aplicada a cualquier ciudadano, sea o no intermediario financiero, que incumpla un deber de diligencia propia de su cargo y siempre que tal incumplimiento constituya una imprudencia grave, no cualquier imprudencia”⁸.

En Chile, el tipo penal, tal como quedó consagrado, no realiza distinción alguna, por lo que si la ley no distingue, no le corresponde al intérprete distinguir, de manera tal que considero que, más allá de las razones doctrinarias existentes en contra, la figura culposa es amplia y por ende aplicable a cualquier sujeto⁹.

4 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Madrid, España, Editorial Colex, 1998, págs. 418 y sgtes.

5 ÁLVAREZ PASTOR, Daniel. EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La Prevención del Blanqueo de Capitales*. Pamplona, España, Aranzadi Editorial, 1998, p. 289.

6 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, p. 284.

7 *Ibid.*

8 ÁLVAREZ PASTOR, EGUIDAZU PALACIOS, *ob. cit.*

9 Esta interpretación no es compartida por toda la doctrina. Así por ejemplo, Fernández señala que “a nuestro juicio debe castigarse exclusivamente la imprudencia profesional. Tenemos que poner en tela de juicio el desmesurado ámbito de aplicación que formalmente abarca el inciso 4° del artículo 19 LBC. Su tipificación debería haber tenido como premisa la existencia de un deber especial de diligencia en el sujeto activo, en otras palabras, una restricción típica explícita. La diligencia debida en la prevención del blanqueo de capitales, dada su extremada complejidad, es sólo exigible a aquellos sujetos

Siguiendo esta interpretación, por tanto, cumpliendo todos los presupuestos necesarios, se podría imputar responsabilidad penal a un banco, a una corredora de bolsa, a una casa de cambios o a cualquier otro sujeto obligado de conformidad a la Ley N°19.913¹⁰, si es que su dueño o alguna de las personas mencionadas en el artículo 3° incisos primero y segundo ha cometido lavado de dinero con negligencia inexcusable, beneficiando a su empresa; así como a una empresa dedicada al rubro de la agricultura, una agencia de publicidad, un estudio jurídico o cualquiera otra que no sea sujeto obligado, si se dan los mismos presupuestos.

que estén derechamente relacionados con los mecanismos, instituciones u organismos que la criminalidad organizada utiliza para aflorar sus beneficios". FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. "El tipo imprudente de legalización de capitales: Consideraciones Político Criminales". En: *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen 26, N°1, Valparaíso, Chile, Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005, p. 18.

Manríquez por su parte, argumenta que "los únicos que podrían ser reprochados por negligencia inexcusable en la advertencia del origen luctuoso de los bienes o activos lavados y verse involucrados en la comisión de comportamientos punibles, son aquellos sujetos que tienen el deber de acción contradictoria, o sea, verdaderos garantes del orden público económico y/o de la transparencia del mercado, que serían principalmente aquellos que deben informar las operaciones sospechosas del artículo 3° o que se desenvuelven en los ámbitos de protección señalados en la letra a) primera parte del artículo 19". En MANRÍQUEZ, *Delitos de blanqueo y lavado de activos en el marco de operaciones sospechosas*, p. 17 [en línea]. Disponible en: http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=181:delitosde-blanqueo-y-lavado-de-activos-en-el-marco-de-operaciones-sospechosas-&catid=41:parteespecial&Itemid=27 [fecha de consulta: 18 de octubre de 2011].

- 10 Artículo 3°.- Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre los actos, transacciones u operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: los bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las administradoras de fondos de inversión; el Comité de Inversiones Extranjeras; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de comercio; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones, y las sociedades anónimas deportivas profesionales, regidas por la ley N°20.019. Ley 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos. Publicación en Diario Oficial 18 de diciembre de 2003.

Finalmente, la ley no hace distinción alguna respecto de los requisitos de imputación dependiendo de la persona natural que cometa el delito de lavado de dinero. Sin embargo, se debe tener presente que en los casos de “responsabilidad autónoma” de la persona jurídica, de conformidad a lo establecido en el artículo 5 inciso final de la Ley N°20.393, se podrá perseguir la responsabilidad de la persona jurídica cuando se haya acreditado la existencia del delito y no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°, es decir, sólo de los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, pero no de las personas naturales que estén bajo su dirección o supervisión directa.

c) Consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica

El artículo 3° de la ley N°20.393 establece:

“(...) siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”.

Por su parte el inciso tercero del mismo artículo señala:

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

¿Qué significa que la comisión del delito –de lavado de dinero, en este caso– sea “consecuencia” del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, por parte de la persona jurídica, y que se consideren cumplidos estos deberes con la adopción e implementación de un modelo de prevención? Este punto es quizá uno de los más complejos de configurar, y en doctrina se ha se vinculado directamente con la idea que se tenga del modelo de responsabilidad que se sostenga que ha adoptado el legislador chileno, por una parte, y con el rol que juega la existencia e implementación de un modelo de prevención de delitos, de conformidad a lo establecido en los artículos 3° y 4°, por otra¹¹.

11 El artículo 4° de la Ley N°20.393 establece:

Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

Respecto al primer punto, desde la perspectiva de Hernández, la ley chilena

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la “Administración de la Persona Jurídica”, deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

ha abrazado un modelo atenuado de responsabilidad derivada que, además de la conexión entre individuo responsable y hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece, o en todo caso, no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por defecto de organización¹². Estima este autor que, en la medida que la responsabilidad de la persona natural siga siendo presupuesto de la de la persona jurídica, se tratará sin duda de una responsabilidad derivada¹³.

Respecto al rol que juega la adopción de un modelo de prevención de delitos, cabe destacar que el artículo 3° establece lo siguiente:

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Para Hernández, lo que buscó el legislador chileno fue proscribir la responsabilidad objetiva, esto es, una responsabilidad que no admite que el sujeto pueda eximirse de la misma observando un cierto tipo de comportamiento, es decir, aquella en que el comportamiento y la actitud del sujeto son totalmente irrelevantes porque responde a todo evento.¹⁴ En ese sentido, si la entidad cumple como es debido con sus deberes, no tiene responsabilidad alguna, aunque se cometa algún delito con las características previstas, simplemente porque a lo imposible nadie está obligado¹⁵. Añade que la ley entiende que se ha dado cumplimiento a estos deberes cuando con anterioridad a la comisión del delito la entidad ha adoptado e implementado un modelo de prevención; sin embargo, entiende el autor que todo parece indicar que esta forma de cumplir con los deberes en cuestión no es la única posible en el sistema de

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

12 HERNÁNDEZ, Héctor. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". En *Política criminal*, Vol. 5, N°9, Santiago, Chile, julio 2010, p. 217.

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd.*, p. 213.

15 *Ibíd.*, p. 225.

la ley. De ahí que sea tarea jurisprudencial precisar cuándo las medidas de prevención delictiva adoptadas por una entidad sin modelo de prevención en los términos del artículo 4° pueden considerarse equivalentes a la adopción de dicho modelo, y en consecuencia liberan de responsabilidad¹⁶.

De lo señalado por el autor podría desprenderse –aunque no de manera tajante– que la existencia e implementación de un modelo de prevención de delitos tendría prácticamente la calidad de alterar la carga de la prueba, es decir, operaría como una presunción simplemente legal de cumplimiento de los deberes de la persona jurídica, ya que si existe modelo de prevención, será el Ministerio Público quien deba acreditar que no fue idóneo para la prevención de la comisión del delito. En cambio, si no existe el modelo de prevención, corresponde a la persona jurídica aportar los antecedentes que permitan acreditar que cumplió con los deberes de dirección y supervisión.

En este sentido, señala Hernández que ése era el carácter que expresamente le atribuía el Ejecutivo al certificado emitido, es decir, el de una “presunción legal” de la existencia y pertinencia del modelo adoptado¹⁷.

En opinión de Matus, el sistema adoptado por el legislador chileno correspondería a un sistema de atribución de responsabilidad por un hecho ajeno, toda vez que se exige la comisión de un delito por parte de ejecutivos o empleados como fuente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁸.

Para Matus, en tanto, no es la falta de un modelo de prevención (cuya adopción ni siquiera es obligatoria al tenor del Art. 4° de la ley) lo que genera la responsabilidad penal de la empresa, sino el delito que comete uno de sus directivos y subordinados¹⁹.

Añade que se trata, por tanto, más bien de un sistema vicarial limitado o mixto, donde la adopción e implementación de sistemas de prevención puede tener la función de eximir de responsabilidad o atenuarla, pero no la fundamenta. De hecho si se demuestra que la comisión del delito no es consecuencia de la falta de tales modelos de organización, su efectiva inexistencia no genera responsabilidad penal, como tampoco se genera responsabilidad penal por no adoptar e implementar tales modelos de organización, claramente facultativos según el texto legal²⁰.

16 *Ibíd.*, p. 226.

17 *Ibíd.*, p. 227.

18 MATUS, Jean Pierre. “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Revista chilena de derecho y ciencias penales*, Vol. II, N°2, Santiago, Chile, 2013, p. 15.

19 *Ibíd.*, p. 15.

20 *Ibíd.*

Es decir, desde su perspectiva, pueden existir casos en que se cometan delitos sin que exista modelo; o bien, que se cometan delitos aun cuando exista un modelo de prevención. A contrario sensu, puede haber casos en que no exista modelo de prevención, y sin embargo no se cometa delito alguno, por lo tanto, desde su perspectiva la comisión del delito puede o no ser “consecuencia” de la inexistencia de un modelo de prevención.

Por su parte, García desde una perspectiva diferente afirma que la responsabilidad de la persona jurídica es propia y, por lo tanto, se sustenta en un fundamento independiente de la imputación penal a las personas naturales. Sin embargo, la regulación chilena ha convertido los delitos en los que pudiese intervenir una persona jurídica como delitos de intervención necesaria, en que se requiere la intervención responsable de una persona natural, además de la intervención de la persona jurídica²¹. Afirma que existe independencia entre la persona natural y la jurídica, por lo que no hay una responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de su órgano o representante. El actuar de la persona natural, más que ser un hecho de conexión, sería una delimitación de las personas que actúan en el ámbito de la organización de la persona jurídica²².

Respecto al rol del modelo de prevención, señala que si bien es cierto podría pensarse que su adopción constituiría una causa de exclusión de la punibilidad, es evidente que ello no puede ser así, ya que no son supuestos posteriores al delito, ni responden a una falta de necesidad de pena en el caso concreto, sino a que no podrá sustentarse la defectuosa organización en dichos casos. Añade que en realidad los programas de cumplimiento establecerían criterios de determinación de riesgo permitido, de manera que si la persona jurídica incorporó programas de prevención adecuados, el riesgo de que pese a todo se pueda cometer un delito en el marco de su actuación, se convierte en un riesgo tolerado, pues de lo contrario lo que habría que proceder es a suprimir la actividad de la persona jurídica, lo que evidentemente paralizaría la dinámica de la economía y sociedad moderna²³.

Lo que sí parece quedar claro, es que en ningún caso la existencia e implementación de un modelo de prevención opera como eximente de responsabilidad.

En la práctica, por lo tanto, lo que debiera ocurrir para poder imputar responsabilidad penal a una persona jurídica por el delito de lavado de dinero, es que no exista modelo de prevención del delito de lavado de dinero, ni algún otro mecanismo por medio del cual la persona jurídica dé cumplimiento a sus

21 GARCÍA, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°16, 2012, p. 68.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, p. 69.

deberes de dirección y supervisión; o bien, que exista un modelo, pero éste sea deficiente a la hora de dar cumplimiento a los deberes de la persona jurídica, porque –por ejemplo– no identificó las actividades o procesos en que se puede generar o incrementar el riesgo de comisión de lavado de dinero, o no dotó al encargado de prevención de los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, o no estableció procedimientos para que las personas que trabajan a diario en las actividades que generan o incrementan el riesgo de lavar dinero, puedan ejecutar sus labores de manera tal de prevenir la comisión del delito. Así por ejemplo, si al interior de un banco se comete el delito de lavado de dinero, y se acredita que existía un modelo de prevención, sin embargo ninguno de los trabajadores del mismo conocía ese modelo, ignoraban cuáles eran las áreas de riesgo y las medidas que debían adoptar, si se cumplen los demás presupuestos señalados, será factible imputar responsabilidad a la persona jurídica por el delito de lavado de dinero. La existencia del modelo de prevención, por tanto, no exime de responsabilidad de manera automática.

d) Interés o provecho

El delito debe ser cometido en interés o provecho de la persona jurídica. Los términos “directa e inmediatamente” destacan la necesidad de que el delito haya beneficiado a la empresa, lo cual de alguna forma justifica su sanción²⁴. El interés o provecho puede ser económico o pecuniario, o bien, inmaterial, como por ejemplo reputacional²⁵. Acá pueden aparecer las primeras dificultades interpretativas, y en cierta forma pudiera complejizarse la interpretación del texto de la ley.

La redacción de la ley podría dar a entender que no existe posibilidad de sancionar a la persona jurídica por el delito de lavado de dinero cometido con negligencia inexcusable, toda vez que el artículo 3° establece que las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos *directa e inmediatamente en su interés o para su provecho*. Podría entonces, interpretarse que es incompatible la existencia de negligencia inexcusable, con la comisión de un delito en interés o provecho de la empresa.

Sin embargo, tal como señala Hernández, este elemento no debe ser interpretado como una exigencia subjetiva, sino como un elemento que posee un sentido negativo, por cuanto sólo busca excluir actuaciones que no reporten beneficio a la persona jurídica, especialmente aquellas contrarias a los intereses de la organización; es decir, con este requisito lo que se pretende es dejar

24 FISCAL NACIONAL, Ministerio Público, Oficio FN N°440/2010, Instrucción general que imparte criterios de actuación para la investigación y persecución penal de las personas jurídicas. Santiago, Chile, 23 de agosto de 2010, p. 6.

25 Ibid.

fuera los casos en que el delito es cometido exclusivamente en ventaja del agente o a favor de un tercero²⁶.

Así, por tanto, si Juan comete el delito de lavado de dinero –con dolo o con culpa– en su exclusivo beneficio, no es posible imputar responsabilidad a “E”, empresa de la que Juan es dueño. En cambio, si el delito es cometido –con dolo o con culpa– en un 10% en beneficio de Juan, y en un 90% en beneficio de “E”, o en un 90% en beneficio de Juan y en un 10% en beneficio de “E”, o en un 100% en beneficio de “E”, es posible imputar responsabilidad a la persona jurídica.

Por otra parte, cabe señalar que no es necesario que el interés o provecho se concrete en la práctica, sino que basta con que el delito se haya cometido en interés o provecho de la entidad²⁷.

En la práctica, una de las razones por las que a la fecha no se ha imputado responsabilidad penal a una persona jurídica por el delito de lavado de dinero, tiene directa relación con este punto, y es que usualmente la persona natural comete el delito, utilizando a la persona jurídica, pero siempre en interés o provecho propio, no en interés de la persona jurídica.

3. “Responsabilidad penal autónoma”: aplicación del artículo 5° de la Ley N°20.393

El artículo 5° de la Ley N°20.393 establece lo que en doctrina se conoce como responsabilidad autónoma de la persona jurídica. Sostiene Hernández que esta autonomía sólo es tal desde una perspectiva procesal, toda vez que materialmente no hay ninguna hipótesis de responsabilidad de la entidad sin persona natural responsable²⁸.

En concreto, lo que el artículo 5° establece es lo siguiente:

Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

- 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.*
- 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobrestamiento temporal de*

26 HERNÁNDEZ, Héctor. Ob. cit., p. 221.

27 FISCAL NACIONAL, Ministerio Público. Ob. cit., p. 7.

28 HERNÁNDEZ, Héctor. Ob. cit., p. 221.

el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

Es decir, la responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá, de conformidad a los números 1 y 2, cuando cumpliendo los demás requisitos del artículo 3°, la responsabilidad penal de la persona natural se extinga por su muerte, o por la prescripción de la acción penal, o se decrete el sobreseimiento temporal por la fuga de la persona natural, o por la enajenación mental en la que cayera después de cometido el delito.

De acuerdo al inciso final, es posible perseguir y condenar a la persona jurídica aun cuando no se hubiera podido establecer la participación de el o los responsables individuales. La ley exige, de todas maneras, que se acredite que el delito fue cometido directa e inmediatamente en beneficio de la persona jurídica o para su provecho, y que el delito fue consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. Además, es necesario acreditar que el delito debió necesariamente cometerse dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales o quienes realicen actividades de administración y supervisión de la persona jurídica, mas no de aquellos que trabajan bajo su directa supervisión o dirección, mencionados en el inciso segundo del artículo 3°²⁹.

Por ejemplo, se comete el delito de lavado de dinero al interior de la empresa “E”, realizando una serie de operaciones bancarias con las Islas Vírgenes y celebrando contratos que permiten disimular el origen de bienes ilícitos. La empresa “E” dentro de sus estatutos establece que “las operaciones bancarias, firma de contratos y realización de todo tipo de actos tendentes al desarrollo del objeto social de la sociedad, sólo se realizará por los ejecutivos principales”. A la fecha de la investigación penal ha desaparecido toda la documentación y cualquier otra evidencia que permita establecer la participación de el o los responsables individuales; sin embargo, y de acuerdo con los estatutos de “E”, queda claro que las operaciones bancarias y la celebración de contratos sólo pudo realizarse por los ejecutivos principales de la empresa.

29 FISCAL NACIONAL, Ministerio Público. Ob. cit., p. 11.

4. Modelo de consecuencias accesorias: aplicación del artículo 28 inciso final de la Ley N°19.913

El artículo 28 de la Ley N°19.913, referido al delito de asociación ilícita para cometer el delito de lavado de dinero, en su inciso final establece:

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

En concreto, en situaciones como éstas no se exige que concurren los elementos del artículo 3° de la Ley 20.393, sino que lo que se sanciona es que la asociación ilícita para lavar dinero se hubiese formado a través de una persona jurídica, por lo tanto, lo que se debe acreditar en un caso de esta naturaleza es:

- Pluralidad de sujetos: dos o más personas, que han tenido la voluntad de unirse, con la finalidad de ejecutar un plan común³⁰.
- Objetivo común: en este caso, la comisión de delitos de lavado de dinero³¹.
- Organización: dependiendo del objetivo de la agrupación, el tipo de organización será funcional a sus objetivos³².
- Permanencia en el tiempo: disposición permanente en el tiempo, sea un período corto o largo, a llevar a cabo el plan delictual³³.

En estos casos, se impondrá la pena correspondiente a las persona naturales por el delito de asociación ilícita y por el delito de lavado de dinero –si es que el plan criminal se concreta– y respecto de la persona jurídica operará la disolución o cancelación de la personalidad jurídica, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales.

Así por ejemplo, María es traficante de drogas desde el año 2010. Ha obtenido una gran cantidad de dinero, pero no sabe cómo disimular el origen ilícito de los bienes que obtiene, por lo que recurre a su amigo Juan, quien tiene algunas nociones de contabilidad. Juan comenta esta situación con Pedro y Diego, quienes están cesantes, y deciden ayudar a María a blanquear el dinero proveniente del tráfico de drogas. Para ello Juan, Pedro y Diego crean la empresa “E”, dedicada al rubro “supermercados.” Juan renuncia a su actual trabajo para dedicarse a tiempo completo a su nuevo negocio. Todo el capital inicial del

30 GAJARDO, Tania. “Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 292 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°45, Santiago, Chile, 2010, p. 231.

31 *Ibid.*, p. 237.

32 *Ibid.*, p. 240.

33 *Ibid.*, p. 236.

supermercado provino de los “ahorros” de María, así como los aportes realizados por ella posteriormente mes a mes. Acuerdan que Diego será el encargado de vincularse con los proveedores y de la publicidad de la empresa, y buscará los mejores mecanismos para que los proveedores y el público en general no detecten el origen de los fondos; Pedro será supervisor de cajeros y reponedores y buscará los mejores mecanismos para que los trabajadores no detecten cuál es el origen de los bienes; y Juan estará a cargo de la contabilidad y velará por buscar los mejores mecanismos para poder inyectar los recursos ilícitos a la empresa, sin levantar sospechas. Operan de esta forma durante el año 2014, hasta que son descubiertos.

El artículo 28 inciso final de la Ley 19.913, se encuentra en sintonía con lo dispuesto en el artículo 294 bis inciso final del Código Penal, que establece:

Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesorio de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

El artículo 294 bis inciso final del Código Penal es aplicable a los casos en que una asociación ilícita para cometer cualquier delito —que no sea lavado de dinero, ya que esta figura está expresamente regulada en el artículo 28 de la Ley N°19.913— se forme a través de una persona jurídica. Respecto de la persona jurídica operará la disolución o cancelación de la personalidad jurídica, como consecuencia accesorio de la pena impuesta a los responsables individuales.

Así por ejemplo, es aplicable el artículo 294 bis inciso final si Juan, Pedro y María forman una asociación ilícita a través la empresa “E” para cometer el delito de uso de información privilegiada, o de estafa, o cualquier otro que no sea lavado de dinero. En efecto, el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago condenó a una persona jurídica, ordenando la cancelación de su personalidad jurídica, toda vez que a través suyo un grupo de personas había conformado una asociación ilícita para cometer el delito de obtención fraudulenta de créditos³⁴.

Conclusiones

El presente artículo revisó en términos generales los lineamientos para poder imputar responsabilidad penal a una persona jurídica por la comisión de un delito de lavado de dinero. En primer lugar, se analizó la forma de realizar la imputación en virtud del artículo 3° de la Ley 20.393, que establece la denominada “responsabilidad por defecto de organización”, precisando el tipo de

34 Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 3 de julio de 2014, RUC 1300556725-9, RIT 5894 – 2013.

delito que se debe cometer, quién debe ser el sujeto activo de la conducta, cuál fue el rol de la persona jurídica respecto a sus deberes de dirección y supervisión, y en provecho e interés de quién debió cometerse el delito; posteriormente, se revisó someramente la aplicación del artículo 5° de la Ley 20.393, que trata la denominada “responsabilidad penal autónoma” de la persona jurídica; y se finalizó con una aproximación al modelo de consecuencias accesorias, vinculado a la comisión del delito de asociación ilícita para lavar dinero. Esta distinción se hizo con el objeto de apreciar las diferencias y requisitos de cada una de ellas, otorgando ejemplos prácticos para una mejor comprensión de los mismos.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

SOBRE LA AGRAVANTE DE RESPONSABILIDAD PENAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 12 N°21 DEL CÓDIGO PENAL. ACTUAR MOTIVADO POR DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Rodrigo Fernández Moraga¹

I. Introducción.

El 24 de julio del año 2012 fue publicada la Ley N°20.609, que estableció medidas contra la discriminación, la cual tiene por finalidad general asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y en particular, reforzar el ordenamiento jurídico con normas que intenten erradicar la discriminación arbitraria, de modo de garantizar efectivamente la igualdad ante la ley y el reconocimiento de los derechos esenciales que derivan de la naturaleza humana.

Para alcanzar dicho objetivo la ley se estructuró sobre la base de cuatro pilares fundacionales.

Por una parte reconocer que uno de los deberes del Estado es elaborar políticas destinadas a garantizar la no discriminación arbitraria de las personas, protegiendo el pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, que si bien existían en la constitución Política de la República (en adelante CPR), en el mensaje del proyecto se declara: *No obstante la consagración a nivel constitucional de los motivos o factores que pueden llevar a discriminar, no parece ser la única fórmula jurídica para tutelar adecuadamente el principio de no discriminación arbitraria²*;

En segundo término definir la discriminación arbitraria, dotando de contenido en la ley un concepto de amplio alcance; por otro lado se establece en el Título II, una acción de reclamo ante situaciones que provocan discriminación arbitraria con un procedimiento desprovisto de mayores formalidades, salvo las exigidas por el Art. 6;

Finalmente, en lo que más concentra nuestro interés como Fiscalía de Chile, en tanto depende de nosotros su invocación, esta la creación –o reconocimiento– de una circunstancia agravante penal general, que reconoce un

1 Abogado de la Unidad Especializada en Delitos de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Historia de la Ley N°20.609, p. 6 de 1249 [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1LjM8ph> [fecha de consulta: 18 de enero de 2015].

mayor incremento del injusto cuando se ha cometido el hecho con motivo de discriminación.

II. Antecedentes

La agravante de responsabilidad penal introducida por el Art. 17 de la Ley N°20.609, está contenida en el Artículo 12 N°21 del Código Penal, (en adelante CP), y da cuenta de la preocupación del Estado de Chile por abordar desde la dimensión punitiva los actos cometidos con ocasión de la discriminación arbitraria. Ello no estuvo exento de debate, pues esta ley se concretó luego de al menos tres intentos fallidos -archivados- que datan desde el año 1994 como dan cuenta los Proyectos de Ley contenidos en los Boletines N°1318-04 Sobre expresiones discriminatorias; N°2142-17 Sobre discriminación racial y étnica y N°2979-07 que buscaba establecer una agravante de responsabilidad criminal fundada en la comisión de delitos por motivaciones racistas, xenofóbicas o discriminatorias.

El 22 de marzo de 2005 ingresó a tramitación al Congreso Nacional el Boletín N°3815-07, que luego de un análisis legislativo que duró aproximadamente siete años, vio la luz con ocasión del acaecimiento del conocido caso Zamudio³, pues a cuatro meses de ocurrido los hechos, fue publicada la norma que reza: “Artículo 12 Son circunstancias agravantes:

3 “Que entre las últimas horas de la noche del día viernes 2 de marzo de 2012 y las primeras horas de la madrugada del día sábado 3 de marzo del mismo año, en el interior del Parque San Borja ubicado en calle Carabineros de Chile esquina Eyzaguirre en la comuna de Santiago; un grupo de sujetos agredieron reiteradamente a D. Z. V., con golpes de pies, de puño, objetos corto-punzantes y contundentes, en diversas partes de su cuerpo, especialmente en su cabeza, rostro, tronco y extremidades.

Precisando las acciones anteriores, los agresores ocuparon restos de vidrio de botellas quebradas con los cuales provocaron cortes en su oreja izquierda y rostro, del mismo modo dibujaron esvásticas en su tórax, abdomen y región dorsal. Asimismo, empleando una piedra de tamaño considerable, de aproximadamente ocho kilos de peso, fracturaron su pierna derecha a la altura de la tibia y peroné, para lo cual arrojaron dicho objeto sobre la extremidad antes señalada, imprimiendo además una fuerza inusitada sobre la misma, mediante maniobras de palanca, con miras al mismo fin. Por último, utilizando cigarrillos encendidos, quemaron la piel de la víctima en su mentón, región torácica y mano izquierda.

Las acciones antes descritas fueron causadas a D. Z. V. sin que éste pudiera defenderse, ni menos oponer resistencia, atendida la superioridad numérica de los agresores, su estado de ebriedad y su contextura física, acciones con las cuales además se aumentó deliberada e inhumanamente el dolor experimentado por aquel.

Ocurrido lo anterior, los hechos se retiraron del lugar, dejando abandonado a D. Z. V. en un lugar apartado y oscuro del referido parque, siendo encontrado alrededor de las 04:00 horas de la madrugada del día sábado 3 de marzo de 2012, por uno de los guardias del recinto, quien lo auxilió, dio aviso a carabineros quienes por su parte llamaron a los servicios de urgencia, siendo trasladado a la Posta Central “Dr. Alejandro del Río” a la

21^a. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.”

III. Descripción del fenómeno

Históricamente el ser humano se ha manifestado -aun con la virtud de la racionalidad-, en general, intolerante frente a lo nuevo, a lo diverso o a lo desconocido; por otro lado -paradójicamente- la aproximación de países, economías, culturas y estilos de vida de la mano de la globalización, generan en sí un mayor contraste y la intolerancia se acrecienta. Procesos similares se presentan dentro de las sociedades que mantienen en su seno tensiones socio-culturales de las que no se pueden despojar⁴.

Este sentimiento de intolerancia, tiende a generar una reacción de hostilidad, temor o desasosiego, respecto del resto, cuando quien lo siente, lo manifiesta, contra una o varias personas, desahoga sus tensiones; cuando se ha creado esta reacción de distinción, exclusión o restricción respecto de otro sujeto o grupo, desprovista de justificación razonable, hablamos que ha existido discriminación arbitraria, ello ha sido fuente constante de sistemáticas y de diversas violaciones a los DD.HH. respecto de grupos tradicionalmente discriminados.

Ahora bien, debido a lo amplio del debate, creemos oportuno circunscribir el análisis a la discriminación arbitraria, reducida al ámbito penal y desde luego, a la agravante estructurada por la Ley N°20.609 en su Artículo N°17.

cual ingresó en estado grave, con compromiso de conciencia en el nivel 3- 4 de Glasgow y con riesgo vital, producto de las múltiples lesiones sufridas.

A raíz de lo anterior, D. Z. V. resultó con las siguientes lesiones médicamente acreditadas: 1.- Traumatismo craneo encefálico (TEC) grave, con hemorragia subaracnoidea (HSA) traumática, colección yuxtadural laminar frontoparieto occipital (F-P-O) derecha y daño axonal difuso. 2.- Fractura expuesta tibia-peroné derecha de carácter grave. 3.- Lesiones múltiples corto-contusas y contusas en región facial, torácica, dorsal y extremidades. 4.- Quemaduras por cigarrillos.

Posteriormente, el día 27 de marzo de 2012 y luego de haber estado internado ininterrumpidamente desde la ocurrencia de los hechos, período durante el cual nunca recuperó su conciencia, manteniéndose en estado de coma no inducido, D. Z. V., falleció producto de un traumatismo craneo encefálico (TEC) que tuvo como consecuencia un daño axonal difuso (DAD) y una encefalopatía hipóxica isquémica, ambos severos, los cuales coexistieron simultáneamente teniendo como origen común la agresión ya descrita”. [Hechos que tuvo por probados el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, al conocer el caso, integrado por los jueces titulares don Juan Carlos Urrutia Padilla, quien presidió, doña Celia Catalán Romero y doña Patricia Bründl Riumalló. Contenidos en el considerando octavo del fallo].

4 En parte reconocido por los Antecedentes del mensaje presidencial, disponible en Historia de la Ley N°20.609, p. 5 de 1249 [en línea]. <http://bit.ly/1LjM8ph> [fecha de consulta: 23 de marzo de 2015].

Diversas legislaciones han incluido un mayor reproche o la creación de delitos que sancionan conductas cometidas con motivación discriminatoria, la doctrina internacional reconoce a estos hechos como crímenes de odio, de prejuicio, de sesgo (*hatecrimes; biascrime*).

A nivel comparado, los países que sancionan estas conductas, han optado por dos fórmulas, una de ellas sanciona este tipo de conductas creando tipos penales específicos, en tanto otros han optado por agravar el reproche de aquellos cometidos, cuando se han realizado en este contexto o con esa motivación. A vía ejemplar España adoptó una protección de carácter general, contemplando una agravante, a diferencia de lo que hicieron países como Alemania e Italia, que reconocen delitos especiales ante estas situaciones.⁵

El profesor Bacigalupo reconoce que la ley penal ha querido responder de esta manera a un fenómeno criminológico que ha conmovido durante este siglo -veinte- y no sólo en Europa. El holocausto antisemita ocurrido en la Segunda Guerra Mundial (1939/1945) ha tenido una fuerte influencia en el desarrollo del derecho penal de la post-guerra y esta agravante es una de sus consecuencias.⁶

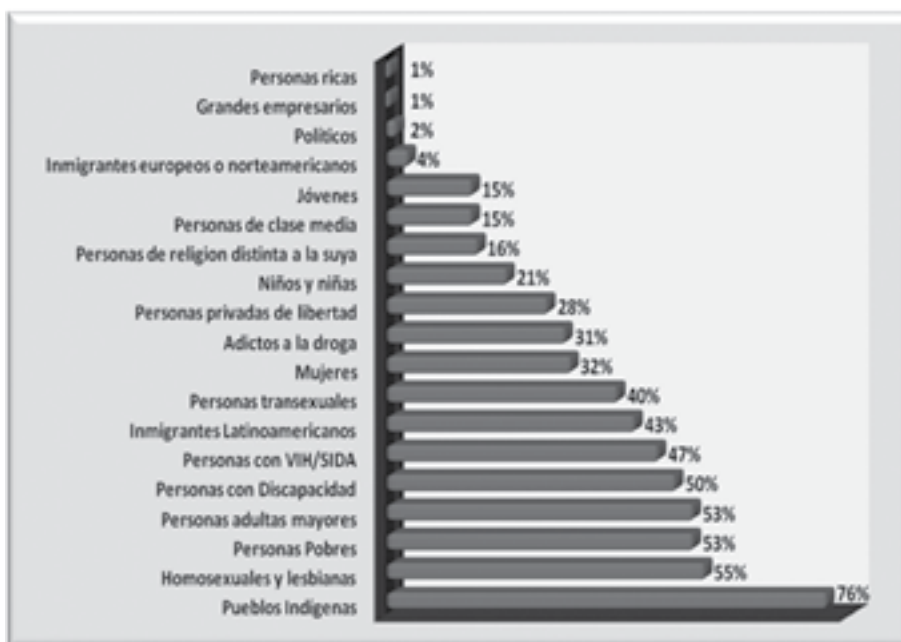
No solo Alemania ha sido la fuente desde la cual se desprendió la necesidad de concebir protección ante la discriminación, sancionando penalmente las conductas de odio, de prejuicio, de sesgo mediante cualquiera de las fórmulas señaladas supra. Procesos similares han enfrentado España, Estados Unidos, Sudáfrica, La India, entre otros. Por su parte, en América Latina, la discriminación parece centrarse en cuestiones de orientación sexual, identidad de género, social y racial.

Particularmente nuestro país, según información aportada por la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2013⁷, ante la consulta ¿A cuáles grupos considera Ud. que no se les respetan sus derechos humanos?, destaca los pueblos indígenas, los homosexuales y lesbianas, las personas pobres, los adultos mayores, personas enfermas (VIH), inmigrantes, transexuales y las mujeres.

5 SALINERO Echeverría, Sebastián en: La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”. En: Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, 2013. págs. 277 – 279.

6 BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, P. General, 2ª Ed. Editorial Hamurabi, Bs. Aires, Argentina, año 1999. P. 623

7 II Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2013 [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1KJnl06> [fecha de consulta: el 19 de marzo de 2015].



En consecuencia, se destacan a estos como sectores desprotegidos –y por tal víctima potencial de discriminación arbitraria al constituir *minorías*–.

La Ley N°20.609 aun cuando durante su discusión intentó incluir veinte criterios⁸, solo reconoció catorce, a saber: ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.

Quienes propulsan la creación de protecciones desde la perspectiva penal, sostienen su fundamento en un mayor incremento del injusto, y que por otra parte existen otros bienes jurídicos protegidos afectados.

Podemos decir que existe un mayor incremento en el injusto, toda vez que además del daño propio generado por la lesión del bien jurídico, se magnifica su impacto, cuando la lesión es motivada por estas reprobadas inclinaciones, de modo tal que la sensación de la víctima –posterior a la agresión– es de mayor vulnerabilidad, al verse potencialmente expuesta a nuevos episodios de agresión. Por otro lado, esta victimización también alcanza a terceros, pues el temor se extiende sobre el sector (desprotegido) que representa la víctima

8 Raza, color, origen étnico, edad, sexo, género, religión, creencia, opinión política, nacimiento, origen nacional, cultural o socioeconómico, idioma o lengua, estado civil, orientación sexual, enfermedad, discapacidad, estructura genética o cualquier otra condición social o individual. Historia de la Ley N°20.609, p. 9 de 1249 [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1LjM8ph> [fecha de consulta: 19 de marzo de 2015].

lesionada, el que, ciertamente, va más allá que el sufrido por la propia víctima con ocasión del delito base⁹.

Del mismo modo podemos señalar que existe afectación a otros bienes jurídicos, cuando el delito se realiza teñido por estas motivaciones, así por ejemplo en el caso que un individuo homosexual que es agredido físicamente, con motivo de su condición sexual, además de las lesiones sufridas con ocasión de la golpiza, se atentan indirectamente contra su libertad sexual, al reprimir por vías de hecho, la libertad de autodeterminarse en cuanto a su orientación sexual.

Por otro lado, hay Autores que se manifiesta en contra de la sanción a las conductas discriminatorias o delitos de sesgo crimen, en efecto, legisladores, jueces, académicos y abogados, han debatido incesablemente sobre la legitimidad de la existencia de leyes que sancionan estas conductas, utilizando diversos argumentos.¹⁰

En efecto, quienes rechazan la existencia de estos delitos o agravaciones por discriminación, sostienen, que constituye una sanción para una manifestación expresiva, entonces la pregunta que naturalmente cabe hacerse ¿Es legítimo sancionar a una persona por el desarrollo de una conducta punible y además aplicar otro estatuto agravatorio cuando sea cometido por una intención expresiva determinada, aun cuando sea popularmente desaprobada?

Este sector estima que este tipo de normas, ya sea en la regulación con cláusula especial (creación de delitos de odio, sesgo o prejuicio) o la fórmula general (agravación de las penas por ser cometido en este contexto de odio, sesgo o prejuicio), no es apropiada, incluso cuestionan su constitucionalidad.

Una de las principales defensoras a nivel comparado de la improcedencia de estos delitos o agravantes es Susan Gellman, abogada defensora de los Estados Unidos de Norte América, quien ha definido estas normas como *leyes de intimidación*¹¹, cualesquiera que sea la nomenclatura utilizada, pues sostiene que no castigan la conducta, no es un derecho penal de resultado, sino que violentan la libertad de pensamiento, de expresión, pues paradójicamente el condenado por estos hechos es objeto de sanción o de agravación por ser

9 Entendiéndose por tal aquel desprovisto de las motivaciones de odio, de prejuicio, de sesgo.

10 Gellman y como podría desprenderse de Cancio Melia en Derecho penal del enemigo, Madrid, España, Ed. Civitas, año 2003.

11 GELLMAN, Susan. Sticks and Stones Can Put You in Jail, But Can Words Increase Your Sentence? Constitutional and Policy Dilemmas of Ethnic Intimidation Laws, 39 UCLA L.REV. 333 (1991) (Palos y piedras pueden encarcelarte, pero, ¿pueden las palabras aumentar la pena?).

parte de determinado pensamiento, creencia o ideología. Reconocen que estas normas son en sí mismas intolerantes al pensamiento y creencias¹².

Por su parte Bacigalupo sostiene que la peligrosidad del autor (necesidad de prevención especial) no justifica la gravedad de una pena superior a la gravedad de la culpabilidad¹³.

Si bien, Cancio Meliá califica la sanción de estas conductas como *derecho penal simbólico*, al reconocer ciertos tipos penales en que se criminalizan meros actos de comunicación, como los delitos de instigación al odio racial¹⁴. Por nuestra parte, creemos que solo la experiencia de un pueblo, es la voz habilitada para comunicar a través de la creación de sus normas la necesidad de protección ante determinadas acciones, del mismo modo, el mérito del mayor reproche no está fundamentado en la peligrosidad del sujeto, -como argumenta Bacigalupo- sino en la forma concreta en que el agente despliega la conducta, y del modo en que afecta concretamente los bienes jurídicos, cuestión que al estar reglada debe ser revisada por el juez y en el plano de lo puramente objetivo.

III. Contexto normativo internacional.

Desde los inicios del siglo pasado la preocupación por erradicar la discriminación ha sido un constante anhelo, siendo recogida por diversos tratados internacionales, los que junto con exigir igualdad de derechos, exigían medidas específicas para proteger a los sectores desamparados.

1. Organización de las Naciones Unidas. (ONU)

La ONU desde 1945 mantiene como deber de su Comisión de los Derechos Humanos la protección de las minorías y la prevención de la discriminación por criterios de raza, sexo, idioma o religión¹⁵

Posteriormente al interior del seno de la comisión de DD.HH se creó la subcomisión de prevención de discriminaciones y minorías, encargada ini-

12 Haciendo un paralelo argumentativo, un fundamento similar fue uno de los pilares más potentes para excluir la pena de muerte del catálogo de penas, en sentido que no se puede castigar la muerte con muerte, pues en sí mismo la justicia abandona su papel y se convierte en venganza.

13 BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales De Derecho Penal, Buenos Aires, República Argentina, Editorial Hamurabi, año 1999, p. 248.

14 CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo, Madrid, España, Ed. Civitas, año 2003, p.8.

15 Informe del Comité Ejecutivo a la Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas, UN doc. 12 de Nov. de 1945.

cialmente de estudiar discriminaciones en materias como educación, empleo, derechos políticos, religiosos, residencia y libertad de desplazamiento.¹⁶

Por su parte, los estados miembros de la ONU realizaron en las asambleas sus reparos o aportes frente a determinadas situaciones.¹⁷

El concepto de *discriminación* fue una de las principales preocupaciones de los relatores de la ONU, pues hasta esa fecha aun se acudía a las definiciones de diccionarios, respecto de las cuales disentían en cuanto a comprender que no todo trato diferenciado es discriminación¹⁸.

2. Normativa Internacional

2.1. La declaración Universal de DD.HH. (en adelante DUDH)

Este instrumento internacional –el primero de todos y base de los posteriores–, a lo largo de sus disposiciones utiliza para dar cuenta del rechazo a la discriminación arbitraria, términos diversos como *igualdad, igual protección, no discriminación y sin distinción*, así podemos percatarnos que durante al menos seis pasajes de la DUDH trata diversas formas de discriminación, todas ellas estructuradas sobre la base de distinciones, exclusiones o restricciones carentes de justificación razonable y que causan privación, perturbación o amenaza al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales.

La DUDH realiza un reconocimiento no taxativo al señalar dentro de la caracterización del Artículo 2° [...de cualquier otra índole] ó [cualquier otra condición] reconoce dentro de los criterios de distinción: la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de

16 SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los DD.HH P. 18 [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1B6ouH0> [fecha de consulta: 19 de marzo de 2015].

17 Así por ejemplo la India en 1946 criticó la segregación que sufrían en Estados Unidos, Egipto presentó una resolución condenando la persecución racial y religiosa, La India presentó una resolución en contra de Sudáfrica por sus políticas de segregación racial. Entre los años 1955 y 1985 la Asamblea General de la ONU estuvo marcada por condenas por motivos de discriminación Racial.

Durante el año 1962 a 1971 la agenda estuvo marcada por la discriminación que generaban políticas de Apartheid del Gobierno Sudafricano.

18 En efecto, toda diferenciación que obedece a una situación de ventaja de un sector desprotegido, es motivo justificado y valorado como positivo, así una anciana, una embarazada y un discapacitado tienen un cupo preferente de asiento en el transporte público, en estacionamientos, vedado para el resto de los conductores, dicha acción es discriminadora, pero no arbitraria, pues se encuentra fundada en las mayores dificultades que deben enfrentar.

género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

2.2. Otros instrumentos

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos;

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Pacto de San José de Costa Rica y

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;

Constituyen una serie de instrumentos que reafirman, desde sus objetivos particulares, el principio de no discriminación y proclaman que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna.

El Comité De DD.HH. de la ONU definió el concepto discriminación indicando que:

Debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹⁹

IV. La situación chilena

Para realizar un adecuado análisis de la Agravante de responsabilidad contenida en el Artículo 12 N°21 del CP, es preciso centrarse primariamente en los conceptos discriminación e igualdad, para luego dentro de la caracterización recogida por la norma, observar su operatoria.

En nuestro país el concepto *Igualdad* desde un prisma constitucional se encuentra contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile (CPR) que define las bases de la institucionalidad, *las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*, mas éste no es el único cuerpo

19 Observación General N°18 (1989) Párrafo 7, No discriminación, en Compilation of General Comments & General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies, HRI/GEN/1/Rev. 8, 8 de mayo de 2006, p 185.

normativo que lo reconoce, pues nuestro país asumió la normativa antes analizada por los instrumentos internacionales.

Por su parte el artículo 2° de la Carta Fundamental señala “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

El uso natural de la palabra *discriminar* en general representa dos acepciones en nuestra lengua española²⁰, la primera, consiste en *separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra*. Esta definición se encuentra desprovista de componentes valorativos, a diferencia de la segunda que señala que la discriminación consiste en *dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*

Previo a la incorporación de la Ley N°20.609, la protección a la no discriminación radicaba fundamentalmente a nivel constitucional, sin perjuicio de alguna otra normativa²¹, otorgando respecto de cualquier habitante del territorio que se viere privado, turbado o amenazado por un acto u omisión arbitraria o ilegal, la posibilidad de recurrir mediante la acción constitucional de protección en la forma que prescribe el Art. 20 de la CPR, a fin de adoptar por el tribunal las providencias inmediatas para reestablecer el imperio del derecho garantido por la constitución, entre ellos, el relativo a la igualdad ante la ley.

En efecto, esta acción constitucional de Protección opera efectivamente respecto de aquellos estados donde se está actualmente privado, turbado o amenazado el derecho a la Igualdad, pero comienza a decaer su eficacia -en algunos casos- particularmente en aquellos donde existe una agresión motivada por discriminación, por ejemplo cuando se ha provocado una agresión física motivada por discriminación, donde resulta afectado otro bien jurídico como la integridad física, pues en dicho caso habiendo cesado el evento agresivo, permanece la sensación de afectación y eventualmente el temor del sector representado por el agredido.

Es preciso recordar que mediante Oficio N°58, de fecha 3 de mayo de 2005, durante la tramitación de la Ley N°20.609 el pleno de la Exma. Corte Suprema consideró -por mayoría- que nuestra CPR ya establecía una adecuada regulación contra la discriminación y que frente a la amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de este derecho, se concede el recurso de protección, por lo que no aprecian necesidad de establecer acciones adicionales y especiales para su resguardo.

20 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera ed., Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, año 1992.

21 Por ejemplo, las que protegen a personas con discapacidad.

En tanto, los Ministros Hernán Álvarez, Eleodoro Ortiz, José Benquis, Enrique Cury, Milton Juica, Adalis Oyarzún y Jaime Rodríguez Espoz fueron de opinión de acoger favorablemente el proyecto, pues la iniciativa resultaría un complemento necesario al derecho constitucional de la igualdad ante la ley y la prohibición que se le impone a la ley o cualquiera autoridad para establecer diferencias arbitrarias.²²

Creemos, tal como el voto de minoría al interior del pleno de la Exma. Corte Suprema y lo planteado por el Ejecutivo en el mensaje del proyecto, que no obstante la consagración constitucional, no parece ser la única fórmula jurídica para tutelar adecuadamente el principio de no discriminación arbitraria, pues dichas normas no, necesariamente, establecen una efectiva acción de protección. Así resulta pertinente considerar otras alternativas de reglamentación, que otorguen un tratamiento más efectivo.

La Ley N°20.609 dejando la mera enunciación, en su artículo 2° define la discriminación arbitraria, señalando que “Se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.”

Por su parte, la agravante de responsabilidad penal contenida en el artículo 12 N°21 se convierte entonces en una reacción efectiva desde el derecho penal, pues estima que frente a la comisión de un ilícito, motivado por alguna *distinción, exclusión, restricción o preferencia* de alguno de los criterios señalados por la norma, amerita un mayor reproche jurídico pues debe considerarse que además de la propia lesión del bien jurídico -por el que se sanciona el ilícito- la victimización secundaria aumenta en la persona del sujeto pasivo, como asimismo en todo aquel perteneciente al grupo *desprotegido* al verse potencialmente expuesto a un evento de agresión similar -o más grave- pues lo que determina la acción del agente es la motivación, lo que necesariamente hace pensar que el incidente no es un evento aislado.

Podemos señalar que serán responsables de ella, y les será imputable a los autores y demás partícipes en que a su respecto concurra. Ello se desprende

22 Historia de la Ley N°20.609, p. 16-18 de 1249 [en línea] Supra. 2

literalmente de lo señalado por la agravante, es meritorio reconocerlo pues el texto original propuesto señalaba “21ª Cometer el delito por una motivación discriminatoria...”

De aquella estructura solo se podía desprender que de la agravante respondían sus autores, mas, debido al aporte realizado por el profesor Juan Domingo Acosta que Sugirió, para decidir la redacción final de esta norma, tener a la vista el artículo 22, número 4, del Código Penal español.²³

Considerando que el fundamento de la circunstancia agravante radica en la teoría del delito²⁴ aunque -como señala SALINERO-, aun no hay debate en cuanto a su naturaleza jurídica, creemos con todo lo señalado debemos ubicarla en el plano del injusto, lo que es compartido entre otros autores por Mir Puig quien destaca que existe un mayor injusto subjetivo al producirse una negación al principio constitucional de igualdad.²⁵ Por otro lado, la reacción del agresor intenta de un modo u otro eliminar o erradicar por vías de hecho el derecho fundamental que protege el determinado criterio, ya sea la igualdad o la libertad sexual o la libertad de conciencia.

Haciendo un análisis como se plantea para la acción especial de discriminación -prevista en el Título II de la Ley, artículos 3 y siguientes de la Ley N°20.609-, como asimismo enfrentados al Artículo 1° del CP, dicha agravante motivada por discriminación puede provenir de una acción o de una omisión, con la limitante, para el caso de la omisión, que debe estarse frente a una falta legal de actuar (estando obligado a ello), como podría ser el caso del policía que encontrándose en posición de garante de la vida de sujeto, no actúa -permitiendo que otro lo mate- motivado por celo racial o debido a su condición sexual.

Por otra parte, como lo reconoce el mensaje y de los principios generales del derecho penal, la configuración de la agravante contenida en el Artículo 12 N°21 CP, procede en todo crimen, simple delito o falta. Para encontrarnos en presencia de la agravante de *discriminación arbitraria*, no es necesario asociarla a un resultado determinado, de tal modo que no es necesario encontrarse en presencia de una comisión perfecta, es posible encontrarla en un delito

23 Historia de la Ley N°20.609, p. 697 de 1249 [en línea] Supra. 2

24 NOVOA Monreal, Eduardo, Curso de Derecho penal chileno. Parte general 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2010, T. II, p. 10 ss.; LABATUT, Gustavo, Derecho penal, 9ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de, 1990, T. I, pp. 209 ss.; GARRIDO Montt, Mario, Derecho penal. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2009, T. I, p. 181 ss.; BULLEMORE, Vivian- MACKINNON, John, Curso de Derecho penal, ed. LexisNexis, 2005, T. II, p. 165; CURY, Enrique, Derecho penal. Parte general, 8ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pp. 471 ss.

25 MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, P. General, 8ª ed., Buenos Aires, República Argentina, Edición B de F, año 2010, p. 630.

tentado y frustrado, aun cuando pueda ser complejo desde el punto de vista probatorio.

Finalmente y a diferencia con lo señalado *supra* en cuanto a la laxitud para evaluar los criterios protegidos, para el numeral 21° hay que considerar que ellos son taxativos y excluyentes en razón del principio de legalidad el cual ordena que la interpretación de la ley represiva está limitada por el principio de reserva²⁶.

V. Nuestra jurisprudencia

Si bien esta agravante de responsabilidad penal en julio del 2015 cumplirá tres años de vigencia, no ha dejado mayores huellas -aun de casos relevantes en Cortes de Apelaciones del país, como tampoco en tribunales Orales en lo Penal-, solo fue detectado un Caso en que efectivamente se argumentó y se falló aplicando la agravante analizada, el cual corresponde a la V Región, Viña del Mar, ante el tribunal de Garantía, en la causa RUC. 1201031426-5 en el marco de un procedimiento abreviado, donde finalmente el único punto sometido a controversia fue precisamente la concurrencia (o no), de esta agravante.

La calificación jurídica de los hechos corresponde a un delito de amenazas, previsto y sancionado en el artículo 296 del Código Penal; un delito de lesiones graves, tipificado y sancionado en el artículo 397 N°2 del Código Penal, y otro de lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal; todos en grado de desarrollo de consumado.

Los hechos materia de la acusación: *Con fecha 16 de diciembre de 2012, alrededor de las 18:30 horas, los imputados FVA y CAC llegaron al domicilio de las afectadas MCC y PAR, ubicado en xxx. en dicho lugar, ambos imputados iniciaron una discusión con las afectadas, procediendo a amenazarlas por su orientación sexual, señalándoles que les iban a quemar la casa y las iban a matar. Momentos después, los imputados comenzaron a agredir con golpes de pies y puños a MC, y después hicieron lo mismo con PA. Producto de la acción de los imputados, PA resultó con lesiones graves, con 6 a 8 semanas para sanar, mientras que MC resultó con lesiones menos graves atendidas las circunstancias en que se producen, con una incapacidad de 6 a 7 días”.*

Los antecedentes ofrecidos por el ente persecutor, y que la jueza tuvo a la vista para resolver, dicen relación con la motivación de los agresores, de la que daban cuenta varios testimonios, especialmente el de las víctimas que graficaron en su declaración el terror, como asimismo la percepción del funcionario

26 GARRIDO Montt, Mario, Derecho penal. Parte general, 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2009, T. I, p. 93

policial que acudió al procedimiento y el registro de declaración del padre de una de ellas que observó el grado de violencia motivado por la tendencia homosexual de las agredidas. Finalmente también se tuvo a la vista material de Internet, específicamente información obtenida desde el perfil de una red social que daba cuenta de una supuesta tendencia neonazi, la que era coincidente con el relato de intolerancia y violencia que los motivó a agredir. En dicho sentido es relevante destacar en casos como este, la conveniencia de acudir a pruebas de contexto, a fin de dar fuerza al resto de los antecedentes del caso.

El tribunal al momento de resolver en materia de la agravante, la estima concurrente, especialmente en razón de las declaraciones de ambas víctimas, donde consta el contexto en que dicha agresión ocurrió, donde igualmente constan las agresiones, las consecuencias y los términos proferidos, los que también fueron escuchados por el hijo de una de las víctimas y el padre de la víctima, el tribunal entiende que con los antecedentes expuestos es suficiente para estimar que la agresión fue con motivo de la orientación sexual de ambas víctimas.

ADOLESCENTES INFRACTORES DE LEY PENAL Y DECISIONES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES EN TORNO A LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ACCESORIAS DE LA LEY N°20.066

María José Taladriz Eguiluz¹

I. Introducción

La Ley N°20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad Penal de los Adolescentes por infracciones a la ley penal, en adelante indistintamente Ley N°20.084 o LRPA, establece en su artículo 6° una escala general de sanciones penales para adolescentes infractores de ley penal en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, sin contemplar medidas específicas para los adolescentes que cometen delitos al interior de la familia.

Frente a la falta de regulación específica en la Ley N°20.084 y a la eventual utilización de sanciones no pertenecientes al sistema representado por dicho cuerpo normativo, resulta interesante revisar las decisiones judiciales, en cuanto a la aplicación de las medidas accesorias de la Ley N°20.066 que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar, en adelante indistintamente Ley N°20.066 o LVIF, al infractor penal adolescente.

Para ello, nos referiremos a las discusiones sobre esta materia, planteadas ante los tribunales superiores de justicia, las que se han centrado principalmente en: la supletoriedad del Código Penal y de las leyes penales especiales y el principio de especialidad de la LRPA; la naturaleza de las medidas accesorias en violencia intrafamiliar; los bienes jurídicos protegidos por los estatutos de responsabilidad penal adolescente y de violencia intrafamiliar, respectivamente; y la relevancia de la calidad de menor de edad de la víctima del delito.

II. Estado de la situación

La gama de sanciones que contiene el artículo 6° de la Ley N°20.084, esto es, internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida especial, libertad asistida, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa y amonestación, difiere completamente de las sanciones previstas para los adultos, tanto en su extensión

1 Abogada, Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

como en su calidad y diversidad, dependiendo su aplicación de la categoría del ilícito cometido, de su gravedad, de la calidad en que el adolescente participó en el hecho y del grado de ejecución de la infracción, de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal, de la edad del adolescente infractor, de la extensión del mal causado con la ejecución del delito; y de la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, materias todas reguladas en el Título I sobre Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (artículos 6° a 26).

En cuanto a las sanciones accesorias aplicables a los adolescentes, el mencionado artículo 6 de la LRPA, considera la prohibición de conducción de vehículos motorizados y el comiso de los objetos, documentos e instrumentos del delito, accesorias que se complementan con la establecida en el artículo 7 de la Ley referida, esto es, el sometimiento a tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

Si bien el catálogo de sanciones accesorias en materia de responsabilidad penal adolescente se reduce a las señaladas, durante el año 2014, de un total de 44.764 ingresos de casos con imputados adolescentes, el 6,5% de éstos, esto es, poco menos de 3000 casos, correspondieron a delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar², es decir, a delitos cometidos por uno o más adolescentes en contra de una o más de las personas a que se refiere el artículo 5 de la Ley N°20.066³, sin que la Ley N°20.084 se pronuncie acerca de la procedencia o no de las medidas accesorias que contiene la Ley N°20.066.

Lo anterior da cuenta de que la violencia intrafamiliar no se limita a la violencia entre cónyuges y/o convivientes, o padres de un hijo en común, en la

2 La cifra alcanza 2.916 ingresos de casos de violencia intrafamiliar cometidos por adolescentes. Esta información fue extraída y procesada desde la base de datos del Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF) de acuerdo con los criterios establecidos en el documento metodológico Técnicas de Conteo en los Informes Estadísticos, elaborado en mayo de 2009 por la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión [en línea]. Disponible en: http://fnintranet/RepositorioIntraMinpu/Archivos/rbarreira/documentos/estudios/INF_TECNICAS_CONTEO.pdf [fecha captura de datos: 11 de enero de 2015].

3 El artículo 5° de la Ley N°20.066 establece que: “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

cual, las principales víctimas son las mujeres, sino que involucra a diferentes sujetos activos y pasivos, como sucede con la violencia ejercida desde los hijos e hijas hacia los padres y madres, la que se establece entre otros miembros de la familia, como hermanos y la violencia dirigida a otra persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Si bien podría pensarse que esta problemática puede ser abordada por la vía de los planes individuales de las libertades asistidas o de los programas de reinserción social correspondientes a las sanciones privativas de libertad, lo cierto es que los delitos que con frecuencia se cometen en este contexto, amenazas, lesiones menos graves y maltrato habitual, en atención a las penas que conllevan, cuya extensión máxima o única es la de presidio menor en su grado mínimo y a las reglas de determinación de sanciones contenidas en la Ley N°20.084 (artículos 20 y siguientes), se traducen en sanciones contenidas en el tramo 5° del artículo 23 de la misma, esto es, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa y amonestación, lo que impide en la práctica abordar la problemática desde los planes individuales o desde los programas de reinserción social, que sólo se contienen en sanciones correspondientes a tramos 1, 2, 3 y 4 del artículo 23 de la LRPA.

Por otra parte, el deber de protección asumido por el Estado de Chile, a nivel nacional, mediante la entrada en vigencia de la Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar⁴ y de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia⁵ y a nivel internacional⁶, mediante la ratificación por Chile en el año 1998 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para) exige de las autoridades una respuesta oportuna y decidida que prevenga, sancione y repare los actos de violencia al interior de la familia. Sólo así será posible impedir la vulneración de los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana y con el artículo 7 de la

4 Publicada en el Diario Oficial el 7 de octubre de 2005.

5 Publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

6 En el sistema interamericano, además de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), Chile ha ratificado: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, en el sistema de las Naciones Unidas el Estado de Chile ha ratificado los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convención Belém do Pará; 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Ahora bien, frente a la falta de regulación específica en la Ley N°20.084 y a la eventual utilización de medidas no pertenecientes al sistema de responsabilidad penal adolescente, analizaremos la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores de justicia, en cuanto a la aplicación de las medidas accesorias de la LVIF al infractor penal adolescente.

Aunque hay fallos de tribunales superiores contrarios a la procedencia de las medidas accesorias sobre violencia intrafamiliar respecto de imputados adolescentes, la mayoría de las sentencias de dichos tribunales han sido favorables. A continuación revisaremos las sentencias pronunciadas por las diversas Cortes de Apelaciones del país y por la Excma. Corte Suprema, en esta materia.

Para ello clasificaremos las sentencias entre aquellas que establecen argumentos para la procedencia de las medidas accesorias de violencia intrafamiliar respecto de adolescentes y aquellas que sostienen lo contrario, y dentro de cada categoría de fallos, agruparemos las sentencias según el razonamiento del tribunal.

III. Argumentos a favor de la aplicación de medidas accesorias de violencia intrafamiliar en adolescentes

La jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que tratándose de un imputado adolescente que comete un delito en contexto de violencia intrafamiliar, deben aplicársele las penas principales y accesorias previstas en los artículos 6 y 7 de la Ley N°20.084, pero también, por imperativo legal, una o más de las medidas accesorias previstas en el artículo 9° de la Ley N°20.066, en razón del deber de protección del Estado frente a las víctimas de delitos al interior de la familia, las cuales no pueden quedar desvalidas ante su agresor.

En seguida, revisaremos las diversas argumentaciones plasmadas en las decisiones judiciales de los tribunales superiores de justicia que fundamentan la aplicación de las medidas accesorias en violencia intrafamiliar respecto de condenados adolescentes.

1. Carácter supletorio del Código Penal y de las leyes penales especiales

En cuanto a la aplicación supletoria de las normas penales al sistema de responsabilidad penal adolescente, en virtud de la remisión del inciso segundo del artículo 1° de la LRPA, existe un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia Rol N°94-2010, de 21 de diciembre de 2010, cuando al rechazar un recurso de nulidad deducido por la defensa del adolescente condenado a treinta horas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y a la medida accesoria especial del artículo 9 letra d) de la

Ley 20.066 de terapia de orientación familiar durante seis meses, como autor del delito de amenazas en contra de su padre.

En efecto, la sentencia sostiene en su considerando cuarto: “[que] efectivamente, existe un conjunto de normas que permite imponer a los adolescentes, medidas accesorias a las penas de la ley 20.084, que deben considerarse necesarias para los fines de esta ley, que están previstos en el artículo 20, que dice que las sanciones y consecuencias de esta ley tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción sea parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social...”. La sentencia agrega que: “[e]l artículo 1° inciso 2° de esta ley especial señala, que en lo no previsto serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”, señalando que “[la] ley 20.066 participa de esta naturaleza”.

Posteriormente, la sentencia se remite a las medidas accesorias del artículo 9 de la Ley N°20.066 “..., cuyo sería el caso, toda vez que la víctima de las amenazas es el padre del imputado”, específicamente la medida contenida en el del artículo 9° letra d) de la ley 20.066, que “debe ser aplicada con un plazo de seis meses a un año y puede ser prorrogada a petición de la víctima”.

Al respecto cabe señalar que el artículo 1° de la Ley N°20.084, en su inciso 2°, señala que en lo no previsto por ella serán aplicables a los adolescentes, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales, de cuya naturaleza participa la Ley N°20.066. De este modo, en primer lugar, se aplicarán las disposiciones de la Ley N°20.084, debiendo aplicarse, en aquellas materias que no se encuentren reguladas, la ley especial que la regula, resguardando en todo caso, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes en la Constitución, las leyes, la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Por su parte, el artículo 9° de la Ley N°20.066 dispone que el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias: a) obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima, b) prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente, c) prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego, d) asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar, y e) obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.

A su vez, el artículo 16 de la misma ley, extiende la aplicación de dichas medidas a los tribunales con competencia en lo penal, “cuando el delito constituya

un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trata”.

Como ya se ha dicho, la Ley N°20.084 no contempla disposición específica relativa a los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, y en especial, en relación a las medidas contenidas en la Ley N°20.066, las cuales, de haberse pretendido que no fueran aplicables a los adolescentes en casos de violencia intrafamiliar, se hubieran descartado expresamente de la LRPA.

En un fallo más reciente, Rol N°90-2013, de 12 de junio de 2013, la Corte de Apelaciones de Copiapó rechazó el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado adolescente en contra de la sentencia definitiva por la aplicación de sanciones accesorias no previstas en la Ley N°20.084 para un adolescente, específicamente la letra d) del artículo 9 de la Ley N°20.066, esto es, “[l]a asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar” y por una errónea calificación del hecho determinado en la sentencia, sosteniendo que se trataría de la falta del artículo 494 N°4 del Código Penal, primera parte, en que se sanciona al que amenazar a otro con armas blancas o de fuego y no del delito de amenazas tipificado en el artículo 296 N°3 del Código Penal⁷.

En cuanto a la procedencia de la medida accesoria de violencia intrafamiliar respecto del adolescente, la Corte descartó el yerro reclamado, afirmando en el considerando duodécimo que el artículo 13 de la Ley N°20.066 dispone expresamente que “en las investigaciones penales sobre violencia intrafamiliar se aplicarán, además, las disposiciones del presente Párrafo”, y que del tenor literal de los artículos 9 y 16 de dicha ley, aparece nítido que aquellas descritas en el artículo 9 no son ni pueden considerarse sanciones, sea principales o accesorias, pues el legislador las califica claramente como “medidas”, además, su aplicación no es facultativa para el juez, sino obligatoria.

El fallo señala que: “..., la Ley N°20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, en su artículo 1°, hace una remisión respecto de lo no previsto por

7 La sentencia refiriéndose a la calificación, sostiene en su considerando octavo “[q]ue la sentencia que se revisa considera que concurren los requisitos del tipo seriedad y verosimilitud en la comisión del hecho, toda vez que, como ya se transcribió “el imputado amenazó primeramente a su madre y luego con un cuchillo amenazó a su hermana y la seriedad y verosimilitud de las amenazas se manifestó en que las víctimas tuvieron que encerrarse en el baño para evitar ser agredidas”, además, en el mismo fundamento tercero de la sentencia recurrida, se desestima la aplicación del artículo 494 N°4 del Código Penal, por estimar que el tipo penal del artículo 296 N°3 del Código Penal desplaza al artículo 494 N°4 del mismo texto por el mayor desvalor, toda vez que se amenazó y además esa amenaza fue seria y verosímil, criterio que esta Corte no puede sino compartir como quiera que se ha establecido por el tribunal los elementos de la figura típica constitutiva de la amenaza prevista en el artículo 296 N°3 del Código Penal”.

ella a las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales. Continuando, su artículo 6°, establece un sistema de sanciones “en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias”, respecto de las personas condenadas según dicha ley, y establece en un acápite destinado a penas accesorias, las siguientes: a) la prohibición de conducción de vehículos motorizados, b) el comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, Código Procesal Penal y leyes complementarias, agregándose en el artículo 7° la obligación de someterse a tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, siempre que ello sea necesario, en atención a las circunstancias del adolescente...”.

Agregando, que: “..., el artículo 21 señala las reglas de determinación de la extensión de las penas y, el inciso 1° del artículo 27 señala que “La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal”.

2. Naturaleza cautelar de las medidas accesorias contenidas en el artículo 9 de la Ley N°20.066

En cuanto a la naturaleza de las medidas accesorias contenidas en el artículo 9 de la Ley N°20.066, se trata de medidas especiales cuyo objeto es proteger a las víctimas de actos de violencia intrafamiliar, sean éstos constitutivos o no de delitos, por lo que su imposición al adolescente no contravendría el estatuto penal especial regulado en la Ley N°20.084.

La Corte de Apelaciones de Chillán, en sentencia Rol N°86-2007, de 20 de julio de 2007, en relación a la formalización de un adolescente como autor del delito de lesiones menos graves cometido en contra de su madre y hermana y la posterior suspensión condicional del procedimiento, revocó la resolución apelada, en la parte que denegó acceder a las condiciones propuestas por el Ministerio Público y contempladas en las letras a) y b) de la Ley 20.066, resolviendo que se concedan como condiciones de la suspensión del procedimiento las solicitadas por el Ministerio Público, fundando su decisión en que “... las condiciones establecidas en el artículo 17 de la Ley 20.066 no revisten el carácter de pena o sanción penal, y que las medidas accesorias referidas están contempladas en la ley de violencia intrafamiliar la que conforme al artículo 2, expresa que, es deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, procede decretar las medidas accesorias contempladas en el artículo 9 letras a) y b) de la Ley 20.066...” (considerando cuarto).

A su vez, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia Rol N°94-2010, de 21 de diciembre de 2010, ya citada, rechazó el recurso de nulidad

deducido por la defensa del adolescente, fundado en la causal del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, esto es, por haber incurrido el tribunal en una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haber condenado al adolescente como autor del delito de amenazas en el contexto de violencia intrafamiliar, a la prestación de servicios en beneficio de la comunidad por un lapso de 30 horas y a la medida accesoria especial del artículo 9 letra d) de la Ley 20.066 de terapia de orientación familiar, durante seis meses.

El tribunal sostiene en su considerando segundo que “dicha medida es aplicable al caso, considerando..., que las medidas contempladas en el artículo 9° de dicha norma legal, no constituyen pena o sanciones de índole penal, sino que participan de una naturaleza jurídica distinta, de índole cautelar que se aplica en la instancia”.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia Rol N°112-2011, de 11 de julio de 2011, rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, fundado en una supuesta errónea aplicación del derecho, al imponerse por el Juez de Garantía, además de la sanción de amonestación como autor del delito de lesiones y amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, la medida accesoria contenida en la letra b) del artículo 9 de la Ley N°20.066, esto es, prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio, resolviendo, en su considerando tercero, aplicar dicha sanción, basándose principalmente en el resguardo de los intereses de la víctima.

El fallo establece en el considerando sexto, que de conformidad a lo establecido en el artículo 16 de la Ley N°20.066, a un imputado adolescente le pueden ser aplicadas penas principales y accesorias de las previstas en la Ley 20.084, sin perjuicio de medidas accesorias previstas en el artículo 9 de la Ley 20.066. La sentencia agrega que “la redacción de la parte resolutive de la sentencia es confusa, se entiende como pena accesoria lo que es una medida accesoria; no [pudiendo] el juez cambiar la naturaleza de una institución, o sea, considerar la medida accesoria como pena accesoria”.

La Corte precisa, en el mismo considerando, que el fallo del tribunal a quo sostiene que se aplica una “pena única”, la amonestación, y que la prohibición de acercamiento constituye una medida accesoria, que es objeto de una nota al terminar la sentencia, que advierte que “en tanto no se encuentre la presente sentencia firme y ejecutoriada, se dispone la medida accesoria decretada, como medida cautelar”.

Por su parte, en sentencia Rol N°90-2013, de 12 de junio de 2013, la Corte de Apelaciones de Copiapó rechazó el recurso de nulidad deducido por la defensa refiriéndose a la naturaleza cautelar de las accesorias de violencia intrafamiliar, la insuficiencia e idoneidad de las sanciones contenidas en la

Ley N°20.084, refiriéndose específicamente a la sanción penal de prestación de servicios a la comunidad que no aborda el fenómeno de la violencia al interior de la familia, cuestión que sí hace el tratamiento dispuesto como sanción accesoria en el fallo recurrido y que pretende precisamente reinsertar al adolescente infractor en su familia y evitar futuros hechos de violencia en contexto intrafamiliar, y el carácter obligatorio de las medidas accesorias de la LVIF.

El fallo establece en su considerando decimocuarto “[q]ue ciertamente, la Ley N°Ley 20.084 establece un catálogo de sanciones para adolescentes infractores de ley, en consideración a múltiples factores de política criminal, declarándose en su artículo 20, que tales sanciones y otras consecuencias que la misma ley establecen, tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Por su parte, la Ley N°20.066, tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma –como se consigna en su artículo 1°–, imponiendo obligaciones al juez penal a la hora de determinar tanto la pena principal aplicable al caso, como las medidas accesorias...”.

La sentencia enfatiza, en el considerando siguiente, el carácter cautelar de las medidas del estatuto de violencia intrafamiliar y la obligatoriedad de dichas medidas, al señalar “[q]ue efectivamente, tal como razona el señor Juez a quo, del tenor literal de los artículos 9° y 16° de la Ley 20.066, transcritos en su parte pertinente en la consideración 12° que precede, aparece nítido que aquellas descritas en el artículo 9° de la Ley 20.066 no son ni pueden ser consideradas “sanciones”, sea principales o accesorias, con relación a algún ilícito cometido en contexto de violencia intrafamiliar, pues el legislador claramente las califica de “medidas”, siendo su finalidad el propender a superación de la problemática de violencia intrafamiliar que subyace, cuya aplicación, por lo demás, no es facultativa para el juez, sino obligatoria...” concluyendo que “..., no cabe sino convenir que de otro modo, en el caso de autos, la sanción impuesta al sentenciado sería insuficiente e inidónea, en cuanto al cumplimiento de los objetivos perseguidos por la Ley de violencia intrafamiliar, pues la sanción penal de prestación de servicios a la comunidad no aborda esa temática, cuestión que sí hace el tratamiento dispuesto en el fallo, que busca reinsertar al adolescente infractor en su familia y evitar futuras transgresiones en este orden”.

3. Jerarquía de los estatutos de responsabilidad penal adolescente y de violencia intrafamiliar

En cuanto al rango o jerarquía de las leyes en juego, y como lo ha señalado expresamente la Corte de Apelaciones de Copiapó, en sentencia Rol N°90-2013, de 12 de junio de 2013, considerando decimotercero, tanto la Ley N°20.084 como la Ley N°20.066 son leyes especiales de igual rango o jerarquía, pero una lo es en relación a la persona en su rango étareo, mientras la otra lo es en relación a la materia, con independencia de la edad del sujeto activo del delito. Si bien, estas leyes no son incompatibles entre sí, pueden llegar a colisionar en algunos casos, sin derogar una a la otra, debiendo en concepto de la jurisprudencia mayoritaria, aplicarse ambas imperativamente.

La mayoría de la jurisprudencia que se pronuncia acerca de los bienes jurídicos en juego no se refiere específicamente a la procedencia de las medidas accesorias de la Ley N°20.066, junto con la sanción principal, sino a la jurisprudencia de los tribunales superiores existente en este punto, con motivo de los recursos de apelación de internación provisoria decretada en causas de violencia intrafamiliar con imputado adolescente, de los que conocen las Cortes de Apelaciones y de las apelaciones de amparo con motivo de dicha cautelar que conoce la Excma. Corte Suprema.

Las sentencias cuyos considerandos reproduciremos, evidencian el fundamento cautelar del estatuto de violencia intrafamiliar, lo que sirve para reforzar la procedencia de las accesorias específicas de la Ley N°20.066 tratándose de adolescentes condenados por delito cometido al interior de la familia.

Sobre este punto, la Corte de Rancagua evalúa los bienes jurídicos protegidos por ambos estatutos y considera que para decidir cuál disposición debe regir, ha de atenderse a la jerarquía de las normas constitucionales que en cada una de las leyes se resguardan. Así, en sentencia Rol N°177-2008, de 10 de mayo de 2008, al analizar la colisión del artículo 32 de la Ley 20.084, que limita la medida de internación provisoria a los casos en que se imputen al menor conductas legalmente catalogadas como crímenes con la regla del artículo 15 de la Ley 20.066 que permite al Tribunal decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de delitos cometidos en contexto intrafamiliar, confirmó la internación provisoria del adolescente imputado por doce delitos cometidos en contra de su pareja de catorce años de edad y de su hija común de seis meses⁸.

La sentencia establece que "...ambas reglas son especiales; la una, por aplicarse sólo a los menores y la otra, por regir sólo para los delitos constitutivos

8 Se trata de seis delitos de lesiones menos graves, dos delitos de amenazas, tres delitos de desacato y un delito de obstrucción a la justicia.

de violencia intrafamiliar; pero la segunda es más específica que la primera que es genérica, porque la ley de responsabilidad juvenil se aplica a todo tipo de delitos, en tanto que la segunda regula situaciones relativas a conductas determinadas...”, concluyendo en su considerando segundo que “La colisión ... no es permanente; no son dos reglas incompatibles per se, sino que son normas que pueden llegar a colisionar en determinados casos, y por ello, como no se trata de que una ley [que] derogue a la otra, no puede aplicarse, para dirimir el caso, la regla de prevalencia de la ley posterior...”, debiendo atenderse, para decidir cuál disposición rige, “a la jerarquía de las normas constitucionales que en cada cual cristalizan”.

El considerando agrega que “[en] el caso de la ley de responsabilidad juvenil se protege la libertad, en tanto que en el caso de la ley de violencia intrafamiliar se protege la vida y la integridad física y psíquica de las personas; valores supremos, bienes jurídicos primeros que la Constitución ampara, por lo que estando ambos en las balanza han de primar los que merecen el mayor amparo, razón por la cual prevalece el artículo 15 de la Ley 20.066. Así pues, ante una situación de ataques reiterados y serios, ..., que afectan a una mujer también menor de edad y a su hijo lactante, los que no han podido ser detenidos con otras medidas cautelares de menor rango, es imprescindible asegurar la vida e integridad de la víctima con la internación provisoria del agresor”.

Por su parte, la Corte Suprema, en sentencia Rol N°3072-2010, de 4 de mayo de 2010, resolviendo una apelación de amparo, confirmó la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°35-2010, de 17 de abril del mismo año estableciendo en su considerando cuarto “[q]ue en definitiva, más que una detención arbitraria e ilegal decretada en autos, se cuestiona por el recurrente de amparo, la aplicación de normas procesales generales para resolver medidas cautelares relativas a un menor sujeto a la ley de Responsabilidad Penal Juvenil y, en ese sentido esta Sala de este tribunal de alzada, no divisa infracción alguna, tanto en la resolución impugnada como en la decretada por el Juez de primer grado, pues el artículo 27 de la ley 20.084 en su inciso primero señala expresamente que se aplica en forma supletoria las normas del Código Procesal Penal.

Por otra parte, el juez necesariamente debió decretar la medida de internación provisoria, aún salvando la limitación contemplada en el artículo 32 de la citada ley, ya que estaba obligado a considerar el incumplimiento de la medida de prohibición de acercarse a la víctima decretada anteriormente, teniendo especialmente en consideración, la naturaleza de los hechos –en el contexto de la ley de violencia intrafamiliar– ..., que afectan uno de los bienes jurídicos más protegidos por la Constitución y las Leyes, cual es la vida, por ello debió cautelar la seguridad de la víctima al dictar la resolución que es impugnada por esta vía”.

En otro fallo de la Corte Suprema, Rol N°9565-2010, de 16 de diciembre de 2010, el máximo tribunal al resolver un recurso de apelación de una acción de amparo, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, que rechazó el amparo deducido por la defensa, que pretendía revertir la medida cautelar de internación provisoria decretada en contra de un adolescente imputado como autor de los delitos consumados de lesiones menos graves y amenazas en contexto intrafamiliar.

La Corte de Valdivia en su considerando segundo, refiriéndose al informe de la juez recurrida establece que para adoptar la decisión de internación provisoria se tuvo en cuenta el hecho de que el imputado fue condenado anteriormente a 60 horas de trabajo en beneficio de la comunidad como autor del delito de lesiones menos graves en la persona de su madre, sin perjuicio de registrar otras imputaciones por lesiones en el mismo contexto, además de haber sido condenado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas y por robo en lugar habitado a la pena de libertad asistida, habiendo informado el delegado el incumplimiento de la medida.

La sentencia señala que “si bien es cierto que la Ley N°20.084 contempla la internación provisoria, tratándose de delitos con pena de crimen, no es menos cierto que tratándose de delitos con connotaciones de índole intrafamiliar debe primar la Ley N°20.066, que es especial, y que en su artículo 15 faculta al tribunal con competencia en materia penal para decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la Ley N°19.968 y 7 de la Ley N°20.066. En el caso de autos, el tribunal estaba obligado a brindar protección a la familia del imputado, al no haber surtido efectos otras medidas, de manera que su internación provisoria permite eliminar la situación de riesgo inminente en que se encuentran sus víctimas (su madre y su hermana), en los términos previstos en el artículo 7° de la Ley N°20.066”.

El fallo, en su considerando cuarto, hace presente el deber del juez de dar aplicación a lo establecido en los artículos 1° y 2° de la Ley N°20.066, en orden a prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y dar protección a las víctimas de la misma, así como también el deber del Estado de adoptar las medidas conducentes a preservar la vida, la integridad personal y seguridad de los miembros de la familia.

Finalmente, en el considerando sexto, la sentencia señala que en apariencia existiría una colisión entre la Ley N°20.084 y la Ley N°20.066 “y para decidir la que debe primar debe tenerse en cuenta la jerarquía de las normas, que en cada caso cristalizan”, agregando que en el primer caso se protege la libertad, mientras que la Ley N°20.066 “protege la vida, la integridad física y psíquica

de las personas que merecen mayor protección, razón por la cual debe prevalecer el artículo 15 de la Ley N°20.066”.

En sentido similar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia Rol N°764-2009, de 18 de julio de 2009, confirmó la resolución que decretó la internación provisoria de un adolescente imputado por el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, teniendo especialmente en consideración la circunstancia de comisión del delito, la comparecencia de los padres en la audiencia en que se decretó y lo dispuesto en los artículos 7, 9 y 15 de la Ley N°20.066.

No obstante, en sentencia Rol N°763-2011, de 17 de agosto de 2011, la misma Corte acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, señalando que el estatuto penal adolescente prevalece por sobre el estatuto de violencia intrafamiliar, por cuanto sólo son procedentes para los adolescentes las penas establecidas en la Ley N°20.084.

4. Relevancia de la calidad de menor de edad de la víctima de violencia intrafamiliar

En este apartado nos referiremos a las decisiones judiciales frente a la situación de violencia intrafamiliar en la que tanto el sujeto activo del delito como el sujeto pasivo del mismo son personas menores de edad, encontrándose este último como víctima de delito, en una situación de mayor vulnerabilidad respecto del adolescente infractor.

En este tipo de situaciones, es necesario tener presente el principio del interés superior del niño, principio al que se refiere una sentencia de la Corte de San Miguel que aborda esta problemática.

En relación con este principio, cabe señalar que si bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, existe cierta unanimidad en cuanto a entender que consiste en garantizar al niño el ejercicio y satisfacción efectiva de los derechos y garantías que surgen de la calidad de persona humana, los que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres, en las resoluciones que dicten los jueces y en las medidas que se tomen en los organismos públicos o privados al respecto. Si bien, la Convención no define dicho interés, plantea la necesidad de orientar todas las medidas en torno a la infancia en relación a este principio.

Siguiendo a CILLERO, este principio se configura como “una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos. Es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se

encuentran limitadas por esos derechos”⁹. En consecuencia, “[la] Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas¹⁰”.

Rol que destaca la Observación General N°14 (2013) “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)” del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, que establece las tres dimensiones que el interés superior del niño abarca: a) un derecho sustantivo; b) un principio jurídico interpretativo fundamental y c) una norma de procedimiento.

Por su parte, la Corte de San Miguel, en sentencia Rol N°1725-2012, de 31 de diciembre de 2012, rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de la adolescente condenada como autora de los delitos de lesiones menos graves y amenazas, en contra de su hermano, también menor de edad, estableciendo en su considerando quinto, que las prescripciones de la Ley N°20.066 y en la Ley N°20.084 deben aplicarse armónicamente, con completa sujeción a la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que tanto la víctima como la enjuiciada son menores de edad, conforme a lo prescrito en el artículo 1° de la Convención, para posteriormente, en su considerando sexto, hacer mención a diversas normas internacionales para fundamentar la aplicación de la medida accesoria en violencia intrafamiliar.

La sentencia destaca el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que impone a los Estados Partes la consideración primordial del interés superior del niño, en todas las medidas concernientes a éstos que, entre otros que indica, adopten los tribunales, agregando que los Estados tienen el compromiso de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y conforme lo prescribe el artículo 4° de la Convención, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención, enfatizando el deber de garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”, consagrado en el artículo 6° de la misma.

El fallo se refiere al artículo 19, que dispone que es deber de los Estados Parte adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el

9 CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención de los Derechos del Niño”. En: MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá-Buenos Aires, Ed. Depalma, p. 146. 1998.

10 Ibid.

abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”; medidas de protección que deben comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención, tratamiento y observación ulterior de los casos de malos tratos al niño, entre otros.

A su vez, la sentencia se remite al artículo 24 de la Convención que establece el reconocimiento por los Estados Partes del derecho del niño “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud...”, como también al artículo 40, el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes “a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.

Finalmente, el fallo concluye en su considerando séptimo que “atendida la calidad de menores tanto de la víctima de los hechos por los que resultó condenada la infractora como de esta última, es imperioso adoptar las medidas conducentes para la debida protección al niño vulnerado en sus derechos ... por los actos de violencia intrafamiliar protagonizados por su hermana adolescente ..., enjuiciada, tal como lo exige la Convención de los Derechos del Niño en los artículos ya citados. También se ha de considerar que si bien el artículo 6 de la Ley 20.084 determina que las sanciones por los ilícitos perpetrados son las de la Escala General que en él se establece y las accesorias aquellas indicada en el artículo 7° de la citada Ley, el sentenciador debe tener presente la finalidad de la sanción señalada en el artículo 20 de dicha norma y ciertamente, lo ordenado en el artículo 16 de la Ley 20.066”.

La sentencia agrega en el considerando octavo que “..., es inconcusos que las medidas descritas en el artículo 9 de la Ley 20.066 no pue[dan] ser consideradas “sanciones” sean principales o accesorias a algún ilícito cometido en contexto de violencia intrafamiliar, como acontece en la situación sub lite, pues nítidamente el legislador ordena imperativamente al juez en la norma en comento, la aplicación de las aludidas medidas precisamente a los casos como este, “cuando el delito constituye un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate, vale decir, en la especie, a las horas de prestación de servicios en favor de la comunidad a que fue condenada la adolescente ...”.

Al respecto, es necesario tener presente que la Corte Interamericana de DDHH, ha señalado que “cuando se trata de la protección de los derechos

del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, las características propias de los niños, y en la necesidad de proporcionar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹¹”. Además, ha sostenido que “El principio del interés superior del niño exige que se tome especial consideración el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad con el fin de alentar en el niño un proyecto de vida, que debe ser cuidado¹²”.

Por último, destacamos que en un fallo más reciente, Rol N°473-2014, de 3 de abril de 2014, la misma Corte confirmó la internación provisoria de un adolescente imputado por delitos de lesiones menos graves y amenazas en contra de su madre, sin mayor fundamentación.

IV. Argumentos en contra de la aplicación de medidas accesorias de violencia intrafamiliar en adolescentes

El inciso primero del artículo 1° de la LRPA prescribe que ésta regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas, estableciendo en el inciso segundo, que en lo no previsto, se acudirá a las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.

La jurisprudencia que establece la improcedencia de sanciones accesorias diversas en las contenidas en los artículos 6 y 7 de la Ley N°20.084, establecen que se trata de un sistema integral, que aborda todos los aspectos necesarios para la administración de la justicia penal en todo lo que guarde relación con adolescentes.

Se trata de las decisiones judiciales de las Cortes de Apelaciones de Santiago, San Miguel y Valparaíso. No obstante, se hace presente que con posterioridad a dichas resoluciones, existen fallos de las mismas cortes, en las que sí se han aplicado las medidas accesorias de la LVIF respecto de adolescentes, con la excepción de la Corte de Apelaciones de Santiago, que sólo cuenta con la sentencia que revisaremos en este apartado.

Cabe señalar, que la Excma. Corte Suprema no tiene pronunciamientos específicos en cuanto a la procedencia de las medidas accesorias señaladas, no obstante la existencia de jurisprudencia que establece la procedencia de la

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2010.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004.

cautelar de internación provisoria respecto adolescentes imputados por simples delitos en contexto de violencia intrafamiliar y a la que hicimos referencia en el numeral 3 de este documento.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia Rol N°763-2011, de 17 de agosto de 2011 acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa fundado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, señalando que el estatuto penal adolescente prevalece por sobre el estatuto de violencia intrafamiliar, por cuanto sólo son procedentes para los adolescentes las penas establecidas en la Ley N°20.084.

Con una razonamiento similar, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia Rol N°460-2009, de 6 de mayo de 2009 resolvió el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, fundado en la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por infracción al artículo 6 de la Ley N°20.084, al condenar al autor de los delitos de amenazas no condicionadas y lesiones menos graves en grado de consumados, en contexto de violencia intrafamiliar, a dos sanciones de amonestación y no aplicar lo preceptuado en el artículo 16 de la Ley N°20.066, en relación con el artículo 9 de la misma. Infracción que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al no imponerle al imputado la medida accesoria contemplada en la letra d) del referido artículo 9, esto es, la asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar.

La Corte rechaza el recurso de nulidad fundando su decisión en los considerandos cuarto y quinto, señalando que la sanción accesoria solicitada por el Ministerio Público no se encuentra dentro de la escala general de sanciones penales para adolescentes prevista en el artículo 6 de la LRPA, ni en el artículo 7° de la misma; y que se trataría de una accesoria más gravosa que la sanción principal.

La sentencia agrega en el considerando octavo que “tratándose la Ley N°20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente de un cuerpo legal que ha normado en forma especialísima y privilegiadamente el estatuto penal de los jóvenes, no cabe, en opinión de esta Corte la aplicación a los adolescentes de ninguna otra clase de sanciones no contempladas expresamente en la Ley de la materia, lo cual resulta vedado para el juez y torna improcedente su imposición”.

En el fallo se advierte que la Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol N°5441-07, de 7 de noviembre de 2007, ha declarado lo siguiente:

“Que, finalmente, la Ley N°20.084, con carácter especialísimo, establece el procedimiento, la autoridad, las instituciones, las penas y las medidas cautelares a que deben ser sometidos los adolescentes infractores, que son aplicados y conocidos por el Juez de Garantía y el Tribunal de Juicio Oral respectivo.

Asimismo, tal como se recoge en el fallo impugnado, la doctrina y la jurisprudencia nacional están contestes en concluir que la ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente introdujo a nuestra legislación un sistema nuevo, especial y privilegiado, con el objeto de mejorar el tratamiento penal vigente respecto de los jóvenes infractores, estableciendo un régimen sancionatorio diferente del aplicable a los adultos, cuya finalidad no sólo es castigarlo, sino fundamentalmente lograr su reinserción social, conforme con los estándares dispuestos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y demás instrumentos internacionales suscritos por el Estado chileno, acerca de la misma materia”.

Finalmente, la Corte de San Miguel, en las sentencias Rol N°1120 y Rol N°1122-2012, ambas de fecha 14 de septiembre de 2012, pronunciándose acerca de la procedencia de las accesorias de violencia intrafamiliar por delitos cometidos por un adolescente en contra de uno de sus ascendientes, estableció en el considerando quinto de cada una, la improcedencia de las medidas accesorias de violencia intrafamiliar respecto de los adolescentes, al rechazar dos recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público sosteniendo en cuanto al argumento de la parte recurrente, que las medidas accesorias del artículo 9 de la Ley N°20.066 tendrían naturaleza jurídica distinta a la de una sanción penal, que “... la gran mayoría de los autores consideran que la pena es un mal, un sufrimiento o una aflicción que el Estado hace recaer sobre una persona que, culpablemente, ha ejecutado alguna de las conductas tipificadas en el ordenamiento jurídico, consistente en la privación o disminución de ciertos bienes jurídicos individuales” y que la medida accesoria solicitada responde a la idea expresada, al tratarse de una medida restrictiva de la libertad individual.

Por lo demás, ambas sentencias agregan que el artículo 9 de la Ley N°20.066 señala que, además de lo dispuesto en el artículo 8, establece las sanciones principales en caso de maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las medidas accesorias que la norma consigna, “lo cual permite concluir que se está frente a una pena accesoria, que son aquellas sanciones que necesitan de una pena principal a la cual deben ir agregadas o que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras las lleven consigo ...”.

En cuanto al segundo de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, esto es, que las medidas accesorias de la Ley N°20.066 son incompatibles con las penas principales y accesorias contempladas en la Ley N°20.084, al tratarse de dos cuerpos normativos que pueden convivir pacíficamente, las sentencias indicadas sostienen en sus considerandos sexto y séptimo que del tenor de los artículos 6 y 7 de la Ley N°20.084 se colige que el estatuto especial sobre responsabilidad penal juvenil sólo contempla como sanciones aplicables a los menores de dieciocho años y mayores de catorce, las contempladas en dichas

normas, por cuanto se trata de disposiciones de carácter taxativo, según se desprende de su tenor literal.

Las sentencias señalan que: “si se dispusiere la aplicación de una sanción penal, de una medida de seguridad o de una medida cautelar a situaciones no contempladas expresamente en la ley, se vulneraría el principio de legalidad, pues se haría una aplicación analógica de ellas, esto es, a situaciones no previstas para el caso concreto, vulnerándose con ello la reserva de ley”.

Por último, y en relación con la violencia cometida al interior de la familia y la procedencia del artículo 372 del Código Penal, a la luz de lo previsto en el artículo 6 de la Ley N°20.084, la sentencia Rol N°947-2011, de 22 de agosto de 2011, pronunciada por la Corte de San Miguel acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia que condenó a un adolescente como autor del delito de violación a su prima, también menor de edad, a la pena de cuatro años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, más pena accesoria del artículo 372 del Código Penal, declarando que se invalida la referida sentencia, sólo en cuanto a la imposición de la pena accesoria del artículo 372 del Código Penal.

La sentencia señala, en su considerando quinto, en relación a los artículos 6 y 7 de la Ley 20.084 y la aplicación del artículo 372 del Código Penal, que “lo cierto es que de la revisión de la discusión parlamentaria, desde un principio queda en evidencia que la medida contenida en el citado artículo 372 es una pena accesoria, pero pena, vale decir, al decir de Mezger “la irrigación de un mal que se adecua a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, es por tanto retribución y necesariamente privación de bienes jurídicos” y según Welzel “un mal que se impone al sujeto culpable y debe tenerse presente que la pena constituye una garantía para el ciudadano frente al Estado quien deberá justificar su intervención y esta justificación ha de constituirse al mismo tiempo en un límite a esa intervención. Las penas son aquellas que la ley establece para cada delito y en el caso de los menores existe un estatuto especial desde que se dictó y promulgó la ley sobre responsabilidad penal adolescente...”.

El fallo sostiene en el considerando sexto: “[q]ue la Ley N°20.084 establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal y en su artículo 6° establece que “Sanciones. En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes...” y el artículo 7° por su parte prescribe que “Sanción accesoria. El juez estará facultado para establecer como sanción accesoria a las previstas en el artículo 6° de esta ley y siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente, la obligación de someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol”.

Por último, en un caso de lesiones inferidas por un adolescente a su madre, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia Rol N°265-2010, de 30 de julio de 2010, confirmó la resolución que aprobó la suspensión del procedimiento en una causa de violencia intrafamiliar sin imponer como condición aquella solicitada por el Ministerio Público, esta es, la letra c) del artículo 9° de la Ley N°20.066 que prohíbe el porte y tenencia de arma de fuego, fundada en que los artículos 5° y 6° de la LRPA establecen “determinadas y precisas sanciones accesorias que pueden ser impuestas a un menor infractor”.

V. Conclusiones

Desde la entrada en vigencia de la LRPA se han planteado discusiones a propósito de la aplicación de las medidas accesorias contenidas en la Ley N°20.066 a los adolescentes que cometen delitos en contexto intrafamiliar, debido a la falta de consideración en la Ley N°20.084 y al escaso sustento doctrinal, las que han sido resueltas por los tribunales superiores de justicia.

La mayoría de estas sentencias han establecido la procedencia de las medidas accesorias contenidas en el artículo 9 de la Ley N°20.066, indicando importantes criterios a considerar para fundar su imposición respecto de adolescentes, en especial, la aplicación supletoria del estatuto de violencia intrafamiliar, por la remisión a las normas penales especiales que realiza el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°20.084; la naturaleza esencialmente cautelar de las medidas accesorias de la Ley N°20.066 y los bienes jurídicos resguardados por ambas leyes, lo que daría prioridad a la Ley N°20.066 que establece normas sobre violencia intrafamiliar, y a su aplicación obligatoria, aun tratándose de imputados adolescentes.

Asimismo, el abordaje de la problemática de violencia intrafamiliar no resulta posible a través del sistema de sanciones previsto en la Ley N°20.084, por cuanto las sanciones por los delitos de violencia intrafamiliar en que incurrir los adolescentes, según da cuenta la revisión jurisprudencial realizada, corresponden a las sanciones de amonestación y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, las que si bien se contemplan en la escala general de sanciones del artículo 6° de la LRPA, impiden abordar la problemática de violencia al interior de la familia del adolescente imputado, a través de planes o programas individuales de intervención, los que sólo se contemplan para las sanciones de libertad asistida (simple y especial) y para las sanciones privativas de libertad (internación en régimen cerrado e internación en régimen semicerrado). En consecuencia, resulta indispensable la aplicación del estatuto de violencia intrafamiliar respecto de los adolescentes condenados por delitos cometidos al interior de la familia.

