

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

N°64 - SEPTIEMBRE 2015

REVISTA JURÍDICA  
DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°64 - Septiembre 2015

**Fiscal Nacional y Representante Legal:**

*Sabas Chahuán Sarrás*

**Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:**

*Pablo Campos Muñoz*

**Comité Editorial:**

*Pablo Campos Muñoz*  
*Coordinador*

*Karen Guzmán Valenzuela*

*Sandra Luco Castro*

*Ricardo Mestre Araneda*

*Antonio Segovia Arancibia*

**Colaboradores:**

*Andrea González Leiva*

*David Opazo Meneses*

*Soledad Poblete Moya*

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

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

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

E-mail: [sluco@minpublico.cl](mailto:sluco@minpublico.cl)

Teléfono: (56-2) 2965 9693

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

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

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

# ÍNDICE

## PRÓLOGO

### I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

#### Artículos

Mecanismo de incentivo de remuneraciones en el Ministerio Público de Chile. Los compromisos de gestión institucional (CGI): implementación y evolución período 2008 - 2014 9

*Ricardo del Canto Méndez*

Los principios de la lógica y las máximas de experiencia en la jurisprudencia 31

*Carlos Oliveros Muñoz*

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

#### Artículos

Análisis crítico de las medidas cautelares de la Ley 20.066 a partir de un caso real de VIF 47

*Karina Ávila Aravena*

### III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Sentencias comentadas

Comentario a sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Fernando que condena a notario público por delito especial de falsificación del Código Orgánico de Tribunales 63

*Alejandro Litman Silberman*

Comentario a sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles que condena a receptor judicial por falsificación de instrumento público 77

*Yelica Lusic Nadal*

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

#### Artículos

Amenazas: La primera agresión al interior de la familia 119

*Giannina Mariela Mondino Barrera*

Valoración del Testimonio de Preescolares en el Proceso Judicial 137

*Sofía Huerta Castro y Patricia Muñoz García*

Algunas consideraciones en relación con el dolo de matar en el delito de femicidio 159  
*Mirsa Pamela Retamal Morales*

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

### **Artículos**

La trata de personas ¿crimen de lesa humanidad? a propósito del caso “paraguayos” 183  
*Tania Gajardo Orellana*

El delito de entrega de información falsa al mercado como delito base o  
precedente de lavado de dinero 199  
*Angélica Torres Figueroa*

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

### **Artículos**

La *Lex Artis* en la jurisprudencia 227  
*Renzo Figueroa Aste*

## PRÓLOGO

Tal como lo señaláramos en nuestro número anterior, la aplicación concreta de las normas penales y procesales penales vigentes, permanentemente presenta puntos o áreas que requieren de precisiones doctrinarias y de acabados pronunciamientos judiciales.

Siguiendo, entonces, nuestra línea editorial en torno a aportar al debate sobre el estado de aplicación de dichas normas, presentamos en esta edición un artículo que profundiza en los principios de la lógica y las máximas de experiencia en la jurisprudencia nacional, como también un análisis de una sentencia condenatoria dictada en contra de un notario público por el delito especial de falsificación contemplado en el Código Orgánico de Tribunales, y otro que se refiere a la condena a un receptor judicial por la falsificación de un instrumento público.

En lo que se refiere al Ministerio Público propiamente tal, ofrecemos un artículo sobre los mecanismos de incentivo de remuneraciones y su vinculación con los compromisos de gestión institucional en su implementación y evolución en el período 2008 – 2014.

Y en lo que respecta al trabajo cotidiano de la institución, específicamente en su labor de asistencia a las víctimas, un análisis crítico de las medidas cautelares de la Ley N°20.066, a partir de un caso concreto de violencia intrafamiliar.

Asimismo, se contiene un artículo elaborado por la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, que analiza la Lex Artis en nuestra jurisprudencia.

Por su parte, la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, ha elaborado artículos que profundizan en torno a los problemas a que da lugar la valoración del testimonio de preescolares en un proceso judicial y sobre algunas consideraciones en relación con el dolo de matar en el delito de femicidio.

La Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado ofrece un análisis crítico en relación con la trata de personas como crimen de lesa humanidad a propósito del caso denominado “Paraguayos”, y un estudio respecto de la entrega de información falsa al mercado, como delito base o precedente del delito de lavado de dinero.

Finalmente hacemos presente que por un involuntario error de edición, el artículo titulado “*Amenazas: la primera agresión al interior de la familia*” de la autora Giannina Mondino Barrera, fue publicado en el N°63 de esta Revista sin sus notas al pie de página, lo cual reparamos en esta publicación, incluyéndolo con las respectivas notas al pie.



MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---





## **MECANISMO DE INCENTIVO DE REMUNERACIONES EN EL MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. LOS COMPROMISOS DE GESTIÓN INSTITUCIONAL (CGI): IMPLEMENTACIÓN Y EVOLUCIÓN PERÍODO 2008 - 2014<sup>1</sup>**

*Ricardo del Canto Méndez<sup>2</sup>*

### **Resumen**

*Hasta el año 2008, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público de Chile dejaba al Fiscal Nacional la potestad para que a través de un reglamento interno se pagara los bonos de gestión institucional y desempeño individual. Sin embargo, con fecha 16 de enero del año 2008 se publica la Ley 20.240 que perfecciona el sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y de los funcionarios del Ministerio Público, implementando una nueva manera de asignar los incentivos económicos en la organización. Lo anterior, significó poner el acento en un marco de trabajo que debe ser consensuado anualmente con el Ministerio de Hacienda a través de la firma de un Convenio de Desempeño Institucional entre el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda que da origen a un Compromiso de Gestión Institucional (CGI).*

*Luego de casi ocho años de funcionamiento de este mecanismo de incentivos, se observan importantes fortalezas en su aplicación las cuales han propiciado un alto grado de involucramiento de las autoridades y directivos del Ministerio Público desde su definición hasta su implementación y control, convirtiéndolo en un eje central para el desarrollo institucional. Sin embargo, también se observa la necesidad de realizar algunas mejoras y complementaciones para que finalmente se consolide como un sistema de gestión robusto que asocie de manera objetiva, con criterios de eficiencia y equidad, el desempeño y los resultados institucionales con los incentivos.*

*Es en este contexto, que el siguiente documento da cuenta de los aspectos principales de esta ley de incentivos, su operación y resultados a través del tiempo, identificándose también sus principales virtudes y ámbitos de mejora tanto en el corto como en el mediano plazo.*

- 1 El autor agradece a Antonio Marangunic, Ricardo Mestre y Nelson Negrete por sus valiosos comentarios y sugerencias. No obstante, el autor es el único responsable de las opiniones vertidas en este trabajo.
- 2 Ingeniero Comercial. Master of Applied Economics – Magíster en Economía Aplicada a las Políticas Públicas. Georgetown University Washington D.C. - Universidad Alberto Hurtado.  
Master of Arts in Economics (Egresado). ILADES / Georgetown University Washington D.C.

## Introducción

El Ministerio Público de Chile (MP) fue creado mediante una reforma constitucional en septiembre de 1997<sup>3</sup>. Nace en el marco de la Reforma Procesal Penal chilena que permitió el cambio de un sistema de justicia penal inquisitorio por uno de características acusatorias. Su ley orgánica constitucional - que determina su organización y atribuciones - fue publicada en octubre de 1999<sup>4</sup>, y el cambio del sistema procesal penal en Chile parte el 16 de diciembre del año 2000. Este cambio tuvo la característica de ser gradual iniciándose en dos de las trece regiones del país y finalizando en la Región Metropolitana de Santiago el año 2005.

Hasta antes de la promulgación de la Ley 20.240 en el año 2008<sup>5</sup>, el Fiscal Nacional del Ministerio Público en virtud de la Ley Orgánica Constitucional del organismo persecutor, definía las metas de gestión institucional para la organización lo que servía de marco para establecer las metas de los funcionarios y fiscales del MP. Al final del periodo, se evacuaban informes de cumplimiento respecto de dichas metas lo que permitía evaluar el grado de cumplimiento de las mismas, y con posterioridad habilitar el pago de los respectivos bonos individuales. Transcurridos siete años desde la creación del MP, el Poder Ejecutivo decide perfeccionar el sistema de incentivos al desempeño de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público mejorando sus condiciones salariales y al mismo tiempo buscando elevar la calidad de los servicios que presta la organización. De igual modo, busca entrelazar las aspiraciones institucionales del MP en materias de gestión, con el marco metodológico que rige al Poder Ejecutivo a través de los Programas de Mejoramiento de la Gestión (PMG) del Ministerio de Hacienda, que si bien no son obligatorios, pueden servir de apoyo y/o referente en el proceso<sup>6</sup>

La nueva iniciativa legal, tiene como propósito ligar salarios a la productividad institucional, rediseñando la forma en que se generan los bonos de gestión vinculándolos a metas de gestión institucional, así como mejorando su sistema de formulación y evaluación. Estas ya no quedan entregadas exclusivamente al Fiscal Nacional - a través de su potestad reglamentaria - sino que pasan a ser concordadas anualmente con el Ministerio de Hacienda y sometidas a la evaluación de una entidad externa quien valida el nivel de cumpli-

3 Ley 19.519, publicada en el Diario Oficial el 16 de octubre de 1997.

4 Ley 19.640, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

5 Ley 20.240, publicada en el Diario Oficial el 16 de enero del 2008.

6 Los Programas de Mejoramiento de la Gestión (PMG) en los servicios públicos de Chile tienen su origen en la Ley N°19533 de 1998, y asocian el cumplimiento de objetivos de gestión a un incentivo de carácter monetarios para los funcionarios. Se enmarcan en un conjunto de áreas de mejoramiento de la gestión comunes para todas las instituciones del sector público, constituyendo Programas Marco que incluyen sistemas esenciales para el desarrollo eficaz y transparente de la gestión.

miento alcanzado, contratada para el efecto por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (DIPRES), todo lo cual busca a su vez contribuir en el desarrollo y mejoramiento de la gestión de la institución.

En lo medular, los CGI son el marco explícito de las metas de gestión que debe cumplir la institución sin que ello altere la autonomía legal con la que fue dotado el organismo persecutor.

Existen características particulares de estos compromisos de gestión institucional (CGI) que en el transcurso del tiempo se han transformado en una fortaleza institucional. Por ejemplo, el compromiso de las más altas autoridades del MP en su definición, seguimiento y evaluación; los planes de difusión dirigidos a todos los estamentos de la organización; la definición de un equipo de trabajo al más alto nivel organizacional, hacen que este mecanismo sea un tema relevante dentro de la institución. Por otro lado, la evaluación en terreno por parte del evaluador externo –algo no muy usual en estos procesos– ha podido comprobar el grado de afiatamiento de los compromisos en todos los niveles de la organización.

La evolución y análisis de este nuevo mecanismo de incentivo de remuneraciones se analiza de acuerdo a un formato que consta de tres puntos principales. En el primero de ellos, se analizan algunos elementos de la Ley 20.240 con el fin de contextualizar el marco normativo que rige al MP a partir del año 2008. El segundo, describe y analiza la implementación de los principales procesos a que da lugar esta Ley para el periodo 2008 – 2014, y el tercero, entrega algunos resultados relevantes a partir de las evaluaciones externas realizadas. Finalmente se encuentran las conclusiones y recomendaciones.

## 1. Aspectos básicos de la Ley 20.240

### Monto del Bono

De acuerdo al nuevo marco legal, se define un bono de gestión institucional, correspondiente hasta un 10,7 % de la remuneración bruta anual pagadero en marzo del año siguiente en una sola cuota. Este bono (10,7%) se concede en un 100% si el grado de cumplimiento del CGI es igual o superior al 90% de las metas anuales de gestión a que se haya comprometido. Si dicho grado de cumplimiento es igual o superior a un 75% e inferior al 90%, el porcentaje de este bono es de un 5,35%. Todo cumplimiento inferior al 75% no da derecho a bono alguno.

El nuevo marco legal, establece también un bono por desempeño individual contemplado en la ley orgánica del Ministerio Público y que a partir del 2008 tiene dos componentes; un componente base de un 5% sobre el total de la remuneración bruta mensual de carácter permanente pagadero mensual-

mente, y un componente variable de hasta un 2,3% pagadero en marzo del año siguiente a que se efectuara la evaluación.

### El Proceso

El Fiscal Nacional debe proponer anualmente al Ministro de Hacienda un Compromiso de Gestión Institucional (CGI), especificando a lo menos:

- Misión institucional,
- Objetivos estratégicos de mediano y largo plazo,
- Áreas prioritarias, y
- Metas anuales de gestión, con sus respectivos indicadores o elementos de similar naturaleza que permitan la medición de su cumplimiento.

Anualmente, la primera versión del CGI se envía al Ministerio de Hacienda el 30 de septiembre, fecha que coincide con la comunicación al Ministerio Público respecto del marco presupuestario para el año siguiente. En virtud de lo anterior, el Fiscal Nacional debe ajustar el compromiso de gestión institucional, comunicándolo al Ministro de Hacienda a más tardar el 30 de octubre, con el fin de que este último analice su correspondencia y consistencia con los recursos financieros contemplados en el presupuesto del Ministerio Público.

Aprobada la Ley de Presupuestos del Sector Público en el mes de noviembre<sup>7</sup>, se procede a la revisión y adecuación final del Compromiso de Gestión Institucional, quedando éste refrendado en un Convenio de Desempeño Institucional que suscribe el Fiscal Nacional con el Ministro de Hacienda, a más tardar el 31 de diciembre de cada año.

El período de ejecución de este convenio, va entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de cada año.

Los informes de cumplimiento de los compromisos asumidos, deben ser evacuados durante el mes de enero de cada año<sup>8</sup>. En estos informes, el organismo persecutor informa sobre el resultado final obtenido respecto de cada uno de los compromisos para cada uno de los sistemas definidos. En particular, estos informes dicen relación con medios de verificación que el MP prepara para responder respecto a los distintos requisitos técnicos definidos para cada sistema que compone el CGI<sup>9</sup>.

7 La Ley de Presupuestos del Sector Público en Chile, debe ser despachada del Congreso Nacional a más tardar el 30 de noviembre de cada año.

8 La Ley 20.240 establece que el Fiscal Nacional puede informar hasta el 31 de enero respecto al cumplimiento de los CGI.

9 Cada sistema, tiene objetivos que cumplir de acuerdo a la etapa de desarrollo en que se encuentra, los cuales a su vez se traducen en requisitos técnicos. Cada requisito técnico, tiene un medio de verificación, el cual da cuenta del cumplimiento del mismo.

## Evaluación

La evaluación del compromiso de gestión institucional, considera la intervención de una entidad evaluadora externa seleccionada y contratada para tal efecto por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. La elección de este organismo evaluador se realiza a través de una licitación pública, cuyas bases deben ser aprobadas conjuntamente por el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda.

La entidad evaluadora externa debe verificar el grado de cumplimiento de los compromisos en el mes de febrero de cada año, dejando como plazo máximo para entregar el informe final de evaluación el 28 de febrero. Con esta fecha, el evaluador externo debe informar al Fiscal Nacional y al Ministro de Hacienda respecto del grado de cumplimiento del CGI, tanto desde una perspectiva general como para cada una de las metas comprometidas.

Finalmente sobre la base del informe evacuado por el evaluador externo, el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda deben elaborar un Informe de Cumplimiento del Convenio de Desempeño Institucional a más tardar el 10 de marzo de cada año, señalando el grado de cumplimiento final del Ministerio Público.

## Instancia Técnica

Con el objetivo de controlar, supervisar y planificar las actividades propias de los compromisos de gestión institucional, la ley ordena al Ministro de Hacienda y el Fiscal Nacional para que creen una instancia técnica en la cual cada uno de ellos designa un representante. Se establece además, que esta instancia tiene como función realizar los análisis y proposiciones necesarias para la adecuada aplicación de la Ley, siendo sus principales responsabilidades, las siguientes:

- a) Apoyar y supervisar el proceso de formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las metas de gestión institucional, así como el cumplimiento de los plazos.
- b) Apoyar técnicamente el proceso y la revisión de las metas de gestión institucional que durante el período de ejecución resulten afectadas por causas externas.
- c) Encargar, a petición del Ministro de Hacienda y del Fiscal Nacional, exámenes selectivos de los sistemas de información de las unidades o fiscalías regionales del Ministerio Público, con el objeto de comprobar la veracidad y confiabilidad técnica de la información que respalda el cumplimiento de las metas.

- d) Proponer, al Ministro de Hacienda y al Fiscal Nacional, las modificaciones a las áreas prioritarias definidas.
- e) Apoyar en la selección de la entidad evaluadora.
- f) Apoyar en la formulación de las bases de licitación para la contratación de la entidad.

## 2. Análisis empírico implementación Ley 20.240 período 2008 - 2014

Para el periodo de análisis, los convenios de gestión institucional, han estado conformados por un cuerpo central y anexos. En el cuerpo central, se define el programa marco el cual contiene cinco elementos fundamentales; a saber:

- Áreas Prioritarias.
- Sistemas que componen las áreas.
- Objetivos de los sistemas.
- Etapas de cumplimiento de los sistemas.
- Objetivos de las etapas.

Respecto a los anexos, hasta la fecha se han definido fundamentalmente dos; el Anexo N°1, donde para cada sistema se establece la etapa de desarrollo con su respectivo objetivo a alcanzar, los requisitos técnicos y los correspondientes medios de verificación, y un Anexo N°2 donde se establecen los indicadores de desempeño, sus nombres, fórmula de cálculo, meta, medio de verificación, ponderador, supuestos y notas técnicas.

### 2.1 Áreas Prioritarias y Sistemas que la Componen

Las áreas prioritarias definidas para el periodo son: Recursos Humanos, Usuarios y Comunidad y Gestión Organizacional.

#### RECURSOS HUMANOS

Desde una perspectiva general, el Área de Recursos Humanos busca definir e implementar un sistema integral de gestión de personas basado en competencias. El concepto de competencia hace referencia a la capacidad real del individuo para dominar el conjunto de tareas que configuran la función en concreto. Los cambios tecnológicos y organizativos, así como la modernización de las condiciones de vida en el trabajo, obligan a centrarse más en las posibilidades del individuo, en su capacidad para movilizar y desarrollar esas posibilidades en situaciones de trabajo concretas y evolutivas, alejándose de

las descripciones clásicas de puestos de trabajo o cargo<sup>10</sup>. Respecto de lo anterior la institución definió cuatro sistemas:

- Reclutamiento y Selección.
- Promoción y Desarrollo.
- Evaluación de Desempeño.
- Capacitación y Desarrollo.

En el siguiente cuadro, es posible observar para esta área los objetivos generales que persigue cada sistema.

ÁREA PRIORITARIA: RECURSOS HUMANOS	
SISTEMAS	OBJETIVO
RECLUTAMIENTO Y SELECCIÓN	Contar con un Sistema de Reclutamiento y Selección basado en el modelo de competencias definido por el Ministerio Público, que permita incorporar el capital humano para el cumplimiento de los objetivos estratégicos definidos por la Institución.
PROMOCIÓN Y DESARROLLO	Contar con un Sistema de Promoción y Desarrollo basado en el modelo de competencias definido por el Ministerio Público, que permita gestionar la carrera de las personas en concordancia con las necesidades Institucionales.
EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO	Contar con un Sistema de Evaluación del Desempeño, basado en el modelo de competencias, definido por el Ministerio Público, que permita vincular los objetivos institucionales con los individuales.
CAPACITACIÓN Y DESARROLLO	Contar con un Sistema de Capacitación y Desarrollo, basado en el modelo de gestión de competencias, definido por el MP que permita el desarrollo de las competencias de las personas, con la finalidad de mejorar su desempeño en la institución, atendiendo los objetivos y misión institucional.

#### USUARIOS Y COMUNIDAD

Con relación al Área de Usuarios y Comunidad se tiene dos sistemas: Sistema de Información y Atención a Usuarios (SIAU), y Sistema de Información para la Comunidad Utilizando Tecnología de Información y Comunicación (TIC).

El SIAU, es un sistema transversal que coordina los espacios de atención existentes en el MP, 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. Lo anterior a través de los

<sup>10</sup> Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. División de Recursos Humanos. Documento Técnico: “Modelo de Gestión por Competencias aplicado al Ministerio Público”. Agosto 2009. Disponible en: [http://mpintra/cgi/index.php?option=com\\_docman&Itemid=41](http://mpintra/cgi/index.php?option=com_docman&Itemid=41)



espacios de atención mediante los cuales el usuario se relaciona con la institución, a saber; presencial, telefónico y virtual<sup>11</sup>.

El Sistema de Información para la Comunidad Utilizando TIC por su parte, consiste en la utilización de nuevas Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC) en el quehacer de la Institución, para fortalecer la gestión, lograr una mayor eficiencia, entregar un mejor servicio y favorecer la participación ciudadana y la transparencia<sup>12</sup>.

ÁREA PRIORITARIA: USUARIOS Y COMUNIDAD	
SISTEMAS	OBJETIVO
SISTEMA DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN A USUARIOS (SIAU)	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, la transparencia de los actos administrativos 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.
SISTEMA DE INFORMACIÓN PARA LA COMUNIDAD UTILIZANDO TIC	Poner a disposición de la comunidad sistemas de información que garanticen el acceso oportuno y transparente a la información que genera la institución y que es de relevancia para la comunidad, utilizando Tecnología de Información y Comunicación (TIC).

#### GESTIÓN ORGANIZACIONAL

Finalmente, el Área de Gestión Organizacional la compone el Sistema de Planificación y Control de Gestión, cuyo objetivo es dotar a la institución de un Plan Estratégico de largo plazo y un Sistema de Control de Gestión, que otorgue información relevante y oportuna orientada a direccionar la gestión institucional hacia el cumplimiento de los objetivos estratégicos definidos por el Ministerio Público<sup>13</sup>.

El sistema establece en sus inicios, la elaboración de un “Plan Estratégico Institucional 2009-2015” en el año 2008. A partir del año 2009 se comienza a desarrollar el Sistema de Planificación y Control de Gestión, definiendo en

11 Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. División de Atención a Víctimas y Testigos. Sistema de Información y Atención a Usuarios, Documento Técnico, Etapa 2-Diseño CGI. Actualizado Agosto del 2011.

Disponible en: [http://mpintra/cgi/index.php?option=com\\_docman&Itemid=41](http://mpintra/cgi/index.php?option=com_docman&Itemid=41)

12 Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. División de Informática. Sistema de Información para la Comunidad Utilizando TIC, Documento Técnico, Etapa 1- Diagnóstico CGI. Actualizado al 2014.

Disponible en: [http://mpintra/cgi/index.php?option=com\\_docman&Itemid=41](http://mpintra/cgi/index.php?option=com_docman&Itemid=41)

13 Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. División de Estudios, Control y Desarrollo de la Gestión. Sistema de Planificación y Control de Gestión, Documento Técnico, Informe de Diseño del Sistema de Planificación y Control de Gestión Actualizado. Diciembre 2013. Disponible en: [http://mpintra/cgi/index.php?option=com\\_docman&Itemid=41](http://mpintra/cgi/index.php?option=com_docman&Itemid=41).

forma paulatina los diversos centros de responsabilidad tanto a nivel de Fiscalía Nacional como de Fiscalías Regionales así como la definición y medición de indicadores asociados a estos centros.

Sin lugar a dudas, la elaboración del Plan Estratégico marca un hito en el quehacer institucional. Es el eje orientador del MP, cuyos objetivos fundamentales son el fortalecimiento institucional con miras a ejercer una persecución penal más eficaz y eficiente junto con el perfeccionamiento del sistema de atención de usuarios, especialmente a las víctimas y testigos. Estas definiciones marcan el diseño y proyección de todos los otros sistemas que componen los CGI, otorgando un hilo conductor a la gestión institucional de indudable valor estratégico.

ÁREA PRIORITARIA: GESTIÓN ORGANIZACIONAL	
SISTEMA	OBJETIVO
PLANIFICACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN	Contar con un Plan Estratégico Institucional de largo plazo y, un Sistema de Control de Gestión que disponga de información relevante y oportuna que permita direccionar la gestión institucional hacia el cumplimiento de los objetivos estratégicos definidos por el Ministerio Público.

#### DIFUSIÓN

Uno de los aspectos relevantes y que ha caracterizado a los CGI en el Ministerio Público, dice relación con la difusión de esta herramienta de gestión a todos los funcionarios y fiscales de la organización. Desde un inicio, las autoridades superiores del Ministerio Público definen como necesario y conveniente que se comprenda el real alcance del nuevo marco normativo que rige los incentivos de remuneraciones y en consecuencia, el objetivo básico a lograr es que todos los estamentos institucionales tomen acabada conciencia de la importancia de estos compromisos, así como sentir que son parte del trabajo que en forma mancomunada permite alcanzar los objetivos y metas planteadas. No obstante que este sistema sólo se comprometió formalmente el año 2008 como parte del compromiso de aquel año, durante todo este periodo el comunicar y difundir ha sido un elemento relevante y diferenciador al interior de la institución.

La metodología utilizada en estos años, ha implicado un trabajo desarrollado tanto a nivel central como a nivel de cada fiscalía regional. Estas últimas, con sus propios recursos e imaginación, han definido la mejor manera de llegar con mensajes simples y de bajo costo de producción. Respecto a la Fiscalía Nacional, ésta ha desarrollado un trabajo centralizado que luego es comparado con todas las fiscalías regionales del país.

Conforme avanza el desarrollo de los CGI, también se implementan nuevas herramientas de comunicación masiva. Es en este marco de trabajo que en los últimos tres años se han utilizado videos educativos, videoconferencias

y campañas de difusión vía mailing, como herramientas de difusión con el propósito de facilitar el entendimiento de cuáles son estos compromisos, qué beneficios aportan a la institución, cómo se llevan a cabo y cuál es la responsabilidad o aporte que le corresponde a cada uno de los actores institucionales en la obtención de los objetivos planteados.

Respecto a los videos, estos han consistido en una producción audiovisual que posee un relato central respecto del contenido del CGI en su globalidad y de cada uno de los sistemas que lo componen, relevando de qué forma los funcionarios y fiscales colaboran a través del trabajo diario, a la consecución de los objetivos y metas planteadas. Con esto se busca:

- Generar compromiso y conciencia de la responsabilidad que les compete a los funcionarios y fiscales para el cumplimiento del CGI.
- Disminuir la incertidumbre de los funcionarios y fiscales delimitando el alcance real del compromiso respecto de su trabajo diario.
- Construir desde el nivel central un mensaje simple, didáctico e integrado respecto de la implementación de los CGI haciéndolo entendible para todos los funcionarios y fiscales del Ministerio Público.

#### CENTROS DE RESPONSABILIDAD

Cada uno de los sistemas analizados es responsabilidad de alguna de las divisiones que componen la estructura organizacional de la Fiscalía Nacional. En este sentido, los cuatro sistemas de recursos humanos están en la División de Recursos Humanos; el sistema de Información y Atención a Usuarios es responsabilidad de la División de Atención a Víctimas y Testigos; el Sistema de Información para la Comunidad Utilizando TIC se encuentra en la División de Informática, y el Sistema de Planificación y Control de Gestión se encuentra radicado en la División de Estudios, Evaluación y Control de la Gestión. A su vez, a nivel regional, son responsables de la operación y gestión de estos sistemas, las unidades homónimas de las divisiones antes señaladas y que existen a nivel de las fiscalías regionales. Respecto a los tópicos de difusión, estos han sido de responsabilidad de la Instancia Técnica del Ministerio Público (generalmente esta función ha sido encomendada al Director Ejecutivo Nacional de la Fiscalía Nacional)<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> De acuerdo a la Ley 19.640, el Director Ejecutivo Nacional, es un funcionario de exclusiva confianza del Fiscal Nacional y tiene por misión organizar y supervisar las unidades administrativas de la Fiscalía Nacional, sobre la base de las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional.

## 2.2 Etapas de Cumplimiento y Ponderación de los Sistemas

Cada uno de los sistemas mencionados en párrafos anteriores, se desarrollan gradualmente en etapas, donde cada una de estas es definida especificando claramente su contenido y requisitos técnicos (exigencias o estándares de cumplimiento) de tal modo que al final del proceso se tengan sistemas completamente diseñados, implementados y evaluados. Luego, el marco metodológico de desarrollo institucional de los CGI implica un esquema compuesto de cuatro etapas, las cuales son de carácter secuencial y recursiva en su operación. Estas etapas son:

- Etapa 1, ó etapa de Diagnóstico.
- Etapa 2, ó etapa de Diseño.
- Etapa 3, ó etapa de Implementación y,
- Etapa 4, ó etapa de Evaluación.

Las etapas pueden tener una duración de más de un año, dependiendo de las dificultades y desafíos que se encuentren en el desarrollo de un sistema en particular. De igual modo, la recursividad permite que el ciclo en su forma parcial o global se pueda repetir las veces que sea necesario.

Teniendo en consideración la etapa de desarrollo de los sistemas y su impacto en la gestión organizacional, el Fiscal Nacional define las metas para los sistemas que componen las áreas prioritarias. De esta forma, se prioriza a través del tiempo definiendo metas de alta prioridad, de mediana prioridad y de menor prioridad. Finalmente, respecto de cada una de las metas, debe establecerse una ponderación porcentual que sume la totalidad de los compromisos. De acuerdo al marco normativo, las metas de alta prioridad no poseen una ponderación inferior a una de mediana prioridad, y a su vez estas últimas una ponderación inferior a una meta de menor prioridad.

## 2.3 Implementación

Entre los años 2008 y 2009, prácticamente todos los sistemas que componen el CGI se encuentran en las etapas de diagnóstico y diseño. En lo particular, cada etapa se puede realizar en más de un año calendario y es así como para casi todos los sistemas, ciertas etapas tienen una duración mayor, producto de las dificultades y desafíos que implica desarrollar algunas de sus actividades relevantes (incluso en ciertas oportunidades se requiere comprometer más de una etapa en un año). Una de las características de este periodo se refiere a que casi toda la responsabilidad de cumplir con los CGI se radica en el nivel central, es decir, en las divisiones de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

Conforme avanza el desarrollo de los sistemas, específicamente entre los años 2011 y 2013, todos ellos inician la etapa de implementación y en consecuencia una participación más activa de los equipos regionales. Al respecto conviene señalar una característica relevante que tuvo la implementación de los CGI a nivel de país. A partir del CGI 2011 y por un periodo de tres años (2011 – 2013), se define una Gradualidad de Implementación de los mismos para las regiones.

Es decir, el Ministerio Público define un calendario de incorporación<sup>15</sup> paulatina a la evaluación de sus 18 fiscalías regionales, de acuerdo al siguiente calendario, a saber:

CGI	Fiscalías Regionales Incorporadas a la Evaluación Externa
2011	Arica-Parinacota; Antofagasta; Coquimbo; Libertador Bernardo O'Higgins; Araucanía; Los Lagos. (6)
2012	Tarapacá; Atacama; Valparaíso; Maule; Los Ríos; Aysén; Magallanes y Antártica Chilena. (7)
2013	Bío-Bío; Fiscalías Regionales Metropolitanas Oriente, Occidente, Sur y Centro Norte. (5)

En el cuadro siguiente, se presenta un consolidado de las etapas comprometidas y de las ponderaciones correspondientes para cada uno de los sistemas que componen los CGI en el periodo de análisis. Respecto a las etapas, se observa con claridad la secuencialidad y recursividad de las mismas en cada sistema, es decir, todos los sistemas se inician con la etapa 1 de diagnóstico y avanzan paulatina y secuencialmente hasta completar el ciclo con la etapa 4 de evaluación. Por su parte, dependiendo de las características particulares del sistema que se trate es que la recursividad se da con mayor o menor énfasis. Es decir, se profundiza o se vuelve a una etapa en particular si es que se observan elementos de peso que señalen dicha necesidad.

Al respecto, algunos elementos de análisis:

Los sistemas del área de Recursos Humanos, presentan una importancia alta al inicio, y luego van descendiendo en la escala de prioridad en la medida que éstos se implementan y evalúan en el tiempo. A partir del año 2013, y en virtud que se alcanzan niveles de desarrollos deseados y esperados de estos sistemas, comienza el egreso natural de los mismos, es decir, salen de las áreas prioritarias o sistemas que se comprometen, lo cual va a concluir el año 2014.

<sup>15</sup> Los criterios para definir este calendario dicen relación fundamentalmente con el calendario de avance en la implementación del SIAU. Es decir, se toma como eje ordenador, el Plan General de Implementación del SIAU que se inicia el año 2011 con la implementación del espacio telefónico (call center) en 6 fiscalías regionales, hasta llegar al año 2013 con la incorporación de usuarios abogados e imputados en todo el país.

El Sistema de Planificación y Control de Gestión, comienza con una importancia relativa alta fundamentalmente por la elaboración del Plan Estratégico Institucional, luego baja y vuelve a tomar importancia el año 2011 en forma sostenida en virtud de los avances en el desarrollo de sus etapas, así como en la definición de indicadores con metas aportados por diferentes centros de responsabilidad institucional. Cabe señalar que – dadas las características conceptuales de este sistema – su desarrollo implica aglutinar en él a los otros sistemas conforme estos van egresando de los CGI a través de indicadores relevantes, que den cuenta de la operación resultante. Es este contexto que a partir del CGI del año 2013, se define y elabora un Anexo N°2, denominado “Indicadores de Desempeño”. En párrafos posteriores se analiza con mayor detalle este anexo.

Finalmente, tanto SIAU como TIC tienen ponderaciones intermedias y bajas a través de todo el periodo.

ETAPAS CGI CONSOLIDADAS. PERIODO 2008 - 2014							
SISTEMAS	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
DIFUSIÓN	1 <sup>16</sup>						
PLANIFICACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN	1	1-2	3	1-2-3-4	1-2-3-4	1-2-3-4	4
DE INFORMACIÓN PARA LA COMUNIDAD UTILIZANDO TIC	1	1	2	1-2-3	1-2-3-4	1-2-3-4	1-2-3-4
DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN A USUARIOS	1	1-2	1-2	1-2-3	1-2-3-4	1-2-3-4	3-4
RECURSOS HUMANOS							
Reclutamiento y Selección		1	2	1-2-3	1-2-3	1-2-3-4	
Capacitación y Desarrollo	1	1-2	1-2-3	1-2-3	1-2-3-4		
Promoción y Desarrollo	1	1-2	2-3	1-2-3	1-2-3	1-2-3-4	
Evaluación del Desempeño		1	2	1-2-3	1-2-3	1-2-3-4	3-4
Etapa 1: Diagnóstico. Etapa 2: Diseño. Etapa 3: Implementación. Etapa 4: Evaluación.							
PONDERADORES SISTEMAS CGI CONSOLIDADOS.							
SISTEMAS	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
DIFUSIÓN	25						
PLANIFICACIÓN Y CONTROL DE GESTIÓN	25	22	10	15	20	30	55
DE INFORMACIÓN PARA LA COMUNIDAD UTILIZANDO TIC	10	10	25	25	25	25	25
DE INFORMACIÓN Y ATENCIÓN A USUARIOS	15	16	10	15	10	15	10
RECURSOS HUMANOS							
Reclutamiento y Selección		10	20	10	10	10	
Capacitación y Desarrollo	15	16	10	15	15		
Promoción y Desarrollo	10	16	10	10	10	10	
Evaluación del Desempeño		10	15	10	10	10	10
	100	100	100	100	100	100	100

16 El Sistema de Difusión se comprometió en una sola etapa.

INDICADORES

El Anexo N°2, Indicadores, establece un set de indicadores de gestión detallando su fórmula de cálculo, meta, dimensión/ámbito, medio de verificación, ponderador, supuesto y nota técnica. En general estos indicadores en el periodo de análisis dan cuenta de la gestión interna en ámbitos que no se relacionan con la persecución penal sino con la gestión interna.

**INDICADORES ANEXO 2**

Centros Responsabilidad	Año 2013		Año 2014	
	Número Indicadores	% participación	Número Indicadores	% participación
División de Atención a Víctimas y Testigos (DAVT)	3	40	4	54
División de Recursos Humanos (RRHH)	3	60	2	24
Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia <sup>17</sup>			1	12
División de Administración y Finanzas (DAF)			1	10
TOTAL	6	100	8	100

Para el año 2013, primer año que los CGI incorpora indicadores, la División de Atención a Víctimas y Testigos (DAVT) compromete tres indicadores que en total ponderan un 40%. Estos indicadores dicen relación con el funcionamiento de la plataforma telefónica o “call center” y con la capacitación a los operadores del Sistema de Información y Atención a Usuarios. Por su parte, RRHH tiene la responsabilidad sobre tres indicadores que ponderan un 60% y que están relacionados con el área de capacitación de esta División.

El año 2014, la batería de indicadores es más diversa. Se comprometen 8 indicadores con ciertas diferencias respecto a los del 2013. En primer lugar, DAVT incorpora la atención a víctimas de violencia intrafamiliar y sus modelos de atención. La División de Recursos Humanos continua comprometiendo capacitación y con ello busca cerrar el ciclo en esta área. La Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia define un indicador relacionado con la respuesta en un tiempo determinado a los requerimientos procesales de las fiscalías regionales. Finalmente, DAF compromete un indicador de pago oportuno de proveedores, que busca que los pagos de ciertos subtítulos presupuestarios se cancelen en un cierto periodo acotado de tiempo.

17 Unidad de carácter administrativo dependiente del Fiscal Nacional, que apoya la labor en la persecución penal.

### 3. Evaluación de los CGI

#### 3.1 El Proceso de Evaluación

De acuerdo a lo establecido por el nuevo marco legal, corresponde que una entidad evaluadora externa efectúe la verificación del grado de cumplimiento de las metas del Compromiso de Gestión Institucional, sobre la base de los informes elaborados por el Fiscal Nacional. La entidad evaluadora es seleccionada y contratada, previa licitación pública, por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. En la mayoría de los casos, las bases señalan que es el evaluador externo quien debe proponer una metodología de evaluación que dé cuenta del grado de cumplimiento de los CGI por parte del MP. Es en ese contexto que se observan aspectos que se reiteran en las propuestas de este periodo y que dicen relación con el enfoque basado en la evidencia. Es decir, se contrasta lo solicitado por el compromiso a través de los requisitos técnicos establecidos, con los contenidos de los informes entregados por el MP (medios de verificación). Los matices observados en la evaluación, se relacionan con las características particulares de los organismos evaluadores. Desde esta prisma, se encuentran evaluadores más cercanos a la auditoría, otros a la gestión de procesos y finalmente, a los aspectos más teóricos de los compromisos.

Hasta el año 2010, los medios de verificación elaborados por el MP eran eminentemente una gran cantidad de archivadores con información en formato papel. Dado lo engorroso que significaba evaluar información en este formato, a partir del proceso de evaluación del CGI 2011<sup>18</sup> se utilizó por primera vez un aplicativo informático definido y operado por DIPRES. En consecuencia, los equipos técnicos del MP deben cargar en el aplicativo los archivos electrónicos que dan cuenta de los respectivos medios de verificación. En complemento a lo anterior, se incorporaron pautas de evaluación<sup>19</sup> para facilitar la labor del evaluador externo, así como la eliminación de archivadores como medios de verificación de los requisitos técnicos.

#### 3.2 Resultados de la Evaluación Externa

En el siguiente cuadro resumen, se puede observar las consultoras adjudicadas y contratadas por DIPRES entre el 2008 y el 2014, si hubo visita en terreno asociada a la evaluación, el resultado entregado por el Informe de los Consultores Externos, y el resultado entregado por el Informe de Cumplimiento firmado por el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda.

18 El CGI 2011, fue evaluado en febrero del año 2012.

19 Las pautas de evaluación, son un formato de preguntas para cada uno de los requisitos técnicos que facilitan el trabajo del evaluador externo. Cada pregunta relaciona el requisito técnico con su respectivo medio de verificación.



## RESULTADOS EVALUACIÓN EXTERNA CGI PERIODO 2008 – 2014

Año CGI	Consultora Adjudicada	Requiere Visita Fiscalía Regional	Porcentaje Cumplimiento <sup>20</sup> Informes Consultores Externos	Porcentaje Cumplimiento Informe <sup>21</sup>
2008	KPMG Auditores Consultores Ltda.	NO	100	100
2009	ALTOYA Ltda.	NO	100	100
2010	ALTOYA Ltda.	NO	90	90
2011	SGE QUALITAS S.A.	SI	100	100
2012	ALTOYA Ltda.	SI	75	100
2013	PANAL Consultores Asociados.	NO	100	100
2014	Centro Sistemas Públicos, Departamento Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas. Universidad de Chile.	SI	98.34	98.34

Los resultados obtenidos son en promedio satisfactorios, mostrando una alta correlación entre los informes emanados de los evaluadores externos y los Informes de Cumplimiento firmados por el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda. No obstante lo anterior, conviene analizar con cierto detalle lo ocurrido con el CGI 2012, y que fuera evaluado en febrero del año 2013. De acuerdo al Informe confeccionado por la Consultora ALTOYA Ltda., el resultado fue el siguiente:

### RESULTADO EVALUACIÓN EXTERNA CGI 2012

SISTEMA	NÚMERO PREGUNTAS REALIZADAS	REQUISITO TÉCNICO: CUMPLE SI/NO
Reclutamiento y Selección	6	SI
Promoción y Desarrollo	5	SI
Evaluación del Desempeño	6	SI
Capacitación y Desarrollo	13	SI
Sistema de Información y Atención a Usuarios	11	SI
Información para la comunidad utilizando TIC	11	SI: 10 NO: 1
Planificación y Control de Gestión	15	SI
TOTAL	67	SI: 66 NO: 1
Resultado Videoconferencias (3) <sup>22</sup>	Dadas las respuestas obtenidas, se concluye que se cumplen los requisitos técnicos en el ámbito regional	
Resultado Visitas a Fiscalías Regionales (9) <sup>23</sup>	Dada la evidencia tenida a la vista, se concluye que se cumple con los requisitos técnicos en el ámbito regional.	

20 De acuerdo a los informes emanados de los organismos evaluadores, dirigidos al Fiscal Nacional y al Ministro de Hacienda, con fecha 28 de febrero de cada año.

21 El Informe de Cumplimiento, es aquel informe que elaboran el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda, en base al informe emanado del organismo evaluador externo.

22 Se realizaron 3 videoconferencias a las siguientes fiscalías regionales: Aysén; Magallanes y Antártica Chilena; Arica-Parinacota.

23 Se realizaron nueve visitas a las siguientes fiscalías regionales: Antofagasta; Atacama; Coquimbo; Valparaíso; Del Libertador Bernardo O'Higgins; Maule; Araucanía; Los Ríos y Los Lagos.

De acuerdo a como estaba redactado el Compromiso, el solo hecho que un requisito técnico no se cumpliera implicaba necesariamente el no cumplimiento del sistema en su totalidad. Luego, y de acuerdo al criterio del evaluador externo de la época, dado que TIC tenía un requisito técnico sin cumplir ello implicaba que todo el sistema no cumplía<sup>24</sup>. En este caso particular, el sistema TIC tenía una ponderación de un 25 % del total dando por resultado que el Ministerio Público cumplía con un 75 % del CGI, y con ello el porcentaje del bono a percibir era de un 5,35% (la mitad del total).

Dos hechos resaltan sobre el particular. En primer lugar, la forma en cómo estaba redactado el convenio era a todas luces altamente ineficiente. En un análisis extremo, daba lo mismo si no se cumplía con un requisito técnico o con ninguno, dado que el resultado era similar. Los incentivos institucionales resultaban altamente trastocados por cuanto la motivación de los equipos a cargo de los sistemas se veía claramente disminuida. El segundo hecho a resaltar, dice relación con un vacío en el marco normativo; la no existencia de un tercero imparcial que observara la situación, tuviera a la vista todos los antecedentes y entregara su opinión. En este caso concreto, se tenía por un lado la opinión técnica de una consultora contratada por DIPRES del Ministerio de Hacienda y por el otro, la visión técnica de los equipos de la División de Informática de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

En el Informe de Cumplimiento del CGI 2012 firmado por el Fiscal Nacional y el Ministro de Hacienda, da cuenta de esta situación y considerando que son ambas autoridades las que se pronuncian sobre el resultado final de las metas comprometidas sobre la base de la información que aporta el evaluador externo, señalan que el cumplimiento global es de un 100 %. Lo anterior, luego de sopesar y evaluar los antecedentes entregados por el ente evaluador externo, el MP y la Instancia Técnica.

Como resultado de lo anterior, en el CGI 2013 –a través de una aclaración– se modifica la cláusula relacionada con los Porcentajes Mínimos de Cumplimiento<sup>25</sup>. Esta última señalaba que: “se entenderá cumplida cada “Meta de Gestión” si cumple con todos los requisitos técnicos acreditados por los medios de verificación. La medición del grado de cumplimiento de las “Metas de Gestión” tomará sólo valores de cien por ciento si cumple y cero por ciento en caso contrario”. En términos generales, se puede señalar que se establece, por medio de esta aclaración, que el grado de cumplimiento del CGI correspondería a la suma de las ponderaciones acreditadas por los distintos sistemas, donde las etapas que componen estos últimos tienen valores diferentes.

24 El evaluador externo sólo objetó la Etapa 1 de diagnóstico del sistema TIC, que lo componían un total de 4 etapas.

25 El artículo 8 de la Ley N°20240 señala que podrán establecerse porcentajes mínimos de cumplimiento para cada una de las metas comprometidas. De no lograrse dicho mínimo, el grado de cumplimiento de esa meta particular será igual a cero.

Lo señalado en el párrafo anterior, marca un hito en la forma cómo se entendía en la práctica el cumplimiento de los sistemas que componen el CGI. En consecuencia, a partir del año 2013 las etapas y los requisitos técnicos que las componen poseen distintas ponderaciones dentro de cada sistema, con lo cual el probable incumplimiento de una de estas (etapas), no invalida el aporte del sistema en su totalidad al CGI. El efecto de esto último, se observa en la evaluación externa del CGI 2014 respecto al Sistema de Evaluación del Desempeño. Este sistema ponderaba 10 % sobre el total y comprometía etapas 3 y 4 con 50% de participación cada una. El evaluador externo, encontró que en la etapa 3, el sistema cumplía 2 de los 3 requisitos técnicos comprometidos, obteniendo un 33.4 % de ponderación. La etapa 4 por su lado, obtienen un 50% de ponderación respecto a un total de 50% asignado, lo que se explica porque de los 4 requisitos técnicos comprometidos, el MP cumple los 4. El resultado final es que el CGI 2014 es evaluado con un 98.34% de cumplimiento de las metas de gestión comprometidas, versus el 90% que hubiera obtenido de haber regido la norma del cero o cien por ciento.

#### 4. Conclusiones y recomendaciones

Durante el periodo de análisis de los compromisos de gestión institucional del Ministerio Público de Chile, se ha observado que los acuerdos a los que han llegado el Fiscal Nacional con el Ministro de Hacienda han implicado un desarrollo y secuencia natural y normal de las distintas áreas, sistemas y etapas en que ha transcurrido el proceso en su globalidad. Desde definiciones metodológicas que implicaron la elaboración de un Plan Estratégico Institucional así como metodologías de implementación y evaluación interesantes de abordar en otros ámbitos del sector público, se observa un todo ordenado y coherente en el tiempo.

La implementación de los CGI, pasó de una visión centralizada en la definición y operación de los sistemas a nivel de la Fiscalía Nacional, hacia un desarrollo con mayor participación de las fiscalías regionales y locales. Ello llevó a que la variable difusión adquiriera importancia en el tiempo, por cuanto se tuvo que mostrar a los funcionarios y fiscales el aporte real que ellos realizaban a la consecución de las metas establecidas en su trabajo diario y que la perspectiva holística de los CGI tenía absoluta validez. En esto se observa un crecimiento institucional permanente en el tiempo.

Respecto al Plan Estratégico Institucional (PEI) y su relación con los CGI, se observa que tanto la visión, misión, valores, lineamientos estratégicos y objetivos estratégicos tienen un correlato en el desarrollo de los diferentes sistemas que componen el CGI. Al leer el PEI y la definición de los proyectos que se generan en su interior, existe coincidencia con los objetivos planteados en los sistemas de las áreas de Recursos Humanos, Usuarios y Comunidad y Gestión Organizacional de los CGI. Si bien la persecución penal y la protección

de víctimas y testigos no son incorporadas directamente en los compromisos de gestión, los sistemas transversales definidos en su interior apoyan directamente a la visión y misión institucional en su globalidad.

Se observa que los CGI han apoyado fuertemente a la definición y estandarización de procesos a través de todo el país. Una de las características de la gradualidad de la Reforma Procesal Penal chilena, es que permitió la generación de múltiples formas alternativas de cómo hacer las cosas. Cada región que se incorporaba al nuevo sistema procesal penal, producía líneas de trabajo con características particulares. En consecuencia, una vez finalizada la gradualidad el año 2005 se torna un tema relevante y desafiante para la organización, estandarizar procesos y mejorar la gestión. En este sentido, los CGI son también un buen mecanismo que entrega una plataforma efectiva para implementar proyectos relevantes de interés institucional, alineando y comprometiendo a toda la organización.

Respecto a la evaluación externa, contratada, controlada y supervisada por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (DIPRES), los resultados han demostrado ser satisfactorios para el Ministerio Público. Las metodologías de evaluación utilizada por los distintos organismo externos de evaluación, las cuales con matices, han incursionado desde visitas en terreno, videoconferencias y revisión de la documentación entregada como medio de verificación tanto en formato papel como digital, han evidenciado en todos los casos el real compromiso de los funcionarios y fiscales con los CGI. Salvo el año 2012, donde se produjo una diferencia de interpretación entre los equipos técnicos de la consultora y los del Ministerio Público, en todos los otros años los resultados han sido satisfactorios. Es desde esta perspectiva que se puede concluir que ante diferentes metodologías empleadas y formas de trabajar de los organismos contratados por la DIPRES, los resultados han sido igualmente satisfactorios.

Finalmente, con respecto al diseño e implementación de la Ley 20.240, existen áreas que conviene analizar con detalle en función de los resultados encontrados en estos siete años. A continuación, se abarcan algunas de ellas en las cuales se sugiere realizar modificaciones al cuerpo legal en comento.

## **Propuesta de modificación a la Ley N°20.240**

Informe de evaluador no vinculante para Ministro de Hacienda y Fiscal Nacional (sin instancia de resolución).

La ley establece que la evaluación final del cumplimiento se expresa en un Informe de Cumplimiento suscrito por el Ministro de Hacienda y el Fiscal Nacional, sobre la base del informe de la Entidad Evaluadora Externa. La evidencia muestra que se requiere una instancia adicional de discusión y valo-

ración, antes de llegar a este Informe de Cumplimiento, y que evidencie en consecuencia que el informe de la evaluadora no es vinculante para las autoridades que deben pronunciarse.

Se propone que la evaluación final se efectúe sobre la base del informe de la evaluadora externa y de los antecedentes y acuerdos de la Instancia Técnica, quedando establecido que las conclusiones de la evaluadora externa no son vinculantes, y permitiendo un mayor margen de negociación.

### Tercero Independiente

Un aspecto relevante en la ejecución de los compromisos de gestión que vinculan al Ministerio Público de Chile con el Poder Ejecutivo (Ministerio de Hacienda), es la imposibilidad de establecer o determinar quién o en qué forma podría intervenir un tercero independiente que resuelva las controversias entre el Ejecutivo y la Fiscalía para efectos de la evaluación de los CGI. Lo anterior obliga a fortalecer las instancias de negociación y acuerdo, sin perjuicio de que eventualmente pueda definirse un tercero que resuelva esos conflictos.

### Autonomía para definir los compromisos

La ley establece un procedimiento de discusión y acuerdo entre el Ministerio de Hacienda y el Ministerio Público para la fijación de los compromisos anuales. Como consecuencia de ello, se ha interpretado que el Ministerio de Hacienda tiene atribuciones para intervenir en materias que debieran ser de exclusivo dominio del Ministerio Público. Luego, se propone efectuar las modificaciones que procedan para reducir la intervención del Ministerio de Hacienda a los aspectos financieros de los compromisos, y a una opinión no vinculante respecto del contenido de los mismos, los que deben determinarse, exclusivamente por el Ministerio Público, de acuerdo con su plan estratégico institucional.

### Participación en la evaluación externa

La ley establece que corresponde a una entidad externa, contratada por el Ministerio de Hacienda, la verificación del cumplimiento de los compromisos informados por el Fiscal Nacional. En la práctica, ello ha provocado que el Ministerio Público no tenga conocimiento alguno acerca de los criterios de la Entidad Evaluadora y no tenga oportunidad de aclarar, rectificar o complementar antecedentes para una evaluación adecuada.

Se propone una modificación que establezca que la Entidad Evaluadora deba escuchar al Ministerio Público durante el proceso de verificación, e incorpore en su informe las observaciones formuladas.

## Fortalecimiento y adecuación orgánica de la Instancia Técnica

De las principales responsabilidades que la Ley le otorga a la Instancia Técnica, existen dos sobre las cuales ha existido nula participación de la misma. La primera se refiere a la letra c) que señala la opción de realizar exámenes selectivos de los sistemas de información con el fin de comprobar la veracidad de la información entregada. La segunda, es la letra e), respecto al apoyo en la selección de la entidad evaluadora.

De igual modo, debiera quedar establecido que al final del proceso, la Instancia Técnica evacue un informe sobre el proceso de evaluación y sus resultados, entregando recomendaciones que vayan en directo beneficio del proceso global.

## Metas de Desempeño Colectivo

Finalmente, se observa como un área a ser evaluada la posibilidad de incorporar compromisos de desempeño colectivo a nivel de fiscalías regionales. En la actualidad, no se puede diferenciar entre quienes se desempeñan bien de aquellos que no lo hacen. Con la información que es posible recabar en los actuales niveles de desarrollo institucional, es factible gestionar en forma precisa identificando aquellos equipos de trabajo que debe mejorar su desempeño. En consecuencia, se podría definir un bono base institucional y un porcentaje variable que permita diferenciar y premiar a los equipos de mejor desempeño.

## Bibliografía

- Chile, Ley 19640, establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial del 15 de octubre de 1999.
- Chile, Ley 20240, Perfecciona el Sistema de Incentivos al Desempeño de los Fiscales y de los Funcionarios del Ministerio Público. Diario Oficial del 16 de enero del 2008.
- Chile, Ley 20302, Modifica el Artículo 2° Transitorio de la Ley 20240, que Perfecciona el Sistema de Incentivos al Desempeño de los Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público.
- Chile, Ministerio Público. Plan Estratégico Ministerio Público 2009-2015. Abril 2009. Disponible en: [http://fnintranet/Repositorio IntraMinpu/Archivos/rbarreira/documentos/Plan\\_Estrategico\\_2009\\_2015.pdf](http://fnintranet/Repositorio IntraMinpu/Archivos/rbarreira/documentos/Plan_Estrategico_2009_2015.pdf)
- Chile, Convenios de Gestión Institucional del Ministerio Público, años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. Disponible en: [http://mpintra/cgi/index.php?option=com\\_docman&Itemid=41](http://mpintra/cgi/index.php?option=com_docman&Itemid=41)

- Chile, Informes Final Evaluación Externa Compromisos de Gestión Institucional del Ministerio Público, años 2008, 2009, 2010, 2011, 20012, 2013 y 2014.
- Chile, Medios de Verificación Compromisos de Gestión Institucional del Ministerio Público, años 2008,2009,2010,2011,20012,2013 y 2014. Disponible en: [http://mpintra/cgi/index.php?option=com\\_docman&Itemid=41](http://mpintra/cgi/index.php?option=com_docman&Itemid=41)

## LOS PRINCIPIOS DE LA LÓGICA Y LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA

*Carlos Olivós Muñoz<sup>1</sup>*

---

### 1. Sobre el concepto de libertad de prueba

Es una afirmación que frecuentemente leemos o escuchamos que en el procedimiento penal chileno rige ahora el principio de libertad de pruebas, sin embargo, esto no es una realidad absoluta ya que una cosa es el régimen de libertad respecto de los hechos o circunstancias por probar y a los medios para lograr la prueba de los hechos, y otra lo que dice relación con la valoración de la prueba. Y aun cuando hagamos tal distinción, es un hecho que la ley no autoriza a los jueces para que en forma caprichosa establezcan los objetos o sucesos sobre los que debe recaer la prueba, estableciendo hechos irrelevantes o impertinentes, que no dicen relación alguna con el hecho punible o la participación. Tampoco la falta de taxatividad de la ley en cuanto a los medios de prueba le autoriza para considerar medios de prueba no producidos en el proceso o no incorporados en forma legal, o bien aceptar medios obtenidos con infracción a las garantías fundamentales.

Tampoco se puede apreciar la prueba “con entera libertad”. Precisamente en este punto cabe recordar que la palabra “entera” fue eliminada del proyecto original de Código Procesal Penal, fue suprimida por la Comisión del Senado, y ello porque la libertad de los jueces para apreciar la prueba tiene límites. Pueden apreciar con libertad todos los antecedentes que se le presentaren, pero deben fundamentar cada uno de los hechos que se dieren por probados, exponer los razonamientos que les ha permitido llegar a tal convicción, deben hacerse cargo de toda la prueba, incluso aquella que hubieren desechado indicando las razones para desecharla, y todo ello, sin contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados, ni las máximas de la experiencia. Por lo señalado, se dice por la doctrina que nuestro sistema probatorio en materia penal es de la sana crítica, y reglas de la sana crítica son aquellas que conducen al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la sana razón, que don Enrique Paillás, analizando el antiguo procedimiento penal, denominaba “**persuasión racional**”, afirmando inclusive que “Las fórmulas de la prueba en conciencia y de la sana crítica son equivalentes: distintas palabras para un mismo contenido filosófico-jurídico”<sup>2</sup>, porque por

---

1 Abogado asesor de la Fiscalía Regional del Maule, Ministerio Público.

2 PAILLÁS, Enrique, *La Prueba en el Proceso Penal*, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1982, p. 46.



encima de toda consideración están la justicia y la necesidad de que la sentencia aprecie los hechos de acuerdo con esas **reglas superiores del pensamiento**.

En nuestro procedimiento penal actual (como también lo hacia el antiguo del Código de Procedimiento Penal), se explicita la exigencia de ajustarse a ciertas reglas, cuya inobservancia trae aparejada la posibilidad de control por el Tribunal superior a través del recurso de nulidad. Una de esas exigencias es que la valoración de los medios de prueba que fundamentaren sus conclusiones, conforme con el artículo 342 del Código Procesal Penal, debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 297, es decir, podrá apreciar la prueba con libertad, pero no podrá contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, ni los conocimientos científicamente afianzados. Si así no lo hiciera, el fallo así dictado puede ser invalidado, es decir, anulado. Ahora bien, se infringe el artículo 297 del citado Código, no sólo cuando se establecen conclusiones contrarias a los principios lógicos y máximas de experiencia, o los conocimientos científicamente afianzados, sino también cuando al analizar la prueba se concluye un hecho determinado en circunstancias que toda la prueba rendida demuestra la verdad de uno totalmente diferente o bien cuando existe omisión total de análisis de los antecedentes probatorios.

En síntesis, se exige el análisis de toda la prueba conforme a las reglas de **la sana crítica**, lo que significa obligación de fundamentación de la sentencia, mediante la lógica y las máximas de la experiencia. Couture define las reglas de la **sana crítica** como *“las reglas del correcto entendimiento humano; contingente y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*<sup>3</sup>.

## 2. ¿Qué se ha entendido por principios de la lógica y máximas de la experiencia?

Aquí entramos de lleno a la cuestión que queremos dilucidar y ello a partir de constatar que en la práctica, en la jurisprudencia y doctrina existe aún un alto grado de confusión sobre la materia. Hay casos en que se revela que no hay claridad respecto a cuáles son estos principios lógicos, si ellos se aplican a la prueba rendida o al razonamiento del juez sobre la prueba, a qué clase de lógica, de las muchas que hay, se refiere el legislador o qué alcances o aplicabilidad a la materia jurídica tienen los principios de la lógica clásica, si es que en definitiva aplicamos ésta. No menos confuso es el panorama respecto de las máximas de la experiencia: ¿qué se ha de entender por máximas de la experiencia?, ¿simplemente lo que el sentido común dice a cada uno, o se trata de algo distinto?, cuando no, se han confundido máximas de experiencia con

3 COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1979, Tomo II, p. 195.

aplicación de principios lógicos o viceversa. En otras ocasiones a pretexto de haberse infringido los principios de la lógica o las máximas de la experiencia, sin especificar cuál o cuáles, se ha hecho una revaloración de la prueba por el Tribunal que conoce del recurso de nulidad, cuestión que es privativa del Tribunal de la instancia. Se evidencia la falta de tratamiento del tema y de formación en las escuelas de Derecho, en las cuales no se ha contemplado algún curso de lógica formal y lógica jurídica, no obstante ser una materia esencial para el razonamiento jurídico.

## 2.1. Confusión en la jurisprudencia

El profesor Gonzalo Cortez Matcovich en su obra “El Recurso de Nulidad”<sup>4</sup> cita algunas sentencias en las cuales se revela la confusión existente en la conceptualización y aplicación de los principios de la lógica y las máximas de la experiencia:

a) La Corte de Apelaciones de Concepción entendió que se habían infringido las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia al concluir el tribunal a quo que por el sólo hecho de tener el imputado en una de sus manos un cigarrillo de una sustancia ilícita encendido, no se podía dar por establecido que hubiera incurrido en la conducta típica de consumo de droga en lugar público. Lo que hizo la Corte fue valorar esas mismas circunstancias y, a partir de ellas, concluyó que una persona que tiene en sus manos un cigarrillo encendido lo ha prendido para consumirlo, por cuanto lo lógico es que se enciende un cigarrillo para fumarlo, y si la persona tiene en sus manos un cigarrillo encendido, la experiencia enseña que lo está fumando: *“Al ponderar el testimonio del Suboficial de Carabineros, único testigo directo y presencial de los hechos investigados, la a quo señala que éste dijo que [el requerido] “tenía un cigarrillo encendido en una de sus manos y que, por su experiencia, presumió, de inmediato, que era un cigarrillo de marihuana” y que no lo vio comiendo, bebiendo o fumando, vale decir, en este último caso, expeliendo humo por la boca y/o nariz, un cigarrillo, que por su experiencia, supuso que era de marihuana. Y en el considerando décimo de la sentencia dice que el único hecho que logró acreditar fue que el requerido “se encontraba en el interior de un automóvil cerrado, un el lugar del parque Ecuador, con un cigarrillo encendido en una de sus manos”. 6.- Que conforme a lo razonado, en la apreciación de la prueba se ha incurrido por el tribunal en infracción a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En efecto dichos límites, en la situación en estudio, conducen a concluir que una persona que tiene en sus manos un cigarrillo encendido lo ha prendido para consumirlo, por cuanto lo lógico*

4 CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *El recurso de Nulidad, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2006, págs. 251 y sgtes.

*es que se enciende un cigarrillo para fumarlo, y si la persona tiene en sus manos un cigarrillo encendido, la experiencia enseña que lo está fumando*<sup>5</sup>.

b) Se ha resuelto que la acción de trepar a la techumbre de una vivienda no es un acto directo que demuestre el propósito final de apropiación y revele dolo directo que requiere el principio de ejecución de la tentativa: *“Que, en opinión de esta Corte, además de no estar acreditado el escalamiento, la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda no es un acto directo que demuestre el propósito final de apropiación y revele, por consiguiente el dolo directo que requiere el principio de ejecución de la tentativa. 5.-Que aplicando los principios de la lógica y las máximas de la experiencia llama poderosamente la atención el hecho de que el acusado hubiese escogido como acción, para apropiarse de cosas que resguardaba la propiedad, el haber trepado hasta el techo, en donde para introducirse debía hacerlo mediante fractura del mismo, sin portar elementos materiales que se lo permitan, ya que no puede sostenerse que por el hecho de existir una claraboya pretendiera hacerlo por allí, por cuanto ella no puede ser vista de la calle y por tanto no aparece lógico que el acusado tuviera conocimiento de su existencia y por otra parte no portaba elementos que le permitieran descolgarse hacia el interior, circunstancias todas que no revelan de forma directa e inequívoca el propósito de ingresar a la propiedad*<sup>6</sup>.

c) También se ha entendido que se infringen las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia al establecer que resulta factible que la acusada haya puesto droga bajo su sostén, con la sola intención de eliminarla para que su hijo adicto no la consumiera, olvidándolo luego, dado la costumbre que tenía de poner cosas en dicho lugar para posteriormente dirigirse a la cárcel a visitar a otro hijo, lugar donde fue descubierta: *“Que como se dijo en el considerando 3 anterior, la fundamentación efectuada por el tribunal debe permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia. Así entonces, es dable preguntarse si es lógico que una mujer encuentre un objeto del tamaño de una pelota de ping-pong, envuelta en un papel café, en el lugar destinado a la ropa sucia y sepa sin dudas de que se trata de droga?; lógico que se dé por establecido que dicha droga de valor de \$100.000.- fue adquirida por el hijo cesante de la acusada para su consumo?, lógico que la acusada guarde la droga así envuelta en su sostén con la intención de eliminarla en el cerro, y en vez de ello ingrese a la cárcel con ella, a sabiendas de las revisiones selectivas a las visitas?, lógico que a ella se le olvidara que portaba la droga consigo?. 7. Que la sentencia recurrida da respuesta afirmativa a las hipotéticas interrogantes formuladas en el considerando 6. anterior absolviendo en consecuencia a la acusada de los cargos formulados. 8. Que, conforme a lo razonado, al apreciar la prueba*

5 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de noviembre de 2004, Rol N°452-2004.

6 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 151-2001 de 17 de julio de 2001, en Boletín del Ministerio Público N°4, p. 78.

*y llegar a las conclusiones enunciadas, ha incurrido el tribunal en infracción a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En efecto, no resulta lógico concluir que la droga fue dejada por un adicto en un lugar que pudiese ser fácilmente destruida, como lo sostiene, por lo demás, únicamente la acusada. Por otra parte, las máximas de la experiencia enseñan que no es fácil que una mujer olvide que porta un objeto del tamaño de una pelota de ping-pong envuelto bajo su sostén. Tampoco puede concluirse lógicamente que alguien que conoce el sistema ingrese con droga escondida a la cárcel, sólo porque lo olvidó. Finalmente, repugna también a la lógica común sostener que un adicto cesante, cuenta con droga para su consumo personal en cantidad equivalente a cien dosis. 9. Que al arribar el tribunal a conclusiones que no pueden emanar lógicamente de la forma cómo ocurrieron los hechos y que contravienen las máximas de experiencia, se ha infringido los mandatos del artículo 297<sup>7</sup>.*

Resulta evidente que en los fallos citados lo que ha hecho el tribunal ad quem es hacer una revaloración de los hechos. Señala como reglas de la lógica o máximas de la experiencia criterios que en realidad dependen de una valoración de los hechos, entrando así a examinar el fondo del caso, sobrepasando los límites de un recurso de nulidad, resolviendo como si de una apelación se tratara.

d) También se han entendido infringidas las reglas de la lógica simplemente para explicar el significado de ciertas expresiones lingüísticas populares: “8.- *Que, las expresiones que donde los encontrara los va a dar vuelta, implicaría según la lógica del común de las personas, darle muerte a las personas afectadas; mientras que las expresiones les voy a sacar la cresta o las otras donde los encontrara les iba a pegar, según la misma lógica, implica simplemente agredir a otra persona... Que en la forma relacionada el fallo impugnado ha sido dictado en contravención al artículo 297 del Código Procesal penal, por cuanto al dar por establecido ciertas expresiones no vertidas por el imputado, ni aseveradas por los testigos de cargo, con un significado diverso a las palabras vertidas por estos últimos, se ha contravenido los principios de la lógica y máximas de la experiencia*”<sup>8</sup>.

Cabe en este punto llamar la atención sobre el hecho de que en los fallos analizados, en todos, se habla genéricamente de los principios o reglas de la lógica y las máximas de la experiencia pero, sin señalar a qué principio o principios se refieren o qué máxima o máximas de la experiencia se han infringido. La lógica no es algo vago, como el sentido o sin sentido, o lo que podemos intuir como lógico o ilógico, creíble o no creíble, razonable o poco razonable. Igualmente las máximas de la experiencia no son algo difuso que depende de

7 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 20 de enero de 2006, p. 12, citado por CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo ob. cit., p. 256.

8 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de mayo de 2005, Rol N°223-2005.

nuestra propia valoración o lo que cada uno ha tenido como experiencia. En ambas cuestiones parece ser que se trata de algo más preciso y certero.

### 3. ¿A qué se refiere el legislador al exigir respetar los principios de la lógica y máximas de la experiencia?

#### 3.1. La lógica y la lógica jurídica

Trataremos de explicar en los términos más simples y sintéticamente qué es la lógica y la importancia enorme que tiene, no sólo para todas las ciencias, sino para el razonamiento en general y la expresión y comunicación del pensamiento. En términos simples la lógica es la disciplina filosófica que se ocupa de las reglas del pensar correcto, de la inferencia válida. Aristóteles comienza a utilizar el término adjetivo “lógico”, de “logos” que significa a la vez palabra y razón, al estudiar el proceso intelectual ordenado a obtener razonamientos correctos o formalmente válidos (lógica formal o pura) y también el proceso que conduce al conocimiento verdadero (lógica dialéctica o material). Una de las ciencias que utiliza la lógica como herramienta aplicada para obtener razonamientos lógicos jurídicos es el Derecho que, desde el siglo XVII con Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y Leibniz, entre otros, se esfuerza por aplicar la doctrina de la demostración científica al ámbito del Derecho y la moral, junto con la distinción de un derecho natural y un derecho positivo. *“La demostración científica que estos juristas tratan de rescatar para su propio quehacer deriva de la doctrina que formulara ya claramente el propio Aristóteles en sus Segundos Analíticos y que posteriormente se fue enriqueciendo por los sucesivos aportes y revisiones de los matemáticos afines al grupo de Euclides y aun por los estudios de lógica de los escolásticos. Se considera que los Elementos de Euclides es la obra ejemplar de la demostración científica”*<sup>9</sup>.

La lógica clásica establece los primeros principios, el concepto y la definición, la lógica del juicio y la lógica del razonamiento y la observancia de sus reglas es condición necesaria de toda disciplina científica. Por ello, entonces, *“Por lógica del derecho habrá, pues, que entender la doctrina sobre las reglas de la lógica formal que tiene aplicación en el ámbito de la actividad jurisdiccional”*, dice Eduardo García Máynez, citando a Klug y concluye definiendo la Lógica Jurídica en términos más amplios como: *“estudio sistemático de la estructura de las normas, los conceptos y los raciocinios jurídicos”*<sup>10</sup>.

9 QUINTANA B., Fernando, *La Ciencia del Derecho*, Chile, Ed. Universitaria, 1979, p. 17.

10 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, México, Ed. Fontamará, 1994, p. 14.

### 3.2. El concepto de lógica

Como bien advierte el profesor Juan Rivano en su obra “Lógica Elemental”, existe una diversidad de doctrinas que la tradición filosófica ha ido acumulando bajo el rótulo de lógica y así, decimos nosotros, la palabra “lógica” puede llegar a ser tan equívoca como la palabra “derecho”, respecto de la cual Agustín Squella exponía en una conferencia más de diez definiciones diversas. De modo que, cuando pronunciamos la palabra lógica o derecho, cada uno puede tener en la mente una representación (idea, concepto) diferente. De hecho se distingue en la actualidad: lógicas clásicas, lógica proposicional, lógica matemática; lógicas no clásicas y lógicas modales; y sólo dentro de las modales, se puede distinguir: lógica modal, lógica deóntica, lógica temporal, lógica epistémica, lógica doxástica. En el ámbito del derecho y la moral, es decir, en el orden normativo, la lógica deóntica tiene una enorme importancia y dice relación obviamente con nuestro ámbito de actividad.

Pero, esto no es un curso de lógica y lo que nos interesa es esa actividad que, con mayor o menor conciencia, realizan los jueces al analizar la prueba y resolver los casos. Para esto es suficiente buscar un punto de apoyo en la tradición, a lo menos para partir de ella. Tal doctrina lógica, para nosotros, dice Juan Rivano, *“consiste en la lógica clásica o aristotélica, fundamentalmente la expuesta en los textos propedéuticos de Aristóteles.- No se trata sin embargo, de presentarla aquí quedando dentro de los límites de los tratados aristotélicos; buena parte de lo que expondremos no se encuentra allí, pero es consistente con ellos y se desarrolla tomando como punto de partida tales textos”*<sup>11</sup>.

### 3.3. Los principios de la lógica

Conforme a la tradición aristotélica, la Lógica se divide en tres partes que se ordenan de lo más simple a lo más complejo: **la lógica del concepto, la lógica del juicio y la lógica del razonamiento**. Pero, antes han de tratarse **los principios**, que son, en términos matemáticos, los axiomas de los que todo conocimiento debe partir. Los primeros principios son evidentes por sí mismos, no requieren de demostración, por su, en términos cartesianos, claridad y distinción. Los principios son verdaderos por sí mismos, como leyes o condiciones incondicionadas del pensamiento. Los principios fundamentales de la lógica clásica son: el **Principio de Identidad**, **Principio de No Contradicción**, **Principio de Tercero Excluido**; posteriormente, en el siglo XVII Wilhelm Leibniz, fiel a la tradición racionalista europeo continental, introdujo el **Principio de Razón Suficiente**, que no es sino el contrapunto al principio de causalidad para la tradición empirista anglosajona.

11 RIVANO, Juan, *Lógica Elemental*, Santiago, Ed. Universitaria, 1985, p. 12.

a) **El principio de identidad.** El llamado principio de identidad se enuncia ordinariamente bajo la fórmula “A es A”, toda cosa es idéntica a sí misma. Tal fórmula no dice nada, incluso resulta absurda porque, no habiendo diferencia, no hay juicio. Pero, si nos atenemos al sentido de la identidad, parece que no nos podemos pasar sin un principio que lo incorpore al edificio de la lógica. Cuando hablamos de un objeto en dos tiempos distintos, algo nos indica de modo evidente que estamos hablando del mismo objeto, y eso viene a ser la idea de identidad implícita en la fórmula “A es A”. Así, el principio de identidad según Rivano puede formularse así: *“Sin la idea de algo universal, es decir, algo que permanece inalterado en el proceso intelectual, no hay pensamiento”*<sup>12</sup>.

b) **El principio de no contradicción.** El principio es de NO contradicción, no de contradicción, como en algunas ocasiones lo encontramos expresado. Desde un punto de vista ontológico, esto es, refiriéndolo a las cosas, es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido. No se puede afirmar y negar al mismo tiempo la verdad de un hecho. Así dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Ahora bien, la contradicción puede estar en el juicio mismo, o entre dos juicios o inclusive en un razonamiento. Es imposible que una figura sea triángulo y no sea triángulo; yo puedo estar o no estar aquí, ahora, y no estar después, pero no puedo estar y no estar aquí ahora. Eso para el caso de los juicios enunciativos. Ocurre otro tanto con los juicios prescriptivos propios del derecho: dos normas se oponen contradictoriamente cuando teniendo iguales ámbitos de validez, material, espacial, temporal y personal, una permite y la otra prohíbe la misma conducta. Y en el ámbito jurisdiccional, en la fundamentación de la sentencia el juez no puede afirmar un hecho y más adelante negar ese mismo hecho, infringiría el principio de no contradicción.

c) **El principio de tercero excluido.** Al principio de no contradicción sigue necesariamente el principio de tercero excluido. Dos juicios contradictorios no pueden a un mismo tiempo ser falsos. Uno de los dos debe ser verdadero y el otro falso. Se excluye un tercer juicio verdadero entre dos juicios contradictorios. En el ámbito lógico jurídico, dos normas contradictorias no pueden ser ambas desobedecidas, una de las dos debe ser obedecida; una de ellas es válida y la otra inválida.

No podemos extendernos aquí sobre el tema, pero es bueno tener presente que el principio de no contradicción y el principio de tercero excluido han dado lugar a largas discusiones que ya estaban de alguna manera previstas por el mismo Aristóteles (en su *Metafísica* 1012b 3-5). La negación del principio de tercero excluido ha sido planteada por algunas escuelas lógicas contemporáneas.

---

12 RIVANO, Juan, ob. cit., p. 21.



d) **El principio de razón suficiente.** La insistente pregunta de los niños ¿Por qué? ....¿Por qué? refleja la exigencia de nuestra razón de que nada puede ser porque sí. Todo lo que es, es por alguna razón que le hace ser como es y no de otra manera. Es el principio de razón suficiente, el “gran principio” según Leibniz. En Matemática, en Física, en Historia, en Ciencias Sociales o en Psiquiatría, lo que se busca es la razón que responde a la pregunta de por qué las cosas son como son o suceden como suceden. Nada se da aislado, lo que significa que todo está ligado a algo que es su razón.

Los demás principios lógicos nos dicen cuándo un juicio es forzosamente verdadero (Principio de Identidad); cuando un juicio es forzosamente falso o cuando es imposible que dos juicios sean ambos verdaderos (principio de no contradicción); cuando es imposible que dos juicios sean ambos falsos (principio de tercero excluido). El principio de razón suficiente no nos dice cuándo los juicios son verdaderos o falsos. Lo único que nos dice es que los juicios son verdaderos o falsos por alguna razón. Los cuatro principios dicen algo con respecto a la verdad o falsedad de los juicios. La diferencia está en que el de razón suficiente es previo a los otros, ya que exige que se dé razón de la verdad o falsedad. Los otros principios dan esa razón, cumpliendo la exigencia formulada por el “Principio Grande”, como lo llama Leibniz.

#### 4. Las máximas de la experiencia

Couture asigna a los principios lógicos y a las máximas de la experiencia igual importancia en la tarea de valorar la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus sentidos y el intelecto. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se vale en la vida<sup>13</sup>.

Quien introdujo en el derecho procesal el concepto de “máximas de la experiencia” fue Friedrich Stein, quien las definió como: “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido y que por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”<sup>14</sup>. Se trataría de juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad. Se ha dicho que detrás de expresiones como “usos mercantiles” y “diligencia de un buen padre de familia” se indicarían máximas de experiencia. Asimismo, se ha señalado que estas se extraen por inducción del conocimiento común, es decir, son una generali-

13 COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1966, p. 192.

14 STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Ed. Temis, 1988, p. 27.



zación lógica fundada en la observación de los hechos. Algunos ejemplos de “máximas de experiencia” o “reglas de la sana crítica”, para algunos expresiones sinónimas, son citadas en un pequeño trabajo del profesor argentino Jorge Walter Peyrano<sup>15</sup>: *a) es inusual y va contra el orden normal de las cosas que se adquiera un automotor, se abone totalmente su precio y se deje su tenencia y uso en manos del vendedor; b) es inusual y va contra el orden normal de las cosas que quien alega que una operación de compraventa no se ha perfeccionado por no haberse cumplido una condición suspensiva, no reclame la devolución de una importante suma de dinero entregada al vendedor con anterioridad a la frustración de la operación; c) resulta sugestivo que frente a graves acusaciones de haber cometido un ilícito penal que se deslizan en el escrito de demanda, el demandado se circunscriba a concretar una defensa técnica y aséptica”.*

## 5. Los avances en la jurisprudencia

Podemos afirmar que en la Corte de Apelaciones de Talca a lo menos, se ha ido logrando una mayor precisión y claridad sobre a qué nos referimos cuando indicamos una infracción a los principios de la lógica o a las máximas de la experiencia. Lo primero que se ha logrado es que ya no se acepte referirse genéricamente a la infracción a los principios de la lógica y/o las máximas de la experiencia, sino que el recurrente de nulidad debe precisar qué principio o principios lógicos son los infringidos, qué máximas o máximas de la experiencia fueron contradichas o no consideradas. Si la pretensión del recurrente de nulidad es demostrar que los jueces de la instancia quebrantaron los postulados de la sana crítica y ello produjo una decisión desfasada, sin fundamentos, o arbitraria, el camino a seguir es que deberá a lo menos:

- a) Señalar cuál principio de la lógica, cuál máxima de la experiencia o cuál postulado científico, fue desconocido por el fallador;
- b) Indicar entonces cual es la regla lógica apropiada o máxima de la experiencia o el conocimiento científico que debió tenerse en cuenta para esclarecer la cuestión debatida;
- c) Demostrar la trascendencia de ese error de modo que, si no se hubiera infringido, no se hubiera incurrido en tal error, la decisión de los jueces habría sido necesariamente distinta.

### 5.1. Primer paso al exigir que el recurrente especifique qué principio o máxima, o conocimiento científico han sido infringidos: “Tercero: *Que al apreciar la*

15 WALTER PEIRANO, Jorge, Dr. en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, “Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica” [en línea]. Disponible en: [http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/016dd7c5-4c13-4930-a062-4b209829ba62/rev25\\_4aproximacion+a+las+maximas+de+experiencia.pdf?MOD=AJPERES](http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/016dd7c5-4c13-4930-a062-4b209829ba62/rev25_4aproximacion+a+las+maximas+de+experiencia.pdf?MOD=AJPERES) [fecha de consulta: 30 de octubre de 2015].

*prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica se debe entender que el juez no debe contradecir los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, empero el recurrente, no precisa de qué manera y qué reglas o principios aparecen desobedecidos por el sentenciador, omisión que resulta trascendente para examinar si las falencias atribuidas al sentenciador guardan concordancia con el motivo de nulidad invocados*<sup>16</sup>.

## 5.2. Sobre el principio de no contradicción

Las conclusiones a las que arriban los sentenciadores son contradictorias con las premisas que constituyen los hechos probados, es decir, afirman determinados hechos y luego estos mismos los niegan, infringiendo así el principio de no contradicción: “*Séptimo: Que, dentro de los principios de la lógica tradicional se encuentra el principio de no contradicción, que afirma la imposibilidad de concebir dos juicios contrarios y verdaderos con relación a un mismo objeto.*”

*En la situación que nos interesa, resulta claro conforme al cúmulo de antecedentes probatorios allegados, que la ofendida de nombre de pila Y. fue víctima de agresiones sexuales reiteradas no consentidas por su padre P.P.M. y, por consiguiente, la conclusión sobre ello debía ser concordante con el delito de violación y no con el delito de incesto, por el cual se condenó al acusado, por lo que el fallo en cuestión se apartó absolutamente de los hechos que se probaron en el juicio oral. Si se prueba que hubo, a lo menos intimidación en la víctima, hecho acreditado, no se puede colegir de aquello que de parte de la víctima hubo consentimiento.- Conforme a este principio, una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido”.*

*“Además, a este respecto, los jueces del fondo no señalaron ningún argumento fáctico para convencer del asentimiento de la ofendida para tener relaciones sexuales con su padre, salvo un argumento pueril, el de ir abrazados a un almacén a comprar, por lo que no hay un fundamento racional que justifique la conclusión a la que arribaron, vulnerándose asimismo, el principio de la lógica tradicional de razón suficiente, en orden a que toda conclusión fáctica a la que se arribe debe contener una argumentación acorde con ella, esto es, antecedentes de hecho que sean concordantes con lo concluido, lo que no acontece en la especie”*<sup>17</sup>.

## 5.3. Sobre el principio de razón suficiente

Las conclusiones a que arriban los jueces deben estar fundamentadas en argumentos de hecho debidamente probados. Se infringe el principio de razón suficiente cuando no es posible encontrar en la sentencia las premisas que sirven de fundamento a la conclusión. Esto se recoge en el siguiente fallo: “*Sexto:*

16 Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°518- 2012 RPP, 20 de diciembre de 2012.

17 Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°521- 2012 RPP, 28 de diciembre de 2012.

*Que de todos los testimonios reseñados en el motivo anterior no existe ninguno que involucre directamente en la comisión del delito de robo con fuerza en las cosas, en lugar no habitado a A.A.M.G., de lo que se infiere que las premisas establecidas no guardan sincronía con las conclusiones a que arribaron los sentenciadores”.*

*“A este respecto se ha de tener presente que en lógica, para que un argumento sea válido, es menester que tanto la premisa como la conclusión sean concordantes, esto es, si la premisa es verdadera, necesariamente también lo será la conclusión y viceversa, circunstancia que en la especie no se cumple, habida consideración que si ningún elemento de prueba producido en el juicio involucra al acusado A.M.G., la conclusión debe seguir el mismo camino y no arribar a una afirmación contraria, pues al hacerlo se vulneran las reglas de esta ciencia.*

*Cabe señalar que la lógica es una ciencia formal y una rama de la filosofía que estudia los principios de la demostración e inferencia válida y, por consiguiente, se preocupa de examinar la validez de los argumentos en términos de su estructura y de los axiomas que la conforman”<sup>18</sup>.*

Se extiende más en explicar el concepto de principios de la lógica y en particular el de razón suficiente el siguiente fallo que, luego de explicar cómo la lógica tradicional que se remonta a Aristóteles, se considera a ésta como la ciencia del pensar rectamente, expresa en el mismo considerando octavo que: *“La lógica jurídica es el instrumento de la ciencia jurídica como método jurídico que perfecciona el criterio de verdad sin el cual no puede alcanzarse la justicia.*

Dentro de los principios propios que conforman la lógica jurídica, están el de identidad, el de contradicción, de tercero excluido y el de razón suficiente.

*Interesa detenerse en este último principio o regla, toda vez que a través del mismo, todo tiene su razón de ser y, congruente con aquello, hay razón suficiente para que un juicio sea verdadero si el objeto al cual se refiere posee una identidad propia y sin determinaciones contradictorias.*

*La razón de ser suficiente de cualquier imperativo jurídico y de todo el derecho es la conducta humana, cuya regulación de acuerdo a cierto valor y fines es el objetivo del orden jurídico.*

*En nuestro derecho penal, los principios de la lógica se encuentran insertos en la sana crítica como método de valoración de la prueba, conforme lo previene el artículo 297 del Código Procesal Penal, siendo una limitante a la libertad de apreciación con que están dotados los jueces de la República”.*

Y concluye en el considerando noveno: *“Que en el caso sub lite, no se advierten razones suficientes mediante las cuales los sentenciadores arribaron a la conclusión de que el sentenciado A.M.J.I. tuvo participación de autor en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y en el delito de porte ilegal de arma de fuego y municio-*

18 Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°453-2010 RPP, 9 de noviembre de 2010.

*nes, habida consideración que los elementos de cargos invocados para dicho fin no se encuentran en sincronía con las conclusiones, como se recalcó en el raciocinio sexto*<sup>19</sup>.

#### 5.4. Sobre las máximas de la experiencia

En determinados casos se recurre al conocimiento común para impugnar un fallo en el sentido de no haberse tenido en cuenta este conocimiento o máxima de experiencia o bien, el tribunal da por cierto un hecho contrario a una máxima de experiencia o conocimiento común. Así un recurrente de nulidad impugna el fallo porque el Tribunal falló en contradicción a una máxima de la experiencia, toda vez que la menor, en forma coetánea a los hechos, sostuvo una relación con un tercero que pudo dar lugar a relaciones sexuales lo que resta credibilidad a su versión y esto, el Tribunal a quo no lo consideró, “lo que importa que al dar credibilidad a los dichos de la víctima se transgreda las máximas de la experiencia al decidir la culpabilidad de su defendido”. La Corte de Apelaciones señaló al respecto: “*Quinto: Que la circunstancia de que la menor R.C.C. hubiere sostenido una relación sentimental con un tercero no permite concluir que los indicios corporales detectados sean consecuentes con aquella relación y excluir que los mismos, unidos los relatos de las víctimas, declaraciones testimoniales e informes psicológico, sean suficientes para tener por acreditados los hechos ilícitos basados en las máximas de la experiencia*”<sup>20</sup>. En otras palabras, una máxima de la experiencia indica que una relación sentimental puede dar lugar a relaciones sexuales que podrían explicar los signos físicos constatados, pero el tribunal advierte una serie de elementos de prueba que son suficientes para tener por acreditados los hechos ilícitos.

### Conclusiones

En el proceso penal los jueces deben valorar la prueba conforme los criterios de la **sana crítica**, lo que implica que en dicha labor, no existe absoluta libertad, sino que deben cumplir ciertos estándares de fundamentación de su decisión, en que, además de una exposición clara y completa de los hechos, también, conforme exigen los artículos 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal, está el requisito de que sus argumentos no deben contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicamente afianzados; que la fundamentación sea lógica, es decir, que se respeten no sólo los principios sino, en general, las reglas de la lógica clásica en el ámbito de la inferencia, las proposiciones o juicios y del razonamiento. Lo anterior implica que tanto los intervinientes para poder hacer su análisis crítico de las decisiones judiciales y fundamentar su impugnación a través del recurso de nulidad, como asimismo los jueces para fundamentar sus decisio-

19 Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°319-2015 R.P.P., 16 de junio de 2015.

20 Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°429-2013 R.P.P., 13 de septiembre de 2013.

nes, deben tener claros los conceptos, esto es, en qué consisten los principios lógicos y las máximas de la experiencia y observar las reglas de validez de los argumentos en términos de su estructura y de los axiomas que los informan. No obstante que el sistema de la sana crítica no es nuevo, no nace con el nuevo procedimiento penal, luego de varios años se comienza a aclarar y a darle el correcto sentido y aplicabilidad a los preceptos legales sobre la valoración de la prueba en este punto, lo que se puede constatar en la jurisprudencia de nuestras Cortes de Apelaciones. Asimismo, la claridad que se tenga en esta materia garantizará que se invalide una sentencia porque efectivamente se incurrió en el motivo absoluto de nulidad y no por una revaloración de la prueba por parte del tribunal superior, cuestión que, como sabemos corresponde de modo privativo al Tribunal de la instancia.

Lo analizado es lo básico, lo primario, que debe ser esclarecido necesariamente, pero sobre el tema hay muchísimo más que se ha desarrollado hasta nuestros días sobre el discurso y la fundamentación jurídica racional. Lo que diferencia un acto de puro poder de una decisión jurisdiccional es precisamente que en ésta se requiere necesariamente una fundamentación y dicha fundamentación debe ser racional. Respecto de esa fundamentación ya nadie puede limitarse a comprenderla como una simple subsunción lógica bajo premisas creadas abstractamente. Se reconoce que en la argumentación jurídica entran en juego no sólo normas jurídicas y hechos probados sino también valoraciones, consideraciones ético-sociales, preferencias y elementos de retórica puesto que se trata de convencer a un auditorio, el discurso jurídico es un discurso práctico. Un análisis moderno del discurso jurídico como un discurso práctico general, el desarrollo de una argumentación jurídica racional se puede profundizar, por ejemplo, en la obra “Teoría de la argumentación jurídica” de Robert Alexy<sup>21</sup> quien desarrolla precisamente una teoría del discurso jurídico racional. Asimismo, en Chaïm Perelman encontramos una distinción entre lo que es una **demonstración** entendida como una deducción lógica, independiente del auditorio, y la **argumentación** que requiere en cambio la adhesión de los interlocutores<sup>22</sup>; así como también es importante el impulso que Theodor Viehweg dio a la retórica, la tópica y la argumentación en general<sup>23</sup>. En nuestro medio es recomendable un ensayo sobre argumentación jurídica de Rodrigo Valenzuela Cori para quien la argumentación jurídica es una mezcla de **poética, hermenéutica y retórica**<sup>24</sup>. En fin, como se ve, hay un amplio horizonte para quien desee profundizar estas importantes cuestiones.-

21 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación Jurídica*, 2ª edición, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

22 PERELMAN, Chaïm, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, Madrid, Ed. Gredos, 1989.

23 VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1991.

24 VALENZUELA CORI, Rodrigo, *Conflicto y Humanidades, un ensayo sobre argumentación jurídica*, 1ª edición, Santiago, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2004.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN  
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

---



## ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA LEY 20.066 A PARTIR DE UN CASO REAL DE VIF

Karina Ávila Aravena<sup>1</sup>

*“La violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”<sup>2</sup>.*

### I. Introducción

El fenómeno de la violencia contra la mujer ha estado presente desde la antigüedad hasta nuestros días. Así, hay registro que Constantino el Grande, primer emperador cristiano de Roma, asesinó a su joven esposa Fausta, con quien contrajo matrimonio por poderes en el año 298, para asegurar su imperio, pero cuando ésta ya no le sirvió para apoyarlo, la ahogó en una caldera con agua hirviendo. Aun cuando no está claro el motivo de esta condena a muerte, la causa más probable es que Fausta habría mantenido una relación incestuosa con su hijastro Crispo.

En la actualidad en países como Arabia Saudita y los Emiratos Árabes aún se realizan prácticas ancestrales como la consistente en la lapidación pública de mujeres adúlteras. En los 29 países de África y Oriente Medio, alrededor de 133 millones de niñas y mujeres han sido sometidas a la mutilación genital y en todo el mundo una de cada tres mujeres ha sufrido violencia física o sexual por parte de un compañero sentimental<sup>3</sup>.

Sin embargo, desde los movimientos sociales impulsados por mujeres, siendo su origen la Declaración de los derechos universales de igualdad y de libertad promovidos en la Revolución Francesa y en la Ilustración y de teorías vinculadas a la construcción social de género, se han visibilizado los hechos violentos que atentan contra los derechos humanos de niñas y mujeres, lo cual ha obligado a los Estados a priorizar esta temática y es así como en las agendas tanto nacionales como internacionales se han tomado distintas medidas para erradicar y prevenir este tipo de violencia.

- 1 Psicóloga de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.
- 2 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem Do Pará, OEA, 1994. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.
- 3 <http://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women> [fecha de consulta: 2 de julio de 2015].



Lo antes expuesto ha quedado consagrado en importantes acuerdos internacionales como es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por su nombre en inglés), adoptada en el año 1979. Desde su entrada en vigencia en 1981<sup>4</sup>, se constituye en uno de los instrumentos jurídicos más relevantes de carácter internacional en materia de reconocimiento de los derechos de las mujeres y combate de las desigualdades de género. Otros instrumentos de similar naturaleza son la Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas (1994) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y Convención de Belem Do Pará, OEA, 1994<sup>5</sup>, entre otros.

Estos acuerdos y convenios fueron ratificados y firmados por el Estado de Chile asumiendo con ello tanto su deber de protección de los derechos de las mujeres, como la necesidad de crear un marco normativo que lo sustente creando leyes al respecto.

Dentro de este contexto, el 7 de octubre del año 2005 entró en vigencia en nuestro país la Ley 20.066, que establece la Ley de Violencia Intrafamiliar, tras una serie de modificaciones que se realizaron al primer esfuerzo normativo contenido en la Ley N°19.325 (dictada en el año 1994), que establecía Procedimientos y Sanciones sobre Actos relativos a Violencia Intrafamiliar. Estos cambios promovieron una transición entre una visión más restaurativa de los vínculos familiares como foco de la intervención legal, a una visión más centrada en la protección de la víctima, concepto que posteriormente se amplió<sup>6</sup>.

Durante ese mismo año (2005), el Ministerio Público, ente encargado de dirigir de forma exclusiva los hechos constitutivos de delitos, ejercer la acción penal pública y proteger a víctimas y testigos, creó una Unidad Especializada en Violencia Intrafamiliar, con el objeto de supervisar y asesorar en los procesos investigativos que requieren de una intervención integral y especializada en este tipo de delitos, dado que se entiende que este fenómeno debe ser abordado desde una perspectiva que integre aspectos jurídicos y psicosociales. Actualmente esta unidad también aborda otra especialidad como son los Delitos Sexuales.

A continuación se presentará el marco conceptual que explica los alcances de la violencia intrafamiliar particularmente en lo relativo a la violencia doméstica ejercida hacia la mujer.

4 Fue ratificada por Chile en el año 1989.

5 Ratificada en Chile en el año 1996.

6 CASAS, L. "Ley N°20.066 Sobre Violencia Intrafamiliar: ¿un cambio de paradigma?" En: *Anuario de Derechos Humanos*, N°2, Santiago, Chile Universidad de Chile, 2006, págs. 197-202.

Luego se revisará la ley que se encuentra vigente, centrándonos en el sentido de ésta, en la evaluación de riesgo que se realiza en estos casos y en las medidas accesorias y cautelares que establece.

Posteriormente, se presentará un caso real de violencia intrafamiliar, específicamente de violencia doméstica ejercida hacia la mujer, y se realizará un análisis crítico a la luz de la aplicación de la Ley 20.066.

Para finalizar se realizarán algunos comentarios que otorgarán una visión más amplia respecto a la Ley 20.066 y sus alcances.

## II. Marco conceptual de la violencia intrafamiliar

La Ley de Violencia Intrafamiliar, N°20.066, cuyo objeto señalado en su artículo 1° es *prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma*, conceptualiza este fenómeno en el inciso primero de su artículo 5° en los siguientes términos: “Será constitutivo de **violencia intrafamiliar** todo tipo de maltrato que afecta la vida, 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”.

Agrega en su inciso segundo que “También es considerado violencia intrafamiliar cuando el maltrato está dirigido hacia el padre o madre de un hijo en común o hacia menores de 18 años, discapacitados o mayores de 60 años que son dependientes del grupo familia”.

En concordancia con esta terminología, la ley en su artículo 14° tipifica delitos de maltrato habitual como “el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5°”. Lo anterior, sin perjuicio de aquellos delitos que se cometan en el contexto de violencia intrafamiliar y que se sancionan conforme a las normas respectivas, como son las agresiones físicas que ocasionan lesiones, las amenazas de daño y/o muerte y los delitos sexuales, como el delito de violación, propia e impropia, entre otros. Todos ellos deben ser investigados por el Ministerio Público.

Es decir, el concepto de violencia intrafamiliar es un término amplio, ya que implica diferentes tipos de acciones de maltrato (físico, emocional, sexual) que puede estar dirigido a personas con diversas relaciones de parentesco, convivientes, ex convivientes, padres de un hijo en común, distintos miembros de la familia, también puede dirigirse hacia niños, personas con discapacidad y adultos mayores que vivan bajo el cuidado o dependencia de los integrantes del grupo familiar.

Otro concepto relacionado con la violencia intrafamiliar es el de **violencia de género**. Al hablar de **violencia de género** nos referimos a una violencia dirigida hacia la mujer dada su posición de desigualdad respecto al hombre, dado que en este tipo de violencia el objetivo principal es intentar dominar a la mujer. Es importante señalar que el concepto de género posee dos proposiciones que están interconectadas: el género es un elemento presente y constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias percibidas entre los sexos y es la forma a través del cual se significa la distribución del poder. Por tanto, es por y a través del género desde el cual se distribuye el poder como un control diferenciado a acceso de recursos materiales y simbólicos.

Dado lo anterior, se puede señalar que la violencia de género *“abarca todos los actos mediante los cuales se discrimina, ignora, somete y subordina a las mujeres en los diferentes aspectos de su existencia. Es todo ataque material y simbólico que afecta su libertad, dignidad, seguridad, intimidad e integridad moral y/o física”*.<sup>7</sup>

Es así que la violencia de género se manifiesta tanto en el espacio público como en el espacio privado más íntimo, en el cual se enmarca la violencia ejercida hacia la mujer por su pareja o ex pareja sentimental, a este tipo de violencia también se le conoce como **violencia doméstica** o **violencia de pareja**, ya que implica una relación íntima, a través de la cual el cónyuge, ex cónyuge, conviviente, ex conviviente o el padre de un hijo en común ejerce algún tipo de maltrato hacia la mujer.

Por tanto, considerando el concepto de género, al hablar de violencia de pareja, nos referimos al tipo de maltrato (habitual, emocional, físico o sexual) dentro del contexto intrafamiliar ejercido hacia la mujer por su pareja actual o ex pareja.

En este contexto intrafamiliar la violencia ejercida hacia la mujer posee un objetivo instrumental, ya que pretende la sumisión de la mujer a través de la dominación por parte de su pareja o ex pareja, es de difícil predicción por parte de la mujer, ya que es discontinua, es decir, es un proceso global cuyo inicio es la desigualdad entre los géneros, se perpetúa a través de la dominación de uno por sobre el otro y termina con la manifestación de la violencia propiamente tal con la finalidad de mantener dicha desigualdad. Este tipo de violencia, vivida en el espacio íntimo, y por tanto, generalmente invisibilizada por mucho tiempo, puede ocasionar graves consecuencias emocionales y también físicas a la mujer, lo cual a su vez repercute en un daño a la sociedad en general<sup>8</sup>.

7 Velázquez, Susana; “Violencias cotidianas, violencia de género”, 1ª edición, Editorial Paidós, 2003, Buenos Aires, Argentina.

8 BARRERO, R. y col. *Manual sobre Investigación para casos de Violencia de Pareja y Femicidios en Chile*, Ministerio Público, Santiago, Chile, Lom Ediciones, 2012.

### III. Ley 20.066

Como ya se señaló, el objeto de la Ley N°20.066 es prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de las mismas (artículo 1°), siendo deber del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia (artículo 2°), así también el Estado deberá adoptar políticas tendientes a prevenir la violencia intrafamiliar, especialmente hacia aquellas víctimas más vulnerables, mujeres, niños y adultos mayores, debiendo prestar asistencia a las mismas (artículo 3°).

Las normas mencionadas tienen un fundamento constitucional en el artículo 1° de la Carta Fundamental que declara en su inciso primero que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, en su inciso segundo refiere que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, y en su inciso quinto expresa que *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...”*. Asimismo, en el artículo 19 N°1 se dispone que *“La Constitución asegura a todas las personas: 1.° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”*.<sup>9</sup>

Según los tres artículos de la Ley N°20.066 antes mencionados, el Estado debe cumplir con las funciones de prevenir y eliminar situaciones de violencia intrafamiliar, pero también sancionar (en el ámbito de Tribunales de Familia o en sede penal) a quienes cometen estos actos, junto con proteger y brindar asistencia a las víctimas.

De las acciones de prevención que a modo ilustrativo señala el artículo 3° de la ley es posible establecer que el Estado debe intervenir, a distintos niveles y con diferentes actores sociales, en la implementación de diversas medidas que van desde la incorporación en los planes de estudio del sistema educativo contenidos orientados a modificar patrones que validen prácticas maltratadoras, a capacitar a funcionarios públicos vinculados con la aplicación de la ley, al desarrollo de políticas y programas de seguridad pública tendientes a los objetivos de esta ley que son prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar, así también trabajar con la sociedad civil favoreciendo iniciativas que provengan desde este espacio, adoptar medidas que posibiliten cumplir con las convenciones internacionales en estas materias y también llevar un registro estadístico de los casos de violencia intrafamiliar.

---

9 En relación a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile al suscribir estas convenciones o acuerdos internacionales, puede revisarse el artículo de la Abogada de la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía de Chile Ivonne Sepúlveda *“Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Comentarios y Algunos Ejemplos de su Incipiente Reconocimiento Jurisprudencial”*, Revista Jurídica del Ministerio Público N°60 Septiembre 2014.

Según el ya mencionado artículo 5°, se entiende que el maltrato ejercido dentro del contexto intrafamiliar, es aquel que atenta contra la vida, la integridad física o psíquica de miembros de la propia familia por afinidad o consanguinidad en toda la línea recta y colateral hasta el tercer grado inclusive, así como también hacia él o la actual y ex cónyuge y él o la actual y ex conviviente. También se considera violencia intrafamiliar cuando ésta sucede entre padres de hijos en común, o va dirigida hacia menores de edad, personas con discapacidad o personas de la tercera edad.

Por otro lado, esta ley hace una distinción entre aquellas situaciones de violencia intrafamiliar que no constituyen delito de aquellas que sí lo son. Respecto de los primeros, son abordados por los Tribunales de Familias, y en cuanto a los segundos, se resuelven en los Tribunales de Garantía o en los Tribunales Oral en lo Penal.

Los hechos considerados delitos cometidos en el contexto intrafamiliar son el maltrato habitual, las lesiones físicas, las amenazas y las agresiones sexuales, entre otros que también pueden ser cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

Resulta de suma relevancia en esta ley lo que se establece en el artículo 7° en lo relativo a la evaluación de riesgo inminente que es posible detectar aun cuando la conducta no se haya concretado. En este tipo de situaciones el tribunal posee la facultad de decretar las medidas accesorias o cautelares que estime pertinente. Un aspecto relevante de este artículo es el énfasis que otorga a la existencia de presunción de riesgo inminente cuando el ofensor, de manera violenta, no acepta el término de la relación sentimental con la víctima. Así también centra su interés en la protección de las víctimas más vulnerables tales como mujeres embarazadas, con discapacidad o que presenten alguna condición que las haga más susceptibles de sufrir una agresión en el contexto intrafamiliar.

El artículo 9° de esta ley hace referencia a las medidas accesorias que puede adoptar el Juez del Tribunal de Familia en su sentencia y por los Jueces de Tribunales con competencia en lo Penal cuando el acto constituya un delito de violencia intrafamiliar. Estas medidas accesorias hacen referencia a: a) obligar al ofensor a abandonar el hogar que comparte con la víctima, b) prohibición del ofensor a acercarse a la víctima al lugar donde ésta vive, estudie o trabaje, o cualquier lugar que sea frecuentado por la víctima, c) prohibición de porte o tenencia de armas de fuego, d) asistencia obligatoria a programas de terapia u orientación familiar, y e) obligación a presentarse a la unidad policial determinada por el juez.

La ley establece que estas medidas accesorias deben aplicarse dentro de un período de tiempo no inferior a seis meses pero no superior a dos años. El

plazo puede prorrogarse a petición de la víctima si las situaciones que justifican la aplicación de estas medidas accesorias se mantienen.

Cabe mencionar que en el artículo 10° se señala que la policía deberá detener a quien sorprenda quebrantando de modo flagrante estas medidas accesorias.

Importante resulta destacar el artículo 15° de esta ley que regula las medidas cautelares. Al respecto se señala que el Tribunal con competencia en lo Penal podrá decretar estas medidas en cualquier etapa del proceso, incluso antes de la formalización de la investigación. Las medidas que el tribunal puede adoptar son las que se refieren al artículo 7° de esta ley y el artículo 92 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia cuyo propósito es proteger a la víctima y a su grupo familiar, así como su subsistencia económica e integridad patrimonial. El artículo 11° de la ley 20.066 consigna que en la sentencia el condenado estará obligado a pagar a la víctima desembolsos y perjuicios de carácter patrimonial que se hubieren ocasionado producto de los actos de violencia intrafamiliar tratados en el juicio.

Lo relevante de este artículo es el énfasis que se otorga al momento de decretar estas medidas cautelares, se señala que deben ser oportunas, lo cual posibilita que pueden ser aplicadas en cualquier etapa del proceso ya que responden a la necesidad de minimizar el riesgo. Junto con ello, se señala que deberán ser eficaces, de lo que se desprende la importancia de brindar protección a la víctima en el momento que ésta lo requiera.

## IV. Presentación caso

### Antecedentes relevantes

En el año 2008, una joven de 16 años de edad aproximadamente, PAULA, a través de amigos en común conoce a un joven de alrededor de 19 años, MANUEL, con éste mantuvo una relación sentimental hasta el año 2011<sup>10</sup>.

Durante este período la pareja mantuvo una relación de convivencia de seis meses aproximadamente, la cual se inició cuando la joven quedó embarazada. El hijo de ambos nació en el mes de octubre del año 2010.

Según relato de PAULA, en el período de convivencia comenzó a experimentar los primeros episodios de violencia, inicialmente vivenció violencia de tipo emocional manifestada en descalificaciones y abandono, luego de tipo económica ya que MANUEL se constituía en el único proveedor, es así que en ocasiones PAULA no contaba con dinero para alimentarse pese a estar embarazada así como tampoco para movilizarse, posteriormente vivenció episodios

---

10 Los nombres han sido modificados a fin de mantener la reserva y confidencialidad de la información relativa a la identidad de los partícipes en los hechos relatados.

de violencia física, primero se manifestaron en empujones, zamarreos, y luego golpes físicos. Cabe mencionar que durante este período de tiempo, la joven se mantuvo aislada tanto de su familia de origen como de su grupo de amigos, sin embargo, logró finalizar la convivencia luego que su padre la visitó en su domicilio percatándose del deteriorado estado físico y emocional de PAULA.

Pese al cese de la convivencia, la relación de pareja se mantuvo hasta que finalizó definitivamente en el año 2011, sin embargo, los episodios de violencia persistieron en el tiempo hasta el mes de abril de 2014 aproximadamente.

Luego del quiebre definitivo de la relación de pareja por decisión de PAULA, mantenida y sostenida en el tiempo por ésta, la conducta violenta de MANUEL persistió, siendo el motivo principal la no aceptación definitiva de la ruptura, desplegando a su vez un comportamiento coercitivo hacia PAULA con la finalidad de retomar la relación con la joven.

### Antecedentes jurídicos según aplicación de la Ley 20.066

Con fecha 3 de enero de 2014, MANUEL, ex pareja de PAULA y padre de su hijo, fue formalizado por el delito de amenazas respecto de la joven, decretándose la medida cautelar contemplada en la letra b) del artículo 9 de la Ley 20.066, es decir, la prohibición de acercamiento a la joven<sup>11</sup>.

La medida anteriormente mencionada, fue notificada a MANUEL personalmente en la misma audiencia de formalización, por lo cual éste adquirió pleno conocimiento de la misma.

Posteriormente, con fecha 10 de abril de 2014, mientras la joven se encontraba en la vía pública esperando locomoción para dirigirse a clases a su universidad, llegó al lugar MANUEL, quién tenía conocimiento tanto del domicilio de PAULA como de su rutina diaria.

En ese espacio público, y en presencia de MANUEL, PAULA saludó a la distancia a un joven que ella conocía y que transitaba por el lugar. Dado este evento casual MANUEL agredió verbalmente a PAULA a través de descalificaciones cuyo contenido se relacionaba con críticas hacia su dignidad como mujer dado que mantenía contacto y/o vínculos de amistad con jóvenes distintos a él. En ésta misma línea MANUEL prohibía a PAULA que iniciara una nueva relación sentimental con otro joven, ya que en forma persistente le insistía retomar la relación de pareja con él.

Dado que la agresión verbal y la discusión entre PAULA y MANUEL aumentaba en intensidad por los motivos antes señalados, MANUEL golpeó con su puño en el rostro a PAULA, junto a esto, trasladó a la joven de manera

11 13° Juzgado de Garantía de Santiago, causa RUC 1300828496-7, RIT 8777-2013.



coercitiva por varias cuadras del sector, para finalmente agredirla nuevamente mediante mordeduras en su rostro y mano.

Cabe señalar que las agresiones descritas fueron evaluadas por un centro de urgencia de la Comuna de Ñuñoa el que constató una contusión y hematoma en la región molar izquierda, heridas punzocortantes y erosivas en región malar derecha e índice izquierdo

Es importante destacar lo ya señalado respecto que al momento de efectuarse la agresión antes descrita, MANUEL se encontraba sujeto a la medida cautelar de prohibición de acercarse a PAULA, de la que había sido informado personalmente en la audiencia de formalización por el delito de amenazas celebrada en el 13 Juzgado de Garantía con fecha 3 de enero de 2014. No obstante, MANUEL transgredió esta medida cautelar cometiendo un nuevo delito.

Luego que PAULA efectuó la respectiva denuncia por el hecho anteriormente descrito, MANUEL fue detenido por la policía y el Ministerio Público procedió a su formalización por los delitos de desacato y lesiones. El tribunal resolvió nuevamente dejarlo en libertad, sujeto a la misma medida cautelar anterior, esto es, prohibición de acercamiento a la joven.

Cabe mencionar que al día siguiente de esta última formalización, MANUEL publicó en su cuenta de Facebook un comentario con contenido amenazante sin mencionar directamente el nombre de PAULA, sin embargo ésta interpretó dicho mensaje como una amenaza dirigida hacia ella, por lo cual interpuso una nueva denuncia en carabineros, la cual fue derivada a Fiscalía. PAULA tuvo conocimiento de este mensaje a través de una amiga quien le envió el comentario a su teléfono celular.

Pese a lo anterior, MANUEL continuó amedrentando a PAULA, a través de mensajes de texto enviados a su celular o mediante llamadas telefónicas. El contenido de los mensajes revelaba que MANUEL aún no aceptaba el término definitivo de la relación.

Recibida la nueva denuncia en la Fiscalía Local de Peñalolén – Macul, la fiscal a cargo de la causa y la profesional de la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos, realizaron una evaluación de la situación, especialmente del riesgo que afectaba a la víctima considerando que se poseía el antecedente que MANUEL transgredía las medidas cautelares decretadas por el tribunal con el fin de cumplir su objetivo, por lo que PAULA estaba expuesta a sufrir eventualmente nuevas agresiones. Producto de esta evaluación se adoptó la decisión de otorgar a PAULA Medidas Autónomas de Protección, que son aquellas en las que no se requiere la intervención de un Juez tales como rondas periódicas de Carabineros, entrega de teléfono celular y alarma personal. También se le ofreció la alternativa de trasladar a PAULA junto a



su hijo a una casa de acogida para víctimas de violencia intrafamiliar, medida de protección que la joven rechazó tajantemente, toda vez que percibía esta alternativa como una medida que atentaba contra su libertad y la desarraigaba de su entorno familiar y social.

Posteriormente, con fecha 30 de enero de 2015 se realizó el Juicio Oral en el 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago<sup>12</sup>. En su alegato de apertura la fiscal del Ministerio Público expuso la acusación contra el imputado por los delitos de lesiones menos graves, amenazas y desacato, todos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, previstos y sancionados en los artículos 399, 296 N°3 del Código Penal, ambos en relación con el artículo 5° de la Ley 20.066 y en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. En concordancia con esto, solicitó respectivamente las siguientes penas: a) 100 días por el delito de lesiones menos graves; b) 100 días por el delito de amenazas; c) 600 días por el delito de desacato más las medidas accesorias del artículo 9° de la Ley 20.066, tales como someterse a un tratamiento psicológico, prohibición de acercarse a la víctima y prohibición de porte y tenencia de armas de fuego, todo lo anterior por un período de un año.

En la sentencia condenatoria, el mencionado Tribunal Oral en lo Penal dio por acreditado los delitos de lesiones menos graves y desacato en contexto de violencia intrafamiliar, es así que este Tribunal consignó en su sentencia lo siguiente: *“De esta manera, se probó que –MANUEL– participó de manera inmediata y directa en la comisión de los delitos de lesiones menos graves y de desacato por los cuales se condena, correspondiéndole de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal, la calidad de autor de los mismos”*.<sup>13</sup> Sin embargo, descartó el delito de amenazas, ya que por un lado se estimó que en la acusación se vulneró el principio de congruencia<sup>14</sup> dado que se consignó que la víctima había recibido un llamado telefónico por parte de su ex –conviviente, sin embargo, en estrados ésta señaló que tuvo conocimientos del mensaje con contenidos amenazantes a través de una amiga que le envió la información a su teléfono celular, y por otro, el tribunal señaló en su sentencia que dicho comentario fue de tipo masivo, es decir, no consignó a un destinatario en particular, por lo cual éste resultaba “vago e impreciso”.<sup>15</sup>

12 Sentencia Condenatoria del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 30 de enero de 2015, Causa RUC 1400355053-3, RIT 262 – 2014.

13 Considerando Decimotercero de la Sentencia Condenatoria del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 30 de enero de 2015, Causa RUC 1400355053-3, RIT 262 – 2014.

14 Considerando Decimocuarto de la Sentencia Condenatoria del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 30 de enero de 2015, Causa RUC 1400355053-3, RIT 262 – 2014.

15 Considerando Decimocuarto de la Sentencia Condenatoria del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 30 de enero de 2015, Causa RUC 1400355053-3, RIT 262 – 2014.

En cuanto al delito de desacato en contexto de violencia intrafamiliar el tribunal consignó que éste posee “*la naturaleza jurídica de un delito pluriofensivo, puesto que, por un lado resguarda el funcionamiento del sistema judicial y el imperio de las resoluciones judiciales, y por otro salvaguarda la tutela de la persona que se trata de proteger*”.

Sumado a lo anterior, el tribunal señaló en su sentencia que el objetivo de las medidas cautelares en el contexto de violencia intrafamiliar es evitar “*impredicibles consecuencias*” para las víctimas, siendo necesario y relevante, según opinión del Tribunal, mantener y resguardar el imperio del derecho para no frustrar la finalidad de estas al imponerlas.

Por tanto, los sentenciadores del 7° Tribunal Oral en lo Penal, absolvieron a MANUEL por el delito de amenazas, pero lo condenaron por el delito de lesiones menos graves y desacato, a 300 y 541 días respectivamente. Por otra parte el tribunal consideró que se cumplían los requisitos del artículo 4 de la Ley 18.216 por lo cual concedió la pena sustitutiva de la Remisión Condicional de la Pena, con lo cual MANUEL obtenía su libertad.

También se condenó a MANUEL, a la medida accesorias establecida en la letra b) del artículo 9 de la Ley 20.066, esto es, la prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio, por el lapso de un año, contado desde que quedara en libertad.

## V. Análisis crítico del caso a la luz de la Ley 20.066

A continuación se expondrán los puntos de análisis más relevante en cuanto a la aplicación de la Ley 20.066 en el caso de violencia de pareja antes expuesto:

- PAULA, la víctima, denunció a su ex pareja y padre de su hijo MANUEL, por el delito de AMENAZAS, por el cual fue formalizado aplicándose la medida cautelar contenida en el artículo 9° de la Ley 20.066 consistente en prohibición de acercarse a la joven.
- Pese a lo anterior, alrededor de 3 meses después y aún con la medida cautelar vigente antes mencionada, MANUEL agredió físicamente a PAULA en la vía pública. Por este nuevo hecho, MANUEL fue formalizado por el delito de desacato y lesiones menos graves.

Las medidas cautelares decretadas en el ámbito de Tribunales de Familia como en lo Penal, en virtud de lo dispuesto en la Ley N°20.066, tienen como finalidad principal proteger a la víctima, aún más, el artículo 15° agrega “*de manera eficaz y oportuna*”, siendo éste el sentido de la citada ley, la que como ya se señaló, tiene un fundamento constitucional. Sin embargo, en este caso observamos una falencia en el cumplimiento de este objetivo, ya que la ley no señala a quién o qué instituciones deberán cautelar o supervisar el cumpli-

miento de estas medidas por parte del imputado, así como tampoco se hace mención del tipo de mecanismo que se deberá utilizar para dar cumplimiento a las mismas.

Según el artículo 15° de la ley, en ambas situaciones violentas sufridas por PAULA, las medidas cautelares fueron decretadas en forma oportuna, sin embargo, no fueron eficaces, dado que la víctima se vio expuesta a sufrir nuevas agresiones y las sufrió, pese a que el imputado tenía prohibición de acercarse a ésta.

Del mismo modo, tampoco fue posible prevenir, tal como lo señala el objeto de la Ley 20.066, que PAULA sufriera una nueva agresión a manos de su ex pareja, ya que según lo consignado en el artículo 10°, la policía deberá detener a quien sorprenda in fraganti quebrantando estas medidas, situación que es muy difícil que ocurra en la práctica, particularmente cuando las víctimas están siendo objeto de agresiones por parte de sus ofensores.

Así las cosas, y luego de la segunda instancia de formalización, MANUEL continuó realizando intentos por amedrentar a PAULA manteniendo a ésta en un permanente estado de alerta e hipervigilancia, aumentando a su vez su desconfianza y decepción hacia el sistema penal, la cual se acrecentó luego del resultado de la audiencia de juicio oral, dado que la joven esperaba una sanción privativa de libertad para el imputado.

Sumado a lo anterior, la molestia de PAULA hacia el sistema penal se vinculaba con la escasa protección que este le brindaba, y más aún, su frustración aumentó cuando se le ofreció la alternativa de vivir temporalmente con su hijo en una casa de acogida como medida de protección, ya que evaluó esta medida como un castigo hacia ella, quien se constituía en la víctima, mientras el imputado gozaba de libertad.

## VI. Comentarios finales

De acuerdo a la presentación del caso de violencia de pareja y el análisis realizado a la luz de la aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar 20.066, se desprenden los siguientes comentarios finales:

- Las medidas de protección consignadas en la ley son más bien de tipo simbólicas, ya que su implementación no resulta efectiva para cumplir con la finalidad de otorgar a las víctimas una protección oportuna y eficaz si no está descrito un mecanismo tendiente a garantizar y evaluar su cumplimiento. Determinar quién o quiénes son garantes de controlar el curso que toman estas medidas una vez decretadas y definir de qué forma se llevará a cabo dicha supervisión resulta fundamental a la hora de garantizar una real protección a las víctimas.

- En concordancia con el punto anterior, no hay recursos ni herramientas legales suficientes para que operadores sociales con especialización y con conocimiento cabal de la Ley N°20.066 puedan realizar un seguimiento y monitorear el cumplimiento de las medidas cautelares. Carabineros se siente sobrepasado con el gran número de medidas que recepciona, alrededor de 14 mil anualmente en la Región Metropolitana según lo señalado por la Generala Marcia Raimann Vera, jefe de zona de la Dirección de Protección de la Familia de Carabineros de Chile (DIPROFAM)<sup>16</sup>.
- El abordaje fragmentado de los temas de familia, que implica el trabajo no siempre coordinado del Ministerio Público con los Tribunales de Familia. Por otro lado, el Sistema Penal no integra en sus resoluciones de delitos cometidos en el contexto intrafamiliar los temas vinculados al régimen comunicacional o pensión de alimentos cuando hay hijos en común, esto en ocasiones deja a las víctimas expuestas a su ofensor cuando no poseen otro apoyo en términos de mantención económica hacia los hijos.
- El enfoque de la Ley N°20.066 está centrado en el contexto amplio de violencia intrafamiliar, es decir, las sanciones judiciales se afrontan en conjunto con otro tipo de víctimas como son los niños, personas con discapacidad y adultos mayores. Esto quiere decir que la legislación chilena no posee un cuerpo legal que aborde y se centre exclusivamente en la violencia y protección a las mujeres, lo cual podría otorgar otra mirada y/o brindar mayores recursos tanto humanos como económicos o materiales.
- La Ley N°20.066 dentro de las medidas preventivas que señala a título ilustrativo en la letra b) de su artículo 3°, dispone que se debe “*Desarrollar planes de capacitación para los funcionarios públicos que intervengan en la aplicación de esta ley*”, sin embargo, no se contemplan recursos para otorgar una formación especializada en materias de violencia intrafamiliar o violencia de género a los distintos operadores/actores sociales, así como tampoco se contemplan recursos humanos en beneficio de aquellas instituciones que poseen una mayor carga de trabajo, como por ejemplo el Ministerio Público.
- Finalmente, se rescata el hecho que en Chile se ha ido avanzando en materias de políticas públicas de igualdad género, y especialmente en temas relacionados con la violencia hacia las mujeres y su protección, pero sólo la existencia de un cuerpo legal no es suficiente, sino que se requiere de una respuesta institucional, consistente y coordinada, que esté a la altura de la complejidad del fenómeno que subyace a este tipo de violencia.

---

16 BEAUCHAT, Sofia “Ante Femicidios, ¿sirve o no la prohibición de acercamiento?”. En: *Revista Ya*, Diario El Mercurio, N°1658, Santiago, Chile, 30 de junio de 2015.

## Referencias Bibliográficas

- Beauchat, Sofía “Ante Femicidios, ¿sirve o no la prohibición de acercamiento?” En: Artículo Revista Ya, Diario El Mercurio, N°1658, Santiago, Chile, 30 de junio de 2015.
- Barrero, R. y col. “Manual sobre Investigación para casos de Violencia de Pareja y Femicidios en Chile”, Ministerio Público, Lom Ediciones, Santiago, Chile, 2012.
- Casas, L.; “Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar: ¿un cambio de paradigma? en Anuario de Derechos Humanos, 2006. /pp 197 – 202.
- Casas, V.; y Vargas, M.; “La respuesta estatal a la Violencia Intrafamiliar”. Revista de Derecho, Volumen XXIV – N°1 – Julio 2011. /pp 133 – 155.
- Sepúlveda S., Ivonne. “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Comentarios y Algunos Ejemplos de su Incipiente Reconocimiento Jurisprudencial”. En: Revista Jurídica del Ministerio Público N°60 Septiembre 2014.
- Velázquez, Susana; “Violencias cotidianas, violencia de género”, 1ª edición, Editorial Paidós, 2003, Buenos Aires, Argentina.
- Ley 20.066 disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648/> [fecha consulta: 1 julio 2015].

UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---



## COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SAN FERNANDO QUE CONDENA A NOTARIO PÚBLICO POR DELITO ESPECIAL DE FALSIFICACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

*Alejandro Litman Silberman<sup>1</sup>*

Con fecha 8 de diciembre del año 2014 el Tribunal Oral en lo Penal de San Fernando condenó, por mayoría, a un ex Notario Público de la misma ciudad como autor del delito especial de falsificación del artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales (COT), en relación a los artículos 440 letra b) y 426 N°2 del mismo cuerpo legal<sup>2</sup>.

El referido Tribunal resolvió, asimismo, absolver al acusado de los otros cargos fiscales y particulares imputados en las respectivas acusaciones, relativos a ser autor del delito previsto en los artículos 441 en relación a los artículos 440 letra e) y 401 N°7, todos del Código Orgánico de Tribunales, así como de los delitos contemplados en los artículos 193 N°4 y N°5 del Código Penal.

La decisión de condena y la de absolución fueron adoptadas, respectivamente, con el voto en contra y la prevención de uno de los magistrados, quien estuvo por absolver al acusado de todos los cargos formulados en su contra.

En contra de esta sentencia definitiva la defensa del condenado interpuso un recurso de nulidad fundado en las causales de los artículos 373 letra a)<sup>3</sup> y 374 letra e)<sup>4</sup>, ambos del CPP.

La Excma. Corte Suprema, procediendo en la forma que autoriza el artículo 383 del CPP, ordenó remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones de Rancagua para que, previa revisión en cuenta de la admisibilidad del recurso, en su caso, fijara audiencia para su conocimiento y fallo. No obstante ello, y ante la solicitud del CDE de que se declarara la inhabilidad de los Ministros y Fiscal Judicial de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua para conocer

- 1 Abogado de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Sentencia dictada con fecha 8 de diciembre del año 2014 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando, en causa RIT 18-2014, RUC 1000480607-2.
- 3 Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y
- 4 Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);



del recurso de nulidad, fundada en la causal del artículo 196 N°10 del COT<sup>5</sup>, la Excma. Corte declaró la implicancia de todos ellos por haber manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente, pasando los antecedentes a la Illma. Corte de Apelaciones de Talca.

Finalmente, la Illma. Corte de Talca resolvió, por unanimidad, rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, quedando así firme el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de San Fernando.

El origen de esta investigación penal se encuentra en una falta administrativa, constituida por la infracción al artículo 412 del COT<sup>6</sup>. La conducta desplegada por el acusado con el objeto de encubrir dicha falta derivó en la comisión de un delito.

## I. Antecedentes

Los hechos investigados en esta causa ocurrieron durante el mes de agosto del año 2006, y se referían a ciertas actuaciones de un ex Notario de la ciudad de San Fernando en torno a una escritura pública en que intervino su cónyuge y que pese a ello fue autorizada por éste, así como a la serie de actuaciones posteriores realizadas por el acusado.

En efecto, el Notario acusado autorizó una escritura pública firmada por su cónyuge y la socia de ésta, asignándosele el correspondiente número de repertorio y remitiéndose al Conservador de Bienes Raíces de Rancagua para su inscripción, siendo devuelta sin inscribir atendido lo dispuesto en el artículo 412 N°1 del COT<sup>7</sup>, luego de lo cual el Notario sustituyó la matriz original por otra de igual contenido y repertorio, pero esta vez con una sola firma y huella, y con el número de repertorio impreso en computador, ordenando dejar sin efecto la segunda escritura.

La acusación de la Fiscalía fue del siguiente tenor:

*“Con fecha 26 de agosto del 2006, en la Notaría en la ciudad de San Fernando, en circunstancias que el acusado P.B.T. tenía la calidad de Notario Titular de*

5 Artículo 196.- Son causas de recusación: 10. Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella;

6 Art. 412. Serán nulas las escrituras públicas: 1. Que contengan disposiciones o estipulaciones a favor del notario que las autorice, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, y 2. Aquellas en que los otorgantes no hayan acreditado su identidad en alguna de las formas establecidas en el artículo 405, o en que no aparezcan las firmas de las partes y del notario.

7 Artículo 412.- Serán nulas las escrituras públicas: 1. Que contengan disposiciones o estipulaciones a favor del notario que las autorice, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos,

la Segunda Notaría de San Fernando, procedió a autorizar la escritura pública de constitución de la Sociedad M.A.G.L. o N.G.L., cuyos socios eran N.P.M.V. y P.X.F.Á., esta última cónyuge del notario P.B. La mencionada escritura fue firmada por ambas socias y autorizada por el acusado en su calidad de notario, quedando de esta manera perfeccionada. A esta escritura se le asignó el número de repertorio N°1148 de fecha 26 de agosto del 2006 y se incorporó al protocolo correspondiente con los números de fojas 3771 al 3776 y se extendieron dos copias, las que fueron debidamente autorizadas por el acusado B. T., las cuales fueron remitidas para ser inscritas en el Conservador de Bienes Raíces de Rancagua, quien se negó a inscribirlas por advertir que adolecía de un vicio de nulidad basado en el vínculo matrimonial del acusado con una de las socias, a saber doña P.X.F.Á..

Estando en conocimiento de lo anterior, el acusado en su calidad de notario procedió a sustituir la matriz original de la escritura social antes mencionada incorporando en su lugar un nuevo documento, otra escritura de la misma Sociedad M.A.G.L. o N.G.L. con las mismas socias N.M.V. y P.F.Á. pero esta vez sólo con la firma de P.F., procediendo luego el acusado a certificar con su firma y timbre con fecha 26 de Octubre de 2006, al final de dicho documento, lo siguiente: “La escritura precedente queda sin efecto por no haberse suscrito por todos sus otorgantes y haber transcurrido el plazo legal para hacerlo”, en este instrumento el Notario acusado autorizó una firma que tiene estampado junto a la firma de P.F. una huella dactilar que no corresponde a esta persona, afirmando en dicho texto en comprobante y previa lectura firmar e imprimen su dígito pulgar derecho, se da copia y doy fe y se ingresa al repertorio natural, bajo el N°1148, en circunstancia que estaba en conocimiento de la existencia de otra escritura” (Sic).

En el sumario administrativo que se instruyó por estos hechos, al que se hace referencia en diversos pasajes del fallo, se le formularon una serie de cargos al Notario consistentes en haber retirado intencionalmente una matriz haciendo perder el carácter de público a la respectiva escritura; haber falsificado una matriz para reemplazarla por la auténtica, haciéndola así caducar e incorporando en ella una huella falsa; y finalmente haber introducido en su protocolo una matriz falsa.

## II. Hechos que el Tribunal Oral tuvo por acreditados

Resulta interesante el ejercicio analítico que realizan los jueces en orden a tener por acreditados los distintos hechos que van construyendo en forma lógica y secuencial la imputación en contra del acusado.

En un primer término, se analiza el “hecho base” o elemento común a los delitos imputados, consistente en lo siguiente:

“Que con fecha 26 de agosto del 2006, en la Notaría en la ciudad de San Fernando, en circunstancias que el acusado P.B.T. tenía la calidad de Notario Titular de la Segunda Notaría de San Fernando, procedió a autorizar la escritura pública

*de constitución de la Sociedad M.A.G.L. o N.G.L., cuyos socios eran N.P.M.V. y P.X.F.Á., esta última cónyuge del notario P.B.. La mencionada escritura fue firmada por ambas socias y autorizada por el acusado en su calidad de notario, quedando de esta manera perfeccionada. A esta escritura se le asignó el número de repertorio N<sup>a</sup> 1148 de fecha 26 de agosto del 2006 y se incorporó al protocolo correspondiente con los números de fojas 3771 al 3776 (...)*<sup>8</sup>.

A partir de la diversa prueba testimonial, documental y pericial aportada, así como de su razonamiento y valoración por parte del Tribunal Oral, éste tiene por acreditada la “premisa básica de los delitos imputados”, esto es, la existencia de una primera escritura repertorio 1148-2006 de la Notaría B., en los siguientes términos:

*“Por lo precedentemente razonado se tendrá por acreditado, más allá de toda duda razonable que en fecha indeterminada entre el 26 y 31 de agosto del 2006, en la Notaría en la ciudad de San Fernando, en circunstancias que el acusado P.B.T. tenía la calidad de Notario Titular de la Segunda Notaría de San Fernando, procedió a autorizar la escritura pública de constitución de la Sociedad M.A.G.L. o N.G.L., cuyos socios eran N.P.M.V. y P.X.F.Á., esta última cónyuge del notario P.B. La mencionada escritura fue firmada por ambas socias y autorizada por el acusado en su calidad de notario, quedando de esta manera perfeccionada. A esta escritura se le asignó el número de repertorio N<sup>a</sup> 1148 de fecha 26 de agosto del 2006 y se incorporó al protocolo correspondiente con los números de fojas 3771 al 3776”*<sup>9</sup>.

Luego, el Tribunal se refiere a la existencia de una segunda escritura con el mismo repertorio, lo cual permite concluir que existió una sustitución de escrituras.

*“Con lo señalado precedentemente se han acreditado fehacientemente dos hechos fundamentales en lo que a este juicio compete, por una parte, la existencia de dos escrituras extendidas con el repertorio 1148 – 2006 de la notaría de P.B., las que difieren en la incorporación de firmas de sus otorgantes, una está completa y la otra cuenta con una sola firma y fue dejada sin efecto.*

*La existencia de dos escrituras con un mismo repertorio y por tanto incorporadas al protocolo llevan a la conclusión inevitable de que una fue sustituida por la otra, siendo irrelevante establecer cual fue elaborada en primer lugar pues, por el solo hecho de asignársele número de repertorio por parte del notario se entienden éstas jurídicamente incorporada en el respectivo protocolo, pudiendo permanecer en este solo una de ellas. En este punto conviene reiterar que la incorporación en el protocolo se produce al momento de asignársele un número de repertorio y no cuando son ingresadas materialmente al referido registro, pues estimarlo de esta última forma llevaría a la insólita situación de que una escritura podría encontrarse com-*

8 Considerando duodécimo.

9 Considerando trigésimo primero.

*pleta y por el solo hecho no ingresarse físicamente al protocolo, no cumplir con uno de los requisitos que expresamente señala el artículo 1699 del Código Civil, y en consecuencia no haber nacido a la vida del derecho*<sup>10</sup>.

Habiéndose acreditado la existencia de estos dos instrumentos y la secuencia lógica de su generación, el Tribunal tuvo por acreditado que “[...] el acusado en su calidad de notario sustituyó la matriz original de la escritura social antes mencionada incorporando en su lugar un nuevo documento, otra escritura de la misma Sociedad M.A.G.L. o N.G.L. con las mismas socias N.M.V. y P.F.Á. pero esta vez sólo con la firma de P.F., procediendo luego el acusado a certificar con su firma y timbre con fecha 26 de Octubre de 2006, al final de dicho documento, lo siguiente: ‘La escritura precedente queda sin efecto por no haberse suscrito por todos sus otorgantes y haber transcurrido el plazo legal para hacerlo’, en este instrumento el Notario acusado autorizó una firma que tiene estampado junto a la firma de P.F. una huella dactilar que no corresponde a esta persona, afirmando en dicho texto en comprobante y previa lectura firmar e imprimen su dígito pulgar derecho, se da copia y doy fe y se ingresa al repertorio natural, bajo el N°1148, en circunstancia que estaba en conocimiento de la existencia de otra escritura”<sup>11</sup>.

Finalmente, y luego de analizar individual y secuencialmente el conjunto de hechos que se imputan al acusado, en el considerando cuadragésimo quinto el Tribunal Oral enuncia la relación de hechos que tuvo por suficientemente establecida:

*“En fecha indeterminada pero entre el 26 de agosto y el 31 de agosto de 2006, en San Fernando, en circunstancias que el acusado P.B.T. tenía la calidad de Notario Titular de la Segunda Notaría de esa ciudad, procedió a autorizar la escritura pública de constitución de la Sociedad M.A.G.L. o N.G.L., cuyos socios eran N.P.M.V. y P.X.F.Á., esta última cónyuge del notario P.B. La mencionada escritura fue firmada por ambas socias y autorizada por el acusado en su calidad de notario, quedando de esta manera perfeccionada. A esta escritura se le asignó el número de repertorio N°1148 de fecha 26 de agosto del 2006 y se incorporó al protocolo correspondiente con los números de fojas 3771 al 3776. De esta escritura se extendieron a lo menos dos copias, las que fueron debidamente autorizadas por el acusado B. T. Éste remitió al menos una de tales copias para ser inscritas al Conservador de Bienes Raíces de Rancagua, quien se negó a inscribir la constitución de la sociedad en el registro respectivo por advertir que adolecía de un vicio de nulidad basado en el vínculo matrimonial del acusado con una de las socias, P.X.F.Á.. Estando en conocimiento de lo anterior, el acusado en su calidad de notario procedió a sustituir la matriz original de la escritura social antes mencionada incorporando en su lugar un nuevo documento, consistente en otra escritura de la misma Sociedad M.A.G.L. o N.G.L., fechada también el 26 de agosto del 2006 y con idénticas socias, N.M.V.*

10 Considerando trigésimo octavo.

11 Considerando trigésimo noveno.

y P.F.Á., pero esta vez solo con la firma de P.F. En este instrumento el acusado dejó constancia que se ingresó al repertorio natural bajo el N°1148, en circunstancias que estaba en conocimiento de la existencia de otra escritura con ese repertorio. Posteriormente, el acusado procedió a certificar con su firma y timbre con fecha 26 de octubre de 2006, al final de dicho documento, lo siguiente: *‘La escritura precedente queda sin efecto por no haberse suscrito por todos sus otorgantes y haber transcurrido el plazo legal para hacerlo’*.”

### III. Calificación jurídica de los hechos acreditados

El Tribunal estimó configurado el delito de falsificación previsto y sancionado en el artículo 441 del COT, en relación con los artículos 440 letra b) y 426 N°2 del mismo código, en grado de ejecución consumado, atribuyéndole al acusado P.A.B. T. participación culpable en calidad de autor ejecutor, según lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal (CP).

Dicha participación culpable se fundamenta en los siguientes aspectos de las conductas realizadas por el acusado:

- Autorizó una escritura de constitución de sociedad fechada el 26 de agosto de 2006, en la cual intervinieron como socias N.M.V. y su propia cónyuge P.F.Á., la que fue firmada por ambas y a la que se le asignó el número de repertorio 1148-2006, siendo debidamente foliada con fojas 3771 a 3776 para integrarla al correspondiente protocolo de escrituras públicas de esa notaría.
- Por un acto intencional suyo, la escritura no fue incorporada materialmente al protocolo, o bien fue sacada de éste antes de que ese registro fuera materialmente confeccionado con la agregación de las pertinentes escrituras, desapareciendo la matriz.
- Sustituyó dicha escritura por otra con el mismo número de repertorio y contenido contractual, pero que sólo fue firmada por una de las comparecientes, la que más tarde fue dejada sin efecto, lo que conllevó en forma inevitable que la primitiva escritura no esté incorporada en el protocolo, puesto que en su lugar se encuentra actualmente la segunda.
- Esas operaciones ilícitas (realizar la segunda escritura, sustituir la primera y hacerla desaparecer) fueron ejecutadas en la comuna y ciudad de San Fernando, lo que se desprende de que en esta ciudad se sitúa precisamente la notaría de la que era titular el acusado.
- En cuanto a las fechas de los hechos imputados, estos tuvieron lugar entre los días 26 de agosto de 2006 (fecha que indica la primera escritura y en la que fue autorizada por el entonces notario, foliándola y asignándole número de repertorio), y el 31 de agosto del mismo año (fecha en que

las socias otorgaron la escritura social definitiva ante el notario Hernán Barría), fecha esta última en la que debió haberse ya consumado la conducta del acusado tendiente a dejar sin efecto la primera escritura a través de la confección de la segunda.

En términos de iter criminis, el Tribunal Oral tuvo por establecido que el acusado concretó su objetivo delictivo, consistente en *“sustituir la matriz de una escritura por el autorizada por otra posterior, impidiendo que la primera se encuentra incorporada en el protocolo, habiéndola perder su carácter de escritura pública”*<sup>12</sup>.

#### IV. Considerandos de interés

En diversos considerandos esta sentencia presenta algunos aspectos interesantes que conviene destacar, particularmente en lo que a medios de prueba y valor probatorio se refiere, como cuáles son las pruebas que pueden servir de fundamento a la sentencia definitiva que pronuncie un Tribunal Oral; al valor probatorio que puede darse a la declaración de un testigo que consta por escrito; a las reglas prácticas de valoración de las pruebas documental, testimonial y pericial; a la incorporación de un expediente administrativo y su valoración probatoria; y finalmente al *non bis in idem* y la dualidad sumario administrativo - proceso penal.

##### a) Prueba, intermediación y fundamento de la sentencia definitiva

A este respecto el Tribunal se refiere a cuales son las pruebas que deben ser fundamento de la sentencia definitiva, indicando que son únicamente aquellas que se rinden durante el juicio oral, vinculando ello con el principio de la intermediación, en tanto debe existir contacto directo entre el juez y los medios de prueba.

En tal sentido se expresa en la primera parte del considerando décimo tercero:

*“La prueba que ha de servir de base a la sentencia es sólo la que se rinda en la audiencia de juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley (artículo 296 y 340 Inc. 2° del Código Procesal Penal), imponiéndose el principio formativo de la intermediación, es decir, que el tribunal debe tener un contacto directo con las partes, el material mismo de la causa y la prueba rendida en ella, sin que intervenga agencia o intermediario alguno.*

*En el proceso penal, no cabe duda que respecto del juicio oral recibe plena aplicación el principio de la intermediación, dado que la rendición de las pruebas debe realizarse oralmente dentro de la audiencia en la cual se contempla como requisito de vali-*

<sup>12</sup> Considerando cuadragésimo séptimo.

*dez la presencia ininterrumpida de los jueces, idea que coloca de manifiesto el contacto directo que debe existir entre juez y fuente de información (medio de prueba), tanto es así que se prohíben expresamente la actuaciones delegadas (artículo 35) y las excepciones están limitadas a la lectura de declaraciones anteriores en las hipótesis del artículo 331 del Código Procesal Penal y, bajo estrictos presupuestos legales, la prueba anticipada regulada en el artículo 280 en relación al 191 del mismo estatuto.*

*De acuerdo con ello, resulta evidente que todas las pruebas deben rendirse por las partes ante el tribunal de juicio oral dentro de la respectiva audiencia y solo esas pruebas son las que deberán ser ponderadas para fundamentar la decisión que se exprese en la sentencia (artículos 296, 340 y 342 letra c del Código Procesal Penal)”.*

## b) Naturaleza y fuerza probatoria de declaración de testigo contenida en un documento

Considerando la existencia de un sumario administrativo en contra el acusado, que dicho expediente fue acompañado íntegramente a la carpeta investigativa, y que entre su diverso contenido existían declaraciones de testigos, surgió para el tribunal la necesidad de pronunciarse acerca del valor probatorio de dichos testimonios, teniendo a la vista el ya mencionado principio de la inmediación como también el de la libertad probatoria consagrado en el artículo 295 del CPP.

En esta parte el tribunal, para efectuar su valoración, distingue entre el medio de prueba aportado y la fuente de información que se le proporciona, estimando que a la declaración de un testigo contenida en un expediente o carpeta investigativa debe asignársele valor de declaración, no de documento, sin perjuicio de aclarar que la labor valorativa realizada en sede administrativa no cabe tenerse por reproducida en esta instancia, atendido el principio de inmediación ya explicitado.

*“Íntimamente vinculado con el principio de inmediación, para efectos probatorios, se nos presenta el principio de la libertad probatoria (artículo 295 del CPP) el que determina que los hechos pueden ser probados por cualquier medio de prueba, indeterminación que para efectos de valoración impone la tarea al juzgador de distinguir, en el caso concreto, entre el medio de prueba aportado y cuál es la fuente de información que se le proporciona y debe ponderar, pues solo realizada esta determinación se podrá valorar correctamente. Lo anterior, se explica señalando que la declaración de un testigo contenida en un expediente o carpeta investigativa, vale como declaración y no como documento. La distinción anterior, en el caso de autos es de trascendental importancia pues las declaraciones que por vía documental llegan a manos del tribunal deben ser valoradas como tal y no en mérito del carácter del documento que las contiene, no siendo concebible estimar que dicho testimonio goza de las virtudes y ventajas probatorias del instrumento público que las contiene. Por*



*lo demás debe tenerse presente que parte importante del mérito probatorio de un testimonio deriva de su contra examen, el que respecto de la declaración contenida en un texto no es posible*<sup>13</sup>.

### c) Reglas y principios en la valoración de las pruebas

En este punto el tribunal se toma el tiempo de explicitar los principios en base a los cuales valoró la prueba documental, testimonial y pericial rendida por los intervinientes.

Respecto de la prueba testimonial, se menciona el grado de credibilidad del testigo como el elemento clave, agregando que son elementos objetivos para su determinación la coherencia y contextualización del relato, la existencia de corroboraciones periféricas, y la inexistencia de detalles oportunistas a favor del declarante, explicando en qué consiste cada una.

*“Explicando lo anterior, diremos que la coherencia del relato implica una persistencia en la incriminación, es decir, que la versión no tenga contradicciones, aspecto que no debe ser considerado en forma automática como sinónimo de verdad, ni con prescindencia de los demás elementos verificadores, pues dicha coherencia puede impresionar como un relato aprendido y ensayado –restando credibilidad– o como una narración precisa y contundente – la que entregue señales de pleno conocimiento y fidelidad del testimonio.*

*La contextualización del relato exige que éste ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos, es decir, que el declarante describa el ambiente vital, espacial o temporal en el que tuvieron lugar, de manera que lo declarado presente armonía con el ambiente descrito. Es decir, es un indicio de verosimilitud recordar qué se hizo antes o después, qué sucedía en el lugar, cuáles eran las condiciones del entorno, por ejemplo, temperatura, luminosidad, visibilidad, etc.*

*La existencia de corroboraciones periféricas implica que las demás fuentes de prueba coincidan con el relato, lo que exige señalar la existencia del antecedente corroborador y a partir del mismo explicar cómo cumple su función corroboradora.*

*Por último, la inexistencia de detalles oportunistas a favor del declarante, es decir, que éste haga mención a datos, normalmente innecesarios, que pretendan beneficiar una opción, por ejemplo, manifestaciones sobre la intencionalidad de una de las partes o la justificación de actuaciones propias o de la persona a quien se pretende beneficiar*<sup>14</sup>.

13 Considerando décimo tercero.

14 Considerando décimo cuarto.



En cuanto a la prueba pericial, atendida la dificultad que supone someter conocimientos técnicos a la valoración judicial, se expresan como criterios la coherencia del perito en su declaración, la contextualización de sus declaraciones, corroboraciones con datos técnicos, no realizar comentarios oportunistas, y su profesionalidad.

*“Por su parte, respecto de la prueba pericial se considerará que se trata de la prueba que con mayor facilidad puede escapar a la valoración judicial porque básicamente los conocimientos que expresa el perito no pertenecen a la ‘cultura general’. Si se llama a un perito al juicio es porque los jueces no tienen los conocimientos técnicos necesarios para resolver el caso concreto, dado que escapan de lo jurídico, o en el caso que los posean para garantizar la máxima objetividad y asertividad de dichos conocimientos.*

*A fin de evitar que el análisis de los peritajes en esta sentencia se limite a una transcripción de las razones del perito, es necesario establecer algunos criterios controlables por el juez que permitan el examen del dictamen. Es de esperar que el perito sea coherente en su declaración, puesto que si falla esta primera característica deberá despreciarse el peritaje; deberá contextualizar sus declaraciones; aportar datos técnicos que corroboren lo que dice y no realizar comentarios oportunistas. En el mismo sentido cabrá cuestionar al perito por su profesionalidad. Con todo ello, este tribunal podrá hacerse una idea de la verosimilitud de las afirmaciones del perito y en qué medida sus explicaciones resultan convincentes, o bien, son simples generalizaciones que se escudan en una supuesta erudición científica”<sup>15</sup>.*

Finalmente, a propósito de la prueba documental, el tribunal enuncia aquellas máximas de la experiencia de las que se vale, considerando que no existe en el proceso penal una norma que señale cual es el valor probatorio de los instrumentos públicos:

*“Por último, habiéndose incorporado por los intervinientes abundante prueba documental y no existiendo en proceso penal norma legal que señale el valor probatorio de instrumentos públicos, este tribunal se valdrá de las siguientes máximas de la experiencia: 1. Se presumirá autenticidad de los documentos públicos en tanto hayan sido otorgados por funcionario público competente y hayan observados las solemnidades que la ley les prescribe; 2. La autenticidad de los documentos privados emanados de las partes dependerá de si es no (sic) objeto de reconocimiento por parte de su autor (único que lo puede reconocer) sea éste formulado en forma expresa o tácita, materializándose ésta última en su no impugnación. 3. El valor probatorio de los instrumentos privados otorgados por terceros dependerá de la corroboración que haga del mismo el autor en el juicio, es decir, compareciendo en calidad de testigo, lo que a su vez determinará su examen como prueba testimonial”<sup>16</sup>.*

15 Considerando décimo cuarto, página 26.

16 Considerando décimo cuarto, página 27.

## d) Sumario administrativo y proceso penal

En diversos pasajes el fallo se refiere al valor probatorio que tendría tanto el expediente administrativo en su conjunto, como algunas de sus piezas, tales como declaraciones y documentos.

Así por ejemplo, en relación a la tesis de la Fiscalía en orden a que los hechos acreditados en sede administrativa deban tenerse como efectivos, se expresa en los párrafos finales del considerando décimo tercero que “[...] *el descrito principio de inmediación impone a este tribunal la obligación ineludible de alcanzar convicción sobre de la prueba rendida en este juicio, no siendo posible valerse de la labor valorativa desarrollada en otra instancia, por valiosa que esta sea*”<sup>17</sup>.

En el mismo sentido se indica que “...*la instancia administrativa no tiene por objetivo investigar delitos y que no pueden confundirse dos órdenes de responsabilidad distintos, pese a que pueden ser aplicados en el mismo suceso*”, para luego precisar que “*el nivel de convicción necesario en sede administrativa es enteramente distinto al que se requiere en lo penal, agregando que es notoriamente inferior*”<sup>18</sup>.

A este respecto se pronuncia también el voto en contra, expresando que por corresponder a dicho Tribunal el establecimiento de los hechos y su calificación jurídica, conforme a la valoración de las pruebas rendidas en la etapa procesal de juicio oral, “*no es posible entender, como lo sostienen los acusadores, que este Tribunal deba estarse al establecimiento y calificación que de los hechos se hizo en el respectivo sumario administrativo, investigación que estuvo acotada a la determinación de la responsabilidad disciplinaria del acusado, más no de su eventual responsabilidad penal; y ello no sólo porque se trata de regímenes de responsabilidad diferenciados, sujetos a diversos estándares de exigencia en cuanto al establecimiento y determinación de los hechos, sino porque la valoración de las pruebas corresponde única y exclusivamente a este Tribunal*”<sup>19</sup>.

Ilustrativo es también el siguiente ejemplo enunciado en el mismo voto en contra:

*“Por ello, y como se viene diciendo, no se puede dar lugar a la pretensión de los persegutores en términos de entender que el mentado documento, en especial la formulación de cargos y la resolución que impuso la respectiva sanción disciplinaria, tenga la fuerza que le atribuyen para probar hechos en sede penal.*

*Ello sería una circunstancia análoga, absurda y a todas luces ilógica, como incorporar una carpeta investigativa completa llevada por la fiscalía, concluyendo con su*

17 Considerando décimo tercero, página 23.

18 Considerando décimo tercero, citando a su vez el considerando 14° de la resolución de fojas 152 del sumario administrativo.

19 Voto en contra, página 81.

*acusación y la declaración del fiscal a cargo en el juicio, y entender que con tal mérito cabe tener por el establecido los hechos materia de la acusación. Tal interpretación transgrede todo nuestro ordenamiento jurídico penal y sus principios más básicos y elementales, tales como; el establecimiento del sistema acusatorio actual, la valoración de la prueba conforme a la sana crítica y la inmediación, el debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros*<sup>20</sup>.

#### e) Non bis in idem y concursos

En cuanto a los demás delitos imputados, el Tribunal los rechazó, entre otros motivos, por considerar que se infringía el principio de non bis in idem.

En efecto, respecto de la figura contenida en el artículo 242 del CP se indicó:

*“El Ministerio Público invocó en su libelo como infringida aquí, también, la norma del artículo 242 del Código Penal, que sanciona al empleado público que substraiga o destruya documentos o papeles que le estuvieren confiados en razón de su cargo, pero no argumentó sobre el punto, y el tribunal debió preferir, de acuerdo al principio de especialidad, la figura penal especialmente concebida para los notarios, antes indicada, y que comprendía –entre otras hipótesis– básicamente la misma conducta imputada en este cargo. En efecto, al haberse demostrado que el acusado es responsable por la substitución de una escritura por otra, haciendo desaparecer la primera, lo que configuró precisamente la infracción penal prevista en el artículo 441 del Código Orgánico de Tribunales para los notarios, no podría, al mismo tiempo –porque así lo plantearon los acusadores– configurarse la figura genérica referida, que es la prevista para cualquier empleado público. Ha de considerarse que este tipo penal genérico abarca dos verbos rectores, substraer y destruir, habiéndose acreditado, en lo pertinente según se ha dicho, que el acusado hizo desaparecer la llamada escritura 1, haciendo que perdiera el carácter de escritura pública, y la sustituyó por la denominada escritura 2, actividad que no requiere demostrar el destino final del primer documento, esto es, si fue destruido o simplemente ocultado, no contándose con información que permita aseverar lo que efectivamente aconteció. Por ende, no es posible tener por acreditada la destrucción, lo que ya descarta de plano aplicar la figura del artículo 242 en comento, y, en cuanto a la substracción, que sí puede relacionarse con lo acreditado, apareció como una conducta claramente enmarcada de mejor forma, absorbida penalmente, por el tipo penal en definitiva aplicado. A mayor abundamiento, esa conducta no podría dar lugar a una sanción por el título de castigo del mencionado artículo 242, puesto que es un principio generalmente aceptado en nuestro ordenamiento jurídico el non bis in idem, que precisamente prohíbe sancionar dos veces la misma conducta”*<sup>21</sup>

20 Voto en contra, página 82.

21 Considerando cuádragesimo sexto, página 68.

En cuanto a la eventual infracción al artículo 441 del COT, en relación con los artículos 440 letra e) y 401 N°7, se expresó:

*“En efecto, en cuanto a haber infringido lo dispuesto en el artículos 441 del Código Orgánico de Tribunales, en relación con los artículos 440 letra e) y 401 N°7 del mismo código, en razón de no haber cumplido el encausado como notario, maliciosamente, con su función de guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante él se otorgaren, se dirá que la omisión de dicho deber es una consecuencia lógica e inseparable de la no incorporación del instrumento aludido al protocolo, lo que impide imponer castigo por una conducta ya sancionada, pues de operar de forma contraria se infringiría el principio non bis in ídem, que prohíbe –como se dijo– castigar dos veces una misma conducta”.*<sup>22</sup>

Finalmente, tratándose de la imputación por el delito del artículo 242 del CP, que sanciona al empleado público que substraiga o destruya documentos o papeles que le estuvieren confiados en razón de su cargo, el Tribunal la desecha por aplicación del principio de especialidad, prefiriendo la figura penal especialmente concebida para los notarios que es, en definitiva, la única por la cual se condena al acusado.

---

22 Considerando cuadragésimo sexto, página 69.



## COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE LOS ÁNGELES QUE CONDENA A RECEPTOR JUDICIAL POR FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PÚBLICO

*Yelica Lusic Nadal<sup>1</sup>*

Con fecha 10 de marzo de 2015, el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles dictó sentencia condenatoria, en la investigación RUC N°1200443220-5, RIT N°04-2015, por el delito de falsificación de instrumento público en contra de un receptor judicial a quien estimó responsable, a título de autor, del delito precisado.

### I. Hechos que motivan el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles

Los hechos que motivan la sentencia que comentamos ocurren durante el año 2011 y dicen relación con la tramitación de un juicio civil, ante el Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles –específicamente el conocimiento de una acción reivindicatoria– que se sigue en contra de varios demandados, entre ellos, el Sr. Juan Alberto Puentes Díaz, persona fallecida el 20 de junio de 2002.

Es así que admitida a tramitación la demanda, el Tribunal de Letras de Los Ángeles resuelve “Traslado”, con fecha 30 de septiembre de 2011.

Por tal razón se encarga la notificación de la demanda y su proveído al funcionario Receptor Judicial de la comuna de Los Ángeles, Sr. Miguel Araneda Ruiz, quien en ejercicio de sus funciones, abusando de su oficio, aprovechando su calidad de ministro de fe pública y haciendo uso de su función en forma inadecuada y desmedida, elabora un acta de notificación judicial falsa, la cual agrega al expediente civil antes indicado, en la que certifica que con fecha 17 de octubre de 2011, a las 19:00 horas, en el domicilio de calle xxx, Los Ángeles, notificó personalmente al ciudadano Juan Alberto Puentes Díaz de la demanda interpuesta y de la resolución judicial respectiva, y que entregó copia íntegra de las mismas al demandado, consignando que este último estimó innecesario firmar el acta respectiva.

Dicha acta de notificación –elaborada por el acusado Sr. Araneda Ruiz– se estima falsa, toda vez que supone la intervención de una persona que nunca estuvo presente, al encontrarse a esa fecha fallecida, además de faltar a la ver-

1 Abogada de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

dad en la mención de hechos sustanciales tales como la entrega personal al señor Puentes Díaz de la demanda y de la resolución judicial recaída en ella, y la negativa del notificado a firmar el acta por estimarlo innecesario, menciones que resultan ajenas a la verdad conforme los antecedentes expuestos.

Estos hechos, materia de la acusación presentada por el fiscal de la Fiscalía Local de Los Ángeles, Rodrigo Durán Fuica, resultan acreditados ante el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, que dicta sentencia condenatoria en contra del funcionario público, Receptor Judicial de la comuna de Los Ángeles, Sr. Miguel Araneda Ruiz, por su participación, en calidad de autor en el delito consumado de falsificación de instrumento público, previsto en el artículo 193 N°4 del Código Penal, a la pena de sesenta y un (61) días de presidio menor en su grado mínimo y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena, e igualmente recibe la pena accesoria de inhabilitación especial perpetua para desempeñar funciones en la Administración de Justicia.

Dicha sentencia es objeto de un recurso de nulidad ante la Ilustrísima Corte de Concepción (Rol N°197-2015) el cual es rechazado, con fecha 30 de abril de 2015, encontrándose así ejecutoriada la presente sentencia condenatoria.

## II. Considerandos de interés del presente fallo

La sentencia que se pasa a comentar presenta varios aspectos de interés para nuestra especialidad, ya que su desarrollo contiene la revisión de distintos aspectos, de orden doctrinal e interpretativo –relativos a la parte general y especial– que se ventilan durante el juicio.

Es así que el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles analiza las siguientes situaciones que se destacan:

- a) Se pronuncia acerca del carácter de funcionario público del acusado receptor judicial (considerando 15°);
- b) Analiza el carácter de instrumento público del acta de notificación (considerando 17°);
- c) Rechaza la concurrencia del error de tipo (considerando 19°);
- d) Precisa el juicio de reproche que dirige a la conducta desplegada por el receptor condenado (considerando 19°); y
- e) Desestima la concurrencia del *ne bis in idem* y afirma la diferencia e independencia de la sanción administrativa respecto de la penal.

### III. Desarrollo de los considerandos de interés

Como se indicó son cinco los aspectos que se destacan por este fallo, los que pasamos a revisar:

#### a) Carácter de funcionario público del acusado

Sobre este particular aspecto precisa el considerando décimo quinto de la sentencia comentada:

*“DECIMO QUINTO: En cuanto al carácter de funcionario público del acusado: [...]ya habiéndose establecido que el imputado ostentaba el cargo de Receptor Judicial a la época de ocurrencia de los hechos, conviene precisar si dicha función se encuadra, dentro del concepto de ‘empleado público’, elemento normativo del tipo que describe para estos efectos el artículo 260 del Código Penal el cual señala que ‘se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular’. Por su parte, el artículo 390 del Código Orgánico de Tribunales, señala que: ‘Los receptores son ministros de fe pública encargados de hacer saber a las partes, fuera de las oficinas de los secretarios, los decretos y resoluciones de los Tribunales de Justicia, y de evacuar todas aquellas diligencias que los mismos tribunales les cometieren’. Como puede apreciarse entonces, la descripción que el legislador penal entrega de funcionario público es amplia ‘...abarca a todo aquel que sirve una función pública, remunerado o no por el Estado, con o sin nombramiento del Presidente de la República. Las expresiones no quedan restringidas al concepto que podría desprenderse del Estatuto Administrativo. Funciones como la de un notario público, un receptor, un parlamentario, un concejal, calzan dentro del concepto expresado en el artículo 260” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 4° Edición, página 79). Así entonces, y desempeñando los Receptores Judiciales la labor de ser ministros de fe pública, no cabe duda alguna que dicha actividad representa una ‘función pública’, destinada al servicio de un poder del Estado, cual es el Poder Judicial por lo que, claramente, su actividad constituye la de un ‘empleado público’, para los fines previstos en el artículo 260 del Código Penal”.*

Si bien es cierto que la calidad de sujeto calificado no fue objeto de discusión por parte de la defensa, ella es objeto de análisis por parte del Tribunal con la finalidad de entender concurrente el elemento normativo del tipo penal por el cual se deduce acusación, esto es, el artículo 193 N°4 del Código Penal.

Es así que la interpretación que realiza el TOP de Los Ángeles coincide con aquella que exhibe tanto la doctrina como la jurisprudencia; estima así el sentenciador que el concepto de funcionario público es propio del derecho penal



y no necesita ser coincidente con aquél proporcionado por otras ramas del derecho.

Asimismo entiende el Tribunal que el concepto de funcionario público es amplio para efectos penales, incluyendo como tal a los funcionarios que no reciben una remuneración del Estado –caso de los Receptores Judiciales–; excediendo de esa manera lo dispuesto por el Estatuto Administrativo.

Lamentablemente la sentencia no se detiene a analizar la situación particular del receptor judicial, cuya remuneración no es proporcionada por el Estado sino por los particulares que contratan sus servicios; y tampoco desarrolla de manera más detenida las obligaciones que, como auxiliar de la administración de justicia, corresponde al mismo; eso sí, realizando un análisis más bien formal de algunas normas, concluye que la labor que realizan los receptores judiciales es, precisamente, una de carácter público.

## b) Análisis del carácter de instrumento público del acta de notificación

No obstante no existir discusión acerca del carácter de documento público del acta de notificación, el Tribunal dedica su considerando décimo séptimo al análisis de la naturaleza jurídica de este documento, y precisa:

*“DECIMO SÉPTIMO: En cuanto al carácter de instrumento público del acta de notificación. [...] siguiendo a don Mario Garrido Montt, ‘...un instrumento es una manifestación de voluntad o consignación de hechos, en forma escrita y más o menos permanente realizada por una persona que puede tener consecuencias jurídicas...’, (Obra citada, página 57). Desde este punto de vista, el acta de notificación en cuanto consigna hechos de forma escrita y permanente, con efectos jurídicos, sin duda, es un instrumento. Ahora bien, y en cuanto a su carácter de público, el mismo autor, señala que, para determinar si un instrumento es público, debe buscarse las leyes sustantivas que así lo determinan, agregando que el concepto que contiene el artículo 1699 del Código Civil que señala que es ‘el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario’ no es el único que debe considerarse al respecto, indicando, a modo de ejemplo, entre otros ‘la constancia de las actuaciones judiciales que señala el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil’ (idem, pág. 58 y 59). En forma relacionada, la notificación, es precisamente ‘...una actuación judicial que tiene por objeto poner en conocimiento de las partes una resolución judicial’ (Fernando Alessandri, citado por Carlos Stoerherl Maes, en De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los Incidentes, Editorial Jurídica de Chile, 5 Edición, pág. 81). Así, entonces, el acta de notificación debe contener los requisitos de toda actuación judicial, prescritos en el artículo 61 de Código de Procedimiento Civil [...] En consecuencia, y como puede apreciarse, el acta de notificación, como actuación judicial que es, debe cumplir con una serie de requisitos, expresamente señalados por el legislador, y, siempre, deberá constar en ella, la autorización del funcionario que la realiza, el cual, obviamente, debe ser competente para ello. Entonces, el acta de notificación, como instrumento que es, debe ser expedida con las solemnidades*

*legales por el competente funcionario, por lo que, de tal forma, ella es, sin lugar a dudas, un instrumento público”.*

Recoge esta sentencia, en relación al concepto de documento público, lo planteado por una parte de la doctrina –Mario Garrido Montt– autor que sostiene que “la calidad de público de un documento la otorga la ley”<sup>2</sup>, y que “no existe un criterio meramente penal que establezca qué se entiende por tal”<sup>3</sup>; afirmando que “[l]as leyes civiles, comerciales, laborales, procesales y análogas son las encargadas de hacerlo”<sup>4</sup>. El mismo autor precisa además que “[n]o es posible elaborar un concepto de documento público que se desprenda del Código Penal, pues siempre chocará con la separación que hizo de los pasaportes, que tienen las características de públicos en el campo civil”<sup>5</sup>. Agrega asimismo que “el art. 193, que describe el delito de falsificación de documento público o auténtico, no puede aludir exclusivamente al art. 1699 del C. Civil, sino que comprende toda norma legal que declare que un instrumento es público o auténtico aunque no emplee tales palabras, pero ese sea su sentido”<sup>6</sup>. Afirmando seguidamente, que la de “[d]ocumento público o auténtico es una noción que corresponde entender en su alcance normativo”<sup>7</sup>.

En una postura parcialmente distinta, no recogida por la sentencia objeto de este comentario, el profesor Etcheberry<sup>8</sup> sostiene que nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una definición amplia y general de lo que debe entenderse por documento. Afirma que no existe razón para dar a la definición del artículo 1699 del Código Civil una aplicación general, ya que su validez está circunscrita a la prueba de las obligaciones en materia civil y reconoce que con igual criterio podrían considerarse documentos públicos en materia penal los instrumentos mencionados en el artículo 342 y 346 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 1702 del Código Civil. Por otro lado, sí concluye ofreciendo un concepto penal de documento público, el que debe construirse independientemente de otras ramas del derecho, entendiendo por tal: *“todo documento a cuya formación o custodia debe concurrir un funcionario público obrando en su carácter de tal y en el cumplimiento de sus funciones legales”*<sup>9</sup>.

2 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*, Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2013, Tomo IV, p. 58.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

5 Ibid, p. 58, nota al pie 69.

6 GARRIDO MONTT, ob. cit., págs. 58-59.

7 Ibidem, p. 59.

8 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. Parte especial, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo IV, págs. 157-160.

9 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 160.

c) Rechazo de la concurrencia del error de tipo alegado por la defensa (considerando 19°)

La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles dedica su considerando décimo noveno a descartar la concurrencia de un error de tipo alegado por la defensa; en ese sentido sostuvo la defensa que la conducta desplegada por su defendido estuvo motivada por un error en el que incurre al recibir información equívoca de parte de terceros –arrendatarios del inmueble– quienes le indican que la persona que debía notificar –Juan Puentes– era su arrendador, contactándolo telefónicamente e indicando este supuesto demandado –que resultó ser el hijo de Juan Puentes, de nombre Alberto Puentes– que dejara las copias de la demanda en casa de sus arrendatarios; advirtiendo la defensa que nadie informó a su defendido que la persona que debía notificar estaba muerta; afirmando finalmente que el error de tipo se encontraba suficientemente justificado y probado, siendo además invencible por lo cual correspondía dictar sentencia absolutoria.

El Tribunal en el considerando mencionado se pronuncia acerca de esta alegación de la defensa y así expresa el fallo:

*“Décimo noveno: [...] desde este punto de vista, ciertamente, el señor Receptor creyó que efectivamente, don Juan Puentes había señalado que dejaran las copias en el mencionado domicilio cosa que hizo. Tal circunstancia no constituye un error de tipo, pues este debe configurarse al momento de la comisión del delito, el cual se verificará al momento de suscribir el acta de notificación falsa y hasta el momento el funcionario no ha elaborado acta de notificación alguna, y solo se ha limitado a creer, que una persona a quien pretende notificar, se encuentra viva y le ha señalado que deje las copias que debe entregarle, en un domicilio, es decir, el error que aduce no recae en ninguno de los elementos del tipo de falsificación, puesto que, hasta el momento, ningún instrumento ha elaborado”.*

Observamos que en este considerando el tribunal precisa la conducta desplegada por el receptor y distingue aquellos hechos, que son de carácter neutro –como lo son las conversaciones que mantiene con las personas que encuentra en el domicilio sindicado como el que corresponde a uno de los demandados– de aquéllos que constituyen los elementos objetivos del delito de falsificación de documento público, esto es, el forjamiento del acta de notificación falsa.

d) Precisa el juicio de reproche que dirige a la conducta del receptor condenado

En el mismo considerando décimo noveno, el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles consigna el juicio de reproche que dirige al actuar del receptor condenado, indicando:

*“Décimo Noveno: [...] sabía, que aquel no era el domicilio en que habitaba el supuesto Juan Puentes y, obviamente, le constaba que éste no había tenido siquiera la oportunidad de firmar el acta de notificación, por lo que mal pudo haberse excusado de hacerlo. [...] Entonces, en el forjamiento del instrumento público, consistente en un acta de notificación mendaz, el acusado no obró con error, sino con un conocimiento cierto de que lo que realizaba no era veraz, consciente de las consecuencias de ello, abusando de su función de Receptor Judicial, es decir, prevaleciéndose de su función para emplearla de una forma indebida, desmedida e inadecuada, consignando en un acta que le correspondía realizar, hechos ajenos a la verdad. En consecuencia, el acusado señor Araneda obró, en la elaboración de un acta de notificación falsa, abusando de su función de receptor judicial y, tal como lo exige el legislador, con dolo directo, puesto que dejó constancia de una actuación judicial que no efectuó, en un instrumento público, a sabiendas de la obligación legal que pesaba sobre él y que se encuentra consagrada, en especial, en el artículo 393 inciso 1° del Código Penal, que prescribe que ‘...Los Receptores deben cumplir con prontitud y fidelidad las diligencias que se les encomienden, ciñéndose en todo a la legislación vigente y dejar testimonio íntegro de ellas...’.*

Pone el acento este considerando en el juicio de reproche que dirige respecto del actuar típico y antijurídico desplegado por el receptor judicial, quien, no obstante estar en condiciones de someterse a los mandatos y prohibiciones que regulaban su actuar, prefiere perseverar en su conducta abusiva –precisa el Tribunal– con pleno conocimiento de las consecuencias de su proceder contrario a la realidad, prevaleciéndose de la función pública que desempeña, actuando así de manera torcida.

#### e) Desestima la concurrencia del *ne bis in idem* y afirma la diferencia e independencia de la sanción administrativa y de la penal

Uno de los considerandos más interesantes del presente fallo es precisamente aquél que se refiere a desechar el argumento de la defensa, referido a la concurrencia de un *ne bis in idem*, al existir una sanción administrativa aplicada contra el receptor, por la ocurrencia de los hechos materia de la investigación penal.

En relación a esta alegación precisa el Tribunal:

*“VIGESIMO: Que, la defensa del encartado [...] reclamó que debía absolverse a su representado pues éste ya había sido sancionado, por este mismo hecho, en un proceso administrativo, por lo que, sancionarlo penalmente implicaría una vulneración del principio del non bis in idem. Al respecto, se incorporó por el ente persecutor, [...] Expediente Administrativo Rol A-2- 2012, seguido [...] respecto a don Miguel Araneda Ruiz. En dicho expediente [...] la resolución del Fiscal Instructor [...] propone la aplicación de una sanción al señor Araneda, que el fundamento de dicha propuesta es que el receptor ‘... no dio cumplimiento a lo establecido en el referido*

artículo 43 del cuerpo legal citado (Código de Procedimiento Civil) [...] Por su parte, en el considerando 14°, señala el instructor que el señor Araneda Ruiz... 'no ha actuado con el celo y prolijidad que un ministro de fe debe emplear en las diligencias que las partes le encomiendan...' [...] Así las cosas, entonces, de los antecedentes reseñados, se revela prístino la efectividad de que el Receptor Araneda Ruiz fue sancionado en un procedimiento administrativo, así como la sanción impuesta —una amonestación privada—, y, de igual forma, resulta evidente que el fundamento de dicha sanción es el incumplimiento por parte del funcionario, de los deberes propios de Receptor Judicial, en particular, el no haber actuado con la prolijidad necesaria en las labores que le encomiendan y el no haber dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, a la hora de efectuar una notificación personal. En consecuencia, el fundamento de la sanción administrativa es claramente diverso de aquel en que se basa la sanción penal, toda vez que esta se fundamenta en la falsedad cometida por el funcionario, respecto de la narración de hechos sustanciales, al elaborar un instrumento respecto del cual tiene la obligación de ser veraz. Así entonces, no existe una infracción al principio del non bis in ídem. Por otro lado, y según se desprende de diversas normas de nuestro ordenamiento penal, para el legislador la responsabilidad penal y la administrativa disciplinaria pública, tienen una naturaleza cualitativamente distinta en cuanto a su gravedad, objetivos y bienes jurídicos protegidos. Así el artículo 20 del Código Penal señala que no se reputan penas la 'correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas' y, a su turno el artículo 426 del Código Penal permite expresamente la concurrencia de sanciones tanto administrativas como en el orden penal, al señalar que 'La calumnia o injuria causada en juicio se juzgará disciplinariamente por el tribunal que conoce de la causa; sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente' Por último, y de seguirse la hipótesis planteada por la defensa, deberíamos estimar que cualquier funcionario público que fuere sancionado administrativamente, previo a una persecución de carácter penal por un hecho cometido en carácter de tal, no podría ser sancionado por ningún delito relativo a dicha función, como por ejemplo una falsificación de instrumento público, pues se estaría sancionando por segunda vez, un mismo hecho. Ello implicaría que una mera sanción de carácter administrativo, como una amonestación, una censura o una suspensión del cargo, en los hechos, sustituiría las sanciones penales que ha establecido el legislador, claramente de una mayor entidad, y generaría una impunidad penal evidente e injustificada, naturalmente, no querida por el legislador, al tipificar y sancionar los ilícitos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo. En consecuencia, los razonamientos vertidos llevan necesariamente a concluir que no se configura, en este proceso, una doble sanción respecto del mismo acusado y por idénticos hechos, y por tanto, no se ha infringido el principio reclamado como vulnerado por parte de la defensa".

Respecto a lo afirmado en este considerando importa destacar que el TOP de Los Ángeles tiene muy presente que para el legislador la responsabilidad penal y la administrativa disciplinaria pública, tienen una naturaleza cualitati-

vamente distinta en cuanto a su gravedad, objetivos y bienes jurídicos protegidos, advirtiendo que el artículo 20 del Código Penal señala que no se reputan penas la “correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas” y, a su turno el artículo 426 del Código Penal permite expresamente la concurrencia de sanciones tanto administrativas como en el orden penal.

Se trata así de una de las pocas sentencias que aborda este aspecto y de forma precisa y sucinta reconoce la independencia que existe entre los distintos tipos de sanciones.

### **Texto de la sentencia**

*Los Ángeles, diez de marzo de dos mil quince.*

#### **VISTO, OIDO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: Tribunal e Intervinientes:** *Que con fecha cuatro y cinco de marzo del presente año dos mil quince, ante este Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, constituido por los jueces doña María Silvana Muñoz Jaramillo, quien presidió la audiencia, doña Marisol Panes Viveros y don Juan Pablo Lagos Ortega, se llevó a efecto audiencia de Juicio Oral en la causa RIT 5 – 2015, seguida por el delito de FALSIFICACION DE INSTRUMENTO PUBLICO en contra de don MIGUEL SEGUNDO ARANEDA RUIZ, cédula de identidad 5.151.485 -8, chileno, Receptor Judicial, domiciliado en yyy, representado por el abogado Defensor Particular don Luis Zegpi Jiménez, con domicilio y forma de notificación registrada en el Tribunal.*

*Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto don Rodrigo Duran Fuica, acusación a la cual se adhirió el Consejo de Defensa del Estado, representado en la audiencia por el abogado don Gastón*

*Barril Molina, todos los intervinientes con domicilio y forma de notificación registradas en el Tribunal.*

**SEGUNDO: Acusación fiscal y adhesión del querellante:** *Que, los hechos que motivaron el presente juicio, se contienen en la acusación deducida por el Ministerio Público en contra del imputado, a la cual se adhirió el querellante y que señala lo siguiente: “Que en causa civil Rol N°1.940-2011, caratulada “Comité Habitacional El Hogar con Puentes Díaz y otros” Ssa. Juez de Letras del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles dictó resolución con fecha 30 de septiembre de 2011, acogiendo a tramitación una demanda reivindicatoria interpuesta en dicho expediente, disponiéndose por el órgano judicial “Traslado”.*

*Que dentro de las personas en contra de las cuales se interpuso la referida demanda, figuraba el ciudadano Juan Alberto Puentes Díaz, persona fallecida con fecha 20 de junio de 2002.*

*Que las notificaciones de dicha demanda y de la resolución judicial recaída en ella fueron efectuadas por el funcionario Receptor Judicial de la comuna de Los Ángeles, esto es, el imputado Sr. Miguel Aranedo Ruiz, quien en ejercicio de sus funciones de*



receptor judicial y abusando de su oficio, aprovechando su calidad de ministro de fe pública y haciendo uso de su función en forma inadecuada y desmedida, elaboró un acta de notificación judicial falsa, la cual agregó al expediente civil antes indicado, y en donde certificó que con fecha 17 de octubre de 2011, a las 19:00 horas, en el domicilio xxx, Los Ángeles, notificó personalmente al ciudadano Juan Alberto Puentes Díaz de la demanda interpuesta y de la resolución judicial respectiva, y que le entregó copia íntegra de las mismas, y que el notificado Sr. Puentes Díaz estimó innecesario firmar el acta respectiva.

Que dicha acta de notificación de resolución judicial elaborada por el imputado Sr. Araneda Ruiz es falsa, toda vez que supone en su contenido la intervención de una persona que nunca la tuvo, por encontrarse a esa fecha fallecida, además de faltar a la verdad en la mención de hechos sustanciales tales como la entrega personal al señor Puentes Díaz de la demanda y de la resolución judicial recaída en ella, y la negativa del notificado a firmar el acta por estimarlo innecesario, menciones ajenas a la verdad conforme los antecedentes anteriormente expuestos”

Respecto de los hechos descritos, tanto el Ministerio Público, como el Querellante los calificaron como el delito de FALSIFICACION DE INSTRUMENTO PUBLICO, previsto y sancionado en el artículo 193 N°2 y 4 del Código Penal, atribuyéndole al acusado participación en calidad de autor y en grado de ejecución del delito de consumado.

Respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el

Ministerio Público y Querellante señalan que concurre, respecto del acusado, la circunstancia atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal y que no le perjudica agravante alguna. En atención a lo expuesto, solicitan se imponga al acusado MIGUEL SEGUNDO ARANEDA RUIZ, por el delito consumado de FALSIFICACION DE INSTRUMENTO PUBLICO, la pena de TRES AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MAXIMO, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y el pago de las costas de la causa.

TERCERO: Alegato de apertura Ministerio Público: Expuso el señor Fiscal, que no habrá demasiada discusión sobre los hechos, sino que respecto de aspectos jurídicos, particularmente en cuanto al dolo con que habría actuado el acusado y en la presencia o ausencia de elementos que incidan en responsabilidad penal. Indica que se acreditarán los hechos de la acusación.

CUARTO: Alegato de apertura del Querellante: Expuso el Querellante, que los Receptores Judiciales son Ministros de Fe pública, cuya función es poner en conocimiento las resoluciones a las partes, fuera de dependencias del Tribunal, quienes deben cumplir su función con fidelidad y exactitud. Manifiesta que el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, regula los requisitos que debe contener la certificación de la realización de una notificación judicial, requisitos que constituyen solemnidades. Añade que el acta de notificación es un instrumento público y se acreditará

que en el expediente civil se estampó una notificación falsa, es falso que notificó, es falso que dio copia y también lo es que no firmó. El Receptor Judicial obró abusando de su oficio, pues sobre él pesa la obligación de ser veraz. Termina solicitando sentencia condenatoria para el acusado

QUINTO: Alegato de apertura de la Defensa: Expuso el señor Defensor, que en nuestro sistema jurídico, las circunstancias ignoradas por el agente no pueden ser consideradas para la punibilidad de su actuar. El señor Araneda, desde el año 1999 es receptor judicial. Se le encomendó notificar a 10 personas, todos vecinos de una misma cuadra, al preguntar por Juan Puentes, le dijeron que vivía en una casa, en la cual había una persona que dijo ser arrendataria. Volvió al domicilio, lo atendió la misma mujer y su marido y se comunicaron con Juan Puentes, por teléfono, quien también habló con el Receptor, quien le dijo al receptor que dejara las copias con la señora. Las comunicaciones telefónicas dan suficiente confianza, actualmente. No hay falsedad de un hecho sustancial. Los requisitos formales de la notificación fueron ya sancionados en este caso, de manera administrativa. El juez propuso una sanción administrativa, que fue aprobada por la Corte Suprema. Araneda notificó personalmente a la persona que se le indicó. Hay dos figuras comprendidas, 193 N°2 y 4. No hubo tal abuso, no se faltó a la verdad en la narración de hechos sustanciales. Pedirá la absolución del acusado.

SEXTO: Declaración del acusado Miguel Segundo Araneda Ruiz: El acusado, previamente advertido de sus derechos, renunciando a su derecho

a guardar silencio y exhortado a decir la verdad, expuso que: Entre octubre y noviembre de 2011, fue contratado por un abogado, por teléfono, para notificar a 10 demandados por una junta de vecinos, por lineamientos de los terrenos. Ellos vivían en calle xxx. Él aceptó la diligencia y le cancelaron los honorarios. Llegaron a la calle, en donde hay 10 casas, preguntó una por una. Preguntó por Juan Puentes y le dijeron que era la última casa del extremo sur de la calle, una vez allá preguntó por Juan Puentes y una dama le dijo que le arrendaba a Juan Puentes hace alrededor de 8 años. Le dijo que no podía darle la dirección, que no la sabía y que él venía a cobrar la renta. Le dijo que volviera después. Volvió una tarde, estaba la dama con su marido, la señora le dijo que llamaría al tiro a Juan Puentes. Lo llamaron, le dijo que había un receptor que quería notificarlo. Él habló con él (Puentes) por teléfono, le preguntó si era Juan Puentes, le dijo que sí y “que se le ofrece” y se identificó como Receptor Judicial, le explicó que había una demanda en contra de unos vecinos, entre ellos de él. Le dijo que le dejara la demanda con la señora del arriendo y él la iba a buscar cuando fuera a cobrar la renta. Así, entonces, pensó que era beneficioso para el demandado, para que pudiera hacer sus descargos, por lo que le dejó la demanda a la señora. Luego el Juez le dijo que había notificado a un muerto, cosa que en principio no creyó, al realizarse el sumario recordó perfectamente.

INTERROGADO POR EL FISCAL: Señaló que es funcionario judicial desde hace 51 años y como receptor judicial, 16 años. Trabaja con su secretaria e hija, Mónica Araneda López. Con las notificaciones, se trabaja reti-



rando las causas del tribunal, en su oficina les aplica un papel para marcar la diligencia a realizar, luego hace la diligencia, le deja un papel a la causa, y Mónica las redacta en el computador, en donde tienen los prototipos. Él firma las diligencias a veces en tarde, y generalmente en la mañana, luego las devuelven al Tribunal.

La notificación personal, se realiza notificando en persona, se hace saber de qué se trata, entrega copia de la demanda, la resolución y luego se estampa en el expediente y lo remite al Tribunal. En cuanto a la forma de corroborar la identidad, le basta con que la persona diga "soy yo", por que las personas, en un 99% no entregan su cedula de identidad. Es decir, en forma verbal, solicita la cedula o instrumento, pero se niegan. Él da fe, en esta instancia que está notificando a esa persona. En cuanto al cumplimiento del artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, se le coloca que notificó personalmente y nada más.

En cuanto a la exigencia de la firma del acta por parte del notificado, debiera firmar, pero, para ello, debiera citarlo a su oficina, la regla general es que sí, pero no se utiliza. La norma señala que debe decir si firmó o no firmó. La regla general debiera ser que se firme, por parte del notificado, pero debiera andar con un computador o impresora para estampar la diligencia y que firme o citarlo a su oficina. Pero en la práctica es bien difícil. Entonces, la regla general es que no va la firma de la persona notificada.

Respecto de la Notificación de Juan Puentes Díaz, no tuvo contacto per-

sonal con él en calle xxx. Respecto del señalamiento de no firmar por estimarlo innecesario, fue por los motivos ya expuestos, además que en su computador tiene los formatos de las notificaciones. No le preguntó a la persona si quería o no firmar, simplemente quedó ello en el acta, a nadie se le hace dicha consulta.

Respecto de su conocimiento de la rebeldía, ella es cuando una persona no comparece al proceso, a su juicio, el proceso tiene efecto respecto de la persona que no comparece si esta notificada.

INTERROGADO POR EL QUE-RELLANTE: Fue al domicilio de xxx y la persona le dijo que la casa era de Juan Puentes pero no vivía el ahí y ella le arrendaba. Domicilio es donde una persona vive. Como receptor si no encuentra a la persona lo estampa en el expediente. Si fuera el domicilio y no lo encuentra, se averigua en la casas vecinas y se estampa en el proceso, y se pide, luego, una notificación por el artículo 44, la cual se practica dejando las copias o cedula en la casa, esa norma autoriza la diligencia.

A él le pasaron el teléfono para que se comunicara con él y él pregunto "¿don Juan Puente?" y le dijo que sí y que estaba en regimiento y que dejara la notificación con la señora. Él estaba de buena fe y pensó que la señora también. Por teléfono no le pidió el número de carnet.

Respecto de la falta de firma por estimarlo innecesario, en cuanto a si se aprecia desde el punto de vista de él o el notificado, expone que es bien difícil realizarlo, puede hacer estampe a mano, lo cual es posible, pero arcaico. Trabaja

con su hija Mónica, su hija antes trabajó con varios receptores. Antes de ser receptor él fue criminalista o funcionario del Juzgado del Crimen.

Cuando vuelve en la tarde le deja a su hija el expediente con un papel que indicaba que había notificado personalmente.

INTERROGADO POR LA DEFENSA: Señaló que no es necesario que el notificado preste consentimiento para la notificación, por eso usa la fórmula de “no estimó necesario firmar”. Una persona demandada no recibe de buena manera al receptor, por lo que no pasa de buena gana el carnet.

La presidenta del grupo de vecinos, le encargó la notificación, los datos de Juan Puentes Díaz, estaban, junto a los otros 9, en la demanda. A raíz de que la persona le dijo que le arrendaba a Juan Puentes siguió notificando y otras personas, dos o tres, luego, le dijeron que esa era la casa de Juan Puentes, pero que la arrendaba. A la arrendataria de xxx, le preguntó por don Juan Puentes, la arrendataria, el marido, todos le hablaban de don Juan Puentes, la falta consistió en que omitió consignar la firma y no entregó personalmente las copias de la demandada y de la resolución, pero fue autorizado por él. Por dicha falta fue sancionado, fue amonestado en un sumario administrativo. Estuvo en el Poder Judicial 35 años y medio y 16 años como receptor, nunca fue sancionado, sus notas han sido siempre excelente, una vez 5,8, otras 60, hasta 7, se indican conceptos de excelente. Ninguna persona resultó dañada por este caso, el obro de buena fe.

ACLARADO POR EL TRIBUNAL: Respecto de cuánto tiempo después volvió a la casa, al parecer, cree él que fueron días después, no fue al tiro, desde que fue a la casa desde la primera vez, no recuerda bien.

Cuando deja constancia que no firma por estimarlo innecesario, es porque él (Receptor) lo estima innecesario, porque materialmente es imposible que la persona firme.

Es Receptor desde hace 16 años. El domicilio era xxx, la arrendataria le dijo que la casa era de Juan Puentes y ella se la arrendaba. Le dijo que no vivía allí. No dejó constancia por que le dijeron volviera porque iban a averiguar su domicilio, al hablar con él por teléfono le dijo que se encontraba en el regimiento y no lo iban a encontrar casi nunca y le dijo que le dejara ahí las copias. Si le hubieran dicho que no vivía y que trabajaba en otro lugar, en una segunda oportunidad, no la hubiera dejado. Pero como le dijeron que dejara las copias, lo notificó a pesar de no ser su domicilio, ello para darle una mayor facilidad a la persona que iba a demandar, si hubiera sabido que la persona no existía deja constancia y nada más. En ese momento para hacer una diligencia más efectiva, realizó esa actuación, no debió haberlo hecho, sabe que no es correcto, lo hizo para favorecer la gestión, las circunstancias lo hicieron hacer el asunto. No lo hizo con maldad.

AL FINALIZAR EL DEBATE, EL IMPUTADO: Expuso que comenzó su carrera a los 18 años en un Tribunal de Letras, como oficial 4°, siguió ascendiendo, trabajó en un Juzgado de Concepción. Fue 18 años oficial pri-

mero y se desempeñó en diversas labores judiciales.

**SÉPTIMO:** Convenciones probatorias: Que conforme se deja constancia en el motivo cuarto del respectivo auto de apertura, las partes no acordaron convenciones probatorias.

**OCTAVO:** Prueba rendida por el Ministerio Público, a la cual se adhirió la querellante: Que, con la finalidad de acreditar los hechos en que se funda su, acusación, el Ministerio Público se valió de la siguiente prueba:

**I.- Prueba testimonial:**

1. Victoria Del Carmen Cerda Vera, sin trabajo fijo, domicilio reservado.
2. Marcos Esteban Soto Fernández, operador de maquinaria pesada, domiciliado, Los Ángeles.
3. Eduardo Segundo Puentes Gutiérrez, jubilado y trabaja en construcción, domiciliado en zzz, Los Ángeles.
4. Valeska Elisa Puentes Venegas, abogado, domicilio reservado.
5. Marilyn Ivonne Salinas Rivera, empleada, domicilio reservado.
6. Jorge Patricio Carrasco Martínez, Abogado, domiciliado para estos efectos en calle Valdivia N°123, primer piso, Los Ángeles;

**II.- Prueba documental:**

1. Oficio N°589, de fecha 20 de abril de 2012, emitido por el Juez Titular del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, en que remite copia autorizada de causa Rol 1940 – 2011.

2. Copia autorizada de expediente civil rol N°1.940-2011, Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, Caratulada Comité Habitacional El Hogar con Puentes Díaz Juan Alberto y Otros, Acción Reivindicatoria.

3. Set de dos fotografías que forman parte de Informe Pericial Documental N°04, de fecha 8 de enero de 2014, emitido por perito del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Concepción.

4. Oficio N°2866, de fecha 27 de diciembre de 2013, emitido por Administrador Zonal de la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Remite Resolución de nombramiento y Hoja de vida, ambos relativos a don Miguel Araneda Ruiz.

5. Copia de resolución de nombramiento N°118, de fecha 16 de junio de 1999, Emitida por Ministerio de Justicia, en que nombra a Miguel Segundo Araneda Ruiz, para que sirva el cargo de Receptor Judicial de la ciudad de Los Ángeles. Firmada por don José Antonio Gómez Urrutia, Subsecretario de Justicia.

6. Set de 4 hojas contenedoras de Hoja de vida funcionaria relativas don Miguel Araneda Ruiz, con indicación de su cargo actual, Receptor del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, con indicación de los siete cargos titulares servidos desde el año 1964 hasta la fecha y de los otros cargos servidos en calidades jurídicas diversas. Sin anotaciones de mérito y demérito, registrando la aplicación de medidas disciplinarias. Historial de calificaciones, licencias, permisos y feriados.

7. *Copia de oficio N°818, de fecha 08 de julio de 2013, emitido por Juez Titular del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles que remite al Ministerio Público el expediente administrativo Rol 2 – 2012.*

8. *Copia de expediente Administrativo Rol N°2-2012, generado por el Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, que consta de 102 fojas.*

9. *Certificado de defunción de don Juan Alberto Puentes Díaz, ocurrido el día 20 de junio de 2002, en Nacimiento.*

### III.- Prueba pericial:

1.- *Paul Raymond Yáñez Zambrano, periodista, perito documental del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, Angol 861, de Concepción;*

*NOVENO: Prueba de la Defensa: Que, la defensa, hizo suya la prueba rendida por el Ministerio Público, y se valió, además de:*

#### I.- Testimonial:

1.- *Mónica Alejandra Araneda López, Secretaria, domiciliada en nnn de esta ciudad.*

*DECIMO: Alegato de clausura del Ministerio Público. Que el Fiscal del Ministerio Público, en su alegato de clausura, señaló que se ha acreditado los hechos que motivan esta audiencia y que se dan cuenta en la acusación, en donde se hace presente la existencia de expediente civil y se ha acreditado que uno de los demandados, Juan Puentes Díaz, esta fallecido. Se ha acreditado la calidad de receptor de Miguel Araneda, así como que, abusando de su oficio, el-*

*boró un acta de notificación falsa. Se acreditó que dicha acta es ideológicamente falsa, supone la intervención de una persona que no la tuvo y falta a la verdad en hechos sustanciales, tanto en el contacto con la persona y su domicilio, faltó a la verdad al señalar que entregó personalmente el documento y que no estimo firmar por estimarlo necesario. No es un simple error administrativo, el estampado y sus componentes escapan de una mera notificación personal accidentalmente equivocada.*

*No puede hablarse de un error inevitable, si no se adoptan las medidas para evitarlo En los delitos especiales propios, el sujeto activo es un sujeto calificado, es un sujeto regulado por normas que los diferencia de los ciudadanos comunes. El estándar no es el mismo que un ciudadano u hombre medio. El estándar es que el Receptor está sometido a las normas del Código Orgánico de Tribunales, porque son ministros de fe pública, está cubierto de un manto de veracidad, su deber es ser veraz. ¿Qué actividades realizó para superar el error? Ninguna.*

*No realizó ninguna conducta para vencer el error, tales como verificar su identidad, su domicilio o el propio hecho que el notificado se encuentre vivo. Ello forma parte de una actuación, desmedida, inadecuada, abusando de su oficio, lo cual lo hace incurrir en un tipo penal. Hay un dolo directo en cometer el delito, lo cual se ha acreditado con la prueba.*

*Al receptor le constó desde el comienzo, que la persona a notificar no vivía ahí. Se trata de una demanda reivindicatoria, que puede finalizar con el lanzamiento del demandado. En el expediente judicial se aprecian varias*

diligencias que contienen notificaciones frustradas o negativas. El receptor sabía dónde vivía y trabajaba el notificado.

No puede hablarse de error insuperable cuando se da cuenta que se está en persona con el notificado. No es posible admitir que la señora Mónica elaboraba el acta. El señor Araneda, señala que estuvo frente a frente con un fallecido. No hay error inevitable e insuperable. Tanto el fallecido, como Eduardo Puentes, no fueron notificados personalmente, no se le entregó documento alguno y no vivía en el domicilio señalado. La frase “no firma por estimarlo innecesario” no es un concepto emitido por el receptor, sino que debe serlo por parte del notificado. Los antecedentes han sido suficientes para determinar la participación dolosa del acusado, y que fue acreditada cada línea de la acusación.

**REPLICANDO:** Expuso que no se acredita un error de tipo. No está acreditada la comunicación de Puentes con el receptor. El error superable no tiene ningún efecto o consecuencia penal. Hay distinción clara entre la responsabilidad administrativa y penal artículos 20 del Código Penal y 537 Código Orgánico de Tribunales y ambas tienen distintos fundamentos.

**UNDECIMO: Alegato de clausura de la parte Querellante:** Expuso la Querellante, que hace suyas las alegaciones del Ministerio Público. En este caso, la ley exige al Receptor Judicial, cumplir sus funciones con prontitud y fidelidad y dejar testimonio íntegro en los autos respectivos, y éste no cumplió su deber de verificar la identidad del notificado.

Notificó por teléfono, sin cerciorarse de la identidad de la persona. Se han acreditado todos y cada uno de los capítulos de la acusación. El error pudo haber sido superado con mínimas diligencias por parte del acusado. Solicita veredicto condenatorio.

**DUODECIMO: Alegato de clausura de la Defensa:** Que, la Defensa del acusado, por su parte, expuso que, del artículo 1° y 64 inciso 2° del Código Penal, se extrae que las circunstancias ignoradas por el agente no pueden ser tomadas en cuenta para su punibilidad. El conocimiento y voluntad es esencial para determinar la responsabilidad penal. El receptor judicial recibió el encargo de notificar a 10 personas, una de ellas Juan Puentes, en el domicilio indicado en la demanda, la arrendataria le dijo que volviera otro día. Más tarde, regresó y el marido de la señora lo comunicó telefónicamente con don Juan Puentes Díaz, quien le pide que le deje las copias en la casa de la señora, lo cual hizo al día siguiente. No hay falsificación, si notificó y solo que no notificó personalmente, pero, igualmente, se comunicó la actuación y su proveído, que es lo esencial de la notificación. Él dejó la notificación en la casa la persona tal como le dijo que hiciera. Ello no se hizo por abuso, cual es un extremo dolo o intención de dañar. El señor Araneda no conocía al señor Puentes, no lo quería perjudicar. Es un lugar común, que carece de significación penal, por el artículo 39 del Código Procedimiento Civil, el hecho de indicar que se “excuso de firmar”.

Respecto de la acusación del Ministerio Público, esta se funda en el artículo 193 N°2 y N°4 del Código Penal, en tanto



la querrela del Consejo de Defensa del Estado es por artículo el 193 N°4 del mismo Código. Se trata de un funcionario público, no lo duda. No ha abusado de su oficio. Nadie le dijo que esta persona estaba muerta. El error sobre los elementos del tipo está plenamente justificado y probado, no pudo actuar el receptor de otra manera, la disposición del artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, que exige que precise el ministro de fe, el medio con que corroboró la identidad del acusado, está cumplida, no había nada para dudar la identidad de la persona. No tienen herramientas para solicitar la identidad, y además corren severo riesgo de su integridad.

En cuanto a domicilio, ello no es relevante, por el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, que obliga a fijar domicilio en la primera gestión judicial. Se puede, hoy, notificar en cualquier parte.

Las normas rigurosas, por ejemplo, sobre notificaciones, debe ir desaparecido, para acomodarse a las nuevas costumbres, como por ejemplo, a través del teléfono. No hay abuso del receptor, no hay falta penal. No hay dolo, no hay saber ni querer, no supo que no era Juan Puentes.

El error es invencible, inevitable y esencial, produce su absolución y no puede ser sancionado. Ya fue sancionado administrativamente. No se le puede sancionar dos veces por la misma cosa. Es decir, Non bis in ídem, consagrado constitucionalmente. El acusado ha tenido siempre una calificación de sobresaliente. Solicita que se le absuelva de los cargos que se han formulado.

**REPLICANDO:** Reitera los dichos de su alegato de clausura, ratificando que el acusado fue sancionado administrativamente, pues no había una infracción esencial.

**DECIMO TERCERO:** Hechos que da por establecido el Tribunal: Que, ponderando las declaraciones y las probanzas señaladas en los considerandos Sexto, Octavo y Noveno, precedentes, libremente, pero con sujeción a las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicamente afianzados, se ha arribado a la convicción, más allá de toda duda razonable: "Que en causa civil Rol N°1.940-2011, caratulada "Comité Habitacional El Hogar con Puentes Díaz y otros" el Juez del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles dictó resolución con fecha 30 de septiembre de 2011, acogiendo a tramitación una demanda reivindicatoria interpuesta en dicho expediente, disponiéndose por el órgano judicial "Traslado". Que dentro de las personas en contra de las cuales se interpuso la referida demanda, figuraba Juan Alberto Puentes Díaz, persona fallecida con fecha 20 de junio de 2002.

Que las notificaciones de dicha demanda y de la resolución judicial recaída en ella fueron efectuadas por el funcionario Receptor Judicial de la comuna de Los Ángeles, esto es, el imputado Miguel Arandeda Ruiz, quien en ejercicio de sus funciones de receptor judicial y abusando de su oficio, aprovechando su calidad de ministro de fe pública y haciendo uso de su función en forma inadecuada y desmedida, elaboró un acta de notificación judicial falsa, la cual agregó al expediente civil antes indicado, y en donde certificó que

con fecha 17 de octubre de 2011, a las 19:00 horas, en el domicilio de xxx, Los Ángeles, notificó personalmente al ciudadano Juan Alberto Puentes Díaz de la demanda interpuesta y de la resolución judicial respectiva, y que le entregó copia íntegra de las mismas, y que el notificado Puentes Díaz estimó innecesario firmar el acta respectiva.

*Que dicha acta de notificación de resolución judicial elaborada por el imputado Araneda Ruiz es falsa, toda vez que supone en su contenido la intervención de una persona a esa fecha fallecida, además de faltar a la verdad en la mención de hechos sustanciales tales como la entrega personal al señor Puentes Díaz de la demanda y de la resolución judicial recaída en ella, y la negativa del notificado a firmar el acta por estimarlo innecesario, menciones ajenas a la verdad”*

*En efecto, las conclusiones fácticas expresadas precedentemente, logran ser establecidas, a través de la prueba instrumental incorporada, unida a las declaraciones de testigos y el perito, quienes expusieron, con claridad y precisión, concordantes unos y otros, sumadas a ellas, las declaraciones vertidas en juicio por el propio imputado, según se pasará a analizar, a continuación.*

**DECIMO CUARTO:** *En cuanto a la existencia de un proceso contencioso civil. Que, conforme se ha establecido en el considerando anterior, los hechos que dieron motivo a este juicio se enmarcan dentro de un proceso civil, a saber en causa Rol 1940 – 2011, caratulada “Comité Habitacional el Hogar con Puentes Díaz y Otros”, el Juez del Primer Juzgado de Letras de Los*

*Ángeles, dictó una resolución con fecha 30 de Septiembre de 2011, acogiendo a tramitación una demanda reivindicatoria interpuesta en dicho expediente, disponiéndose por el órgano judicial “Traslado”. Asimismo, se estableció que dentro de las personas en contra de las cuales se interpuso la referida demanda figuraba don Juan Alberto Puentes Díaz, fallecido con fecha 20 de junio de 2002. Estos hechos no fueron controvertidos por la defensa, más, para su acreditación se incorporó por el persecutor, prueba instrumental y testimonial. En efecto, se incorporó un oficio conductor número 589 del 20 de abril de 2012, emitido por el Juez Titular del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, a través del cual remitía copia autorizada del expediente civil Rol número 1.940 -2011, seguido ante el mismo Tribunal, en que figuran como parte demandante el Comité Habitacional El Hogar, representado judicialmente por don Gonzalo Galaz Latorre y como demandados, Puentes Díaz Juan Alberto y otros, cuya materia es acción reivindicatoria. En las mismas copias del expediente, se aprecia, a fojas 2 y siguientes una demanda de acción reivindicatoria, interpuesta con fecha 29 de septiembre de 2011, por doña Jimena Valdebenito Sanhuesa, en representación del Comité Habitacional El Hogar, en contra de diez personas, todos habitantes de xx de la ciudad de Los Ángeles, figurando, en el número 1 de los demandados, don Juan Alberto Puentes Díaz, domiciliado, precisamente en calle xxx de esta ciudad. Dicha demanda, según se lee en la suma, en la exposición y en el petitorio, contiene una pretensión reivindicatoria, de parte del actor, en contra de los*

demandados, en relación al inmueble que señala. En el mismo expediente, se lee a fojas 6, un proveído de fecha 30 de septiembre de 2011, que decreta “traslado” de la demanda interpuesta, resolución dictada por don Roberto Soto Bustamante, Juez Subrogante.

En forma relacionada, y refrendado lo que se lee en el proceso civil, depuso en estrados doña Marilyn Ivonne Salinas Rivera, quien señaló que cuando ellos recibieron sus casas, se enteraron que entre las Villas Juan Pablo II y Villa Padre Hurtado había un deslinde que pertenecía a la Villa Padre Hurtado y lo tenía tomado la Villa Juan Pablo, por lo que contactaron un abogado, don Gonzalo Galaz, iniciando las gestiones para demandar, desde el año 2010, en adelante.

Por otro lado, dentro del mismo expediente y en copia autorizada, a fojas 12 se lee un Certificado de Defunción de Juan Alberto Puentes Díaz, ocurrido con fecha 20 de junio de 2002, instrumento que, del mismo tenor, incorporó el Ministerio Público en la audiencia de juicio, hecho que, en todo caso, fue refrendado además, por los dichos de don Eduardo Segundo Puentes Gutiérrez y de doña Valeska Puentes Gutiérrez, a la sazón hijo y nieta de don Juan Puentes, quienes expusieron en juicio que efectivamente se interpuso una demanda en contra de su ascendiente, mas esta persona se encontraba fallecida, desde el año 2002, tal y como lo declaró don Eduardo Puentes.

Que, en consecuencia, a través de la ponderación de los instrumentos reseñados, particularmente las copias fieles del expediente civil Rol 1940 – 2011,

sin que estas hayan sido cuestionadas de forma alguna por parte de la defensa, resulta acreditado sin lugar a dudas, la existencia de un proceso civil, tramitado ante el Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, que contenía una demanda de acción reivindicatoria, interpuesta por el Comité Habitacional El Hogar; que se admitió a tramitación el día 30 de septiembre de 2011, ordenando “traslado”, correspondiendo su notificación a las partes y que entre los demandados, figuraba don Juan Alberto Puentes Díaz. Del mismo modo, y a través de los Certificados de Defunción, incorporados en original y copia autorizada, sumados a los testimonios del hijo y nieta del mismo demandado, se puede constatar, también sin lugar a dudas, el fallecimiento del señor Puentes Díaz, ocurrió el día 20 de junio de 2002.

DECIMO QUINTO: En cuanto al carácter de funcionario público del acusado: Que se ha establecido en el considerando Décimo tercero, que la notificaciones de la demanda y de la resolución judicial recaída en ella, fueron efectuadas por el funcionario Receptor Judicial de la comuna de Los Ángeles, el imputado don Miguel Aráñeda Ruiz. Este aserto, tampoco ha sido controvertido por la defensa, así como tampoco el carácter de Funcionario Público del mismo, más, resulta esencial su determinación por estar contenido dentro de la acusación. Para arribar a su establecimiento, se ha ponderado la prueba testimonial e instrumental incorporada al juicio. En efecto, doña Marilyn Salinas Rivera, expuso que luego de que el Comité Habitacional El Hogar interpusiera una demanda en contra de algunos habitantes de la Villa Juan Pablo II, se contactaron con



el Abogado Gonzalo Galaz y él los contactó con el receptor Miguel Araneda, a quien le cancelaron cien mil pesos para que notificara a dichas personas, añadiendo que el encargo de la notificación al Receptor Araneda —a quien reconoció en estrados— se produjo en el Juzgado, otorgándole este la respectiva boleta. Este hecho, además, resulta parcialmente reconocido por el propio imputado, quien señaló que fue contratado, por teléfono, por un abogado, entre octubre y noviembre de 2011, para notificar a 10 demandados por una junta de vecinos, por los lineamientos de un terreno y que los demandados vivían en la calle xx, aceptando la diligencia, recibiendo los respectivos honorarios, aunque, más adelante, interrogado por la defensa, señaló que la Presidenta de la Junta de Vecinos le encargó la notificación. Con todo, no cabe duda, que la parte demandante, ya sea el abogado o la propia parte, le encomendó la realización de la diligencia de notificación, le cancelaron sus honorarios y este aceptó la realización de las mencionadas diligencias, hecho que además resulta corroborado por las actas de notificación que figuran en el expediente Rol 1940 – 2011, de fojas siete a diez inclusive, todas las cuales fueron suscritas por el acusado señor Araneda Ruiz.

Ahora bien, dicho encargo al señor Araneda lo fue en su carácter de Receptor Judicial de esta ciudad, función que, según sus propios dichos, realiza desde hace 16 años. En forma relacionada, el testigo Jorge Carrasco Martínez, a la sazón Juez Titular del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, declaró conocer a Araneda Ruiz, indicando que este se desempeña como Receptor Judicial,

correspondiéndole, incluso, practicar las respectivas calificaciones funcionarias. A mayor abundamiento, se incorporó al efecto prueba instrumental, consistente en copia de Decreto de Nombramiento de don Miguel Segundo Araneda Ruiz, como Receptor Judicial de la ciudad de Los Ángeles, de fecha 16 de junio de 1999, suscrito por orden del Presidente de la República, por don José Antonio Gómez Urrutia, Subsecretario de Justicia. De igual forma se incorporó, copia de la Hoja de Vida, de don Miguel Segundo Araneda Ruiz, emitida por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el 27 de diciembre de 2013, que da cuenta que el señor Araneda se desempeña, a dicha época y desde el 16 de junio de 1999, como Receptor del Primer Juzgado de Letras de Los Ángeles, en calidad jurídica de Titular.

En consecuencia, en primer término, resulta prístino y reconocido por el propio imputado, que las diligencias de notificación de la demanda y resolución judicial en ella recaída —en causa 1.940 – 2011— le fueron encomendadas por la parte demandante, en su carácter de Receptor Judicial, función que, además, ha quedado suficientemente acreditada que él desempeñaba, según sus propios dichos, reafirmados por lo declarado por el magistrado señor Carrasco, y, además, por la instrumental ya reseñada, que da cuenta del nombramiento en tal carácter, y del hecho de haberse desempeñado en dicha función a la fecha de ocurrencia de los hechos de este juicio, esto es, en el mes de octubre del año 2011.

A este respecto, ya habiéndose establecido que el imputado ostentaba el cargo de Receptor Judicial a la época de ocu-

rrencia de los hechos, conviene precisar si dicha función se encuadra, dentro del concepto de “empleado público”, elemento normativo del tipo que describe para estos efectos el artículo 260 del Código Penal, el cual señala que “se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. Por su parte, el artículo 390 del Código Orgánico de Tribunales, señala que: “Los receptores son ministros de fe pública encargados de hacer saber a las partes, fuera de las oficinas de los secretarios, los decretos y resoluciones de los Tribunales de Justicia, y de evacuar todas aquellas diligencias que los mismos tribunales les cometieren”. Como puede apreciarse entonces, la descripción que el legislador penal entrega de funcionario público es amplia “...abarca a todo aquel que sirve una función pública, remunerado o no por el Estado, con o sin nombramiento del Presidente de la República. Las expresiones no quedan restringidas al concepto que podría desprenderse del Estatuto Administrativo. Funciones como la de un notario público, un receptor, un parlamentario, un concejal, calzan dentro del concepto expresado en el artículo 260” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición, página 79). Así entonces, y desempeñando los Receptores Judiciales la labor de ser ministros de fe pública,

no cabe duda alguna que dicha actividad representa una “función pública”, destinada al servicio de un poder del Estado, cual es el Poder Judicial, por lo que, claramente, su actividad constituye la de un “empleado público”, para los fines previstos en el artículo 260 del Código Penal.

**DECIMO SEXTO:** *En cuanto a la elaboración de un acta de notificación y su contenido.* Que según se establece en el considerando Décimo Tercero de este fallo, el imputado Miguel Aránez Ruiz, en el ejercicio de sus funciones de Receptor Judicial... elaboró un acta de notificación judicial ... la cual agregó al expediente civil antes indicado y en donde certificó que, con fecha 17 de octubre de 2011, a las 19 horas, en el domicilio de calle xxx, Los Ángeles, notificó personalmente al ciudadano Juan Alberto Puentes Díaz de la demanda interpuesta y de la resolución judicial respectiva, y que le entregó copia íntegra de las mismas, y que el notificado señor Puentes Díaz estimó innecesario firmar. Para establecer dicho aserto, se cuenta en primer lugar con la pieza del expediente Rol 1940 – 2011, que en copia autorizada se incorporó en juicio, y que, a fojas 9 vuelta se lee textual “Los Ángeles, diecisiete de Octubre del año dos mil once, siendo las diecinueve horas, en su domicilio ubicado en calle xxx, de esta ciudad, notifiqué personalmente a don JUAN ALBERTO PUENTES DIAZ, de la demanda de ff. dos, tres, tres, cuatro, cinco y resolución de fs. seis, le di copia íntegra de todo ello, y no firmó por estimarlo innecesario.-Doy Fe.- Derechos \$15.000. Hay una firma sobre el nombre MIGUEL ARANEDA RUIZ RECEPTOR JUDICIAL”. Dicho

instrumento, le fue exhibido al testigo Carrasco Martínez, el cual indicó que correspondía al estampado del Receptor Miguel Araneda, en que aparece que notificó personalmente a Juan Alberto Puentes Díaz de la demanda y su proveído, agregando, al exhibírsele las fojas 71 y 72 del mismo proceso, que dicha notificación fue anulada mediante sentencia interlocutoria pronunciada por él, a raíz de un incidente de nulidad promovido a fojas 13 del mismo proceso. Por su parte, la testigo Valeska Puentes Venegas, nieta de don Juan Puentes Díaz y quien intervino como abogado en el proceso Rol 1940 – 2011, precisamente, reclamando la nulidad de la notificación, señaló que concurrió al Juzgado, en donde vio el expediente y que la notificación había sido efectuada por don Miguel Araneda.

Por otro lado, depuso en estrados don Paul Yáñez Zambrano, perito documental del Laboratorio de Criminológica de la Policía de Investigaciones, quien expuso acerca del peritaje documental realizado al instrumento cuestionado, que se encuentra a fojas 9 vuelta de un expediente del Primer Juzgado Civil de Los Ángeles, en que hay una firma del señor Araneda. Agregó que, como material análogo de cotejo, le tomó una muestra caligráfica al señor Araneda, en dependencias de la Fiscalía de Los Ángeles, en donde se obtuvo a lo menos ocho firmas, distribuidas en 4 hojas, las cuales comparó con las que constan en el expediente, a fojas 9 –que le fue exhibido y reconoció en estrados– con el método grafoscópico. Añadió que la firma de fojas 9 vuelta y las auténticas, presentan semejanzas en la fisonomía global, en la cualidad del trazado, características de forma

continua y uniforme, las signaturas son expeditas, en la velocidad de la ejecución, en el tamaño medio y proporcional de los signos, advirtiendo semejanzas en las letras A y M, resultando ambas firmas semi – ilegibles. En definitiva, arribó a la conclusión que la firma de fojas 9 vuelta es auténtica. Se le exhibió, por último, las fotografías 1 y 2 de su peritaje, añadiendo que la primera corresponde a la firma que estaba a fojas 9 vuelta expediente que tuvo a la vista y la segunda a una de las tantas firmas otorgadas en forma voluntaria por el señor Araneda, reiterando la misma conclusión ya expuesta.

En relación a este punto, el acusado señaló las diligencias realizadas con anterioridad a la confección del acta de notificación, agregando, en el interrogatorio del Fiscal, que luego de realizar la diligencia, le aplica un papel a la causa y Mónica Araneda López, su secretaria e hija, redacta el texto del acta en el computador, en donde tiene los prototipos, procediendo él a firmar el acta. En el mismo sentido expuso doña Mónica Araneda López, quien agregó que las causas –que son previamente retiradas del Tribunal– se llevan a la oficina en donde se marcan con la diligencia a realizar; luego él (Araneda Ruiz) hace la diligencia, lleva la causa de vuelta, con la fecha, hora y diligencia realizada; ella lo traspasa al estampado que tiene grabado en el computador y se lo pasa a él para que lo firme. En particular, respecto de la notificación a Juan Puentes, decía que era personal, ella la pasó en limpio, la escribió y la pasó para que lo firmara. En el contra examen del querellante, añadió que la información de los estampes se la da su jefe, el Receptor, ella no tiene ninguna otra injeren-

cia, ella estampa, escribe todo lo que él le coloca y hay una conversación de una causa en particular, ella agrega lo que él le señala.

En consecuencia, y ponderando los medios de convicción arriba reseñados, no puede sino concluirse que el acta de notificación que se consigna a fojas 9 vuelta del expediente civil Rol 1940 – 2011, fue elaborada por el acusado Araneda Ruiz, según pudo ser apreciado, directamente, por el magistrado Carrasco Martínez, a cargo del mismo proceso y por la abogada Puentes Venegas, quien intervino reclamando la nulidad de la mencionada actuación judicial, quienes así lo depusieron claramente en estrados, dando cabal razón de sus dichos; sin que exista duda de que la firma que se encuentra al pie de dicha acta le pertenece al acusado, según lo expuso con claridad el perito Yáñez Zambrano, quien, además, dio acabado fundamento de sus dichos y de la forma en que logró arribar a dicha convicción, exponiendo al Tribunal el procedimiento científico utilizado para ello y las razones, que, amparadas en la ciencia o arte que profesa, le permitieron formular dicho aserto, el cual impresiona, entonces, como creíble.

Asimismo, el hecho que hubiere sido doña Mónica Araneda quien, materialmente confeccionó dicha acta, no implica, de manera alguna, que en su elaboración se encontrare ausente el imputado Araneda Ruiz, pues, como se aprecia claramente de los dichos de ambos, arriba reseñados, la intervención de la señora Araneda, como secretaria del Receptor, se limita a transcribir los datos entregados por el Funcionario, para luego presentarlos a

su firma, siendo entonces dicha acta un reflejo de lo por él instruido, y la firma de éste, al final del acta, representa una aprobación expresa, de que lo escrito en ella obedece a lo por él ordenado, por lo que su contenido, claramente, le pertenece, pudiendo entonces afirmarse que fue por él elaborada, descartándose el supuesto insinuado por la defensa, de que la elaboración del acta correspondía a la señora Araneda López, y no al Receptor Araneda Ruiz.

DECIMO SEPTIMO: En cuanto al carácter de instrumento público del acta de notificación. Que, si bien no fue objeto de discusión por parte de los interviniente, conviene precisar que el acta de notificación en un proceso civil, obedece, en su naturaleza, a la de un instrumento público. En efecto, y siguiendo a don Mario Garrido Montt, “...un instrumento es una manifestación de voluntad o consignación de hechos, en forma escrita y más o menos permanente realizada por una persona que puede tener consecuencias jurídicas...”, (Obra citada, página 57). Desde este punto de vista, el acta de notificación en cuanto consigna hechos de forma escrita y permanente, con efectos jurídicos, sin duda, es un instrumento. Ahora bien, y en cuanto a su carácter de público, el mismo autor, señala que, para determinar si un instrumento es público, debe buscarse las leyes sustantivas que así lo determinan, agregando que el concepto que contiene el artículo 1699 del Código Civil que señala que es “el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario” no es el único que debe considerarse al respecto, indicando, a modo de ejemplo, entre otros “la constancia de las actuaciones judiciales que señala el artículo

61 del Código de Procedimiento Civil” (ídem, pág. 58 y 59). En forma relacionada, la notificación, es precisamente “...una actuación judicial que tiene por objeto poner en conocimiento de las partes una resolución judicial” (Fernando Alessandri, citado por Carlos Stoerherl Maes, en *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los Incidentes*, Editorial Jurídica de Chile, 5 Edición, pág. 81). Así, entonces, el acta de notificación debe contener los requisitos de toda actuación judicial, prescritos en el artículo 61 de Código de Procedimiento Civil, a saber, debe “... dejarse testimonio escrito en el proceso, con expresión del lugar, día, mes y año en que se verifique, de las formalidades con que se haya procedido, y de las demás indicaciones que la ley o el tribunal dispongan. A continuación y previa lectura, firmarán todas las personas que hayan intervenido; y si alguna no sabe o se niega a hacerlo, se expresará esta circunstancia. La autorización del funcionario a quien corresponda dar fe o certificado del acto es esencial para la validez de la actuación.”, además, debe contener las menciones especiales según sea el tipo de notificación que se practique, y, tratándose de la notificación personal, aquellas señaladas en el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, a saber “...se hará constar en el proceso por diligencia que suscribirán el notificado y el ministro de fe, y si el primero no puede o no quiere firmar, se dejará testimonio de este hecho en la misma diligencia. La certificación deberá, además, señalar la fecha, hora y lugar donde se realizó la notificación y, de haber sido hecha en forma personal, precisar la manera o el medio con que

el ministro de fe comprobó la identidad del notificado.”

En consecuencia, y como puede apreciarse, el acta de notificación, como actuación judicial que es, debe cumplir con una serie de requisitos, expresamente señalados por el legislador, y, siempre, deberá constar en ella, la autorización del funcionario que la realiza, el cual, obviamente, debe ser competente para ello. Entonces, el acta de notificación, como instrumento que es, debe ser expedida con las solemnidades legales por el competente funcionario, por lo que, de tal forma, ella es, sin lugar a dudas, un instrumento público.

DECIMO OCTAVO: En cuanto la falsedad del acta de notificación: Que se estableció por parte del tribunal en el considerando Décimo Tercero que acta de notificación de resolución judicial elaborada por el imputado Sr. Araneda Ruiz es falsa, toda vez que supone en su contenido la intervención de una persona a esa fecha fallecida, además de faltar a la verdad en la mención de hechos sustanciales tales como la entrega personal al señor Puentes Díaz de la demanda y de la resolución judicial recaída en ella, y la negativa del notificado a firmar el acta por estimarlo innecesario, menciones ajenas a la verdad. Este hecho fue abiertamente controvertido por la defensa del acusado, quien sostuvo que no existió tal falsedad, toda vez que, efectivamente se realizó la notificación, y que sólo no se notificó personalmente, más, de igual forma se comunicó la actuación y su proveído, que es lo esencial de la notificación, toda vez que dejó la notificación en la casa de la arrendataria, tal y como se lo dijo el notificado. Añadió, además, que es un



lugar común que, carece de significación penal, atendido el contenido del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, la expresión “se excusó de firmar”.

No obstante, a través de la prueba de cargo incorporada por el persecutor, se arribó, más allá de toda duda razonable, a la convicción de la efectividad del aserto que encabeza este considerando. En efecto, la testigo Victoria del Carmen Cerda Vera, expuso que la casa en la cual vive, la arrienda desde alrededor de 13 años. Añadió que en octubre del año 2011 se encontraba en la casa y fue un caballero a dejar un papel que tenía que entregárselo al dueño, añadió que “el caballero”, iba a dejar un documento para Juan Puentes, y tenía que entregárselo personalmente, respondiendo ella que arrendaba la casa y que Juan Puentes no vivía ahí, preguntando “el caballero” donde podría encontrar a Juan Puentes y ella le dio la dirección de la casa de él y le dijo que trabajaba en el ejército, luego de lo cual el hombre se fue. Al otro día, más o menos, volvió a su domicilio, y en esta ocasión se encontraba también su marido de nombre Marco Esteban, quien llamó por teléfono a Juan Puentes, aunque en realidad era el hijo de Juan Puentes, conversó con él y luego le pasó el teléfono al “caballero” que le venía entregar el papel a su arrendador, el señor Puentes, oportunidad en que este último le dijo al “caballero”, que dejaran los documentos con ella y que él los iría a buscar a la casa y así lo hicieron, pues, al otro día llegó a buscarlos y le entregaron los papeles. Después se enteró que el dueño de la casa estaba muerto, y que el hijo se hacía pasar por Juan Puentes, pues luego fue al juzgado en donde firmó unos papeles para testificar que el

caballero estaba muerto. Aclarada por el Tribunal expuso que quien le arrendaba la casa se hacía pasar por Juan Puentes, toda vez que, en persona y por teléfono, señalaba “aquí Juan Puentes viene a cobrar el arriendo”. Añadió, además, que no escuchó la conversación entre el Receptor y su arrendador y lo que expuso lo supo por que el Receptor se lo dijo.

En el mismo sentido, don Marcos Esteban Soto Fernández, expuso que antes vivía en xxx, junto a su hija y su mujer, de nombre Victoria Cerda. Eran arrendatarios del inmueble y el propietario, según sabían, era don Juan Puentes, porque las cuentas llegaban a dicho nombre, pero luego supo que se llamaba Eduardo Puentes. Añadió que, una tarde, en el año 2011, llegó un señor que se presentó como representante del Juzgado, con una demanda por los sitios de una población nueva, le dijo que venía a dejar una demanda y que necesitaba entregársela al dueño de la casa, que era Juan Puentes. Ellos le explicaron que eran arrendatarios y que podían llamar al dueño de casa y ubicarlo. Señaló que llamó a Juan Puentes quien le dijo que le diera su número (de teléfono) al funcionario o que este dejara la demanda con ellos. El funcionario no habló con Juan Puentes y él le dio el número de Juan Puentes. Ese día, el funcionario no dejó nada. A los tres o cuatro días volvió el funcionario, dijo que venía a dejar una demanda, preguntó por el dueño de casa, a lo que él le respondió que no vivía ahí, sino que en yy y que trabajaba en el ejército. Volvieron a llamar al señor Puentes, y don Juan (Puentes) contestó que dejaran la demanda ahí y que él la pasaba a buscar, habló con él (testigo) quien tenía

el teléfono en altavoz y el funcionario estaba escuchando. El funcionario judicial dejó la demanda con él, su señora estaba a su lado, y se retiró, no les pidió firmar ningún documento, ni le pidió su nombre. El señor Puentes fue varios días después a buscar el arriendo y él le entregó la demanda. Posteriormente se enteró que el arrendador no se llamaba Juan, sino que Eduardo Puentes, cuando fueron a los Tribunales que se encuentran en calle Valdivia.

En el mismo sentido, don Eduardo Segundo Puentes Gutiérrez, expuso que su padre se llamaba Juan Alberto Puentes Díaz, y que se encuentra fallecido desde junio de 2002. Son propietarios del inmueble de calle xxx su madre, doña Erna Gutiérrez y la sucesión de su padre, compuesta por 5 hermanos. Respecto de aquel inmueble, señaló que su madre se la asignó para que la arrendara, por lo que él cobra el arriendo y con ello le compra enseres a su madre. En esa casa antes vivía don Marco y la señora Victoria. Le pagaban el arriendo en la misma casa, o en su domicilio, ubicado en yy. Los arrendatarios, normalmente, le llamaban don Juan, toda vez que no hubo un contrato formal de arrendamiento y se imagina que lo llaman así porque las boletas de luz y agua están a nombre de su padre. A fines del año 2011 lo llamaron por teléfono, y le dijeron que le dejaban un documento, a lo que él contestó que lo dejaran ahí y él lo pasaba a buscar. El documento era del juzgado e iba dirigido al propietario de la casa y él dijo que lo pasaría a buscar, no recuerda si conversó con alguien más. El documento lo dejaron ahí, y lo pasó a buscar, era una citación, no recuerda si se lo pasó doña Victoria o don Marco. Luego

de refrescar memoria, expuso que el documento era una demanda dirigida en contra de su padre, don Juan Alberto Puentes Díaz y él se lo entregó a su hija, Valeska Puentes, que es abogada, no tuvo mayor información hasta que lo citaron de la Policía de Investigaciones. En el contraexamen: señaló no recordar si el funcionario judicial habló telefónicamente con él, no recuerda haberle dicho que dejara los documentos con doña Victoria.

Por su lado, doña Valeska Puentes, señaló que su padre le comentó que le había llegado un documento, de su abuelo, que se lo había pasado la arrendataria, doña Victoria, en el cual se indicaba que su abuelo estaba personalmente notificado, lo que era imposible. Luego de intentar, infructuosamente, contactarse con don Miguel Araneda, dedujo un incidente de nulidad de la notificación, representado a doña Victoria, que era la persona que vivía en el inmueble de xx. Respecto de aquel incidente, el magistrado Carrasco Martínez, expuso que, efectivamente, se interpuso un incidente de nulidad de la notificación, el cual fue acogido por él, pues se daba cuenta de la notificación personal a una persona fallecida, todo ello según reconoció al exhibírsele las fojas 71 y 72 del expediente Rol 1940 – 2011.

El acusado Araneda Ruiz, por su parte, expuso que entre octubre y noviembre de 2011 concurrió a la calle xx a efectuar unas notificaciones a 10 demandados. En dicha calle, preguntó por Juan Puentes, y le dijeron que era la última casa del extremo sur de la calle, inmueble en el cual reiteró la pregunta, y una mujer le dijo que le

arrendaba a Juan Puentes, por alrededor de 8 años. Le dijo que no podía darle la dirección, que no la sabía y que él iba a buscar la renta. Volvió después, no recuerda exactamente a los cuantos días y estaba la mujer con su marido. Llamaron por teléfono a Juan Puentes, le dijo, la señora a Puentes, que había un receptor que quería notificarlo. Él (acusado), habló con Puentes por teléfono, le preguntó si era Juan Puentes, a lo que su interlocutor le respondió que sí, ante lo cual se identificó como Receptor Judicial, le explicó que había una demanda en contra de unos vecinos, entre ellos él, a lo que Puentes le respondió que dejara la demanda con la señora del arriendo, y la iba a buscar cuando fuera a cobrar la renta. Ante ello, y estimándolo beneficioso para el demandado, le dejó la demanda con la señora. Luego, expuso, que no tuvo contacto personal con don Juan Puentes Díaz, en xxx; respecto de la expresión “no firma por estimarlo innecesario”, es una frase común en sus notificaciones, y que, en este caso, no le preguntó a persona si quería o no firmar, simplemente quedó en el acta. Respecto del domicilio de xxx, la persona que vivía en dicho inmueble le informó que la casa era de Juan Puentes, pero que este no vivía ahí, sino que le arrendaba la casa a ella. Luego señaló, que, incluso otros vecinos de la misma calle le dijeron que esa casa era de Juan Puentes pero que la arrendaba. Aclarado por el Tribunal, expuso que la expresión “no firma por estimarlo innecesario” se refiere a que él, como Receptor Judicial, lo estima innecesario, añadiendo que, la arrendataria del inmueble de xxx le dijo que Juan Puentes no vivía ahí, mas no dejó constancia de ello porque le iban a ave-

riguar el domicilio, y que, luego, el señor Puentes le dijo que se encontraba en el regimiento y no lo iba a encontrar casi nunca en la casa.

Ahora bien, ponderando los testimonios reseñados, a más de lo expuesto anteriormente en el considerando Décimo Cuarto, particularmente, respecto del hecho que don Juan Alberto Puentes Díaz se encontraba fallecido desde el año 2002, es posible establecer lo siguiente:

i.- Que, efectivamente el señor Aranedo concurrió al domicilio de xxx, en el mes de octubre y en la fecha señalada en el acta de notificación, hecho sobre los cuales no existe controversia, amén que los testigos presenciales, doña Victoria Cerda y don Marco Soto, lo sitúan en el lugar, en una misma época y con una misma finalidad, cual era entregar unos documentos judiciales, personalmente, a don Juan Puentes.

ii.- Que, en el domicilio ubicado en xxx de los Ángeles, tanto doña Victoria Cerda, como don Marcos Soto, a la sazón arrendatarios del inmueble, le indicaron al señor Aranedo que don Juan Puentes no vivía en aquél domicilio, indicándoles, ambos, según exponen de forma conteste, que le señalaron que éste venía a cobrar la renta y que este trabajaba en el ejército. Dicha información, además, le fue proporcionada directamente al señor Receptor por los demás vecinos de la calle, según sus propios dichos, que le indicaron que el señor Puentes era el dueño de la casa, pero que la arrendaba y no vivía ahí, y, además, por el propio Eduardo Puentes —presunto Juan Puentes— quien le indicó que se encontraba trabajando en



el regimiento. En consecuencia, y apreciando dichos testimonios y los propios dichos del acusado, resulta entonces que, éste siempre supo que en el domicilio ubicado en xxx de la ciudad de Los Ángeles, no vivía don Juan Puentes, no obstante, igualmente, en el acta de notificación se indica que aquél es su domicilio, aseveración que, en consecuencia, resulta ser falsa.

iii.- Que, en una segunda oportunidad en que el señor Aranedá concurrió al domicilio de xxx, se entrevistó, tanto con la señora Victoria Cerda y don Marcos Soto, este último, quien procedió a llamar por teléfono a la persona que él conocía como Juan Puentes, quien en realidad era don Eduardo Puentes, manifestándole la presencia de un funcionario judicial que pretendía notificarle una demanda, a lo cual este respondió que le dejaran los documentos ahí, y él los pasaba a buscar después. Este hecho, resulta plenamente establecido con las declaraciones del propio Eduardo Puentes, quien así lo declara y de don Marco Soto, quien también así lo expone, añadiendo que fue él, precisamente quien habló con el señor Puentes. Doña Victoria Cerda, si bien relata el mismo contenido de la respuesta del señor Puentes, señala que ello se lo respondió directamente al Receptor Judicial, con quien habló por teléfono el señor Puentes, hecho que es igualmente narrado por el acusado, más, no es posible arribar a la convicción de que efectivamente dicha conversación entre ambos, hubiere ocurrido, pues, don Marco Soto sostiene claramente que fue él quien habló con Puentes, Puentes no recuerda haber conversado con el Receptor, aunque sí con sus arrendatarios, y, doña Victoria sabe de la conversación,

únicamente, por lo que el Receptor le dijo y no recordaba tampoco si el receptor saludó o no al supuesto Juan Puentes por su nombre, por lo que sus dichos, en este punto, carecen de precisión suficientes para formar convicción, al igual que lo aseverado por el señor Aranedá, pues, nadie más, aparte de él, pudo apreciar la conversación así como el tenor de ella, que se habría producido entre él y el presunto Juan Puentes. Así entonces, de igual forma, queda en evidencia que existió una comunicación, entre don Marcos Soto y don Eduardo Puentes, en que este último es informado de que Juan Puentes era buscado por un Receptor Judicial para ser notificado, y en que Puentes señala o solicita que le dejen la notificación con alguno de sus arrendatarios y que posteriormente lo pasa a buscar.

Habiendo así ocurrido los hechos, el señor Receptor dejó constancia en el acta de notificación de la realización de una diligencia o actuación judicial que en realidad no ejecutó, que no hizo, pues en la mentada acta, señala que “notificó personalmente a don Juan Alberto Puentes Díaz de la demanda de fojas dos, tres, tres, cuatro, cinco y resolución de fojas 6”, hecho que, de manera alguna es veraz, pues él jamás estuvo siquiera frente a don Eduardo Puentes—a quien suponían los vecinos como Juan Puentes— y solo hubo un contacto telefónico, y no personal, frente a frente, con el presunto notificado, por lo que, entonces, la mencionada acta da cuenta de un hecho que no ocurrió—ni pudo ocurrir, por lo demás, porque la persona a quien debía notificarse, don Juan Puentes, se encontraba fallecida— por lo que resulta ideológicamente falsa. Consecuencialmente, también resulta ser falsa la aseveración

formulada por el Receptor en el acta de haber notificado personalmente a don Juan Puentes, puesto que, realmente, éste se encuentra fallecido desde el año 2002.

iv.- Que, en el mismo sentido, y descartado un contacto personal entre el señor Araneda y el señor Puentes (presunto Juan Puentes) tampoco resulta efectivo que el acusado le hubiere entregado a éste, personalmente, las copias íntegras a que alude en su acta, pues resulta claramente establecido, sin lugar a dudas que dichas copias fueron dejadas a doña Victoria y don Marcos, en el domicilio de xxx, tal y como lo solicitó el señor Eduardo Puentes, según expuso este mismo en estrados, y como lo relataron doña Victoria Cerda, don Marcos Soto y el propio acusado señor Araneda. En este punto, entonces, el acta de notificación igualmente da cuenta de un hecho que no es veraz, y es, por lo tanto, falsa.

v.- Que, consecuentemente con lo expuesto, resulta que el atestado del Receptor señor Araneda, en cuanto indica que el señor Juan Puentes no firmó por estimarlo innecesario, tampoco resulta ser veraz, puesto que ha quedado establecido que ni siquiera tuvo la oportunidad de hacerlo, al no encontrarse en persona –don Alberto Puentes, erróneamente indicado como Juan Puentes– frente al acusado Araneda. Así las cosas, imposible le resultaba firmar la constancia, por lo que no es cierto que no lo hiciera por estimarlo innecesario. El descargo de la defensa y del Receptor respecto a que ello resultaría dificultoso y que constituiría un frase de empleo común en las actas de notificaciones, no implica que ello se ajuste a derecho, ni a la verdad, pues,

el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil expresa que la notificación personal debe llevar la firma del notificado y, en su caso, la mención de si este no quiere o no puede firmar, por lo que aquel hecho debe consignarse como realmente ocurrió, y no a través de una mera frase común, por dificultoso o complejo que resultare. Así las cosas, esta mención, contenida en el acta, igualmente es falsa.

En consecuencia, y como ha podido constatar, el acta de notificación elaborada por el señor Araneda Ruiz, es falsa, en cuanto al hecho que señala haber notificado personalmente, en su domicilio, a don Juan Alberto Puentes Díaz de la demanda y su proveído, al hecho de haberle otorgado copias íntegras de todo ello, y al hecho que este no hubiere firmado por estimarlo innecesario. Dicha falsedad, es de naturaleza ideológica, pues, en la especie, un sujeto calificado, a la sazón Receptor Judicial, ministro de fe pública, sobre quien pesa la obligación de ser veraz, según lo prescriben expresamente los artículos 390 y 393 del Código Orgánico de Tribunales, en un instrumento de estructura y forma genuina, manifiesta un hecho que no ha ocurrido, que es mentiroso, que es falso.

DECIMO NOVENO: En cuanto al elemento subjetivo y ausencia de error de tipo. Que, se ha establecido en el considerando Décimo Tercero que el imputado Miguel Araneda Ruiz, en ejercicio de sus funciones de receptor judicial y abusando de su oficio, aprovechando su calidad de ministro de fe pública y haciendo uso de su función en forma inadecuada y desmedida, elaboró un acta de notificación judicial falsa...” afirmación que fue controvertida por

la defensa del acusado, quien alegó que éste obró motivado por un error, el cual le fue inducido toda vez que, los propios arrendatarios del inmueble le señalaron que don Juan Puentes era su arrendador; que luego lo contactaron con él y que el propio Juan Puentes, quien resultó ser en verdad Alberto Puentes, le pidió que le dejara las copias de la demanda en la casa de la señora, lo cual hizo. Añadió que nadie le informó que la persona estaba muerta, por lo que el error de tipo se encuentra suficientemente justificado y probado, error que resulta ser invencible, inevitable y esencial, por lo que procede su absolución.

Al respecto, conviene precisar que, efectivamente, al concurrir el señor Receptor a efectuar la notificación al domicilio de xxx y al consultar por Juan Puentes, ambos arrendatarios, según sus propios dichos, le indicaron que él (Puentes) era el arrendador, y que no vivía en aquel lugar, aunque habitualmente concurría a cobrar la renta, informándole, asimismo, que este tenía domicilio en otro lugar y además, trabajaba en el ejército. Nada de lo que le informaron le permitía, entonces, suponer que don Juan Puentes se encontraba en realidad fallecido, y que la persona a quien erróneamente se referían como tal, era don Eduardo Puentes, el hijo del demandado. A mayor abundamiento, los mismos arrendatarios contactaron a quien conocían como Juan Puentes, quien efectivamente, les señaló que dejara las copias de la demanda en dicho domicilio, tal y como él mismo lo expuso en estrados, agregando que efectivamente los arrendatarios le llamaban Juan Puentes, sin que, en todo caso, él realizara alguna conducta para sacarlos de su error. Así, entonces, y

desde este punto de vista, ciertamente, el señor Receptor creyó que efectivamente, don Juan Puentes había señalado que dejaran las copias en el mencionado domicilio cosa que hizo. Tal circunstancia, no constituye un error de tipo, pues este debe configurarse al momento de la comisión del delito, el cual se verificará al momento de suscribir el acta de notificación falsa y hasta el momento el funcionario no ha elaborado acta de notificación alguna, y solo se ha limitado a creer, que una persona a quien pretende notificar, se encuentra viva y le ha señalado que deje las copias que debe entregarle, en un domicilio, es decir, el error que aduce no recae en ninguno de los elementos del tipo de falsificación, puesto que, hasta el momento, ningún instrumento ha elaborado. Asimismo, el error que aduce la defensa del acusado, insidió en una actuación previa a la elaboración del instrumento público, el que pudo y debió haberlo dilucidado en estricto cumplimiento de las normas que regulan la actividad que realiza, pues, en su carácter de Receptor Judicial, y en cumplimiento de las formalidades previstas por la ley, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, debe verificar la identidad de la persona a quien notifica, y, en cumplimiento riguroso de dicha actividad, fácilmente, podría haber constatado que, la persona, a quien no veía, y que solo se comunicaba por teléfono, no era Juan Puentes Díaz, sino Eduardo Puentes Gutiérrez, pudiendo, además, concurrir al domicilio laboral del supuesto demandado —el Regimiento— que le fue proporcionado por los arrendatarios.

Ahora bien, en la elaboración del acta de notificación, el señor Receptor no

*incurrió en un error de tipo, puesto que, de antemano sabía que no había notificado personalmente la demanda y su proveído a persona alguna, pues, únicamente se contactó, por terceros y telefónicamente, con quien creía debía notificar; sabía que no le entregó copia alguna de demanda y proveído a la persona que señala haberlo hecho; sabía, que aquel no era el domicilio en que habitaba el supuesto Juan Puentes y, obviamente, le constaba que éste no había tenido siquiera la oportunidad de firmar el acta de notificación, por lo que mal pudo haberse excusado de hacerlo. No es posible sostener, como lo hace la defensa y el acusado, que la mera comunicación vía telefónica y el encargo de las copias con un tercero pueda constituir una notificación personal, cuyo contenido y formalidades al acusado conoce y le consta de sobra, pues así también lo expuso en estrados. Él, como Receptor Judicial desde hace 16 años, sabe que en el procedimiento civil no existe una notificación válida a través del teléfono y menos aún que una notificación personal pueda realizarse de dicha forma y el hecho de que ella exista o se aplique en otros procedimientos, no puede, de manera alguna significar una derogación tácita de la normativa procedimental que regula las notificaciones civiles; la adecuación que reclama su defensa, respecto de las normas rigurosas acerca de las notificaciones no opera por el solo hecho de la existencia de nuevas formas de comunicación, sino que requieren un reconocimiento legislativo expreso, atendido el carácter de orden público de las normas que gobiernan la materia.*

*Entonces, en el forjamiento del instrumento público, consistente en un acta*

*de notificación mendaz, el acusado no obró con error, sino con un conocimiento cierto de que lo que realizaba no era veraz, consciente de las consecuencias de ello, abusando de su función de Receptor Judicial, es decir, prevaliéndose de su función para emplearla de una forma indebida, desmedida e inadecuada, consignando en un acta que le correspondía realizar, hechos ajenos a la verdad. En consecuencia, el acusado señor Araneda obró, en la elaboración de un acta de notificación falsa, abusando de su función de receptor judicial y, tal como lo exige el legislador, con dolo directo, puesto que dejó constancia de una actuación judicial que no efectuó, en un instrumento público, a sabiendas de la obligación legal que pesaba sobre él y que se encuentra consagrada, en especial, en el artículo 393 inciso 1° del Código Penal, que prescribe que "... Los Receptores deben cumplir con prontitud y fidelidad las diligencias que se les encomienden, ciñéndose en todo a la legislación vigente y dejar testimonio íntegro de ellas..."*

*En consecuencia, la alegación vertida por la defensa, de que el encartado obró inducido por un error de tipo insuperable debe ser desechada, estableciéndose, por el contrario, que en la elaboración del acta de notificación falsa, obró abusando de su función, con dolo directo, conforme lo requiere el artículo 193 del Código Penal.*

*VIGESIMO: Desestima otro descargo de la defensa: Que, la defensa del encartado, además de un supuesto error de tipo, reclamó que debía absolverse a su representado pues éste ya había sido sancionado, por este mismo hecho, en un proceso administrativo, por lo que,*

sancionarlo penalmente implicaría una vulneración del principio del *non bis in idem*. Al respecto, se incorporó por el ente persecutor, las copias autorizadas del Expediente Administrativo Rol A-2-2012, seguido ante el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Los Ángeles, respecto a don Miguel Araneda Ruiz. En dicho expediente, constan las fojas 1 a 71 del expediente Rol 1940 – 2011, del mismo Tribunal, y, de ahí en adelante, las diversas resoluciones y actuaciones realizadas durante la etapa de instrucción del procedimiento administrativo, pudiendo apreciarse, en los considerando 13° y 14°, de la resolución del Fiscal Instructor, de fecha 23 de agosto de 2012, en que propone la aplicación de una sanción al señor Araneda, que el fundamento de dicha propuesta es que el receptor "... no dio cumplimiento a lo establecido en el referido artículo 43 del cuerpo legal citado (Código de Procedimiento Civil). En efecto, del examen del estampado de fojas 9 vuelta no se advierte la concurrencia de los requisitos legales para el caso de una notificación personal, ya que solo se consigna que dio copia íntegra de la demanda de fojas 2,3,4,5 y resolución de fs 6 y que el notificado (Sr. Puentes Díaz) no firmó por estimarlo innecesario (Considerando 13°). Por su parte, en el considerando 14°, señala el instructor que el señor Araneda Ruiz... "no ha actuado con el celo y prolijidad que un ministro de fe debe emplear en las diligencias que las partes le encomiendan...". En definitiva, propone la sanción de Amonestación Privada, por no actuar conforme a Derecho en la notificación de fojas 9 vuelta. Por su parte, el Juez de Letras en lo Civil, en su resolución de fojas 95, y con fecha 31 de agosto de 2012, aprobó

la sanción propuesta en contra de don Miguel Araneda Ruiz, y le impuso la medida disciplinaria de amonestación privada, por incumplir lo dispuesto en el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, al dar por notificado en forma personal a don Juan Alberto Puentes Díaz, en circunstancias que éste había fallecido el 20 de junio de 2002. Por último, en estrados, el magistrado Carrasco Martínez, ratificó la apertura de proceso administrativo en contra de Araneda, como asimismo, la sanción por él aplicada, por estimarla –según expuso– proporcionada al hecho, al no haber acarreado mayor perjuicio a las partes.

Así las cosas, entonces, de los antecedentes reseñados, se revela prístino la efectividad de que el Receptor Araneda Ruiz fue sancionado en un procedimiento administrativo, así como la sanción impuesta –una amonestación privada–, y, de igual forma, resulta evidente que el fundamento de dicha sanción es el incumplimiento por parte del funcionario, de los deberes propios de Receptor Judicial, en particular, el no haber actuado con la prolijidad necesaria en las labores que le encomiendan y el no haber dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, a la hora de efectuar una notificación personal. En consecuencia, el fundamento de la sanción administrativa es claramente diverso de aquel en que se basa la sanción penal, toda vez que esta se fundamenta en la falsedad cometida por el funcionario, respecto de la narración de hechos sustanciales, al elaborar un instrumento respecto del cual tiene la obligación de ser veraz. Así entonces,



*no existe una infracción al principio del non bis in ídem.*

*Por otro lado, y según se desprende de diversas normas de nuestro ordenamiento penal, para el legislador la responsabilidad penal y la administrativa disciplinaria pública, tienen una naturaleza cualitativamente distinta en cuanto a su gravedad, objetivos y bienes jurídicos protegidos. Así el artículo 20 del Código Penal señala que no se reputan penas la “correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas” y, a su turno el artículo 426 del Código Penal permite expresamente la concurrencia de sanciones tanto administrativas como en el orden penal, al señalar que “La calumnia o injuria causada en juicio se juzgará disciplinariamente por el tribunal que conoce de la causa; sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente”.*

*Por último, y de seguirse la hipótesis planteada por la defensa, deberíamos estimar que cualquier funcionario público que fuere sancionado administrativamente, previo a una persecución de carácter penal por un hecho cometido en carácter de tal, no podría ser sancionado por ningún delito relativo a dicha función, como por ejemplo una falsificación de instrumento público, pues se estaría sancionando por segunda vez, un mismo hecho. Ello implicaría que una mera sanción de carácter administrativo, como una amonestación, una censura o una suspensión del cargo, en los hechos, sustituiría las sanciones penales que ha establecido el legislador,*

*claramente de una mayor entidad, y generaría una impunidad penal evidente e injustificada, naturalmente, no querida por el legislador, al tipificar y sancionar los ilícitos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo.*

*En consecuencia, los razonamientos vertidos llevan necesariamente a concluir que no se configura, en este proceso, una doble sanción respecto del mismo acusado y por idénticos hechos, y por tanto, no se ha infringido el principio reclamado como vulnerado por parte de la defensa.*

*VIGESIMO PRIMERO: Calificación jurídica, iter criminis y participación del acusado. Que, los hechos establecidos en el considerando Décimo Tercero de esta sentencia, en cuanto configuran la elaboración de un instrumento público en que se ha faltado a la verdad en la narración de hechos sustanciales, son constitutivos del delito de FALSIFICACION DE INSTRUMENTO PUBLICO previsto y sancionado en el artículo 193 N°4 del Código Penal. Ello, pues si bien en el acta de notificación se indica que se notifica personalmente a don Juan Puentes Díaz, quien, como se ha establecido falleció el 20 de junio de 2002 y por tanto más de nueve años antes de la realización de la mencionada acta, ello no implica que, en el mencionado instrumento se suponga la intervención de una persona que no la ha tenido, pues, a decir de la mayoría de la doctrina, entre ellos Mario Garrido Montt, para que este supuesto se configure, se requiere que se suponga la intervención de una persona real y naturalmente, un fallecido ya no es persona, y, por tanto ya no existe como*

tal, a menos que la suposición se refiera quien desempeña un cargo o autoridad, cosa que, en la especie, no ocurre. (Obra citada pág. 71). Sin embargo, puede, y en la especie así es, constituir el supuesto de faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales, desde que se atribuye una notificación personal a quien no ha podido efectuarse tal actuación, por encontrarse fallecida.

En forma relacionada, también resultan ser sustanciales en el acta de notificación, la mención de haberse entregado copias de la demanda y su proveído, pues, precisamente ella es la forma de materializar la información que se pretende comunicar con la notificación, y la negativa a firmar el acta por estimarlo innecesario, pues aquella mención es exigida por el legislador, tratándose de una notificación personal, resultando esencial a esta.

En forma relacionada, el hecho punible se encuentra en grado de consumado, de conformidad al artículo 7° del Código Penal, desde que el sujeto activo, el acusado –Araneda Ruiz– realizó con su actividad todas las exigencias del tipo delictivo del artículo 193 N°4 del Código Punitivo, cual es, precisamente, elaborar un instrumento público en cual se faltó a la verdad en la narración de hechos sustanciales.

Por último, el acusado Araneda Ruiz, intervino en el delito analizado de una manera inmediata y directa, ejecutándolo materialmente, según se razona en el Considerando Décimo Sexto, por lo que le cabe en él una participación punible en calidad de autor ejecutor de conformidad a lo previsto en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

VIGESIMO SEGUNDO: Alegaciones del Ministerio Público, Querellante y Defensa del acusado respecto de la pena. Que, una vez dado a conocer a los intervinientes el veredicto condenatorio por parte de este Tribunal, de conformidad a lo previsto en el artículo 343 del Código Procesal Penal, se procedió a incorporar prueba, formulando, además, las siguientes peticiones y alegaciones, todo ello, a fin de determinar la pena que resulte procedente respecto del delito, a saber:

El Ministerio Público, incorporó como antecedente:

1.- Extracto de filiación y antecedentes de Miguel Segundo Araneda Ruiz, que carece de anotaciones por crimen, simple delito o falta.

En cuanto a las alegaciones: expone que favorece al encartado la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N°6 del Código Penal. Solicita la pena de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales que correspondan. En cuanto al cumplimiento de la pena, no formula otras alegaciones. Llamado a debatir respecto de la accesoria del artículo 393 del Código Orgánico de Tribunales, señala que la pena solicitada contempla las accesorias en los términos que corresponda. La imposición de la pena la deja criterio del Tribunal

El querellante: Se adhiere al Ministerio Público en todo.

La defensa: por su parte, incorporó, como antecedentes:

I.- Documental:

a).- Actas de calificación y notificación del acusado Miguel Araneda Ruiz,

correspondientes a su desempeño como receptor judicial durante los años 2011 y 2013, en ambos casos con un puntaje 6.50, Lista Sobresaliente

b) Certificación otorgada por el Primer Juzgado de Letras de esta ciudad acreditando la cantidad de causas retiradas por el receptor Sr. Miguel Segundo Araneda Ruíz, para cumplir diversas diligencias, en el período Junio 2011 a noviembre de 2011 (458 causas); y junio – octubre 2014 (324 causas); De fecha 19 de noviembre de 2014.

c) Certificación del Segundo Juzgado de Letras de esta ciudad, junio – noviembre 2011 (367 causas); y junio – octubre 2014 (383 causas). De fecha 19 de noviembre de 2014.

## II.- Testimonial:

1.- María Soledad Bahamondes Bertín, psicóloga, domiciliada en esta ciudad, mmm, Los Ángeles.

## III.- Pericial:

1.- Jessica del Rosario Gonzales Arévalo, Asistente Social, Alberto Mora 293, Negrete.

En cuanto a las alegaciones: Señala que concurre la atenuante contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, la cual estima como muy calificada, atendida la prueba que incorporó al respecto y además, señala que concurre la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del mismo cuerpo legal, esto es, la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos.

Por lo anterior, solicita se rebaje la pena en tres grados, llegando a 41 días de prisión en su grado máximo. En vir-

tud de lo anterior, solicita se le conceda la medida alternativa de la Remisión Condicional de la Penal, de acuerdo a la ley vigente a la época de comisión del delito y que tanto la pena corporal, como asimismo las penas accesorias que correspondan sean suspendidas en virtud de la aplicación de dicha norma.

VIGESIMO TERCERO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal: Que, estos sentenciadores estiman que concurre respecto del acusado la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N°6 del Código Penal, esto es la irreprochable conducta anterior del encartado, habida consideración que, según el instrumento que se incorporó por parte del Ministerio Público, carece de anotaciones pronuntariales anteriores en su extracto de filiación y antecedentes penales. Además, la defensa incorporó prueba instrumental, consistente en las actas de calificaciones del acusado, como funcionario judicial, en que se aprecia que, en los años 2011 y 2013 fue calificado con nota 6.5, sobresaliente. Asimismo, depuso en estrados doña María Soledad Bahamondes Bertín, quien señaló conocer al señor Araneda desde hace 35 años y que le constaba su responsabilidad como padre, esposo y amigo, y que además él es conocido en la comunidad, ya que asiste a enfermos, llevándole la comunión a pacientes en estado crónico en el Hospital, actividad gratuita que lleva a cabo dos o tres veces por semana. Información, que, además, fue refrendada por la perito doña Jessica González Arévalo, quien señaló que en el área social, la familia y los amigos del acusado lo reconocen como una persona tranquila, dedicado a su trabajo y su colaboración en el área religiosa, en



grupos y en comedor social. Con dichos antecedentes, pretendió la defensa que la atenuante, reclamada le fuere considerada como muy calificada, conforme lo dispone el artículo 68 bis del Código Penal, lo cual no resulta procedente toda vez que la norma en comento exige la concurrencia de una sola atenuante, y, en la especie, favorecen al acusado dos minorantes. Sin embargo, estos antecedentes se considerarán, según se expondrá más adelante, para los efectos previstos en el artículo 68 inciso 3° del mismo cuerpo legal.

Asimismo, concurre respecto del acusado la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, la cual se manifestó tanto desde la investigación que se efectuó en ante el Primer Juzgado de Letras en lo civil de Los Angeles, en donde, según se apreció en el mencionado expediente rol A - 2 - 2012, el acusado prestó declaración, reconociendo haber realizado la notificación cuestionada. Dicha colaboración del acusado, se extendió también a la audiencia de juicio, en donde, renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración, reconociendo gran parte de los hechos contenidos en la acusación, entregando información de relevancia para la correcta y oportuna decisión del Tribunal.

Por último, no concurren circunstancias agravantes respecto del acusado.

VIGESIMO CUARTO: Determinación de la pena: Que, el artículo 193 del Código Penal, sanciona la falsificación de instrumento público con una pena de presidio menor en su grado máximo

a presidio mayor en su grado mínimo. Así, encontrándose el hecho revestido de dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante y siendo la pena aplicable al delito una pena compuesta de dos grados de una pena divisible, de conformidad a lo previsto en el artículo 68 inciso tercero del Código Penal, se impondrá la pena inferior en dos grados al mínimo de aquel señalado por la ley para el delito, resultando, entonces, la pena de presidio menor en su grado mínimo. Dicha rebaja, como se dijo, será de dos grados, pues, las circunstancias atenuantes que han sido acogidas se encuentran revestidas, particularmente la irreprochable conducta anterior, de una mayor entidad que la habitual, al haberse incorporado antecedentes que dan cuenta de un desempeño irreprochable, tanto en el aspecto laboral y social por parte del sentenciado, según se reseñaron en el considerando precedente.

Ahora bien, dentro de este grado, el tribunal aplicará la pena en el mínimo, atendida la menor extensión del mal causado, puesto que si bien su actuación produjo efectos en el proceso en el cual incidía, no perjudicó, en definitiva, a los intereses de los particulares involucrados, toda vez que la notificación realizada fue prontamente anulada por parte del Tribunal competente. Entonces, la pena que se aplicará al encartado por el delito de falsificación de instrumento público, será de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo.

VIGESIMO QUINTO: En cuanto a la pena accesoria contemplada en el artículo 393 del Código Orgánico de Tribunales. Que, el artículo 393 del Código Orgánico de Tribunales, ubicado precisamente en el párrafo 5° del

*Título XI, relativo a “Los Receptores”, prescribe, en su inciso segundo que “... Toda falsedad en un testimonio castigada por la ley llevará consigo la pena accesoria de inhabilitación especial perpetua para desempeñar funciones en la Administración de Justicia, sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad con la ley.”*

*En consecuencia y habida consideración que por medio de la presente sentencia se condenará al encartado, a la sazón Receptor Judicial, como autor de un delito de falsificación de instrumento público, deberá también aplicársele dicha pena accesoria, la cual, atendido los términos en que se haya establecida, no admite graduaciones, por lo que debe imponerse en su integridad.*

*VIGESIMO SEXTO: Procedencia de pena alternativa de la pena privativa de libertad. Que, en lo que respecta a la forma de cumplimiento de pena, la defensa solicitó la aplicación de la Ley 18.216 en su texto vigente antes de la modificación introducida por la Ley 20.603, en atención a la fecha de comisión del ilícito. Petición que se acogerá, por cuanto en el orden de la aplicación temporal de la ley penal, debe estarse a la ley vigente a la época de perpetración del delito, sin que por lo demás, apareciere que al actual texto de la norma en comento resulte más favorable para el encartado. Así entonces, reuniéndose por parte del sentenciado las exigencias del artículo 4° de la Ley 18.216, resulta procedente concederle el beneficio de la remisión condicional de la pena privativa de libertad, toda vez que la pena que se impondrá no excede de tres años; el imputado mantiene irreprochable conducta anterior; presenta arraigo*

*familiar y social, según expuso la perito Jessica González Arévalo, y en cuanto a sus antecedentes laborales aparece que fue calificado en forma sobresaliente a lo menos en dos periodos y su conducta posterior estuvo marcada por el reconocimiento de su actuar en todas las instancias en que le fue solicitada su versión; de modo que resulta pertinente conceder la remisión condicional de la pena por el término de un año, a fin que permanezca bajo la discreta observación y asistencia del condenado ante Gendarmería de Chile.*

*No obstante lo anterior, la petición formulada por la defensa, en cuanto a que la suspensión de la pena se extendiera, también, a la suspensión del cumplimiento de las penas accesorias de inhabilitación o suspensión de derechos, no será acogida. Ello, pues en concepto de estos sentenciadores la suspensión de la pena en el marco de la antigua Ley 18.216 sólo resultaba procedente para la pena privativa de libertad impuesta, más no para la pena de inhabilitación o suspensión de derechos, considerando, no sólo la denominación de dicha normativa, cuyo ámbito de aplicación se limitaba expresamente a las penas privativas de libertad, al señalar que: “Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad....” sino también, porque todo su contenido parte de la base que se está frente a una pena de privativa de libertad cuyo cumplimiento efectivo, en la cárcel, no aparece como lo más adecuado para el caso concreto, con miras a su efectiva reinserción social, dadas las características personales y méritos del condenado; todo lo cual, no es aplicable a la sanción de inhabilitación o suspensión de cargos públicos, porque el fun-*

damento que tenía en vista la ley para beneficiar al condenado con un cumplimiento alternativo a la pena privativa o restrictiva le libertad no concurrían para esta otra clase de penas, las cuales no se debían entender suspendidas por la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por último, conviene señalar que, actualmente, el cuerpo legal citado, al regular la Remisión Condicional de la Pena, señala expresamente que la pena privativa de libertad se sustituye y no que se suspende, por lo que, desde esta perspectiva, no es más favorable para las pretensiones del encartado.

**VIGESIMO SEPTIMO:** Prueba descartada: Que pese a haberse incorporado y valorado por estos sentenciadores dos certificaciones que daban cuenta de las causas retiradas por el acusado en su carácter de Receptor Judicial, ellas no revistieron ninguna relevancia, tanto para la determinación de las circunstancias modificatorias o para la concesión de alguna medida alternativa de la pena privativa de libertad, resultando, por tanto, impertinentes.

**VIGESIMO OCTAVO:** Costas. Que, sin perjuicio de haber sido completamente vencido el acusado, no se le condenará en costas por encontrarse revestido el hecho por el cual se le sentencia de dos circunstancias atenuantes, de modo tal que la pretensión punitiva, tanto del Ministerio Público, como del Consejo de Defensa del Estado, se vio notoriamente disminuida ante la concurrencia de las mencionadas circunstancias.

Y teniendo en consideración, además, lo previsto en los artículos 1°, 7, 11 N°6, 11 N°9, 15 N°1, 30, 50, 68, 69, 193

N°4 del Código Penal, 393 del Código Orgánico de Tribunales, artículos 295, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 348, del Código Procesal Penal y artículos 3 y 4 de la ley 18.216, **SE DECLARA,**

I.- Que, **SE CONDENA** a MIGUEL SEGUNDO ARANEDA RUIZ, ya individualizado, como autor del delito consumado de FALSIFICACION DE INSTRUMENTO PUBLICO, previsto en el artículo 193 N°4 del Código Penal, hecho cometido el día 17 de octubre de 2011, en la comuna de Los Ángeles, a la pena de SESENTA Y UN (61) DIAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MINIMO Y A LA SUSPENSION DE CARGO U OFICIO PUBLICO DURANTE EL TIEMPO QUE DURE LA CONDENA.

II.- Que **SE CONDENA**, además, a MIGUEL SEGUNDO ARANEDA RUIZ, a la pena accesoria de inhabilitación especial perpetua para desempeñar funciones en la Administración de Justicia.

III.-Que, reuniéndose en la especie los requisitos contemplados en el artículo 4° de la 18.216, vigente a la época de comisión del delito, se le concederá al sentenciado ARANEDA RUIZ, el beneficio de la remisión condicional de la pena privativa de libertad, por el término de un año, a fin que permanezca bajo la discreta observación y asistencia de Gendarmería de Chile

IV. Que no se condena en costas al sentenciado.

Ejecutoriada que se encontrare la presente sentencia, ofíciase a los organismos que corresponda, remítase copia auto-

*rizada de ella al Juzgado Garantía de Los Ángeles para su cumplimiento. Asimismo, en dicha oportunidad, póngase al sentenciado a disposición de dicho Tribunal para el cumplimiento de la pena.*

*Devuélvase la prueba documental y evidencia material a los intervinientes.*

*Regístrese, publíquese en la página web del Poder Judicial y archívese en su oportunidad.*

*Sentencia redactada por el juez don Juan Pablo Lagos Ortega*

R.U.C 1200443220 -5

R.I.T. 4 - 2015

*SENTENCIA PRONUNCIADA POR LA SEGUNDA SALA DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LOS ANGELES, INTEGRADA POR LOS JUECES TITULARES DOÑA MARIA SILVANA MUÑOZ JARAMILLO, QUIEN PRESIDÓ LA AUDIENCIA, DOÑA MARISOL PANES VIVEROS Y DON JUAN PABLO LAGOS ORTEGA.*



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## AMENAZAS: LA PRIMERA AGRESIÓN AL INTERIOR DE LA FAMILIA<sup>1</sup>

Giannina Mariela Mondino Barrera<sup>2</sup>

### I. Cuestiones Previas

El presente artículo tiene por objeto dar a conocer las tendencias jurisprudenciales sobre el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. Se analizarán las sentencias más relevantes dictadas por las Cortes de Apelaciones del país en los últimos cinco años en las temáticas relativas a su naturaleza jurídica, requisitos para la configuración del tipo penal y el fenómeno de la retractación.

Previo al estudio de las sentencias es importante consignar que, según el diccionario de la Real Academia, amenazar es “intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia”. En nuestra legislación, este delito se encuentra regulado en los artículos 296 a 298 del Código Penal. Se distingue dos tipos de amenazas, de acuerdo a lo señalado por los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez:

1. *“Amenazas de un mal que constituye delito: siempre sería el caso del artículo 296 del CP, con independencia de si la amenaza es inminente o futura, a menos que la amenaza constituyera un elemento de un delito más grave, ej. Violación o robo con intimidación.*
2. *Amenazas de un mal no constitutivo de delito: se comprenderá dentro del artículo 297, siempre que se trate de un mal que afecte los intereses personalísimos a que se refiere el art. 296 CP: persona, honra o propiedad del amenazado o su familia, con independencia de si la amenaza es inminente o futura.”<sup>3</sup>*

Las amenazas de hechos constitutivos de delitos se encuentran reguladas en el artículo 296 del Código Penal, que señala: “*El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado...*”. Dicho artículo está compuesto por tres numerales, los dos primeros se refieren a las amenazas condicionales, cuya

1 Hacemos presente que por un involuntario error de edición, este artículo fue publicado en el N°63 de esta Revista, sin sus notas al pie de página, por lo cual es publicado nuevamente en este número.

2 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional.

3 MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2014, Tomo I, p. 228.



sanción depende de si la amenaza proferida por el sujeto activo obtuvo su propósito o no. En el caso que el sujeto activo logre su objetivo, la sanción es de presidio menor en sus grados medio a máximo; en caso contrario, es presidio menor en sus grados mínimo a medio<sup>4</sup>. Respecto al numeral 3°, esto es, amenazas no condicionadas, las más frecuentes en materia de violencia intrafamiliar, se sancionan con presidio menor en su grado mínimo.

Las amenazas de hechos que no constituyen delitos se encuentran reguladas en el artículo 297 del Código Penal. En él se indica: *“las amenazas de un mal que no constituya delito hechas en la forma expresada en los números 1° o 2° del artículo anterior, serán castigadas...”*. En este caso, lo único que se sanciona es la amenaza sujeta al cumplimiento de una condición. Por tanto, las amenazas de un mal que no constituya delito y que no estén sujetas a una condición son hechos atípicos.

De las definiciones contenidas en los artículos anteriores, podemos concluir que para configurar el delito de amenazas se requiere:

- 1.- Que la amenaza recaiga en la persona, honra o propiedad del amenazado o de su familia. No hay amenaza si una persona interpela a otra señalándole que lo demandará si no le paga lo que le debe, porque en este caso se está ejerciendo un derecho y no se afectan los bienes que la ley señala o su afectación es legítima, y,<sup>5</sup>
- 2.- Que la amenaza sea seria y verosímil.

El objetivo de nuestro legislador al definir las amenazas en los términos ya expuestos, es excluir *“aquellas amenazas insignificantes que a menudo se hacen sin ánimo de llevarlas a cabo y sin que infundan temor alguno al que los oye”*.<sup>6</sup>

En relación a la violencia intrafamiliar, la ley 20.066 en su artículo 5°, ha señalado 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.*

4 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, Tomo III, p. 372.

5 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 230.

6 Actas de Sesión de la Comisión Redactora Del Código Penal, 1974, Valparaíso, Editorial Edeval. En: ARRIAGADA GUERRERO, Patricio Andrés. *Tratamiento Dogmático del Delito de Amenazas a partir de la Reforma Procesal Penal*. Memoria, Talca, Chile, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003, p. 4.

*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 familia”.*

Es importante señalar que el bien jurídico protegido en el delito de amenazas, no es un tema tratado directamente por nuestros tribunales superiores de justicia, se puede desprender de la lectura de los fallos y de lo manifestado por la doctrina que el bien que se protege es la seguridad personal y la libertad de auto-determinarse. Entendemos la libertad de auto-determinarse, como aquella que afecta a la formación de voluntad, es decir frente a la amenaza, la víctima evalúa los distintos motivos que servirán de base para la toma de decisión. Por su parte la seguridad personal, se refiere a aquella exposición de un mal por parte de la víctima.

Una vez conceptualizado el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, y antes de introducirnos de lleno a su análisis, es relevante indicar que las amenazas constituyen la primera agresión al interior de la familia, es la primera manifestación de violencia, que puede llegar a ser más severa. A ello se suma que este delito es “de difícil acreditación, dada las exigencias típicas del ilícito, concluyendo así un alto porcentaje de investigaciones penales por algunos de los mecanismos otorgados por el principio de selectividad que otorga la ley a los fiscales.”<sup>7</sup>

De ahí la importancia de sistematizar y dar a conocer las tendencias de las Cortes de Apelaciones del país, durante los últimos cinco años, sobre el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.

## **II. Naturaleza Jurídica del delito de amenazas en contexto de VIF**

El delito de amenazas, durante el siglo XX, se consideró como un delito de acción privada, es decir, la titularidad de la acción sólo le correspondía al ofendido por el delito, como impulsor de la acción penal.

Hoy la situación ha cambiado, y bastante. La discusión se centra en determinar si los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, independiente de qué delito sea, emanan de una acción de previa instancia particular o derechamente de una acción pública. Algunos tribunales de Justicia con competencia en lo penal, han considerado que la acción emanada de dichos delitos, es de previa instancia particular, lo que quiere decir que “no podrá

7 YAÑEZ MARTINICH, Juan. “Amenazas: ¿realidad de un mal o exceso de celo de las víctimas?”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°41, Santiago, Chile, Ministerio Público, año 2009, p. 231.

procederse de oficio, a menos a que el ofendido hubiere denunciado el hecho a la Justicia, al Ministerio Público o la policía”<sup>8</sup>.

El fundamento de esta postura, dice relación con lo establecido en el primer párrafo del artículo 54 del Código Procesal Penal, que señala: *“Delitos de acción pública previa instancia particular. En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía.*

*Tales delitos son:*

- a) *Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5°, del Código Penal;*
- b) *La violación de domicilio;*
- c) *La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal;*
- d) *Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;*
- e) *Los previstos en la ley N°19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial;*
- f) *La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y*
- g) *Los que otras leyes señalaren en forma expresa.*

*A falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición.*

*Cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el ministerio público podrá proceder de oficio.*

*Iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública”.*

Otra corriente en esta materia, es considerar que la acción emanada de delitos en contexto de violencia intrafamiliar, tiene una naturaleza jurídica pública. Para comprender esta corriente, es necesario entender el fenómeno de la violencia en su contexto real o material, siendo útil realizar un análisis sistemático de las normas relativas a la violencia intrafamiliar. Los principales textos legales que abordan la materia son la ley 19.968 que *“Crea los Tribuna-*

8 Tribunal Oral en lo Penal de la Serena, 26 de Marzo de 2001, RUC N°0000000245-3, RIT N°1-2001, considerando 8°.

*les de Familia*” y la ley 20.066 que “*Establece la Ley de Violencia Intrafamiliar*”. Ambas tienen el carácter de leyes especiales y fueron dictadas en consideración a la gravedad del fenómeno de la violencia intrafamiliar y la necesidad de tutelar esta área del derecho.

De acuerdo con la historia de la ley 20.066, el ámbito proteccional de las víctimas debe estar orientado, incluso, a impedir la disponibilidad de la acción penal por parte de las víctimas, entendiendo que su eventual perdón al ofendido por el hecho ocurrido, se encuentra viciado, no pudiendo ser otorgado de forma libre en razón al contexto de violencia en el que se ha generado. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, con fecha 24 de octubre de 2012, ha señalado que: “*las modificaciones introducidas por la ley 20.066, son posteriores al artículo 54 del Código Procesal Penal, de manera que, demostrado como está, a través de su normativa, que la violencia intrafamiliar recibe un tratamiento integrado por los sistemas penales y de familia, dentro del cual el inicio del procedimiento de los delitos de violencia intrafamiliar, no está determinado por la actividad exclusiva del ofendido o de las personas autorizadas a proceder por él, ha de concluirse que los delitos de lesiones específicos del artículo 399 en relación a las personas referidas en el artículo 400 del Código Penal y 5° de la ley 20.066 y 494 N°5 del referido Código en relación al artículo 5° de la ley 20.066, que integran el sistema jurídico penal sobre la materia, son de acción pública.*”<sup>9</sup>

Finalmente, en base a los debates antes mencionados, consideramos que es ilógico sostener que el artículo 54 de Código Procesal Penal, prima sobre normas de carácter especial. Lo anterior por los principios de especialidad y temporalidad. Los artículos 82 y 84 de ley N°19.968, contenidos en el párrafo 2 del título IV “Del procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar”, prevalecen por sobre la regla del artículo 54 del Código Procesal Penal, por ser especiales en cuanto a la materia que regulan. Además la ley N°19.968 es posterior al establecimiento del artículo 54 del Código Procesal Penal.

Respecto a este punto, se realizará un análisis de la sentencia que a continuación se detalla:

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 20 de marzo de 2014.**  
**Rol N°: 133-2014**  
**RUC: 140041886-3**

La Defensoría Penal Pública dedujo recurso de Apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, de fecha 27 de febrero de 2014. Dicho tribunal rechazó la solicitud de la defensa de sobreseer definitivamente la causa, fundada en el hecho que

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 24 de octubre de 2012, Rol N°111-2012, considerando 9°.

con fecha 27 de febrero de 2014 se celebró audiencia de Juicio Oral en procedimiento simplificado; oportunidad en que la víctima manifestó que había perdonado al imputado y que deseaba reanudar la convivencia con éste. Esta situación, a ojos de la defensa, fue suficiente para solicitar el sobreseimiento definitivo fundado en el artículo 19 del Código Penal.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en el considerando cuarto del fallo en comento señala que: *“la causal de extinción de responsabilidad penal denominado “perdón del ofendido” que contempla el artículo 19 del Código Penal, se encuentra reservado exclusivamente para aquellos delitos que no pueden perseguirse sin previa denuncia o consentimiento del agraviado. Luego, corresponde resolver si los ilícitos por los cuales fue requerido el encartado, son susceptibles de ser calificados como delitos que no pueden perseguirse sin previa denuncia del agraviado y que hacen procedente la causal de extinción de la responsabilidad penal en estudio”*.

Lo anterior coincide con lo expresado tanto por la doctrina, como por el Ministerio Público<sup>10</sup>, entendiendo que el perdón del ofendido sólo se configuraría como causal de extinción de responsabilidad penal respecto de aquellos delitos cuya acción sea privada. El profesor Garrido Montt nos ilustra al respecto y nos indica: “siendo la acción penal de naturaleza privada, es comprensible que se haya aceptado que el perdón del ofendido y la reconciliación relevan de pena al acusado”<sup>11</sup>.

Siguiendo con el análisis de la sentencia, el encartado fue requerido por el Ministerio Público por los delitos de lesiones menos graves y amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar. La Corte de Apelaciones sostiene que este tipo de delitos no pueden calificarse como ilícitos que requieran la sola denuncia o consentimiento de ofendido para ser perseguidos. Lo anterior lo fundó en el segundo párrafo del artículo 54 del Código Procesal Penal, el cual no establece de manera privativa y exclusiva la denuncia de la víctima, como requisito previo para el ejercicio de la acción penal pública.

En ese mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Valdivia sostiene que debe considerarse que los delitos perseguidos no son lesiones menos graves y amenazas comunes, sino que lo son en contexto de violencia intrafamiliar, los que además deben ser denunciados de manera obligatoria por las personas señaladas en el artículo 84 de la ley N°19.968. Lo anterior, confirma

10 Resulta improcedente el perdón del ofendido como causal de extinción de responsabilidad en los delitos de lesiones leves (que en ningún caso pueden ser calificados como tales de acuerdo a lo señalado en la Ley N°20.066), lesiones menos graves y amenazas en contexto VIF. Lo anterior en virtud de lo dispuesto en los artículos 82 y 84 de la Ley N°19.968. En: OFICIO FN N°792/2014, *“Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos cometidos en Contexto de Violencia Intrafamiliar”*. Santiago, Chile, Ministerio Público, año 2014.

11 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 228.

que se trata de ilícitos que no exigen para su averiguación la denuncia única del ofendido.

Finalmente, la Corte de Apelaciones, destaca el elevado estándar proteccional que entrega nuestra legislación a las víctimas de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, considerando que dichos delitos, tienen una naturaleza jurídica distinta, esto por el bien jurídico transgredido (seguridad individual y libertad de auto-determinarse). En consecuencia, aceptar la tesis de la defensa, es afectar todo el régimen de ayuda y protección que ampara a la víctima, puesto que “es sabido que la voluntad de ésta, muchas veces se encuentra limitada por la propia dinámica de la violencia que la precede”<sup>12</sup>. Lo anterior, es concordante con lo señalado en la Convención de Belem do Para, en la cual se afirma “que la violencia contra la mujer limita total o parcialmente el ejercicio de sus derechos”.

La Corte de Apelaciones de Valdivia confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli.

### III. Requisitos del delito de amenazas

“A este respecto se puede señalar que la comisión redactora del Código Penal, a instancias de Pacheco, agregó al artículo 296, la expresión *seriamente*, y la frase *siempre que por lo antecedentes aparezca verosímil la consumación del delito*. De esta manera se estarían excluyendo todas aquellas amenazas hechas en tono de broma, insignificantes, dichos sin premeditación, que no infunden temor, no creíbles por quienes las escuchan, alejadas de la realidad o hechas en momentos de exaltación”<sup>13</sup>.

“Si la seriedad de la amenaza se refiere a su existencia como tal, la verosimilitud en cambio, lo hace respecto del mal con que se amenaza, debe tratarse de un mal que, por la forma y circunstancia en que se le señale a víctima, sea para ella creíble su realización futura atendida la situación concreta en que se encuentre”<sup>14</sup>.

Nos detendremos en las amenazas proferidas en períodos de exaltación, puesto que muchos defensores privados y públicos han intentado convencer, tanto a los tribunales con competencia en lo penal, como a las Cortes de Apelaciones del país, que las amenazas articuladas en momentos de exaltación no son constitutivas de delito. Tanto es así, que la Corte de Apelaciones de

12 Corte de Apelaciones de Valdivia, 20 de marzo de 2014, Rol N°133-2014, considerando 7°.

13 ARRIAGADA GUERRERO, Patricio Andrés. *Tratamiento Dogmático del Delito de Amenazas a partir de la Reforma Procesal Penal*. Memoria, Talca, Chile, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003, p. 25.

14 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 231.

Valparaíso, con fecha 23 de noviembre de 2012, acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, indicando como fundamento de su decisión que: *“los insultos en el contexto de actos propios de violencia intrafamiliar, donde incluso se amenaza de muerte, no constituyen por sí solos indicios de tal magnitud que conduzcan a tipificar el delito del artículo 296 N°3 del Código Penal, pues las máximas de la experiencia permiten demostrar que es de ordinaria ocurrencia que las discusiones familiares estén inmersas en actos pasionales e irracionales que elevan los niveles de la discusión verbal profiriéndose amenazas o provocaciones que normalmente no se concretan; todo lo cual obliga al sentenciador a justificar con rigor la comisión del delito.”*<sup>15</sup>

No compartimos lo razonado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por cuanto las amenazas proferidas en contexto de violencia intrafamiliar, y particularmente tratándose de casos violencia de género, no constituyen bajo ningún pretexto palabras de *“ordinaria ocurrencia”*, sin intención real de causar un daño, por el contrario, se dan en un contexto de dominación, sometimiento y supremacía de poder del agresor, respecto de la víctima. En consecuencia, y relacionado con el *“ciclo de violencia”*, las amenazas constituyen la primera manifestación concreta y seria de la violencia al interior de la familia, que por regla general es seguida por una serie de agresiones físicas, que pueden terminar en la muerte.

La jurisprudencia nacional no es unánime en relación con este análisis. Algunas Cortes de Apelaciones del país han sido categóricas en señalar que, para acreditar el requisito de verosimilitud, debe estarse a los hechos y a las circunstancias desde la perspectiva de la víctima. En ese sentido, no se podría descartar el delito de amenazas en contexto de VIF, bajo el pretexto de que éstas fueron expresadas en situaciones de exaltación al interior de la familia, toda vez que aquello implicaría contravenir toda nuestra legislación. Esta situación la podemos ejemplificar pensando en una víctima que ha sido golpeada anteriormente por su marido y es amenazada de muerte por el agresor. En este caso típico de amenazas, entendemos que desde la óptica de la víctima, es posible que sea agredida por su marido, por lo que estamos ante una amenaza verdadera, aun cuando haya sido articulada en una discusión de pareja.

En relación al requisito de seriedad, el fiscal del Ministerio Público Juan Yáñez ha planteado que *“la amenaza debe ser tan seria, que desde el primer momento pueda llevar a la víctima a auto-determinarse de tal forma, que realice conductas que solo tenga por objeto satisfacer el ofensor”*.<sup>16</sup>

15 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de Noviembre de 2012, Rol N°1299-2012, considerando 7°.

16 YAÑEZ, ob. cit., p. 233.



En consecuencia, “los requisitos de las amenazas se manifiestan, precisamente en el control de la conducta de la víctima, porque la mayoría de las veces, este delito logra regular el comportamiento de ésta, sin que sea necesario que se concrete el mal con que se amenaza”.<sup>17</sup>

Nos parece pertinente analizar las sentencias que a continuación se detallan, pronunciadas por las Cortes de Apelaciones del país, que ejemplifican los requisitos del delito de amenazas y las problemáticas que surgen a su respecto.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 15 de Mayo de 2012.**  
**Rol N°859-2012**  
**RUC: 1000083175-7**

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 19 de marzo de 2012, que absuelve al imputado de los delitos de amenazas en contexto de VIF y desacato. La fiscalía sostuvo que la sentencia recurrida se encontraba viciada por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 296 N°3 del Código Penal, y por la causal del artículo 374 letra e), vinculada con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo normativo, respecto al delito de desacato. En relación a las amenazas en contexto VIF, el fundamento del ente persecutor, dice relación con que el Tribunal Oral en lo Penal exigió para la configuración del tipo penal, un elemento que la ley no contempla, a saber, el no existir habitualidad en la conducta amenazante, en circunstancias que la norma legal antes citada sólo exige que las amenazas sean serias, verosímiles y no condicionales. En el caso en comento, como las amenazas formuladas por el imputado a su hermana eran habituales o formaban parte de la costumbre familiar, no configurarían el delito de amenazas.

En el considerando cuarto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago se lee: *“lo que el tribunal oral en lo penal hace en el fallo no es agregar un requisito más al tipo penal sino, simplemente, razonar en orden a que, en la especie, dado el contexto de violencia permanente del acusado, sus dichos no constituyen amenazas ni verosímiles ni serias. Y se podrá o no estar de acuerdo con tal aserto pero para los efectos de la causal interpuesta lo cierto es que no estableciéndose como un hecho que Pérez Pallacán haya proferido amenazas a su hermana, no puede configurarse el yerro jurídico que hace ver el Ministerio Público”*.

17 CURIA CASTRO, Eva y TALADRIZ EGUILUZ, María José. “Aspectos jurisprudenciales sobre el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°43, Santiago, Chile, Ministerio Público. 2010, p. 5.



Nos parece que no se puede, bajo ningún respecto, considerar que las amenazas proferidas en contexto de VIF sean más o menos serias por ser prácticas habituales en un círculo familiar determinado. Creemos que la seriedad exigida por la norma, siempre debe ser tratada desde la superioridad ejercida por el agresor y el impacto que tiene en la víctima, y si esta última ha denunciado una amenaza que le ha infundido temor, aun cuando no haya denunciado hechos de igual o menor importancia en oportunidades anteriores, dicha situación no debiese influir en la decisión de condena o absolucón, toda vez que la violencia no es estática, sino dinámica en el tiempo.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de abril de 2013.**  
**Rol N°605-2013**  
**RUC: 1200270417-8**

La defensa recurrió de nulidad en contra de la sentencia de fecha 27 de febrero de 2013, pronunciada por el Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en ella se condenó al imputado a la pena de 300 días de presidio menor en grado mínimo y accesorias legales, como autor del delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. El recurso se fundó en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Lo anterior, en relación con el artículo 296 N°3 del Código Penal, ya que las amenazas proferidas por el acusado en contra de su madre, no tuvieron el carácter de serias y verosímiles. El imputado sería adicto a la pasta base y en esa oportunidad se encontraba alterado, ofuscado, con mucha ira, siendo un instante de arrebató, por lo que la amenaza no se iba a concretar. Agregó el defensor que la madre no tuvo temor, ya que a ella le da pena ver a su hijo en la calle y lo dejaba volver a la casa. Indicó que las expresiones “*ahh, no me vas a pasar el auto, entonces prepárate porque te voy a dejar la cagada en la casa*” no son serias, porque se dan en un contexto de confianza y parentesco, sin un propósito deliberado de producir mal, puesto que se profirieron en un estado de exaltación.

La Corte de Apelaciones, contraria a la tesis de la defensa, en el considerando tercero de su fallo, otorga una connotación de seriedad y verosimilitud a la frase “hacer cagar la casa”, desechando la tesis de la contraria, indicando: “... se ha efectuado una completa descripción de los conceptos involucrados, concluyendo que hubo una agresión verbal infundada, proferida por un adicto consumidor de drogas, con un historial de violencia doméstica, por lo que es merecedor de la calificación de amenazas no condicionales del artículo 296 N°3 del Código Penal. El

*sujeto registra dos condenas anteriores de lesiones leves en el contexto de violencia intrafamiliar, por lo que permite agravar la pena que debe aplicarse”.*

Puede ser que, efectivamente, el encartado se encontrara exaltado al momento de los hechos, pero ello, en ningún caso, le podría restar credibilidad y seriedad a la amenaza. Estas últimas, además son proferidas por un consumidor de drogas, con un historial de violencia doméstica, lo que valida aún más el temor de la víctima.

En consecuencia, la Corte de Apelaciones no divisa ninguna transgresión a la norma punitiva, señalando en el considerando cuarto del fallo: *“...la configuración de la misma aparece congruente con los antecedentes probatorios que se han reseñado y desde ese ángulo no resulta posible señalar que existió error de derecho al formular las exigencias de seriedad y verosimilitud en el tipo penal como lo ha hecho la sentencia, razón por la cual el recurso no podrá prosperar”.*

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 28 de abril de 2014.**  
**Rol N° 319-2014**  
**RUC: 1300089630-0**

El Ministerio Público recurre de nulidad en contra de la sentencia definitiva recaída en Juicio Oral Simplificado dictado por el Décimo Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, que absolvió al imputado del cargo deducido en su contra como autor del delito de amenazas en contexto de VIF.

El recurrente alega la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 296 N°3 del Código Penal, ello porque la sentenciadora del Juzgado de Garantía ha realizado una errónea aplicación de la norma penal referida, toda vez que ha exigido, para la configuración del tipo penal, un elemento no consagrado por nuestro legislador, a saber, *“intensidad o especificidad en el temor de la víctima”*. Este error de derecho ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que, de haberse aplicado correctamente la norma, se habría logrado la condena del imputado.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago, al igual que el Juzgado de Garantía, entiende que las amenazas proferidas por el acusado, si bien existieron, se articularon en un momento de discusión de la pareja y, si bien causaron un temor en la ofendida, dicho temor no fue suficiente para dar cumplimiento al requisito de seriedad exigido por ley. El Décimo Tercer Juzgado de Garantía de Santiago exige la concurrencia de un temor específico para la configuración del tipo penal, requisito que no es requerido por nuestro legislador, pues basta que las amenazas sean serias y verosímiles, la norma no exige una especificidad o intensidad del temor sentido por la víctima. El argumento del Tribunal a quo se centra en determinar el origen del temor, valora que éste se encontraba relacionado con la discusión o los forcejeos de

los cuales fue objeto la víctima, pero no respecto a las amenazas de muerte que pudieron concretarse por parte del imputado.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando tercero, indica que: “*la norma penal citada entiende dos facetas siendo la primera de ellas un contexto de seriedad que confluya un mal hacia un delito y, la segunda, que aparezca verosímil la consumación del hecho, situaciones que no se desprenden en absoluto de las evidencias rendidas en la audiencia de juicio; más aún, la propia víctima ha señalado que ni siquiera se produjeron – las amenazas – por motivos de celos y que sí lo fue en un contexto de dineros.*”

Contrario a lo razonado por la Corte de Apelaciones de Santiago, entendemos que el requisito de seriedad no exige un temor específico por parte de la víctima, tampoco exige que se concrete la amenaza, toda vez que la incertidumbre es propia de esta clase de ilícitos, basta con que la víctima crea que se puedan concretar los males que constituyen la amenaza para configurar el tipo penal<sup>18</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de nulidad intentado por el Ministerio Público, en contra de la sentencia dictada por el Décimo Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, de fecha 20 de enero de 2014.

#### IV. Retracción de la víctima

El fenómeno de retractación es una situación de común ocurrencia en esta clase de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Esta realidad se incrementa cuando hablamos de violencia de género.

“En el desarrollo del síndrome *de la mujer maltratada* es completamente normal el fenómeno de la retractación, en que la víctima que se atrevió a denunciar la violencia sufrida, luego se desdice”<sup>19</sup>.

El desafío que surge para los acusadores en el escenario antes descrito, es lograr la convicción del Tribunal, respecto de un delito cuyo único testigo presencial es la víctima retractada. En este tipo de casos, es relevante el testigo de oídas.

18 Frente a situaciones de violencia, las reacciones de las víctimas pueden ser múltiples, y desde luego el temor a determinados sucesos no es uniforme. El comportamiento automático, podría ser una respuesta a dicha situación, es decir “la persona parece artificialmente adaptada, dado que colabora, obedece a las consignas y se acomoda a la situación, pero en realidad se trata de gestos automáticos, repetitivos, inútiles y poco adoptados a la situación”. En: PERRONE, Reynaldo. *EL síndrome del ángel. Consideraciones acerca de la agresividad*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós SAICF, 2012, p. 102.

19 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 233.

Al respecto, no debemos olvidar que los testigos que mantienen una relación de parentesco, convivencia o de matrimonio con el imputado, se encuentran exceptuados de la obligación de declarar. Parece claro que el legislador, cuando estableció dicha excepción, no previó aquellos supuestos en el que el delito imputado es cometido en contra de las personas referidas en el artículo 302 del Código Procesal Penal, sino más bien pensó en ese pariente que sin ser sujeto pasivo del delito tiene conocimiento de la comisión del mismo, ya sea por haber presenciado el hecho o haber conocido su perpetración por otros medios.

El problema surge cuando la víctima de violencia intrafamiliar se acoge a su derecho a no declarar, según el artículo 302 del Código Procesal Penal, dificultando con ello la sanción de dicho delito; situación que mantendrá a la víctima en una situación de desprotección ante el agresor, si el juicio termina en sentencia absolutoria.

Al respecto, nos parecen relevantes las sentencias que se detallan a continuación.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 23 de Noviembre de 2012.**  
**Rol N° 1299-2012**  
**RUC: 1101089696-9**

La defensa del encartado interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Valparaíso, de fecha 01 de octubre de 2012, en la que se condenó al imputado a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de amenazas no condicionales en contexto de VIF, más accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que durara la condena, y la prohibición absoluta de acercarse a la víctima por el lapso de un año. No se otorgaron beneficios al imputado para el cumplimiento de la pena.

El fundamento del recurso, dice relación con la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, relacionada con el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo normativo, y en subsidio de la causal alegada, se señala la establecida en el artículo 373 letra b) del mismo texto legal.

Respecto a la causal principal alegada, es decir, aquélla establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se indicó por parte del defensor que la sentencia dictada por el tribunal a quo carecería de fundamentación, vulnerando con ello las reglas de valoración de la prueba, específicamente las normas de la lógica y máximas de experiencia. El recurrente sostuvo que la sentencia dictada por el Tribunal de Garantía carecía de argumentación, pues se sustentaba únicamente en la declaración de la víctima, quien sólo indicaba que el día de los hechos recibió una llamada telefónica del imputado, quien

le señaló que “le pegaría a ella y a su actual pareja”, para luego amenazarla de muerte. El defensor alegó que efectivamente su representado el día los hechos llamó a la víctima, pero que nunca la amenazó con agredirla, ni mucho menos con matarla. Entiende en base a lo precedentemente expuesto, que no se dio cumplimiento con la exigencia establecida en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

En el considerando séptimo de la sentencia del tribunal ad quem se lee: *“Que, en efecto, como ha señalado la jurisprudencia en la materia, los insultos en el contexto de actos propios de violencia intrafamiliar, donde incluso se amenaza de muerte, no constituyen por sí solos indicios de tal magnitud que conduzcan a tipificar el delito del artículo 296 N°3 del Código Penal, pues las máximas de la experiencia permiten demostrar que es de ordinaria ocurrencia que las discusiones familiares estén inmersas en actos pasionales e irracionales que elevan los niveles de la discusión verbal profiriéndose amenazas o provocaciones que normalmente no se concretan; todo lo cual obliga al sentenciador a justificar con rigor la comisión del delito, y más todavía cuando las únicas pruebas rendidas son las declaraciones de la denunciante y del imputado que, como en el juicio de autos, aparecen contradichas una con otra”.*

En oposición a lo manifestado por la Corte de Apelaciones, y como lo hemos venido repitiendo, entendemos que las amenazas articuladas en discusiones familiares, no son actos de ordinaria ocurrencia, entendemos que el requisito de seriedad, no dice relación con la concreción de la amenaza. La seriedad de la amenaza, debe ser valorada desde la mirada desprotegida de la víctima, tendiendo en consideración por un lado las presiones sociales y familiares, y por otro la posibilidad que la víctima se desdiga en su declaración o haga uso de derecho a guardar silencio.

La Corte de Apelaciones en el considerando octavo de su fallo sostiene: *“si bien la seriedad de la amenaza y la credibilidad que ella produce en la víctima deben analizarse en el tiempo en que dichas amenazas se profirieron, frente a la escasa prueba aportada por los intervinientes no deja de tener relevancia la declaración de la víctima formulada durante el desarrollo del juicio, en orden a que ahora piensa que los dichos del imputado no fueron serios, que no cree que él le pudiera hacer algo a ella o a su hijo, que en los años que estuvieron juntos nunca la tocó, o le faltó el respeto o la involucró en las cosas que hacía y que nunca más la volvió a molestar por lo que estima que las amenazas no fueron serias, circunstancias que unidas a la declaración del imputado que negó la existencia de la amenaza telefónica, permiten precisamente arribar a la conclusión contraria a la manifestada en el fallo recurrido, lo que obliga a acoger el recurso y anular el juicio y la sentencia que en él se dictó”.*

Conocer el fenómeno de la *Mujer Maltratada*, permite comprender por qué la mujer víctima de violencia de género, actúa precisamente, “ocultando la historia que están viviendo, encubriendo la conducta del golpeador, y con-

secuencialmente aislándose de toda relación. Dicho fenómeno, promueve el estado de parálisis progresiva; que no puede controlar ni detener la conducta de su agresor, y que cualquier acción que ella realice, puede provocar un mal peor hacia sí misma o hacia otros”<sup>20</sup>.

La situación descrita por la Corte en el considerando octavo del fallo, en términos de que ahora la víctima piensa que los dichos del imputado no fueron serios, que no cree que él le pudiese hacer algo a ella o a su hijo, es propia de una víctima de violencia de género. La desinformación de los tribunales sobre este fenómeno, implica valoraciones erradas y poco ajustadas a la realidad.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del encartado, declarando nulo el referido fallo y el juicio simplificado. La causal acogida fue la establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal y, con relación a la causal subsidiaria se omitió pronunciamiento.

- **Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 09 de Septiembre de 2013.**  
**Rol N° 1086-2013**  
**RUC: 1201220453-k**

La defensa del encartado interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, de fecha 22 de Julio de 2013. Dicha sentencia condenó al acusado en calidad de autor del delito de lesiones menos graves y amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar, en grado de desarrollo consumado. El fundamento del recurso es al artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal y este último, a su vez, en relación con el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

La argumentación de la defensa dice relación con la valoración efectuada por Tribunal Oral en lo Penal para dar por acreditado el delito de amenazas y lesiones. Dichas alegaciones, apuntan a la contradicción al principio de la lógica. La infracción habría ocurrido en la valoración de la declaración de los testigos presentados por la fiscalía, por dos razones:

- la primera, relativa a la declaración de un funcionario de Carabineros, quien sólo se habría referido a una lesión visible en la cara de la víctima, sin agregar ningún otro antecedente, y

---

20 DOHMEN, Mónica. *Abordaje Interdisciplinario del Síndrome de la Mujer Maltratada. Proceso Secuencial*. En: CORSI, Jorge. *Violencia Familiar. Una Mirada Interdisciplinaria Sobre Un Grave Problema Social*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós SAICF, 1997, p. 67.

- la segunda, por la poca precisión del perito del Servicio Médico Legal, quien no habría sido categórico en cuanto al origen de las lesiones que presentaba la víctima.

Respecto al delito de amenazas, indica la defensa que sólo se arribó a la decisión de condena por la declaración de un testigo, esto porque la víctima no prestó declaración en el juicio, y además porque las amenazas articuladas por el imputado se realizaron a través de gestos. El TOP de Puente Alto, señaló que la amenaza resultó seria y verosímil. Sería, si se considera que ella no se brindó en un contexto de broma, sino cuando el acusado se encontraba en dependencias del Juzgado de Garantía, a la espera de que su detención fuera contralada, y verosímil en atención a lo sucedido el día anterior, el imputado había golpeado a la víctima con golpes de pies y puños. En relación a este punto, la Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado en el considerando tercero del fallo lo siguiente: *“Por su parte, para establecer el delito de amenazas no condicionales el tribunal se valió del testimonio de Rodrigo Alejandro Flores Valenzuela, funcionario de Gendarmería de Chile, quien, dando razón suficiente de sus dichos, refirió haber sido informado por la víctima de las amenazas proferidas por Abarca Espinoza en su contra y que observó los gestos que éste realizaba en dirección de la mujer. La suficiencia de dicho testimonio para acreditar tanto los presupuestos del hecho punible constitutivo de amenazas como la participación del acusado en el mismo fue justificada de manera extensa por las sentenciadoras en el considerando octavo, sin que se advierta infracción al principio de “razón suficiente” como alega la defensa”*.

La importancia del fallo en comento radica, por un lado, en el resultado condenatorio obtenido por el Ministerio Público sin una participación activa de la víctima, quien se acoge a su derecho de no prestar declaración en el juicio y, por otro, en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal a quo, cuyos cuestionamientos efectuados por la defensa fueron desechados por el Tribunal ad quem.

La Corte de apelaciones de San Miguel rechaza el recurso interpuesto por la defensa del condenado, indicando que no vislumbra la infracción al principio ya señalado, considerado como suficiente la prueba rendida en juicio oral.

## V. Conclusiones

Del análisis de los fallos antes individualizados, podemos concluir lo siguiente:

- No existe un pronunciamiento uniforme, en las Cortes de Apelaciones del país, sobre el bien jurídico protegido en el delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar. Sin perjuicio de ello, de la lectura de estas sentencias, se desprende que dicho delito atenta contra la libertad de autodeterminación de la víctima y su seguridad personal. Consideramos que resultaría relevante un pronunciamiento concreto de los tribunales sobre el



bien jurídico protegido en este delito, en pos de una correcta y coherente aplicación del régimen proteccional que ha dispuesto nuestro legislador.

- No existe consenso, a nivel jurisprudencial, acerca de la naturaleza jurídica de la acción emanada de los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Estimamos que la postura más adecuada, y coherente con el régimen proteccional de nuestra legislación, es considerarla como una acción penal pública.
- Los requisitos de seriedad y verosimilitud, exigidos por nuestro legislador para la configuración del ilícito, deben ser considerados siempre desde la perspectiva de la víctima. Respecto al requisito de seriedad, no se exige que la amenaza se concrete, esto porque la incertidumbre es propia de esta clase de ilícitos bastando, en consecuencia, que la víctima crea que los hechos que constituyen la amenaza se puedan concretar.
- Los medios de comisión del ilícito pueden ser muy variados, incluso a través de gestos, por lo que la labor investigativa y los elementos de prueba que rodean al hecho, más allá del testimonio de la víctima, resultan relevantes también para lograr la convicción del Tribunal.
- La retractación de la víctima, desde un punto de vista procesal, puede producir dificultades al momento de probar los hechos denunciados, ya que en la mayoría de los casos la víctima es la única testigo de los hechos. Para subsanar dicha situación es importante tener en consideración dos aspectos:
  1. Que la retracción de la víctima no inhibe la labor investigativa y de persecución penal del Ministerio Público, pues constituye un fenómeno conocido por nuestros fiscales y que debe ser debidamente acreditado ante el Tribunal para dar cuenta del contexto situacional de ocurrencia del hecho, sumando a ello otros posibles medios de prueba que permitan acreditar los hechos constitutivos de delito, especialmente cuando estamos en presencia de amenazas en contexto de VIF.
  2. Que es imprescindible que los tribunales del país, encargados de juzgar delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, tengan conocimiento especializado acerca de las etapas y consecuencias que involucra el “*ciclo de la violencia*” que viven las víctimas y los fenómenos psicológicos que rodean su denuncia y posible retractación, de manera de propender a brindar un efectivo recurso judicial y acceso a la justicia para las víctimas.

## VI. Bibliografía

- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998.



- CORSI, Jorge. *Violencia Familiar. Una Mirada Interdisciplinaria Sobre Un Grave Problema Social*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós SAICF, 1997.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*. Parte Especial. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010.
- MATUS, Jean Pierre. *Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2011.
- BARRERO, Alba; CARTAGENA, Juan Manuel; DONAT, Emilio; PERAMATO Teresa y Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar *Manual Sobre Investigación Para Casos De Violencia De Pareja y Femicidios En Chile*. Santiago, Chile, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Agencia de Cooperación Internacional de Chile y Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile, 2012.
- PERRONE, Reynaldo. *EL síndrome del ángel. Consideraciones acerca de la agresividad*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós SAICF, 2012.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Legal Publishing, 2014.
- ARRIAGADA GUERRERO, Patricio Andrés. *Tratamiento Dogmático del Delito de Amenazas a partir de la Reforma Procesal Penal*. Memoria, Talca, Chile, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- CURIA CASTRO, Eva y TALADRIZ EGUILUZ, María José. “Aspectos Jurisprudenciales sobre El Delito de Amenazas en Contexto de Violencia Intrafamiliar”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°43, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2010.
- YAÑEZ MARTINICH, Juan. “Amenazas: ¿realidad de un mal o exceso de celo de las víctimas?”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°41, Santiago, Chile, Ministerio Público, Año 2009.
- SAN MARTÍN PONCE, María Angélica. “Comentario a Sentencia Condenatoria por Amenazas y Lesiones cometidas en Contexto de Violencia Intrafamiliar”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°55, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013.
- OFICIO FN N°792/2014, “Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos cometidos en Contexto de Violencia Intrafamiliar”. Santiago, Chile, Ministerio Público, año 2014.

## VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE PREESCOLARES EN EL PROCESO JUDICIAL<sup>1</sup>

*Sofía Huerta Castro<sup>2</sup>*  
*Patricia Muñoz García<sup>3</sup>*

### Introducción

La investigación y juzgamiento de las agresiones sexuales cometidas contra niños, niñas y adolescentes reviste una importante complejidad vinculada, principalmente, a la falta de testigos, y a la poco frecuente existencia de evidencia física que respalde, materialmente, una acusación. Esto redundará en que muchas veces la prueba se limite al testimonio que pueda entregar sobre los hechos la propia víctima, testimonio que va a depender, en general, en cuanto a su existencia y calidad, de las capacidades cognitivas y las condiciones afectivas, emocionales, proteccionales y de contención, con que cuente la víctima, que interactúan influyendo en una mayor o menor posibilidad de disponer de este elemento probatorio.

Tal como lo señalamos en el artículo titulado “La Entrevista Investigativa con Preescolares”<sup>4</sup>, cuando se trata de agresiones sexuales cometidas en contra de preescolares, esta complejidad puede ser aún mayor debido a las dificultades que niños y niñas tan pequeños pueden presentar para conceptualizar dichas experiencias como abusivas<sup>5</sup>, no porque los hechos que han relatado no hayan ocurrido, sino por las condiciones propias de su proceso evolutivo, y las limitaciones que su desarrollo implica en cuanto a su narrativa, todo lo cual les dificulta comunicar sus vivencias con precisión y detalle, e incorporarlas en un contexto<sup>6</sup>.

- 1 Ponencia presentada en la 8th International Investigative Interviewing Research Group (IIIRG) Conference, Junio 2015, Melbourne, Australia.
- 2 Psicóloga Asesora Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional.
- 3 Abogada, Directora Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional.
- 4 HUERTA, S. “La entrevista investigativa con preescolares”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°51, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2012, págs. 121 – 132.
- 5 MADANSKY, D., 1996, en: ECHEBURÚA, Enrique y GUERRICA ECHEVERRÍA, Cristina. *Abuso Sexual en la Infancia: Víctimas y Agresores. Un enfoque clínico*. 2ª ed., Barcelona, España, Ediciones Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, 2005, p. 16.
- 6 HUERTA, S., ob. cit, p. 122.

En los procedimientos judiciales, estas limitaciones, unidas a una supuesta tendencia a la sugestionabilidad y problemas para distinguir la fantasía de la realidad de los niños y niñas preescolares, han llevado a cuestionar, muchas veces infundadamente, la credibilidad de estos testigos y la validez de sus reportes<sup>7</sup>.

Con la finalidad de aproximarnos a un análisis más preciso de la valoración que se les da en los tribunales penales chilenos al testimonio de los niños y niñas preescolares víctimas de agresiones sexuales, en este trabajo se revisan todas las sentencias dictadas en juicios orales realizados en Chile, durante el año 2014, respecto de las víctimas de este tramo etario, concentrando nuestros esfuerzos no sólo en el análisis de la valoración que el tribunal hace del testimonio infantil sino que, también, visibilizando lo que nuestros tribunales esperan de estas víctimas cuando deben prestar declaración en la audiencia de juicio oral. Hecho ese análisis, y expresando en este trabajo citas textuales de las sentencias revisadas, finalmente podremos plantear una conclusión acerca de la necesidad de avanzar en el cambio de paradigma respecto del trato y objetivos que se deben tener en relación con estas víctimas.

## Desarrollo y testimonio en preescolares

Un elemento relevante a considerar en relación al testimonio de preescolares dice relación con la capacidad de recuerdo en esta etapa. A este respecto es posible indicar que esta capacidad va de la mano de los avances que se producen a partir de la relación entre lenguaje y pensamiento, que permiten que a los tres años los niños y las niñas sean capaces de recordar y relatar eventos vividos. Con la inteligencia representativa, el niño puede pensar sobre el pasado e imaginar el futuro. Con la adquisición del lenguaje, puede comunicar ideas a los otros y recibir información de ellos de formas que no son posibles sin lenguaje<sup>8</sup>.

No obstante este desarrollo, el vocabulario en los niños pequeños es aún limitado, con descripciones restringidas y explicaciones breves. Puesto que la adquisición de palabras y su significado empieza al segundo año de vida del niño/a, es esperable que las explicaciones frente a distintas experiencias, tiendan a ser breves, sin contener muchos adjetivos ni adverbios, cuando se refieran a descripciones de lugares y personas<sup>9</sup>.

7 HUERTA, S., ob. cit., p. 123.

8 JUÁREZ, J. y SALA, E. *Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, 2011, p. 38.

9 JUÁREZ y SALA, ob. cit., p. 28.

En cuanto a la forma de sus relatos, los niños y niñas pequeños van de un punto a otro o realizan una enumeración de puntos inconexos, excluyendo información y acontecimientos importantes que pueden dificultar la comprensión del oyente, por lo que la conversación suele ser dispersa y parecer incompleta. En los niños/as pequeños el recuerdo libre tiende a ser muy escueto, y suele prescindir de detalles periféricos, registrando sólo aquellos aspectos en los que han centrado su atención. En este sentido hay que tener presente que lo que para un niño o niña en edad preescolar resulta relevante de algún acontecimiento vivido, puede no ser importante para una persona adulta, y viceversa, por lo que debe considerarse la posibilidad de que los niños o niñas no hayan prestado atención a ciertos aspectos relevantes del acontecimiento vivido, sobre los que no nos pueden aportar información, y no que no los recuerden, sin que pueda concluirse que la falta de detalles resta credibilidad a lo que la víctima refiere<sup>10</sup>. Al respecto, es relevante destacar que la competencia comunicativa de los niños y niñas depende de sus propias habilidades lingüísticas, pero también de la competencia del adulto que entrevista y de su sensibilidad y conocimiento del niño y de su forma de pensar<sup>11</sup>.

En general, puede plantearse que desde los tres años en adelante, la mayoría de los niños/as ya puede ser entendido por los adultos. Poseen buena articulación, utilizan frases bien compuestas, y están habilitados para expresar sus necesidades y percepciones<sup>12</sup>, aunque la comprensión global de sus contenidos en ocasiones depende de la contextualización de los adultos que lo rodean, por lo que requerirán en ocasiones de la traducción de sus dichos en un marco de comprensión más amplio de análisis. Así, por ejemplo, en cuanto a la ubicación temporo-espacial de los eventos, los niños pequeños presentan dificultades con el razonamiento abstracto y las preguntas que implican conceptos temporales y espaciales en los que predominan referencias socialmente convenidas cuyos patrones los niños aún no conocen, por lo que se requerirá que el entrevistador infiera el momento en que se produjo el hecho investigado a partir de las actividades cotidianas del niño<sup>13</sup>.

Con respecto a la capacidad para distinguir entre fantasía y realidad, Harris (1992) señala que los niños/as distinguen el mundo real del imaginario y, aunque a veces los mezclan, no manifiestan confusiones sistemáticas porque son conscientes de que hay un mundo hipotético y un mundo real<sup>14</sup>. En este sentido, la evidencia señala que la diferenciación entre fantasía y falsos recuerdos –falsas memorias–, contrario a lo que se ha planteado, empieza a desarrollarse

10 FALLER, K.C., 1996, en JUÁREZ y SALA, ob. cit., p. 24.

11 GARBARINO, J., SCOTT, F.M. et. al., 1993, en JUÁREZ y SALA, ob. cit., p. 35.

12 HEWITT, S. *Assessing Allegations of Sexual Abuse in Preschool Children: Understanding Small Voices*. USA: Sage Publications, 1999.

13 POOLE, D.A. Y LAMB, M.B., 1998, en JUÁREZ y SALA, ob. cit., p. 30.

14 HARRIS, P., 1992, en JUÁREZ y SALA, ob. cit., p. 41.

en edades tempranas. Hewitt<sup>15</sup> sostiene que a los tres años y medio, los niños pequeños comienzan a estar atentos a los múltiples orígenes del pensamiento, y habitualmente a los cuatro años, se encuentran disponibles para distinguir la fuente de éstos. Este periodo de transición puede ser de mayor duración en aquellos niños/as que han sido pobremente estimulados.

Dahlenberg (1996) encontró que con frecuencia se presentan elementos de fantasía en relatos confirmados como acordes a experiencias abusivas en el ámbito sexual –con evidencia médica y testimonial–, lo que lo llevó a concluir que la presencia de fantasía en relatos de niños/as pequeños no debería ser considerada ni ser vista en sí misma como razón para desacreditar los testimonios<sup>16</sup>. Más aún, se podrían incluso esperar en un testimonio infantil, de experiencia abusiva, elementos de fantasía que se incorporen al relato, instalados al servicio de la elaboración del trauma de la vivencia. Otra línea que refuerza la anterior se relaciona a que los niños y niñas no suelen fantasear sobre situaciones o hechos que estén fuera del campo de sus experiencias vividas y, por eso, cuando un niño o niña describe interacciones y antecedentes realistas sobre una actividad sexual, no hay justificación para atribuir dicho relato a su imaginación<sup>17</sup>.

Con respecto a la sugestibilidad, entendida como el proceso mediante el cual se incorpora información post suceso en la memoria del recuerdo de la víctima, a partir de diversas investigaciones, principalmente de laboratorio, se ha señalado que los niños/as en edad preescolar son más susceptibles a seguir un interrogatorio sugestivo, que los mayores o los adultos. Sin embargo otros estudios plantean una mirada distinta, destacando la necesidad de conocer las dinámicas que subyacen y condicionan la ocurrencia de esta susceptibilidad y, por tanto, las estrategias para minimizarla en los procesos de entrevista<sup>18</sup>. Al respecto se considera que existe mayor probabilidad de sugestión en la medida que exista una merma en el recuerdo original del niño/a (del mismo modo que ocurre en los adultos, el recuerdo de los niños y niñas disminuye en precisión a medida que transcurre el tiempo desde la ocurrencia del evento); en la medida que éste presente menos implicación afectiva con la experiencia aludida; y cuanto menos generales y más dirigidas sean las preguntas<sup>19</sup>.

En relación con este punto resulta relevante tener presente que, entre los tres y seis años de vida, si no se interactúa con el niño o niña víctima de manera adecuada, sobre la base de lo que los protocolos de entrevistas formulan, ela-

15 HEWITT, S., ob. cit.

16 HEWITT, S., ob. cit.

17 ARRUBARRENA, I., 1995, citado en JUÁREZ y SALA, ob. cit., p. 47.

18 HEWITT, S., ob. cit.

19 GOODMAN, G.S. y SCHWARTZ-KENNEY, B.M., 1992, citados en JUÁREZ y SALA, ob. cit., p. 51.

borando preguntas carentes de inducción y sugerencia, promoviendo el relato libre de la víctima y si se les presiona interrogándolos, efectivamente existe un riesgo de obtener testimonios contaminados que pueden acabar produciendo historias que no pasaron tal y como las explican<sup>20</sup>. En este sentido lo adecuado es que el niño o niña realice un relato libre y espontáneo acerca de la experiencia vivida o, en caso que su relato se produzca en el contexto de dar respuesta a determinadas preguntas, éstas hayan sido formuladas de manera adecuada y conforme a los protocolos establecidos, impidiendo la contaminación del testimonio de la víctima con información sugerida<sup>21</sup>.

Respecto a la posibilidad de verbalizar situaciones de carácter abusivo, se ha señalado que los niños y niñas en etapa pre-escolar pueden carecer de habilidades cognitivas y verbales necesarias para articular un testimonio respecto de este tipo de experiencias, y que suelen tener una menor capacidad que los niños/as mayores para realizar una descripción libre de lo sucedido<sup>22</sup>. Efectivamente, los niños/as en esta etapa con frecuencia comprenden preguntas simples, pero sus habilidades para la expresión verbal puede que aún no estén totalmente disponibles para la revelación de lo que saben o han vivido, o que su lenguaje se torne insuficiente como para expresarla de manera completa. En edades más avanzadas, entre los cuatro y los cinco años, los niños/as podrán estar más habilitados en el uso del lenguaje, pero sus explicaciones respecto del abuso a menudo tienden a ser muy concretas. Esto se asocia principalmente a que los niños/as no cuentan con las palabras para referirse a la sexualidad, siendo esto una importante limitante en la conversación o entrevista con el adulto<sup>23</sup>. En tal sentido, habrá que estar atentos a reconocer el uso de palabras con significados distintos a aquellos consensuados socialmente por el mundo adulto, mediante el cual un niño o niña busca canalizar una idea de carácter sexual, sin contar con el repertorio vivencial y lingüístico para transmitirla adecuadamente.

## Procedimiento de estudio

Se revisaron la totalidad de las sentencias dictadas, durante el año 2014, por Tribunales Orales en lo Penal del país, en delitos sexuales en que las víctimas corresponden a preescolares, analizando el contenido de dichas sentencias en lo que respecta a la valoración que el tribunal realizó de los testimonios infantiles.

Para efectos del análisis se consideraron los delitos de abuso sexual impropio de menor de catorce años (artículo 366 quáter Código Penal); violación de

---

20 JUÁREZ y SALA, ob. cit. p. 51.

21 HUERTA, S., ob. cit., p. 126.

22 SAYWITZ y SNYDER, 1993, en CANTÓN, J. y CORTÉS, M. Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil. Madrid, España: Ed. Pirámide, 2000.

23 HEWITT, S., ob. cit.

menor de catorce años (artículo 362 Código Penal); abuso sexual de menor de catorce años (artículo 366 bis Código Penal); producción de material pornográfico utilizando menores de dieciocho años (artículo 366 quinquies Código Penal) y abuso sexual agravado (artículo 365 bis Código Penal).

Definida la muestra, se elaboró una planilla Excel en la cual se consignaron los siguientes datos:

- a) RUC.
- b) Fecha Audiencia Juicio Oral.
- c) Sexo de la víctima.
- d) Edad de la víctima a la ocurrencia del delito.
- e) Edad de la víctima a la fecha de la Audiencia.
- f) Tribunal.
- g) Tipo de delito.
- h) Episodio Único/Reiterado.
- i) Resultado Juicio Oral (Condena/Absolución).
- j) Vínculo de la víctima con el imputado.
- k) Existencia de pericia psicológica.
- l) Existencia de metaperitaje.
- m) Observaciones.

## Resultados

El total de audiencias de Juicio Oral realizadas en el año 2014, en que las víctimas corresponden a menores de edad es de 1.027. La distribución de estas audiencias, de acuerdo al tramo etario de las víctimas, se grafica en el siguiente cuadro:

CUADRO N°1

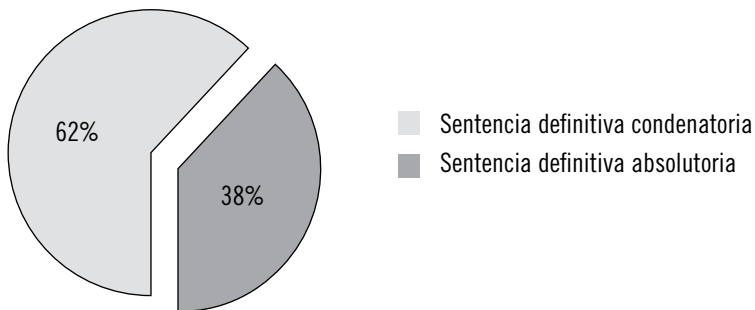
Tramo Etario	N°	%
12 a 17 años	327	31,8%
6 a 12 años	554	53,9%
Menor de 6 años	146	14,2%
Total	1.027	100,0%

Como se puede observar, en más de la mitad de los juicios orales, con víctimas menores de 18 años, realizados en el año 2014, las víctimas se encuentran entre los 6 y los 12 años de edad (53,9%). Sigue en cantidad el grupo de niños entre los 12 y los 17 años de edad (31,8%), que duplica al grupo de preescolares (14,2%). Puede hipotetizarse, con este inicial reporte, que la mayor cantidad de Juicios Orales, en aquellos casos en que las víctimas corresponden

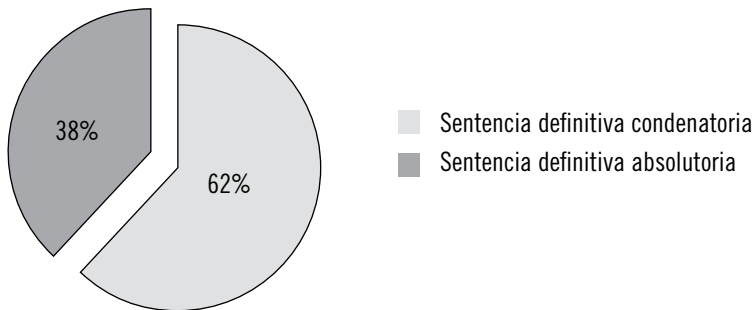
a niños o niñas mayores de 6 años, responde a las dificultades probatorias que se presentan en casos en que como sistema debemos enfrentarnos a la victimización de niños y niñas más pequeños y, además, en atención al desconocimiento que aún existe, entre los operadores del sistema criminal sobre las características específicas de este tipo de víctimas vulnerables.

En lo que respecta a los resultados judiciales, se dio la siguiente proporción entre sentencias condenatorias y sentencias absolutorias, según los distintos grupos etarios:

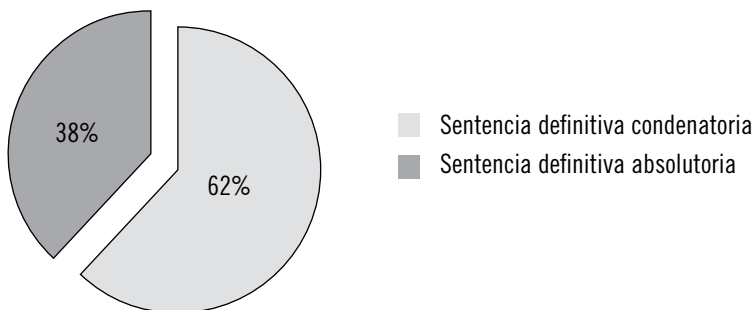
### Menor de 6 años



### 6 - 12 años



### 12 - 17 años





Como se observa en los gráficos, en los tramos entre los 6 y los 12 años de edad, y los 12 y los 17 años de edad, el porcentaje de condena es de un 62%, mientras que el porcentaje de absolución corresponde a un 38%. Este porcentaje se invierte en el caso de los preescolares, en que el porcentaje de absolución es el que corresponde al 62% (91 juicios), en tanto las condenas corresponden sólo al 38% (55 juicios). Podemos concluir, de esta manera, que el único grupo en que el porcentaje de absolución en delitos sexuales es mayor al de condena es el grupo de los preescolares, esto es, víctimas menores de 6 años de edad. Lo anterior, valida y sostiene la hipótesis anterior, en términos de que las dificultades del sistema para asumir probatoriamente la ocurrencia de estos delitos respecto de víctimas pequeñas resulta evidente debiendo, necesariamente, avanzar en los cambios que impliquen evitar un margen de impunidad basado únicamente en la edad de la víctima y los cuestionamientos infundados que, respecto de sus dichos, se puedan hacer.

### **Caracterización de la muestra**

Del total de casos en que las víctimas corresponden a preescolares, y que llegaron a juicio oral el año 2014, el promedio de edad es de cuatro años, con una mínima de uno y una máxima de seis.

Esta distribución cobra relevancia al considerar la edad de las víctimas al momento de la realización de la audiencia de Juicio Oral, constatándose que el promedio de tiempo transcurrido entre ambos hitos se encuentra entre los dos y los tres años, con una cantidad mínima de algunos meses en algunos casos, y máxima de seis años, en otros. El tiempo transcurrido, como se verá, reviste enormes implicancias en la calidad del testimonio y en la valoración que realice de éste el tribunal en la audiencia.

Respecto al vínculo con el imputado, destaca que en la mayoría de los casos de la muestra se trata de un agresor conocido para la víctima (98%), existiendo vínculos de parentesco por consanguinidad y afiliación en el 60% de estos casos.

Finalmente, respecto a la existencia de evaluación pericial de credibilidad de testimonio como medio de prueba y su presentación en audiencia de Juicio Oral, cabe indicar que en un alto porcentaje de los casos (80%) se realizó tal solicitud por parte del Ministerio Público. Lo anterior resulta relevante de analizar considerando que, en el caso de niños y niñas pequeños, su testimonio no siempre resulta suficiente, por su breve extensión o *restringido* nivel de complejidad, para el análisis de acuerdo a los parámetros definidos por las metodologías que plantean dichas evaluaciones. A este respecto, en un significativo número de casos, los profesionales en su declaración en audiencia de Juicio Oral dan cuenta de dicha limitación, fundando sus conclusiones en metodología diversa.

## Valoración de los testimonios de niñas y niños preescolares por el tribunal

A continuación, se describen una serie de tópicos que se levantaron a partir de la revisión de las sentencias y que dicen relación con la valoración que realiza el tribunal respecto del testimonio de las víctimas.

En la totalidad de las sentencias revisadas el testimonio de la víctima es considerado el principal, y a veces único, medio de prueba.

- “(...) responde a la normalidad de las cosas contar con los dichos de la víctima como única fuente de averiguación (...)” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 3 de noviembre de 2014, RUC N°1200695667-8, RIT N°89-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).
- “(...) hay que tener especialmente presente al momento de analizar y valorar la prueba, que en algunos delitos, principalmente en aquellos de índole sexual, sólo se dispone del testimonio de un testigo único: el de la víctima, el cual adquiere un carácter preponderante, de suma importancia, siempre que su valor no sea mermado por otras pruebas o cuando por su propio contenido conduzca a situaciones absurdas o sin posible sentido real, resultando igualmente de importancia además, la persistencia en el relato de la afectada (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, veinte de junio de 2014, RUC N°1201049261-9, RIT N°58-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

Como se puede apreciar en este caso, el tribunal entiende que es desde el relato de la víctima que se derivan las restantes probanzas aportadas al juicio, siendo estas secundarias para el análisis. Al respecto, se da cuenta cómo el Tribunal eleva las exigencias de calidad procesal a los restantes medios probatorios, en términos que se presenten concordantes **con lo que la víctima expresa** y, a la vez, exigiendo que “lo que la víctima expresa” sea concordante con los restantes medios probatorios, lo que aparece como una tautología difícil de superar.

- “(...) no se aparta de lo que suele acontecer en ilícitos como el propuesto, en que la única prueba directa está constituida por la exposición de quien compareció a estrados en calidad de víctima por tanto se hace necesario determinar si este antecedente, al ser confrontado con las restantes pruebas del juicio, resulta apto para cimentar la hipótesis acusatoria” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, catorce de abril de 2014, N°RUC 1201106041-0, RIT N°3-2014, Violación, Sentencia Condenatoria).

En cuanto a los focos de valoración del tribunal, a partir de la revisión de la totalidad de las sentencias, se confirma que parte importante del análisis que el tribunal realiza del testimonio de preescolares, tiene a la base la percepción respecto a que, en este grupo etario, un elemento central de evaluación dice

relación con el descarte o confirmación de la sugestión o inoculación de contenidos, como fenómenos relevantes.

Por otro lado, un aspecto importante que resalta del análisis de los fallos alude a que la falta de relato de la víctima en audiencia, producto de su inasistencia al juicio, la retractación respecto de sus dichos en la audiencia o la entrega de información somera y sin mayor detalle sobre los hechos, no necesariamente implicaría la absolución del acusado.

- “(...) *el ente persecutor cuenta con otras herramientas para sustentar sus acusaciones también en estos casos. De lo contrario nos hallaríamos ante laguna de punibilidad inaceptable respecto de estas víctimas –infantes o niños– los más vulnerables en cuanto a las acciones ilícitas de este orden (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 3 de noviembre de 2014, RUC N°1200695667-8, RIT N°89-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

Sin perjuicio de esa declaración judicial expresa, en la sentencia previamente indicada, lo cierto es que el análisis de todos los fallos del año 2014, objetos de este estudio, **revela la tendencia mayoritaria a dictar sentencias absolutorias en aquellos casos en que el niño o niña no declara en el juicio o no entrega un testimonio *suficientemente* descriptivo de los hechos.**

Respecto de lo que los tribunales esperan del testimonio de preescolares en audiencia judicial, cabe señalar que estas expectativas se reflejan en dos grupos de resoluciones:

- 1) **Aquellas que exigen los mismos estándares que se esperan de niños mayores o testigos adultos.** En la valoración del testimonio se destaca aquello de lo que el testimonio carece, “lo que falta”.
  - “(...) *No debe exigírsele más a un niño que un adulto, (...) estimando en lo particular de este caso, que tampoco debe exigírsele menos (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, quince de julio de 2014, RUC N°1200583685-7, RIT N°6-2014, Violación y Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).
- 2) **Las que consideran que el testimonio de preescolares debe valorarse siguiendo parámetros evolutivos, considerando las restricciones cognitivas y lingüísticas, y ajustando las expectativas respecto a lo que se puede esperar.** Se valora positivamente que, pese a la corta edad y el tiempo transcurrido desde los hechos, los niños y niñas sean capaces de entregar detalles sobre los hechos y el contexto en el que éstos ocurrieron.

Es importante señalar que para los tribunales un tema de análisis central, y de especial valoración, corresponde a las circunstancias en que se produce la develación de los hechos, antecedente que se analiza, principalmente, para descartar la sugestión y las ganancias secundarias.

- “(...) la credibilidad de la declaración de la niña supera cualquier duda en el tribunal, ya que la develación fue realizada de manera espontánea y circunstancial, sin advertirse ni en la niña, su abuela o su madre, alguna ganancia secundaria derivada de la denuncia (...)” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, veinte de junio de 2014, RUC N°1201049261-9, RIT N°58-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

Además de la develación, se valora, igualmente, la consistencia que existe entre la versión que se entrega sobre las circunstancias y el contexto en que se produce la develación y su coherencia en el tiempo con los demás medios de prueba.

- “(...) Como es sabido la develación de las víctimas normalmente detona la investigación de rigor. Mas en sede judicial la misma debe ser armónica con la restante prueba cargo como primera exigencia procesal (...)” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 3 de noviembre de 2014, RUC N°1200695667-8, RIT N°89-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

Se observa claramente en el análisis jurisprudencial que las develaciones espontáneas y circunstanciales entregadas por las víctimas son consideradas más fiables que aquellas que surgen en la indagación tras sospechas. En este último caso se plantean, habitualmente, hipótesis de influencias externas en el testimonio. Asimismo, se consideran fiables las develaciones que se realizan a personas que no pertenecen al grupo familiar de la víctima (ej.: profesor/a), por estimar los tribunales, en estos casos, que existe una menor posibilidad de ganancias secundarias.

La mantención en el tiempo del testimonio por parte del niño o niña víctima se destaca por el Tribunal como una variable muy relevante, principalmente en el análisis de la concordancia de sus dichos con lo expuesto por otros testigos y por la propia víctima en la audiencia.

- “(...) Resulta de suma relevancia para el Tribunal que esta primera información, que tiene su origen en la víctima, no sólo se mantenga en el tiempo, sino que además, esté revestida de una contundencia y coherencia que despeje cualquier duda razonable acerca de su existencia (...)” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, quince de septiembre de 2014, RUC N°1200683709-1, RIT N°235-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

En los casos en que el Tribunal considera los parámetros evolutivos para la valoración del testimonio, se espera que éste se mantenga “en lo medular”.

- “(...) comparece como víctima ante estrados, altamente veraz en sus asertos, presentando un relato coherente, –en lo medular– sostenido en el tiempo y aportando antecedentes de relevancia sobre el contexto en que sucedieron los hechos, en concordancia con lo expuesto por otros testigos de cargo (...)” (Sen-

tencia del Tribunal Oral en lo Penal de Linares, veintiséis de agosto de 2014, RUC N°1200127983-K, RIT N°15-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

- “(...) *Tal versión, a juicio de estos sentenciadores, presenta características que permiten estimarlo como altamente creíble, desde que fue coherente y consistente, sin percibirse a este respecto diferencias sustanciales en relación con declaraciones prestadas con anterioridad (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, veinte de junio de 2014, RUC N°1201049261-9, RIT N°58-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

En los casos en que el Tribunal no considera estos parámetros, se espera una mantención invariable de la versión y, cuando se registran variaciones en las versiones entregadas a lo largo del proceso, esto es considerado y destacado en la sentencia.

- “(...) *no puede explicarse por qué meses después, una niña de 4 años haya podido ampliar su relato y agregado un detalle adicional (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, doce de marzo de 2014, RUC N°1100549053-9, RIT N°421-2013, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

Se recoge, en algunos fallos, el impacto que tiene el tiempo transcurrido entre la develación del testimonio y obtención de éste en la audiencia de juicio oral, lo que destacan como muy relevante en relación a la etapa de desarrollo del niño o niña víctima.

- “*En menores de la edad de la ofendida, es esperable que sea débil la memoria a largo plazo, y sólo recuerden cosas concretas como las que relató F, sin ser concluyente en especificar dónde específicamente se encontraba cuando el acusado le abrochó las zapatillas, la besó en la boca y le tocó la vagina: si estaba sentada en la cama o parada al lado de la misma (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, cuatro de octubre de 2014, RUC N°1300954691-4, RIT N°269-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- “*La perito tomó conocimiento del relato de la menor, en términos similares a los expuestos en la audiencia, y con mayor detalle, lo que se explica por la cercanía entre la pericia y los hechos sub lite (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Linares, veintiséis de agosto de 2014, RUC N°1200127983-K, RIT N°15-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- “(...) *el tribunal se vea impedido de restar credibilidad a un relato comprensivo de más actos de connotación sexual que los aquí conocidos, más aun considerando la edad de la menor y que por ende los recuerdos más acentuados dicen relación precisamente con aquellos que más pudieron afectar su normalidad, como lo es, el ser objeto de una tocación vaginal (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo

Penal de Santa Cruz, catorce de octubre de 2014, RUC N°1400249990-9, RIT N°130-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

En otros de los fallos, se alude al efecto de los múltiples interrogatorios realizados en el proceso, haciéndose cargo los jueces del impacto que esto puede tener en niños y niñas víctimas, analizando, también, las diversas condiciones en que las víctimas son entrevistadas, o vislumbrando, de alguna manera, que en muchas ocasiones las entrevistas se realizan en ambientes no propicios para la entrevista judicial de niños y niñas.

- *“Fuera de la victimización que sufren los niños a través de los múltiples interrogatorios de que son objeto en diversas instancias, es natural que un menor de 5 años se aburra y agote, y después de ser interrogada durante largo tiempo – a lo menos por la tía, la mamá, la psicóloga, y los policías – no sea cabalmente coincidente en detalles en todos los relatos, y no hable en el juicio de los stickers que había en la pieza si nadie se lo preguntó directamente (...)”* (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, cuatro de octubre de 2014, RUC N°1300954691-4, RIT N°269-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- *“Que los dichos del niño registrados a través de los dichos de los testigos y perito, y apreciado en forma directa e inmediata por el Tribunal, resulta que se mantienen en lo sustancial en el tiempo, y se aparecen en su último relato elementos que no se habían mencionado antes, como el hecho que la madre estaba haciendo fuego, ello no resulta suficiente para descartar la veracidad del relato, teniendo además presente que el propio psicólogo perito explica que esto es esperable en un relato que se mantiene en el tiempo y es contado en varias ocasiones, es recordado de manera diferente, añadiéndose elementos, pero manteniéndose en lo principal (...)”* (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, veintinueve de septiembre de 2014, RUC N°1200987367-6, RIT N°82-2014, Violación, Sentencia Condenatoria).
- *“Como pudo apreciarse, la perito logró obtener un relato de la menor, que en términos generales era similar al que la niña había efectuado en su colegio, y también narrado a su madre, pero con más detalles, lo que resulta explicable en razón del rol profesional que le cabe a la perito, y su experticia, y su posibilidad de entrevistar a la víctima en un medio idóneo para generar confianza y tranquilidad mínimas (...)”* (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, veintiséis de septiembre de 2014, RUC N°1201133713-7, RIT N°178-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- *“En cuanto a que el tribunal dificultara la relación de confianza para sus declaraciones, lejos está de la realidad, pues a pesar de no contar aún con salas especializadas para recibir a menores, se dispuso especialmente una con tal objeto, en que los jueces estuvieron al mismo nivel de piso que los niños, en un semi círculo con ellos, desarrollando la juez presidente una conversación de acuerdo*

*a su lenguaje y sus tiempos, en que se les proporcionó dulces, bebidas, lápices para pintar, aceptando la compañía de un perro que les aseguraba tranquilidad y ayudaría a decir verdad según lo indicaren los acusadores, además de juegos didácticos, y toda la disposición para que declararan a su voluntad y en el tiempo que fuere necesario (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, quince de julio de 2014, RUC N°1200583685-7, RIT N°6-2014, Violación y Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

En cuanto a la valoración de la extensión y profundidad de los testimonios, cuando se consideran los parámetros evolutivos, se indica que el testimonio puede ser breve y preciso, en concordancia con el desarrollo cognitivo esperado para la etapa.

- *“(...) el relato de la menor es poco extenso, al respecto debemos recordar lo indicado por la perito sicóloga –y que nos parece de toda lógica– que si bien se trata de un relato breve y preciso, ello es concordante con la edad de la niña y su rendimiento intelectual, ya que a los 3 años comienza la fijación de la memoria, la memoria tiene una capacidad pequeña, pero exacta (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Linares, veintiséis de agosto de 2014, RUC N°1200127983-K, RIT N°15-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- *“(...) la ofendida relató de una manera acorde y con detalle suficiente para su edad (de actuales 4 años y de 2 años a la sazón), un evento principal de transgresión en la esfera de su sexualidad, en un contexto físicamente propicio para ello, con una dinámica fácilmente inteligible y en unas circunstancias aptas para que hubiese podido ocurrir ese hecho, por lo que no estamos ante un relato ni insensato ni absurdo (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, veinte de junio de 2014, RUC N°1201049261-9, RIT N°58-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- *“El relato de S. sobre lo acaecido, aunque breve, pareció coherente, siempre teniendo en cuenta el rango de edad de la niña y sus características de desarrollo cognitivo, conforme informó el perito psicólogo, quien, afirmó que era esperable la obtención de un relato breve y centrado en hechos puntuales, toda vez que la niña, a esa edad no tiene la capacidad de establecer secuencias lógicas, causalidades o reversibilidades al describir hechos, por lo que básicamente se centra en elementos aislados, con matices semánticos propios de su edad (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, treinta y uno de octubre de 2014, RUC N°1300778329-3, RIT N°288-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

Por el contrario, cuando estos parámetros evolutivos no son considerados, los tribunales aluden a que se trata de testimonios escuetos, con pocos detalles, que no permiten concluir de modo inequívoco la relevancia o significación sexual de los hechos, o que los lleva a dudar de que se trate de experiencias



realmente vividas, cuestionando, además, cuando la entrega de contenidos se logra a través de preguntas directas y específicas.

- “(...) *apreciado el relato proporcionado por la menor afectada, impresionó al tribunal como genérico, desprovisto de detalles sobre los sucesos abusivos, como de la persona del agresor, dijo que T. le hizo daño, que se tiraba encima, le daba besos en la boca, tocaba algunas partes, la vagina y senos, por encima de la ropa, lo que hizo más de una vez. Tales antecedentes, fueron relatados por la menor en términos escuetos, en respuesta a las preguntas dirigidas, en partes, efectuando esfuerzo por recordar (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, nueve de mayo de 2014, RUC N°1100861399-2, RIT N°26-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).
- “*De este modo, en relación al testimonio aportado por A., en primer lugar el Tribunal cuenta con una versión breve y exenta de matices a partir de la cual, no es posible concluir de modo inequívoco la relevancia o significación sexual de los hechos por ella narrados (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, quince de septiembre de 2014, RUC N°1200683709-1, RIT N°235-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).
- “*(...) impresionaron a estos sentenciadores como narraciones planas, carentes de detalles limitándose a la relación del hecho abstracto y normalmente como reacción a una interpelación directa y específica, careciendo de aspectos vivenciales y sensoriales que las personas normalmente asocian o vinculan a los recuerdos de experiencias vividas (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, once de julio de 2014, RUC N°1100722815-7, RIT N°46-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

Respecto a los conceptos utilizados para la descripción o interpretación de las conductas, cuando no se consideran los parámetros evolutivos, se espera que los conceptos utilizados por niños y niñas sean “los correctos”, sin poner atención ni considerar su restringido campo lingüístico que no sólo podría explicar el uso de conceptos equívocos para describir un acto, sino que justificar aquello en atención a la falta de vocabulario para una mejor descripción.

- “*(...) lo cierto es que también la presunta víctima detalló que cuando decía que el imputado la había tocado, se refería a que éste le había dado “una palmada” en las zonas referidas supra, descripción que más bien da cuenta de un contacto efímero y carente de ánimo lascivo por parte del acusado (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, RUC N°1201022111-9, RIT N°268-2013, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

En el caso contrario, se considera que los errores en la conceptualización y comprensión de las agresiones sexuales son esperables por la etapa de desarrollo del niño o niña y su desconocimiento de aspectos vinculados a la sexualidad, cuestión que no debiera afectar su credibilidad.



- “(...) no hay que olvidar que ella, a su corta edad, da cuenta de sensaciones que no le son propias, razón por la cual su conocimiento en materias de índole sexual no puede ser el mismo que el conocimiento adulto. Luego, ella puede razonablemente equivocarse respecto a lo que el sujeto hizo en relación al entendimiento de un adulto, sin que con esto merme su credibilidad ni verosimilitud, máxime si ella no connota negativamente este contacto entre sus genitales y los de su papá. Al contrario, tal divergencia demuestra la candidez de la menor en estos temas y, por lo mismo, la inocencia con que lo contó (...)” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, veinte de junio de 2014, RUC N°1201049261-9, RIT N°58-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- “Después de un año, en la audiencia de juicio oral, la niña ha vuelto a ser interrogada por el fiscal y la defensa, en presencia de estos jueces, y por lo mismo, no es extraño que haya dicho en alguna ocasión que su agresor le tocó la vagina por sobre la ropa y en otra bajo ella, o que el beso fue con lengua y después un topón, es una niña de cinco años, y habría que ponerse en la mente de ella qué entendió por beso con lengua o por debajo de la ropa. Creemos que el hecho sustancial ha quedado delimitado (...)” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, cuatro de octubre de 2014, RUC N°1300954691-4, RIT N°269-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

En ocasiones, además, se cuestiona el testimonio del niño o niña por el uso de parte de la víctima de conceptos supuestamente no acordes a su etapa del desarrollo y que el tribunal califica como “una descripción desajustada al vocabulario” esperado para estas edades.

- “(...) no dejó de llamar también la atención del tribunal que la perito haya referido que, según el menor, este individuo ingresó al lugar en que jugaba con su hermano tocándole “sus partes íntimas”, descripción desajustada al vocabulario de un niño de seis años, y que fue sólo a su requerimiento que el niño explicó que se refería con ello “al poto y la tula”, dicha referencia por el niño más parece responder a una reproducción literal obtenida desde la explicación que le pudo entregar su madre acerca del acto de que había sido objeto, que de una descripción espontánea que le pudiese entregar el niño a su evaluadora (...)” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, veintiuno de enero de 2014, RUC N°1201022111-9, RIT N°268-2013, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

En otras oportunidades, el uso de estos conceptos “no acordes”, es la vía que permite cuestionar la credibilidad del relato, valorándolo como evidencia de inducción o interrogación sugestiva.

- “(...) evidencia lo declarado por el niño en fiscalía, refiriendo que los papás le contaron que el acusado le tocaba las partes íntimas a otros niños; lo que se condice lógicamente con el uso de las palabras “partes íntimas” poco común en un niño de su edad, reforzando así que se trataría de una repetición de dichos de

*terceros a pesar que manifestare conocer cuáles son estas partes, puesto que al preguntarle por ellas, nombra “poto y pirula” explicando que estas son las partes que nadie puede tocar, volviendo a señalar que a él nadie se las ha tocado (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, quince de julio de 2014, RUC N°1200583685-7, RIT N°6-2014, Violación y Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

Sobre la determinación de la relevancia o significación sexual de los hechos, a partir del testimonio de la víctima, en ocasiones el Tribunal señala que no la puede estimar por las restricciones cognitivas y lo escueto del relato.

- *“(...) contando así el Tribunal con el solo relato de la niña, quien escuetamente aportó antecedentes que no permiten inferir de modo inequívoco la relevancia o significación sexual de los hechos por ella narrados, de modo tal que sin perjuicio de su edad, igualmente sus dichos no resultaron lo suficientemente contundentes para sustentar la acusación (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, quince de septiembre de 2014, RUC N°1200683709-1, RIT N°235-2014, Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

Mientras que, en otros casos, se toman en cuenta los posibles errores en la conceptualización de las vivencias y la descripción de las dinámicas (por ejemplo, la referencia de algunos niños a la introducción del pene), relevando la carencia total de experiencia en materias sexuales.

- *“Debe precisarse que tal conclusión de los juzgadores no implica considerar que la niña mentía al afirmar que el agresor le “metía el pene en el potito”, pues hay que tener presente que ella tenía escasos cuatro años a la época de ser objeto de las conductas ilícitas, que carecía de toda experiencia en materias sexuales y, por ende, conforme a su testimonio no quedan dudas de que efectivamente hubo roces o contacto del pene del agresor con su zona anal y, aún más, que tales acciones le pudieron producir dolor tomando en cuenta sus condiciones anatómicas de niña, pero que por su corta edad e inexperiencia los percibió como penetración (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, catorce de abril de 2014, RUC N°1201106041-0, RIT N°3-2014, Violación, Sentencia Condenatoria).

Respecto a la determinación del número de eventos, y la oportunidad en que éstos se produjeron, si bien no es la generalidad, aún hay tribunales que esperan, sin considerar las características propias de las víctimas, que el testimonio infantil contenga la determinación de la ubicación temporal y la precisa cuantificación de los eventos en que fue víctima de los hechos o, si no lo esperan o indican expresamente, al menos cuando aquello no se produce consignan esta carencia.

- *“Nada dice evidentemente respecto a la oportunidad en que le hubiere ocurrido lo malo, al menos en cuanto a las veces que vio videos malos y por supuesto tam-*

*poco entre qué fechas (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, quince de julio de 2014, RUC N°1200583685-7, RIT N°6-2014, Violación y Abuso Sexual, Sentencia Absolutoria).

En cuanto a la relevancia que se da al correlato emocional al momento de testificar, algunos fallos integran su descripción en el análisis y le atribuyen relevancia en la valoración del testimonio.

- *“En más de una vez se le vio cortada, avergonzada, manteniéndose un momento en silencio frente a ciertas preguntas. Para estos Jueces fue ostensible que la declarante no hacía sino exponer vivencias, situaciones que había experimentado y cuya evocación alteraban su ánimo de esa manera tan visible (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, catorce de abril de 2014, RUC N°1201106041-0, RIT N°3-2014, Violación, Sentencia Condenatoria).
- *“Y si bien esto pudiere haber llevado a pensar, por ejemplo, que se trató de un relato aprendido, que se entregaba de corrido, no se lo consideró así fundamentalmente por la escasa edad de la testigo, y por el malestar, desasosiego, desconfianza y vergüenza que se advirtió en ella, que se tradujeron en silencios prolongados, respuestas casi inaudibles y elocuentes miradas que traslucían su incomodidad, especialmente cuando las consultas se aproximaban al tema de la agresión (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo penal de Viña del Mar, veintiséis de septiembre de 2014, RUC N°1201133713-7, RIT N°178-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).
- *“Aludiendo en cambio al acto ofensivo mismo, el menor señala que Pablo “empezó a.....” o “empezó a eso”, dejando de ser fluido en su exposición, manifestando incomodidad, lo que resulta concordante y explicado con lo expuesto por la perito psicóloga, en cuanto a la ansiedad o vergüenza que demostró al dar cuenta de este hecho que aún le afecta (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, veintiséis de marzo de 2014, RUC N°1200408774-5, RIT N°09-2014, Violación, Sentencia Condenatoria).

Mientras que, en otras ocasiones, se hace una consideración del correlato emocional de acuerdo a la etapa evolutiva, es decir, no se espera necesariamente afectación emocional por la incapacidad, dada la corta edad, de connotar negativamente el hecho.

- *“A su vez, se advierte por el tribunal un correlato emocional acorde a la edad de la niña, quien libremente cuenta sin mostrar afectación, cuestión que refleja que, debido a su cortísima edad, es incapaz de connotar negativamente el hecho (...)*” (Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, veinte de junio de 2014, RUC N°1201049261-9, RIT N°58-2014, Abuso Sexual, Sentencia Condenatoria).

## Conclusiones

A partir del análisis de las sentencias, algunas de las cuales nos permitimos referir en partes de manera textual en este trabajo, se puede concluir que resulta evidente que el resultado judicial de una causa en que se busca la determinación de la ocurrencia de un delito sexual cometido en contra de una víctima en edad preescolar, en cuanto a la posibilidad de obtener condena o absolución en el Juicio Oral, **está directamente relacionada con la valoración y credibilidad que da el Tribunal al testimonio del niño o niña víctima, por lo que la declaración que ésta presta en la audiencia, al menos hoy, ocupa un lugar de suma relevancia.**

Teniendo en consideración dicha conclusión, ajustada y coherente con la revisión jurisprudencial realizada, resulta **imperioso y fundamental que quienes estén a cargo de la investigación y juzgamiento de agresiones sexuales cometidos en contra de niños y niñas tengan conocimiento específico y concreto acerca de los aspectos propios y connaturales al desarrollo evolutivo de la víctima que, necesariamente, han de influir en el testimonio que sea capaz de brindar en el proceso y en el juicio.** Este conocimiento debiera incluir, especialmente, la comprensión de aquellos aspectos vinculados al desarrollo cognitivo del niño o niña, entre los que se encuentran, los procesos de memoria, atención, lenguaje y pensamiento, entre otros, los que, por supuesto, cobran una importancia central en la tarea de obtener, analizar y valorar el testimonio que un preescolar entrega sobre eventuales vivencias de victimización sexual.

Como se desprende del análisis de los resultados, **los tribunales no tienen un estándar claro ni común respecto de lo que esperan de una víctima de agresiones sexuales en edad preescolar.** Así, en un importante porcentaje de los casos el tribunal espera que la víctima entregue un testimonio coherente, consistente, circunstanciado, que permanezca en el tiempo de manera casi inamovible salvo en detalles superfluos, que incorpore la descripción de tiempo, lugar y la referencia a los demás antecedentes anexos que posibilitaron la ocurrencia de los hechos, y que, además, resulte consistente con lo que declara el resto de los testigos, mientras que, en otros casos, los tribunales han sido capaces de hacerse cargo de las especiales condiciones de desarrollo de aquellas víctimas, incorporando en su decisión de absolución o condena, **elementos que resultan imprescindibles para un buen juzgamiento,** como son la capacidad narrativa de la víctima, las condiciones ambientales en las que se produce la entrevista, el transcurso del tiempo entre la revelación y la audiencia de juicio oral, entre otros.

Estas diferencias tan radicales entre las exigencias de unos y otros tribunales, plantean un ineludible llamado de atención a quienes operamos en el sistema de enjuiciamiento criminal, relacionado con que, atendida la relevancia que da el tribunal juzgador a la valoración de la calidad de los testimonios de estas víctimas, es posible formular la hipótesis de que hay un margen de

**impunidad mayor en estos casos**, pues es legítimo preguntarse ¿qué ocurre en aquellos casos en que las víctimas, por las características propias a la etapa evolutiva en que se encuentran, como es el caso de los preescolares, están imposibilitados de cumplir con los parámetros de complejidad acordes al estándar impuesto por el tribunal?, ¿aquello significa que el hecho no ha ocurrido o sólo que como sistema somos incapaces de brindar a estas víctimas un adecuado acceso a la justicia?.

Lo descrito precedentemente es aún más grave si agregamos, a las complejidades ya descritas, circunstancias como el vínculo entre la víctima y el agresor, las consecuencias físicas y emocionales de la victimización, la reiteración de los delitos, la existencia de abuso transgeneracional, etc., todo lo que agudiza aún más las dificultades para entregar un testimonio que cumpla las exigencias planteadas por algunos juzgadores, circunstancias que, incluso, pueden implicar enfrentarnos a que las víctimas se retracten perdiendo toda opción de obtener el testimonio acerca de lo ocurrido.

Como se indicó, los juicios por delitos sexuales se realizan, comúnmente, dos, tres, o incluso más años después de la denuncia de los hechos, llegando en algunos casos de la muestra revisada a un lapso de seis años. Durante ese tiempo, los niños y niñas, en atención a las deficiencias actuales de nuestro sistema, han sido entrevistados muchas veces, por distintas personas y con distintos objetivos, habitualmente sin la conciencia del efecto negativo que aquello tiene en relación con su testimonio. Además, después de dos años o más, muchos de los niños y niñas no están dispuestos a colaborar con determinadas diligencias, como es la presentación a testificar a un juicio oral, actividad que les genera ansiedad y estrés y que provoca que los tribunales de justicia adopten sus decisiones sobre la base de la escasa información que estos niños o niñas son capaces de dar<sup>24</sup>, no porque el hecho no les haya ocurrido, sino por las diferentes circunstancias propias de nuestro actual proceso que solo dificultan y entorpecen el acceso a la justicia de este tipo de víctimas.

Así, podemos concluir sin temor a equivocarnos, que es **urgente e imprescindible la adopción como sistema criminal en todas sus fases, de buenas prácticas que favorezcan una adecuada valoración del testimonio infantil, considerando sus parámetros evolutivos y todas las circunstancias anexas que pueden tener implicancia en su contenido.**

Como Estado de Chile, con la finalidad de cumplir realmente el estándar impuesto por nuestra Constitución y la legislación internacional, particularmente la Convención de los Derechos del Niño, resulta imperioso y central

24 NAVARRO, Carolina. *The Role of the Academia in the Chilean Process of Change on Interviewing child victims: Connecting science and practice*. Ponencia presentada en la 8th International Investigative Interviewing Research Group (iIIRG) Conference, Junio 2015, Melbourne, Australia, 2015.

promover la especialización y formación permanente de policías, fiscales y jueces que deben tomar parte en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales, promoviendo conocimientos especializados en diligencias centrales del proceso como la entrevista investigativa, la entrevista judicial, el desarrollo cognitivo y evolutivo de las personas, fenomenología de los delitos sexuales, retractación, características del abuso intrafamiliar, etc.

Además de lo anterior, resulta fundamental reducir al mínimo las intervenciones que se realizan directamente con el niño o niña, así como, también, reducir los plazos que en el contexto de la investigación de la fiscalía existe entre la denuncia y la primera entrevista, y entre ésta y la entrevista judicial. Avances cualitativos en este aspecto, junto con contribuir a disminuir la revictimización, permitirán disminuir la pérdida o distorsión de la información por el paso del tiempo y, además, la posibilidad de contaminación del relato de estas víctimas favoreciendo el conocimiento de los jueces de evidencia probatoria de buena calidad.

Finalmente, se hace ineludible asumir la necesidad de instaurar, definitivamente, la videograbación de las entrevistas investigativas y periciales de víctimas de agresiones sexuales, particularmente de niños, niñas y adolescentes, instancia que, por una parte, potenciará la validación de las entrevistas y permitirá la observación directa de la entrega del testimonio de parte de la víctima y, por otra, prevendrá y reducirá las dificultades que se presentan cuando los niños o niñas no están en condiciones psicológicas de declarar en la audiencia, cuando no recuerdan lo sucedido, o cuando incurren en imprecisiones justificadas por el transcurso del tiempo. Todas estas diligencias, y el proceso en su conjunto, deben llevarse a cabo por cada uno de los actores encargados en el contexto de un encuadre adecuado –en forma y contenidos– para la obtención del testimonio de niños y niñas considerando lineamientos técnicos acordes, y no sólo fundarse en la *buena voluntad* de los operadores del sistema. La instalación de la videograbación y de espacios acondicionados para dar un trato acorde a la dignidad y derechos de los niños, niñas y adolescentes, involucra la necesidad de invertir recursos que, conforme a las obligaciones contraídas por el Estado de Chile en los Tratados Internacionales que ha suscrito y ratificado, debieran estar disponibles.

Es un hecho que, en la medida que quienes son responsables del proceso investigativo y judicial, al que se deben someter los casos que involucran agresiones sexuales contra niños y niñas en edad preescolar, conozcan las características específicas de esta etapa de desarrollo y ajusten sus expectativas procesales a las potencialidades y limitaciones de este grupo etario, podrán obtener información válida y útil a sus objetivos, que si bien puede no ser todo lo completa que se desearía, evidentemente contribuirá a una adecuada decisión investigativa y judicial, cualquiera sea ésta.



## ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL DOLO DE MATAR EN EL DELITO DE FEMICIDIO

Mirsa Pamela Retamal Morales<sup>1</sup>

### Planteamiento general

Este trabajo surge al analizar algunas sentencias definitivas ejecutoriadas de diversos Tribunales Orales en lo Penal del país en relación con el delito de femicidio, se encuentre éste consumado, frustrado o tentado, en los que la defensa presenta al Tribunal Oral en lo Penal como estrategia o teoría del caso el cuestionamiento acerca de que los hechos por los que el Ministerio Público dedujo acusación deban ser calificados como femicidio, sosteniendo que, en realidad, se trataría de lesiones y, en algunos casos, de delitos de amenazas cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. Estos cuestionamientos de la defensa se plantean desde el análisis que dichos intervinientes hacen del elemento subjetivo del tipo penal de femicidio, es decir, plantea al Tribunal Oral en lo Penal cuestionarse y dudar de la presencia, en los hechos acusados, del dolo de matar que exige el tipo penal.

El cuestionamiento que plantea la defensa no sólo se presenta en la etapa de un juicio oral por el delito de femicidio sino que, también, al momento en que el Ministerio Público debe formalizar la investigación ante la ocurrencia de hechos que revisten los caracteres de dicho delito. Es por ello que en el Oficio FN N°794/2014, de fecha 20 de octubre de 2014, Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, existe un apartado especial para tratar este tema<sup>2</sup> y en él se entregan algunas directrices para distinguir entre un delito de femicidio frustrado y un delito de lesiones consumado.

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

2 *“d.1) Elementos para distinguir femicidio frustrado de un delito de lesiones consumado. Ante la dificultad en distinguir el delito de femicidio frustrado de las lesiones consumadas, se hace pertinente focalizar la investigación del femicidio frustrado por medio de un análisis detenido de los aspectos que den cuenta del propósito del agente. Siendo así, se ha estimado oportuno indicar que debe considerarse, al menos, la situación en que tiene lugar la agresión, los medios utilizados para ello, el instrumento empleado en el ataque y/o la zona del cuerpo u órgano lesionados. De esta manera, se podrá orientar la distinción de un delito y otro, en atención al peligro para la vida de la víctima que ha creado el agente y al conocimiento que tenía de la creación de este”.*



Además de lo anterior, en el “Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile”, se trata el tema de manera especial<sup>3</sup>; entregando algunos elementos que pueden servir para distinguir cuándo se está en presencia de un delito de femicidio y cuándo frente a un delito de lesiones cometido en contexto de violencia intrafamiliar.

Sabiendo la dificultad que el tema presenta, y teniendo en cuenta las diversas decisiones adoptadas por los Tribunales Orales en lo Penal del país, este artículo tiene por objeto dar a conocer la doctrina existente en relación con este tema y algunos de los aspectos y consideraciones que han tenido en cuenta los Tribunales Orales en lo Penal para calificar o no los hechos sometidos a su conocimiento como el delito de femicidio o, por el contrario, recalificarlo al delito de lesiones o, en un porcentaje menor, al de amenazas cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

Además de lo anterior, este artículo intenta identificar cuáles pueden ser las diferencias más relevantes para que un hecho pueda ser calificado como femicidio, lesiones o amenazas cometido en contexto de violencia intrafamiliar, siempre considerando la faz subjetiva del tipo y, dentro de ella, el dolo de matar.

3 “1.2.4. EL DOLO DE MATAR COMO ELEMENTO DIFERENCIAL ENTRE EL FEMICIDIO TENTADO O FRUSTRADO Y LESIONES CONSUMADAS.

*La distinción entre femicidio tentado y lesiones dolosas va a resultar dificultosa, pues la misma radica en el dolo del sujeto, lo que nos obligará a concretar si el autor tenía intención de matar a la mujer víctima de unas lesiones o si sólo quería lesionarla.*

*El dolo de matar que constituye el elemento subjetivo del delito de homicidio en general, y por tanto, también del parricidio y femicidio, pertenece al ámbito interno de la persona y para su acreditación se hace necesario hacer un juicio de inferencia, partiendo de los datos fácticos demostrados, para llegar a través de las reglas lógicas o de la experiencia a la certeza moral de que efectivamente el autor pretendía dar muerte a aquella mujer.*

*Este planteamiento nos servirá no sólo para acreditar el dolo de matar o lesionar cuando la víctima ha sobrevivido al ataque y, por tanto, distinguir el delito tentado del de las lesiones consumadas, sino también para distinguir el homicidio doloso del preterintencional, tratado como un concurso ideal entre lesiones dolosas y homicidio imprudente, en aquellos supuestos en que tras la agresión fallece la víctima, pero el autor manifiesta no haber tenido la intención de matar y sí sólo de lesionar. Si no se acreditara ese elemento subjetivo, dolo de matar, efectivamente, podríamos hallarnos ante un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente si el resultado era previsible.” BARRERO, Raquel; CARTAGENA, Juan; DONAT, Emilio; PERAMATO, Teresa; Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos de Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional de Chile. *Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*. Santiago, Chile, Lom Ediciones, 2012, p. 31.*

## Cuestiones previas

Al ser el delito de femicidio una especie de parricidio y, éste a su vez, una especie de homicidio, lo primero a considerar es qué elemento subjetivo, es decir qué dolo, requiere para su configuración.

En el homicidio, lo prohibido, es la acción de matar a otro. Así la voluntad homicida se satisface con la mera aceptación de la muerte, aun como simple posibilidad, que la acción del agente traerá como consecuencia. Es decir, el elemento subjetivo del homicidio es el dolo de matar.

Esto hace necesario reflexionar acerca de qué es el dolo, en qué parte del tipo penal se ubica y cuál es su principal clasificación y, además, saber en qué consiste o cómo se presenta el dolo de matar.

El dolo es la forma principal y más importante de culpabilidad, entendiéndolo como el conocimiento y la voluntad que tiene un sujeto de realizar el tipo objetivo de un delito. En palabras del profesor 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 voluntaria”*<sup>4</sup>.

Son, por tanto, dos los elementos que integran el dolo, el elemento intelectual o cognoscitivo y el elemento volitivo. El primero de ellos es el conocimiento que tiene el hechor de estar ejecutando un hecho típico y, el segundo, es querer realizar ese hecho, asumirlo como consecuencia de su comportamiento.

La clasificación de dolo más utilizada en la práctica es aquella que toma en consideración el elemento volitivo. Clasificándolo en:

- Dolo directo: es aquel que existe cuando la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el hechor quiere lograr, es decir, su objetivo es la comisión del hecho punible.
- Dolo de consecuencias seguras o necesarias: es una especie de dolo directo, ya que es aquel que existe cuando el hechor comprende, acepta o necesariamente quiere, dentro de su actuar, las consecuencias inherentes a él.
- Dolo eventual: es aquel en que el hechor no busca intencionalmente el resultado lesivo, pero se lo representa mentalmente como una posibilidad, aceptando su ocurrencia.

Ahora, el dolo de matar, de acuerdo con lo antes expuesto, será la realización de la acción que tiene como fin determinante la provocación del deceso de la víctima siendo, este último suceso, el objetivo central del hechor. En el caso

4 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999, Tomo I, p. 294.

específico del femicidio, el dolo será el mismo del homicidio, la diferencia radica en la calidad de la víctima, ya que ésta debe ser, necesariamente, su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente.

## El elemento subjetivo en el delito de femicidio

Si bien es cierto el análisis planteado en este artículo tiene una relación directa con el dolo de matar en el delito de femicidio, previo a cualquier análisis específico, es necesario tener claro que el delito de femicidio requiere para su configuración la existencia de:

1. La acción de matar, lo que corresponde al aspecto material del delito.
2. Que el resultado típico, la muerte de la víctima (su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente), se deba a la acción dolosa del hechor, lo que corresponde al aspecto subjetivo del tipo.

En relación con este segundo elemento del delito de femicidio, es importante hacer algunas precisiones. El delito de femicidio, tipificado en el inciso segundo del artículo 390 del Código Penal, distingue varios elementos en relación con el dolo. Primero, distingue un aspecto cognitivo doble, ya que el hechor debe tener conocimiento, no sólo del resultado ofensivo, sino que también del vínculo existente entre él y la víctima (cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente) por tratarse, el femicidio, de una especie de parricidio. Y, segundo, un aspecto volitivo, que sólo dice relación con la acción de matar.

De la tipificación señalada, se pueden concluir, en primer término, que nuestro legislador sólo tipificó el delito de femicidio íntimo, es decir, aquel que sólo puede darse en el ámbito de una relación de pareja, entre un hombre<sup>5</sup>

5 En relación con el sujeto activo del delito de femicidio es importante tener presente que, de acuerdo a la historia de la ley que incorpora esta figura delictual y la poca doctrina nacional existente en el tema, éste sólo puede ser un hombre. O sea, sólo estaremos frente al delito de femicidio cuando una mujer muere en manos de un hombre que sea su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente.

Sin perjuicio de lo anterior existen opiniones que dan por concurrente esta figura en el caso que el sujeto activo sea una mujer. El Doctor en Derecho Penal, Emanuele Corn, señala: *“En mi opinión, el dato literal del nuevo apartado del artículo 390 CP permite el castigo del femicidio entre lesbianas, mientras excluye la sanción, a título de femicidio, en el caso de un varón que muere a manos de su pareja homosexual actual o ex-conviviente. La víctima tiene que ser de sexo femenino mientras que el autor puede ser tanto hombre como mujer, porque en todas aquellas partes en que el Código emplea la voz “autor”, incluso en contextos de violencia sexual, se refiere indistintamente, a ambos géneros. De no haber querido este resultado, el legislador habría tenido que explicitarlo y dar una justificación adecuada a la evidente discriminación que ello hubieses supuesto”*. CORN, Emanuele. “Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile”. En: *Revista de Derecho*, Vol. XXVIII, junio 2015, p. 199.

y una mujer que tienen, o han tenido, un vínculo de convivencia o conyugalidad. Lo anterior, está directamente ligado al conocimiento que el hechor debe tener de la relación que lo liga con la víctima, es decir, de uno de los aspectos cognoscitivos que exige el legislador para estar frente a la concurrencia del dolo en este delito. Pero este aspecto, de acuerdo a lo que ha ocurrido en la práctica, no es de habitual discusión en Tribunales, toda vez que será difícil sostener para la defensa el desconocimiento del acusado respecto del vínculo íntimo que lo une a la víctima. Es más, este conocimiento ha pasado a ser casi un elemento objetivo en este tipo penal y si se presenta algún tipo de discusión sobre el punto, habitualmente no es en relación al conocimiento que tenga el hechor del vínculo, sino que, más bien, cuestiona la existencia de ese vínculo, particularmente cuando se trata de la convivencia.

La segunda cuestión que se puede concluir de la tipificación realizada por nuestro legislador del delito de femicidio es que para que exista un femicidio, es indispensable, que la víctima sea una mujer. O sea, el legislador determinó que el sujeto pasivo del delito de femicidio es la mujer.

Ahora, respecto del segundo de los elementos cognoscitivos del elemento dolo, esto es, el conocimiento que debe tener el hechor del resultado ofensivo, se entiende que el legislador al tipificar el delito de femicidio exigió un resultado querido o, al menos asumido, por el agresor. Es decir, en el hechor debe existir un comportamiento dirigido a privar de la vida a otra persona, comportamiento que puede presentar diversas formas o maneras de llevarlo a cabo. Por ello, en este delito y al igual que en el delito de homicidio, el dolo de matar puede comprender tanto el resultado lesivo para la vida como aquellas consecuencias distintas, como lesiones, heridas y daños a la salud en general que, como consecuencia necesaria de la conducta homicida, podrían sobrevenir en la víctima.

De ello deriva que el dolo de matar en el delito de femicidio, al igual que el dolo en general, puede ser clasificado en:

- Dolo directo: la voluntad de realización que domina y dirige la acción del hechor tiene como fin determinante la provocación del deceso de su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, este último suceso es el objetivo de la acción del hechor.
- Dolo indirecto: ocurre cuando el agente considera que la muerte de su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente es una consecuencia inevitable o segura de la acción que llevará a cabo.
- Dolo eventual: el sujeto no busca intencionalmente el resultado lesivo (la muerte de su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente), pero se lo representa mentalmente como una posibilidad aceptando su ocurrencia.

### 3. Relación de causalidad entre el resultado muerte y la acción u omisión del homicida.

De los elementos analizados anteriormente, el que presenta mayores problemas prácticos e interpretaciones diversas, como ya se ha señalado, es la acción dolosa de matar, ello en atención a que el elemento subjetivo relacionado con el conocimiento que debe tener el hechor, al momento de la comisión del ilícito, de que está dando muerte a su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, no presenta mayores problemas, debido a que constituye, en la mayoría de los casos, un elemento objetivo que resultará muy difícil de cuestionar por la defensa, sosteniendo que el hechor no sabía que a quién estaba dando muerte mantenía con él un vínculo íntimo o directo.

### **Dolo de matar**

Para poder abordar este trabajo, lo primero que debemos tener presente son las reglas generales de la dogmática penal, ya que no debemos olvidar que estamos frente a un tipo de homicidio. Es decir, para determinar si existe o no dolo de matar en el hechor, debemos determinar si de los actos ejecutados por el hechor queda clara o no su intención de dar muerte a su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente. Si esa intención es evidente, no habrá discusión respecto de la existencia o no del dolo de matar. Ello sin importar cuál sea el resultado final, ya que el delito de femicidio, al igual que el de parricidio y el de homicidio, permite su ejecución imperfecta, ya sea frustrado o tentado.

El problema se presentará cuando el comportamiento del hechor adquiere direcciones o formas diferentes a las habitualmente utilizadas para ejecutar una acción homicida. En ese caso, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, debemos observar, especialmente, las circunstancias específicas que rodean el hecho y las características concretas de la acción dirigida en contra de la víctima. Sin perjuicio de considerar, pero en menor medida, las especiales características que pudiera presentar el sujeto activo, como por ejemplo su desarrollo intelectual o la existencia de algún problema en relación con su personalidad.

Lo anterior significa que debemos hacer un juicio de inferencia, debemos poner sobre la mesa los datos objetivos existentes, para con ellos llegar, a través de la lógica y la experiencia, a determinar si el ánimo del sujeto era o no el de matar a su cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente.

Los datos objetivos que comúnmente consideran los Tribunales Orales para dar por concurrente o no el dolo de matar en el delito de femicidio son:

- El número y dirección de los golpes dados por el hechor a la víctima.
- La calidad y cantidad de las heridas causadas por el hechor a la víctima.

- El lugar hacia donde el hechor dirigió sus golpes.
- El arma utilizada por el hechor.
- La relación existente entre la víctima y el hechor, esto no se refiere al vínculo objetivo que debe existir entre ellos, sino que al “tipo” de relación que presentaba la víctima con el hechor.
- Al decir el tipo nos referimos a las particulares características que tiene una relación de pareja que se ve viciada por situaciones de violencia intrafamiliar, como por ejemplo cuando se da un control absoluto del hechor hacia la víctima o una permanente violencia psicológica de parte del imputado hacia la víctima.
- El actuar posterior al hecho por parte del hechor.

Algunas sentencias de Tribunales Orales en lo Penal, que dan por concurrente el dolo de matar en el delito de femicidio, que toman en consideración alguno o varios de los elementos antes señalados, son<sup>6</sup>:

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, 2 de mayo de 2012, RUC N°1100224855-9, RIT N°34-2012, en que el Ministerio Público acusó al imputado por el delito de femicidio, pero éste fue condenado por el delito de homicidio simple. Si bien el Tribunal Oral en lo Penal no calificó jurídicamente el hecho como delito de femicidio, resulta muy interesante cómo considera concurrente el dolo de matar de acuerdo a los antecedentes objetivos que tuvo a la vista: *“NOVENO:… Así las cosas, en cuanto al elemento subjetivo del tipo penal en referencia, ha de consignarse que ha quedado establecido que la intención y el propósito que ha existido de parte del hechor es un obrar doloso. El dolo exige el conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo. En la actualidad Muñoz Conde citando a Roxin y Hassemer, indica que existe una decisión de atentar contra el bien jurídico –en este caso la vida. El Tribunal de acuerdo a lo ponderado en la pruebas, según se ha expuesto, concluye que hubo dolo directo de matar. Dolo, que quedó suficientemente demostrado con la prueba antes expuesta en la que claramente se advierte el actuar en post de este fin. En efecto, el dolo homicida quedó demostrado primeramente porque se atacó entre otras, directamente a la víctima en una zona vital, donde es bien sabido se encuentra una vena que transporta una gran cantidad de sangre y que puede provocar la muerte de manera casi inmediata por anemia, al perder una gran cantidad de sangre de ella si es lesionada y además y con mayor certeza, el elemento idóneo utilizado, un cuchillo cocinero, toda vez que éste sirvió para propinar una certera puñalada en zonas vitales del cuerpo de la víctima, que le causó como expuso la legista, la cercenación de la vena yugular, acotando que ésta y las otras lesiones que la víctima presentaba en la parte posterior de su tórax, cada cual por separado, puede provocar la muerte en*

6 Todo lo subrayado en los diversos fallos citados pertenece a la autora.

*momentos distintos y que la ofendida únicamente se encuentra viva por la atención médica oportuna que recibió.*

*En consecuencia la conducta desplegada por el sujeto activo, satisface plenamente el concepto de acción homicida exigido por el legislador para el tipo penal en estudio, toda vez que se trató de una agresión compuesta por un golpe de gran intensidad y fuerza, mediante el uso de un objeto cortopunzante, dado en la zona del cuello de una persona, –siendo de conocimiento común que en dicha parte del cuerpo se encuentran órganos vitales de nuestro cuerpo, como lo es esta vena yugular, y que se trata de una de las zonas más vulnerables de las personas, donde cada lesión puede ser mortal como refirió el profesional del Servicio médico legal, más aún si estas son provocadas con el elemento idóneo en razón del largo de él y la fuerza empleada al enterrarlo, acción adecuada para provocar la muerte de una persona, la que en la especie no se produjo únicamente en razón del socorro oportuno y eficaz que tuvo la víctima”.*

- Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 17 de mayo de 2012, RUC N°1100631842-K, RIT N°142-2012, en que en primera instancia<sup>7</sup> el Tribunal Oral en lo Penal condenó al acusado por el delito de femicidio frustrado al dar por concurrente, en el ánimo del hechor, el dolo de matar, considerando para ello la dinámica objetiva de ocurrencia de los hechos sometidos a su decisión. También resulta importante, en esta sentencia, el hecho que analiza los momentos y las fases en que se presenta el dolo de matar: “DECIMOTERCERO:... En cuanto a la finalidad homicida que orientó la conducta del acusado, ella resultó establecida a partir de la forma en que se suscitaron los acontecimientos, pues al decirle que “si no iba a ser de él no iba a ser de nadie más”, le estaba presagiando el fin propio de la muerte. De otra forma no se entiende semejante admonición. Ésa finalidad homicida, en términos jurídicos, constituye la

7 El fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que recayó sobre el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado, dictó sentencia de reemplazo en la causa, recalificando el delito al de lesiones graves cometido en contexto de violencia intrafamiliar, fundándose para ello en la calidad de las lesiones que presentaba la víctima de acuerdo a su considerando segundo “... Que en este caso, tal como razona el voto disidente, obsta a la concurrencia del dolo directo homicida el carácter de las lesiones reales sufridas por la víctima, lo que se verificó con la prueba rendida. En efecto, la herida del cuello cortante y superficial y las otras sólo punzantes, pero no profundas, desde el momento que no lesionaron ningún órgano vital, se vio confirmado por el perito médico legista Juan Zuchel Matamala, quien calificó las lesiones de graves.

*Que de este modo, de acuerdo a la prueba rendida, la escasa gravedad de los traumatismos de la víctima, demuestran que el ataque sufrido no fue de naturaleza tal que permita suponer, o afirmar, más allá de toda duda razonable, que su autor tuvo realmente el propósito o voluntad de darle muerte.*

*Efectivamente, la prueba científica de cargo en relación a las lesiones de la víctima, sólo hace concluir que el ánimo del victimario fue de lesionar y no de matar, conclusión que además se encuentra avalada por nuestra realidad criminológica en que la muerte del vinculado, es con frecuencia el resultado no buscado de un arrebató o de una lucha desordenada y no consecuencia de un deliberado propósito criminal.”.*



*faz subjetiva de la acción, compuesta de la anticipación mental de la meta o fin, la selección de los factores causales, y la consideración de los efectos concomitantes. No cabe duda que esa finalidad homicida estuvo en los tres momentos de esa faz subjetiva: quiso ultimarla porque no soportó la frialdad de su rechazo, ni la idea de que pudiera dejar de ser su pareja para formar otra con el sujeto que había sido pololo de ella; la acechó a la salida de su casa en xxx, que había sido el domicilio de ambos y que ella reclamaba ahora como propio; la abordó sorpresivamente y le pidió que retomaran su vida juntos (el día antes se le había colgado de las piernas y le había rogado lo mismo y ella se negó); y cuando ella se negó rotundamente a su proposición sacó el cuchillo que llevaba consigo y la atacó para consumir su amenaza de que si ella “no iba a ser de él, no iba a ser de nadie más”, sabiendo que el ataque lo realizaba a plena luz del día, en la vía pública. Obviamente, esa finalidad incorporada al tipo constituye el dolo propio de la figura penal cuya autoría se le imputa: dolo de matar a quien se sabe ligado por una relación que dio lugar a una convivencia.*

*Ahora bien, en cuanto a la faz objetiva de su acción ella está determinada por su conducta concreta, consistente en atacar reiteradamente y con un arma blanca a su conviviente desarmada, hiriéndola en zonas vitales de su cuerpo. El resultado, que le pertenece al tipo penal, fue conseguido por él sólo de manera parcial, pero no porque él dejara de realizar todos los actos (complementarios) necesarios para conducir el curso causal hacia la muerte de su víctima, sino porque otras voluntades intervinieron para que cesara en su acción, impidiéndole materialmente llegar a su meta o fin”.*

- Sentencia del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 17 de julio de 2012, RUC N°1101100194-9, RIT N°77-2012, en que se condena al acusado por el delito de femicidio frustrado, considerando concurrente el dolo de matar por la dinámica del hecho y su relación con la víctima: “OCTAVO: ...*Por otra parte, siendo el dolo un elemento subjetivo del tipo, la intención de matar puede inferirse a partir de los indicios que se manifiestan en la forma en cómo se ejecutó el delito, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia han indicado una serie de pautas de carácter objetivo que permitirían develar si tal motivación existió o no; así por ejemplo la personalidad del agresor y agredido, las relaciones previas entre ambos, el arma empleada, sus características, idoneidad y aptitud, el manejo que de la misma se realice y la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque. Que en un análisis global de las pautas referidas, se puede señalar que nada se introdujo como prueba por parte de la defensa, para demostrar que el imputado era una persona no capaz de efectuar un acto como el que se le acusa; no habiéndose de ésta forma controvertido lo aseverado por la víctima en cuanto a hechos de violencia previas que éste presentó, y que se reafirman con los dichos de la madre y del padrastro de la víctima, quienes señalaron que dos semanas antes, el 9 de octubre, el imputado se presentó en la casa de K y comenzó a amenazarla desde la calle, tirando piedras a su casa, de lo que avisó a su padrastro, quien concurreó a rescatarla, sacándola en auto desde el lugar, al que sorpresivamente y en forma temeraria se abalanzó Lillo”.*



Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, 30 de julio de 2012, RUC N°120064309-0, RIT N°133-2012, en que se condena al acusado por el delito de femicidio frustrado por considerar concurrente el dolo de matar en el actuar del sujeto al momento de los hechos, tomando en consideración para ello los elementos objetivos entregados al Tribunal: *“DECIMO: Conforme a las pruebas de cargo reseñadas, puede concluirse que concurren todos los presupuestos del delito de femicidio por el que se acusó a Bernardo Paredes Lagos, esto es, una acción u omisión dirigida a matar a su cónyuge, conociendo las relaciones que los ligan; que el resultado típico perseguido, la muerte de la víctima, obedece a una acción dolosa, manifestada en la forma decidida e inequívoca de la voluntad o intención de matar del hechor, ejecutada en la especie, mediante el uso del gollete de una botella de vidrio que previamente rompió para con él agredirla en el cuello, por la espalda, lo que le causó una herida cervical anterior que comprometió hasta los músculos pretiroideos, seccionándolos parcialmente con sección de venas yugulares anteriores que demuestra claramente su intención de matar atendida la zona del cuerpo que dirigió su ataque, que es una de las menos protegidas del cuerpo, porque no hay huesos que lo protejan, lo que hace más fácil llegar con estructuras corto punzantes por donde pasan muchas estructuras nobles que pueden causar efectivamente la muerte”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, 29 de agosto de 2012, RUC N°1101053696-2, RIT N°54-2012, en que se condena al acusado por el delito de femicidio frustrado dando por concurrente el dolo directo de matar por hechos objetivos cometidos por el sujeto activo, como también por la cantidad, entidad y lugar en que se provocaron las lesiones a la víctima: *“DECIMO TERCERO: ... Igualmente la perito Nass indicó que aun cuando estas lesiones en particular no habrían causado la muerte de la víctima en general las lesiones que se provocan en la zona del cráneo son justamente con el objeto de causar grave daño y la muerte, de dicha conducta no es posible concluir que existía dolo lesivo por parte del acusado, ya que con este nivel de lesiones, claramente se puede extraer el dolo, las lesiones que presentaba la víctima estaban concentradas en el cráneo y la perito Nass que examinó un par de meses después de sucedido estos hechos a la víctima, indicó que al examen pudo constatar: Al examen físico ella presentaba tres cicatrices muy irregulares en la zona media, una de 6.5 cms. De longitud, coronal, había otra cicatriz 4,5 cms. Antero-posterior hacia la izquierda y otra en la línea media 8 cm de longitud que alcanzó en 2 cm la zona facial, a ese nivel de lesiones referimos, que después de meses aún persisten al menos tres cicatrices de esas dimensiones en el cráneo de la víctima, y ello sin lugar a dudas dichas lesiones excluyen por una parte el dolo lesivo, incluso el dolo eventual en el delito de femicidio.*

*Del conjunto de estas lesiones se extrae sin lugar a dudas el dolo homicida, el animus necandi, no es posible imaginar que una persona no pueda prever, que se puede matar a un ser humano, su cónyuge, al proporcionales los golpes descritos en el cráneo, a lo menos, concurriendo al menos dolo eventual –el cual entendemos se descarta– puesto que de ellas claramente se desprende dolo directo.*

*El agente no puede menos que representarse, certeramente, que dichas acciones podrían haber provocado la muerte de quien se está agrediendo. No existe antecedente alguno incorporado a juicio, que permita sostener una conclusión distinta, por lo que el tribunal deberá estimar como concurrente la voluntariedad del comportamiento y/o al menos la representación y aceptación del resultado, como probable, por parte del autor, pensar de una manera distinta, constituiría un razonamiento apartado de toda lógica, y ajeno a las máximas de la experiencia”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Castro, 5 de septiembre de 2012, RUC N°1200168380-0, RIT N°17-2012, en que se condena al acusado por el delito de femicidio por considerar concurrente el dolo de matar tomando como base para ello los elementos objetivos puestos a disposición del Tribunal Oral en lo Penal. Además de interpretar de manera correcta una situación que pocas veces consideran los Tribunales, cual es el actuar posterior del sujeto activo: “VIGESIMOCUARTO: En este orden de ideas, puede sostenerse que es tanto una máxima de la experiencia como un conocimiento científicamente afianzado, que existen ciertas zonas vitales del cuerpo humano, como ocurre con el tórax, donde es sabido, se alojan órganos y sistemas esenciales para el funcionamiento físico biológico del organismo, como el corazón o los pulmones, deviniendo un probable deceso del receptor si estos se ven afectados por un accionar de la entidad suficiente para lesionarlos, como ocurre en el evento de producirse con arma blanca, afirmación que no requiere conocimientos especiales en medicina y que es manejada por la generalidad de la población; de lo que se desprende que en el asunto sub judice, al dirigir el hechor su accionar directamente a una zona que sabía vital, como es la parte superior del tórax, cercana al cuello, propinándole dos puñaladas, imprimiendo en ellas una fuerza importante, que permitió el ingreso del arma a la cavidad torácica de la víctima unos 14 centímetros, alcanzando ambas lesiones el cuarto espacio intercostal posterior, según lo aseverado por el médico legista, y utilizando un implemento conocidamente lesivo, como un cuchillo, cuya hoja medía 20 centímetros de largo y 4 en su parte más ancha, poseía filo y punta y tenía poder de penetración y corte, conforme lo estableció el perito mecánico Günther Jipolou Ruíz, no pudo menos que prever la muerte de la víctima como una consecuencia posible de su conducta y no obstante ello, la ejecutó igualmente, aceptando en consecuencia, dicho resultado, lo que importa la concurrencia de al menos dolo eventual en dicha acción.

A la misma conclusión conduce la conducta adoptada por el agente luego de lesionar mortalmente a la víctima, toda vez que en lugar de prestarle algún tipo de auxilio, se retiró raudamente del lugar, sin verificar su condición de salud, y sin ejecutar posteriormente ninguna acción tendiente a asistirle o proporcionarle ayuda de terceros, ya sea alertando a carabineros o dando aviso al centro asistencial; tampoco mostró arrepentimiento frente a lo sucedido, ya que luego de abandonar el lugar en su vehículo particular, se ocultó en la casa de su hermana ..., distante a dos kilómetros, asegurándose de esconder previamente el arma homicida, enterrando su hoja en el patio del inmueble y arrojando la empuñadura a una propiedad colindante, para luego contar lo sucedido a sus parientes, destacando también su frialdad de

*ánimo que no se condice con el nerviosismo y estado de shock en que sus parientes y el funcionario aprehensor dijeron se encontraba, desde que su única preocupación al momento de la detención fue entregar a su cuñado el dinero, los documentos y las llaves que tenía, sin manifestar ningún tipo de preocupación por su cónyuge fallecida o por sus hijos”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Quillota, 10 de septiembre de 2012, RUC N°1101183825-3, RIT N°100-2012, en que se condena al acusado por el delito de femicidio consumado cometido con dolo directo, el cual se da por acreditado, no sólo por el actuar del hechor al momento de los hechos, sino que también por la concurrencia de varias circunstancias objetivas. Así resulta de suma relevancia el análisis que realiza el Tribunal Oral en lo Penal en su considerando octavo: “... Tipo Subjetivo: Asimismo, el tipo subjetivo del delito de femicidio contiene, básicamente dos elementos, los que se encuentran acreditados con las probanzas producidas por el ente acusador en la audiencia de juicio. A saber, el dolo exigido por esta figura contiene dos dimensiones, la primera de ellas, constituida, en este caso, por el conocimiento (dolo directo) de la relación de convivencia presente o pasada entre el sujeto activo y la víctima, se halla acreditado en el juicio –como se relaciona supra–, especialmente, por la convención probatoria 3 ya descrita y con la documental referente al certificado de nacimiento de la hija común de ambos, sin perjuicio que la totalidad de los testigos que deponen en audiencia dan cuenta de dicho vínculo, y del conocimiento de éste por parte del agente y de la víctima, quienes hasta semanas antes de la fecha de los acontecimientos vivían en el mismo inmueble y se vinculaban personal, social y familiarmente como pareja y padre de una hija en común.

*Por otro lado, la otra faz del dolo vinculada al animus necandi (intención homicida) también se haya suficientemente establecida en el juicio mediante indicios derivados de la prueba y de los propios dichos del encausado, de los cuales puede concluirse que el acusado actuó en los hechos con dolo directo, según se analizará.*

*En efecto, si bien respecto de este punto los dichos del acusado prestados en la audiencia de juicio no son claros, un análisis conjunto de sus dichos con la información entregada por los demás elementos de convicción, conducen a concluir que su proceder estuvo motivado por dolo directo.*

*Es así como pudo establecerse que los sucesos se desencadenaron, después de una convivencia de más de 12 años entre acusado y víctima, marcada por constantes episodios de violencia intrafamiliar, hasta que esta última decidió dejarlo, lo que al parecer el acusado no había asumido totalmente, a tal punto que le seguía mandando mensajes, tal como lo refieren su hija y la actual pareja de la víctima, última persona que –además del acusado– la vio con vida, y quien sabía que ella se iba a reunir con el acusado Carrasco, desatándose la madrugada de los hechos otra discusión entre ambos, en la cual, el acusado extrajo desde su bolsillo del pantalón un cortaplumas con la cual le propinó, no una, sino 4 estocadas, todas en la zona cervical de la afectada, 2 en la parte delantera del cuello y dos por la espalda, antecedentes*

*que si bien el acusado no niega, dice no recordar bien, atendido el estado emocional de exaltación en que se encontraba.*

*Por lo tanto, de todos estos antecedentes, sumado a lo declarado por los testigos Saavedra y Cabrera quienes dan cuenta de la existencia de gritos vinculados a una pelea de pareja, del testimonio del funcionario de Carabineros Olmedo que refiere que el comunicado de la GENCO señalaba que el denunciante vinculaba los hechos a una discusión en que una mujer pedía auxilio; sumado a lo certero de las estocadas; al elemento idóneo para propinarlas, un cortaplumas; a las circunstancias temporoespaciales en que se produjeron los hechos, de madrugada, al interior del vehículo de la víctima, sin testigos presenciales; y a la escasa sobrevida que tuvo la ofendida, no hacen más que llevar a estos jueces a la conclusión más allá de toda duda razonable, de atribuir al sujeto activo el conocimiento y la intención de la concreción de todos los elementos del tipo penal de femicidio.*

*Desde esta perspectiva y teniendo presente criterios de base normativa es posible atribuir a la conducta de Estanislao Carrasco dolo directo, desde que, sobre la base de los conocimientos efectivamente poseídos por él y de las circunstancias por él conocidas en la fase de ejecución de la conducta hicieron que generara un especial riesgo al bien jurídico vida de su ex conviviente C.S., confluyendo en la especie ambas facetas del tipo subjetivo del delito doloso: el cognitivo, donde se debe aceptar por parte del agente el concreto resultado ofensivo a la víctima, basado en su conocimiento actual de la situación de hecho de la que derivaría el riesgo de su verificación, es decir asestar a una persona con quien se sostiene una discusión 4 puñaladas con un arma blanca, una de las cuales de 14 cm. de profundidad; y el volitivo, donde la presencia de algunos indicios, como el arma utilizada por el agente, cortaplumas, el número de estocadas y la zona donde se asestaron, el cuello de la víctima, así como el escenario de violencia intrafamiliar preexistente entre víctima y victimario, del cual derivó su separación y la no aceptación de las nuevas relaciones de pareja de la víctima – según se razona supra, conducen a atribuir dolo directo a su conducta”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, 26 de octubre de 2012, RUC N°1100816092-0, RIT N°258-2012, en que se condena al acusado por el delito de femicidio frustrado, tomando en consideración, para dar por acreditada la existencia del dolo de matar, elementos objetivos de los hechos puestos a su conocimiento: “OCTAVO: Que los hechos antes descritos constituyen el delito frustrado de femicidio, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, toda vez que se acreditó que el encausado agredió dolosamente a la víctima –su conviviente– con la intención de matarla y empleando un medio idóneo para ello, poniendo de su parte todo lo necesario para que el delito se consumara –asestándole una puñalada dirigida enérgicamente a la cavidad torácica, donde se encuentran órganos vitales– lo que no se verificó por causas independientes de su voluntad, cual fue la oportuna atención médica recibida primero en la localidad de Taltal y luego en Antofagasta, reuniéndose así todos los requisitos exigidos por el tipo penal, determinándose por la zona del cuerpo a la que el acusado dirigió

*su ataque, el medio empleado, la forma de hacerlo y las circunstancias que rodearon el hecho, que el hechor actuó con dolo”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, 24 de junio de 2013, RUC N°1200929260-6, RIT N°65-2013, en que se condena al acusado por el delito de femicidio frustrado, dando por concurrente el dolo de matar por el número y entidad de las lesiones provocadas a la víctima: *“OCTAVO: ... Es esencial, que dentro de la dinámica de violencia que presencié Núñez, se pudo apreciar la clara intención del agente de conseguir su objetivo, alcanzarla para darle muerte, lo que ni siquiera pudo distraerse con la intervención activa de este testigo, quien arremetió contra él lanzándole objetos para impedir que siguiera las agresiones, pues como se verá más adelante el número de lesiones cortopunzantes y especialmente, la de carácter penetrante fueron idóneas para intentar quitarle la vida a la víctima, lo cual no se produjo a raíz de la adecuada y oportuna atención médica que le salvó la vida...”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, 14 de julio de 2015, RUC N°1400780634-6, RIT N°63-2014, en la cual el Tribunal Oral en lo Penal condena al acusado por el delito de femicidio consumado por considerar concurrente el dolo directo de matar en el actuar del hechor. Relevante resulta aquí el análisis lógico y sistemático que realiza el Tribunal en relación con el medio utilizado por el sujeto activo, el fuego, la dinámica de su actuar y los actos previos que realiza: *“DECIMONOVENO: Así las cosas, del análisis de los hechos que han sido determinados, se puede concluir que el acusado realizó el incendio con un conocimiento cabal que doña J.T. se encontraba al interior del inmueble al momento de ocasionarlo, además, ésta se encontraba acostada, hecho de suyo relevante si se considera que doña J. era inválida y, por ende, no podía desplazarse por sus propios medios; además, el acusado consiguió y empleó, para generar un incendio, un elemento altamente inflamable, a fin de asegurar la producción del fuego y que este se propagara, todo ello, al interior del inmueble y, por último, una vez que se había iniciado el fuego y encontrándose en posición de ello, no le prestó ayuda a su conviviente cuando ésta así la requería y procuraba salir, arrastrándose, desde dentro de la vivienda que se consumía por las llamas. Todo ello, no puede significar otra cosa, que lo que el acusado realmente buscaba con la realización del incendio era dar muerte a doña J.T.J., y que el incendio fue el medio empleado para lograr dicha finalidad”.*

Por otra parte, algunas sentencias de Tribunales Orales en lo Penal que no dan por concurrente el dolo de matar en el delito de femicidio y que toman en consideración alguno o varios de los elementos mencionados anteriormente y recalifican los hechos, dependiendo si concurre el dolo de lesionar o amenazar, al delito de lesiones o amenazas cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, son:

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Linares, 30 de agosto de 2011, RUC N°1100099242-0, RIT N°67-2011, en la cual el Tribunal Oral en lo

Penal condena al acusado por el delito de lesiones graves cometido en contexto de violencia intrafamiliar, ya que, a su juicio, aun existiendo elementos objetivos para valorar, como son la cantidad de lesiones, el lugar en que se ocasionaron y el arma utilizada, no concurre el dolo de matar en el hechor al momento de la comisión del ilícito: “DECIMO: ... Hemos desestimado en el acusado la motivación homicida que le era atribuida en el cargo, en razón de los elementos objetivos establecidos en la audiencia de juicio de los cuales estamos compelidos a formar nuestra convicción. Para desentrañar la intención del autor debemos valernos de la prueba presentada y bajo su ponderación determinar si ella logra alcanzar el estándar exigido por la ley de enjuiciamiento para tenerla como un presupuesto asentado.

*En esta lógica, si bien es cierto que surge como dato objetivo un número importante de heridas dirigidas a la zona cardiaca de la víctima que bien podrían suponer una intención homicida, no es menos cierto que todas ellas, observadas y descritas por el médico legista y propio libelo acusatorio como “corto-punzantes, no penetrantes y carentes de riesgo Vital” hacen dubitar a estos magistrados en tal sentido. Esto, reviste aún mayor trascendencia si se tiene en consideración que el arma utilizada, presentada como prueba material y observada por estos jueces, era idónea para alcanzar una finalidad homicida si hubiere sido eso, efectivamente, el objetivo perseguido hecho que se ve aún más acentuado si se tiene en consideración las condiciones de privacidad del sitio del suceso. Desde otro punto de vista resulta al menos razonable advertir en este ataque, sólo un ánimo lesivo como lo expone la teoría de la defensa, ya que, la dinámica de ocurrencia más parece ajustarse a dicha finalidad. De otro lado, en estas condiciones no se puede establecer inequívocamente que el hechor haya desplegado todo lo que estaba de su parte para que un homicidio se consumara y que su resultado no hubiere ocurrido por una fuerza externa. El grado ineficaz de la frustración esgrimido por los acusadores no parece completarse satisfactoriamente con la prueba presentada, desde que resulta razonable advertir que el resultado final puede explicarse porque el encartado no aplicó más fuerza que la necesaria y suficiente para el solo propósito de herir. De allí que la conducta del acusado sólo pueda calificarse como la de quien hiere a otra persona”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, 12 de diciembre de 2014, RUC N°1400489840-1, RIT N°150-2014, en la cual se condena al acusado por el delito de amenazas cometido en contexto de violencia intrafamiliar ya que el Tribunal Oral en lo Penal no da por concurrente el dolo de matar en el hechor al momento del ilícito tomando en consideración elementos objetivos entregados a su conocimiento y haciendo un paralelo entre ese delito y el de femicidio en grado de tentado: “SEPTIMO: ... Entonces, trayendo dichos conceptos al caso concreto, existiría un delito tentado de femicidio –que fue lo imputado– si el autor dio comienzo a la ejecución del crimen por hechos o actos directos, faltando uno o más para su perpetración. La cuestión raya en si verdaderamente comenzó a ejecutar ese delito. En ese sentido, hay que apreciar que Valdés se situó, ofuscado e insultando, a corta distancia de la víctima, con la motosierra



encendida y en cierta forma apuntándole, lo que las dos testigos indicadas mencionaron como que la toreaba, ya que la víctima lo esquivaba, como hace un torero a un toro cuando lo embiste. Pero ¿tenía realmente la intención de matarla? Llama aquí la atención, como bien apuntó la defensora, por qué no la mató si tuvo todo para haberlo hecho, ya que cierto es que tuvo las condiciones y el implemento para llevarlo a cabo, como ya se dijo. También tuvo el tiempo, y es en este factor donde el tribunal puso su acento. En efecto, si estuvo el acusado durante varios minutos tan cerca de la víctima, una mujer de avanzada edad y sin condiciones físicas visibles como para realizar una acción heroica, la explicación más lógica para que el desenlace mortal no se hubiera producido en ese tiempo —en que ningún otro elemento le impedía cometer el delito— fue que él mismo no quiso hacerlo, no se atrevió a herir o cortar a su mujer con la motosierra pese a que le era sumamente fácil hacerlo, voluntad que quedó en evidencia minutos después, al intervenir la testigo Mónica Albornoz, quien llega a la escena cuando ya Valdés había apagado la máquina y dejado de acercarse con ella a la víctima. Recordemos que Stefany Leiva dijo haber escuchado a Mónica Albornoz increpar al acusado diciéndole “hasta cuando seguís insultando a tu esposa...”, lo que también refirió esta última y que refleja que para Mónica, en ese momento, no había un real peligro de vida o muerte, ni visualizaba a Valdés capaz de cometer tal crimen en verdad. Esto se vio reafirmado en que además ella misma no tuvo miedo de intervenir, lo que en otro contexto claramente la hubiera limitado, especialmente si estaba sola y desarmada, conforme a las máximas de la experiencia.

*Este escenario nos lleva a poner en duda que Valdés tuviera dolo de matar en ese mismo momento, toda vez que en definitiva no la acometió derechamente, ni siquiera la hirió, sea por el motivo que fuera, ya sea pudor de atacar a su conviviente, simple cobardía o el propósito de no ser encarcelado por el crimen, aspecto último que también elucubró la fiscal. Esos aspectos, que dicen relación más con sus motivaciones, no con elementos penalmente relevantes, marcaron su accionar voluntario, que es lo que sí importa, frenándolo unilateralmente para no traspasar la frontera fina y sutil que existe entre la simple amenaza y el intento de consumarla. El no haber dado principio a la ejecución del femicidio, en este contexto, debe implicar que no sea posible castigar a Leopoldo Valdés por la tentativa de este crimen, sino por la conducta que sí alcanzó verdaderamente a cometer, que fue la amenaza propiamente tal”.*

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 16 de enero de 2015, RUC N°1400554223-6, RIT N°415-2014, en la cual se condena al acusado por el delito de lesiones graves cometido en contexto de violencia intrafamiliar, ya que no considera concurrente el dolo de matar en el hechor, sino que el dolo de lesionar, teniendo en consideración elementos objetivos de los hechos sometidos a su decisión: “SEXTO: ... En efecto, y en lo que se refiere al dolo, como conocimiento y voluntad de realización del hecho típico, si bien se justificó de manera suficiente que tal elemento subjetivo estuvo presente en el hechor, no quedó inequívocamente establecido que el propósito final de éste se hubiese encaminado a

*obtener la muerte de la ofendida; si bien es cierto en el ataque utilizó como arma un elemento que conocidamente puede ser letal, dirigiendo su acción hacia una zona vital del cuerpo, también es cierto que con ella propinó dos golpes para luego cesar en su actuar en ese mismo momento, lo que permitió que la afectada abandonará el lugar por la puerta hacia la calle, no siendo retenida ni seguida por el sujeto activo quien no insistió en seguir golpeándola teniendo la posibilidad cierta de continuar haciéndolo, asegurando de ese modo el resultado fatal que según el acusador era su designio;...”.*

Sentencia del 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 15 de julio de 2015, RUC N°1200027190-8, RIT N°213-2015, en la cual se condenó al acusado por el delito de lesiones graves cometido en contexto de violencia intrafamiliar, ya que no se consideró concurrente el dolo de matar en los hechos sometidos al conocimiento del Tribunal Oral en lo Penal. Esta decisión fue tomada aun cuando la víctima fallece a consecuencia de las lesiones provocadas por el hechor, pero los elementos objetivos dan cuenta, para el Tribunal, que no existe el dolo de matar, sino que el de lesionar: “*DECIMO CUARTO:... Se debe tener presente que el Ministerio Público ha sostenido la existencia del dolo homicida de parte del acusado, en el hecho que estando en conocimiento de las patologías que padecía la víctima, diabetes e insuficiencia renal agredió a su conviviente con arma y causándole lesiones, lo que debía necesariamente llevar a representarse la posibilidad de causarle la muerte.*”

*Que, de acuerdo a los hechos acreditados y la prueba introducida al juicio, en opinión de este Tribunal, no es posible observar en la especie la concurrencia del dolo de matar en el actuar del acusado ya que es claro que la violencia que ejerció Raúl Herrera Briceño, sobre su conviviente no tuvo por objeto causar la muerte, sino que más bien de dañar, de lesionar, de hacer sufrir como señaló la médico patóloga, sin que pueda considerarse que este haya podido representarse aun la posibilidad del resultado de muerte. En efecto, se debe tener presente que este elemento subjetivo está integrado por elementos psicológicos que yacen en la psique del sujeto activo del delito, ha de basarse en circunstancias –anteriores, coetáneas y posteriores al hecho, de todo orden– que demuestren al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que como todo lo que se guarda en los más profundo del ser anímico, sólo puede probarse por una serie de datos que manifiesten la intención querida. De esta manera, del propio comportamiento del sujeto activo, es de donde, en definitiva, cabe extraer las consecuencias en orden a establecer si el sujeto obró, con conocimiento y voluntad de matar, lo que como ya se dijo no se encuentra acreditado desde que ninguna de las acciones del acusado estuvieron destinadas a lesionar órganos vitales de la víctima, sino que más bien dieron cuenta de la intención de dañar la integridad corporal”.*

Otra discusión, que se plantea en la jurisprudencia, es la posibilidad que el delito de femicidio se cometa con la concurrencia de dolo eventual en relación con la acción de matar. La tendencia actual es que se admita el dolo eventual



en la comisión del delito de femicidio, toda vez que en este aspecto se debe recurrir a las reglas generales aplicables al delito de homicidio. Algunas sentencias relevantes en relación con este punto son:

Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Castro, 5 de septiembre de 2012, RUC N°1200168380-0, RIT N°17-2012, en que se condena al acusado por el delito de femicidio consumado al considerar concurrente en el hechor dolo directo de matar al momento de cometer el ilícito, pero entiende que en este tipo de delito también puede concurrir el dolo eventual, haciendo una definición de cada uno de ellos: *“VIGESIMOSEGUNDO: Que, habiéndose establecido la tipicidad objetiva del delito de femicidio, que el Tribunal tuvo por concurrente, resulta indispensable analizar la tipicidad subjetiva de dicha figura, para lo cual se tendrá en consideración que, según la doctrina mayoritaria esta se satisface tanto con dolo directo, cuando se ha querido causar el deceso, como con dolo eventual, que existe cuando el sujeto sin perseguir precisamente el resultado en que su acción se concreta, se representó la posibilidad de ese resultado y no obstante, queda en posición de indiferencia sobre su acaecimiento”*.

Sentencia del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 17 de junio de 2015, RUC N°1300534772-0, RIT N°44-2015, en que se condena al acusado por el delito de femicidio por considerar concurrente en el hechor el dolo de matar en su modalidad de eventual, tomando en cuenta los mismos elementos objetivos que se han venido mencionado: *“UNDECIMO: ... Sostener que el acusado no se pudo representar el resultado muerte con su forma de actuar en la última golpiza que le propinó, y que fue la causa desencadenante y directa de su muerte, no encuentra asidero alguno en la evidencia testimonial, pericial, documental y fotográfica incorporadas.*

*Así, ponderando toda la prueba rendida; la magnitud, la intensidad, la cantidad y la variedad de golpes que presentaba el cuerpo de E.; que varias de las lesiones fueron producidas debido a la intervención de al menos dos elementos físicos distintos, los cuales no pudieron ser habidos; que incluso le fracturó la nariz producto de la golpiza; que el mismo imputado reconoció en su declaración que no la golpeaba en la zona pélvica o vaginal porque era peligroso, no obstante la seria lesión que indudablemente presentaba en esa zona —edema en el labio vaginal izquierdo de 9 x 4 centímetros—, ello además de la lesión en el ano a que anteriormente el tribunal hizo referencia.*

*Todo esto da cuenta que el acusado actuó en contra de R. con dolo eventual respecto del resultado muerte que su actuación inequívocamente produjo, mas no con dolo directo, como antes se analizó.*

*La retahíla de golpes que Sergio causó a su pareja en la última agresión de que fue objeto, no admite la posibilidad alguna de no estimar que tuvo un dolo eventual en su actuar, no pudiendo menos que representarse que la podía matar.*

*Más aun, nadie, al maltratar a otro en la forma como el acusado lo hizo con su pareja E., puede menos que representarse positiva y claramente la posibilidad que la persona que recibe esa paliza –porque esa es la palabra que mejor la define– muera, y cuanto más si el propio acusado afirmó saber las graves consecuencias que para la agredida podía acarrearle el hecho de golpearla en la zona génito pelviana, puntual agresión que expresamente negó”.*

## **Dolo de conocer el vínculo que une al hechor con la víctima**

Este segundo elemento del dolo en el delito de femicidio aún no ha sido tratado de manera específica por la doctrina y la jurisprudencia chilena, sino que se han hecho aplicables a este delito las reglas del delito de parricidio<sup>8</sup>. Esto porque el delito de femicidio es una figura relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico<sup>9</sup>, así como también porque, este segundo elemento, no ha sido de gran discusión en la práctica, es más, su comprobación cuando se trata de un vínculo matrimonial, resulta del todo objetiva.

En el delito de parricidio, lo que resulta aplicable al de femicidio, es la exigencia sobre el conocimiento que debe tener el autor del delito respecto de la relación que le une con la víctima constituye, naturalmente, un elemento subjetivo el tipo. La pregunta es si forma parte del dolo delictivo o si es independiente de aquél.

La mayoría de la doctrina considera que este elemento cognoscitivo es autónomo, que no se identifica con el dolo pues éste sólo estaría referido al resultado de muerte. El conocimiento de la relación con la víctima no dice relación con la voluntad homicida, por lo que no sería posible admitir en este elemento la concurrencia del dolo eventual, sino que sólo la del dolo directo. O sea, aceptan que en el mismo hecho cohabiten dos clases de dolo, uno eventual, respecto de la acción de matar y uno directo relativo al conocimiento del vínculo que une al hechor con la víctima.

El profesor Garrido Montt, en relación con el delito de parricidio, lo que se hace aplicable al delito de femicidio, señala: *«el dolo en el parricidio no se satisface con el conocimiento del agente que con la acción priva de la vida a una persona, sino que exige que sepa que esa persona es su pariente; si falta dicho conocimiento solo habrá homicidio»*<sup>10</sup>. De modo que: *„si el conocimiento de las consecuencias posibles o inciertas se refiere a los medios o la forma de concreción de la muerte de la*

8 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, págs. 78, 79 y 80.

9 El delito de femicidio se incorporó al artículo 390 del Código Penal, como un nuevo inciso segundo, a través de la Ley N°20.480 de fecha 18 de diciembre de 2010.

10 GARRIDO MONTT, Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1994, p. 196.

víctima, que el autor identifica sin dudas como pariente, se está ante un parricidio con dolo eventual»<sup>11</sup>.

Esta postura, como se señaló, no ha presentado gran discusión en la práctica, y se ve reflejada de una clara manera en el considerando noveno de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, 19 de diciembre de 2011, RUC N°1100152312-2, RIT N°31-2011, en que se condena al acusado por el delito de femicidio cometido con dolo eventual: *“NOVENO: Que respecto del dolo, si bien esto fue discutido por la defensa en cuanto a que para que proceda este tipo de delito es necesario la concurrencia de un dolo directo, porque en caso contrario solo nos encontraríamos frente a un delito preterintencional de lesiones con resultado de muerte, estas magistrados desechan la teoría de la defensa, toda vez que el dolo directo requerido para este ilícito está circunscrito a tener conocimiento de la relación de parentesco que les afectaba y, esto se acreditó con los testimonios de la madre de la víctima M.A.M. y la hermana de la occisa S.S.M. quienes concordaron en que Y.S.M. era conviviente de Manuel Sandoval desde hace ocho años a la fecha, además de adjuntaron los certificados de nacimiento de sus hijos de iniciales M.F.S.S. nacido el 18 de noviembre de 2005 y la menor de iniciales N.A.S.S. nacida el 20 de mayo de 2009 cuyo padre es el acusado de autos, habiéndose acreditado el firme conocimiento de la relación que los ligaba a ambos por parte del imputado, esto basta para darse la figura del femicidio, no requiriéndose un dolo mayor que el del homicidio en el cual procede incluso ante el dolo eventual. Es así que el legislador quiso agravar esta figura en base al conocimiento de las partes de las relaciones de familia existentes, pero no así con respecto a la intención misma, por lo que procede incluso ante el dolo eventual”*.<sup>12</sup>

## Conclusiones

Luego de realizar el análisis de varias sentencias, algunas de las cuales fueron mencionadas en este artículo, y la lectura de diversa doctrina en relación con el elemento subjetivo del delito de femicidio, es decir, del dolo de matar, podemos concluir que:

- Siempre se debe tener presente que el delito, sea cual sea, es un todo complejo, integrado por momentos objetivos y subjetivos y que la responsabilidad penal debe ser entendida, como subjetiva y personalizada.
- En la ocurrencia del delito de femicidio, como también en la dinámica anterior y posterior a ella, siempre existirán elementos objetivos que servi-

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

12 Esta sentencia fue objeto de recurso de nulidad por parte de la defensa en cuanto no reconoció una circunstancia atenuante (artículo 11 N°9 C.P.) al acusado. La resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, al resolver el recurso señalado, dicta sentencia de reemplazo modificando la pena aplicada al acusado debido al reconocimiento de la circunstancia atenuante alegada.

rán de base para concluir si existe dolo de matar en el hecho. Lo importante es observarlos, destacarlos y presentarlos de manera clara al Tribunal, para que puedan ser interpretados de manera correcta por él.

- La prueba del dolo, por regla general, no es directa, sino que deviene de las circunstancias fácticas adscritas al caso concreto, es en ellas en que debe determinarse su concurrencia.
- Al realizar un análisis cuantitativo de los elementos que considera la jurisprudencia actual para determinar la concurrencia o no del dolo de matar en el delito de femicidio, el primer lugar lo ocupa el carácter de las lesiones que el hechor provoca a la víctima, el segundo, la dirección a dónde van los golpes del hechor y, el tercero, el arma utilizada.
- La jurisprudencia aún no incorpora como un elemento básico e importante, para determinar la concurrencia del dolo de matar en el delito de femicidio, las dinámicas previas de violencia intrafamiliar existentes entre la víctima y el imputado. Más bien, toma en consideración estas dinámicas para acreditar o no el elemento de la convivencia.
- El dolo en el delito de femicidio presenta las mismas modalidades que en el homicidio simple, es decir, puede ser cometido con dolo directo o con dolo eventual, ello, siempre que la duda o eventualidad propia de este dolo no incida en la relación conyugal o de convivencia, sino que en la acción de matar.

## Bibliografía

- AROCENA, Gustavo y CESANO, José. *El delito de femicidio*. Montevideo, Uruguay, Editorial Bdef, 2013.
- BARRERO, Raquel; CARTAGENA, Juan; DONAT, Emilio; PERAMATO, Teresa; UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR DE LA FISCALÍA NACIONAL DE CHILE. *Manual sobre investigación para casos de violencia de pareja y femicidios en Chile*. Santiago, Chile, Lom Ediciones, 2012.
- CORN, Emannuele, *Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile*, Revista de derecho, Valdivia, Chile, Vol. XXVIII, 2015.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica, 7ª. ed., Santiago, Chile, 2005.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial*. 3ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1999.

- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. 2ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1994.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. *Parricidio - Infanticidio*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, Santiago, Chile, 2009.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. *El dolo en el homicidio*. En: Revista Temas de derecho, Año XVIII, Universidad Gabriela Mistral, Santiago, Chile, enero – diciembre, 2003.
- OSSANDON WIDOW, María Magdalena. “La faz subjetiva del tipo de parricidio”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010 [en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2015].
- MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. OFICIO FN N°792/2014. “Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos cometidos en Contexto de Violencia Intrafamiliar”. Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004.

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

---



## LA TRATA DE PERSONAS ¿CRIMEN DE LESA HUMANIDAD? A PROPÓSITO DEL CASO “PARAGUAYOS”

Tania Gajardo Orellana<sup>1</sup>

El 8 de junio de 2015, tras cuatro años de la entrada en vigencia de la Ley 20.507 que modificó el Código Penal, introduciendo, entre otros, los artículos 411 bis y 411 *quater*, que tipifican los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas para fines de servidumbre, trabajos forzados, esclavitud u otras prácticas análogas, se dictó la primera sentencia definitiva tras un juicio oral que duró 24 días, por el delito de “trata laboral”<sup>2</sup>. En esta sentencia absoluta, el Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz consideró que el delito de trata de personas era un crimen de lesa humanidad, y como tal exigió al ente acusador probar el daño contra la humanidad que ellos implican, alzando el estándar de la prueba. Este artículo revisará, desde una perspectiva crítica, el razonamiento del Tribunal Oral, para lo cual analizará el concepto de crímenes de lesa humanidad, tanto en el contexto internacional, como en el nacional. Luego se revisará la historia de la Ley 20.507, verificando si existió la intención de tipificarlo como delito de lesa humanidad. Lo anterior, se contrastará con las consideraciones que formuló el TOP de Santa Cruz para catalogar a la trata de personas del artículo 411 *quater* como crimen de lesa humanidad, para llegar a la conclusión de que la trata de personas tal cual está tipificada en Chile, no es un delito de lesa humanidad, por lo que uno de los principales razonamientos para la absolución sería errado.

### 1. Crímenes de lesa humanidad

#### a) Estatuto de Roma, contexto internacional

El artículo 7 del Estatuto de Roma<sup>3</sup>, que crea la Corte Penal Internacional, establece el concepto de crímenes de lesa humanidad, dado que estos configuran los crímenes que serán de competencia de dicha Corte. Así el artículo citado comienza con el requisito general que todos estos crímenes deben tener para llegar a calificarse como de lesa humanidad: “A los efectos

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Se conocieron y fallaron también delitos de tráfico ilícito de migrantes, pero para efectos de este artículo se considerará sólo la trata de personas.

3 El 29 de julio de 2009, Chile deposita la ratificación al Estatuto de Roma, el que fue ratificado mediante decreto supremo número 104 de la Presidenta de la República, promulgado con fecha 6 de julio de 2009 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004655> [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].



del presente estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”<sup>4</sup>. Luego enumera una serie de delitos que podrían constituirse como de lesa humanidad, cumpliendo este requisito que la doctrina ha llamado “elemento de contexto”<sup>5</sup> o “requisitos comunes”<sup>6</sup>.

Desde la doctrina, se destaca la gravedad y el carácter de internacionales de estos crímenes, así Luban indica las siguientes características: “Los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales cometidos por grupos políticamente organizados que actúan bajo un color político, consistentes en los más graves y abominables actos de violencia y persecución, y cometidos sobre víctimas en razón de su pertenencia a una población o grupo más que por sus características individuales”<sup>7</sup>.

Subyace a cualquier conceptualización del fenómeno, la idea del Estado como parte central de los crímenes de lesa humanidad, ya sea ejecutándolos o tolerándolos (por parte de los grupos organizados); así en la definición de Vernon: “es una inversión moral o la parodia del Estado. Una inversión sistemática: los poderes que justifican el Estado son, perversamente, instrumentalizados por el mismo, la territorialidad es transformada de refugio a trampa, y las modalidades de castigo son ejercidas sobre inocentes”<sup>8</sup>.

Luego de este papel fundamental del Estado<sup>9</sup>, ya sea ejecutando o tolerando, nos encontramos con que el concepto de crímenes contra la humanidad sugiere una gravedad tal, que es capaz de lesionar a la humanidad completa, dañando aquello que nos distingue de los seres de otras especies, esto es, el ser humano en su naturaleza. En este sentido, se trataría de crímenes despreciables por la humanidad entera, más allá de su comunidad particular o religión<sup>10</sup>.

4 Artículo 7 del Estatuto de Roma [en línea]. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [fecha de consulta: 30 de octubre de 2015].

5 AMBOS, Kai. “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”. En: *Revista de Derecho Penal*, Número 41, Octubre-Diciembre, Colombia, 2012, págs. 153-192.

6 CÁRDENAS, Claudia. “La implementación de los crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional en la ley 20.357”. En: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen XXIII, número 2, Chile, 2010, págs. 23-44.

7 LUBAN, David. *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Traducción de Ezequiel Malarino y Marisa Vásquez. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2011, p. 62.

8 VERNON, Richard. “What is the Crime against Humanity?”. En: *The Journal of Political Philosophy*, 10, 2002, págs. 231 a 233.

9 El concepto ha evolucionado en el sentido de aceptar como ejecutores de estos crímenes a grupos organizados que posean una capacidad similar a la del Estado. Así, AMBOS, Kai y LUBAN, David en obras citadas.

10 AMBOS, ob. cit., págs. 153-192.

Se les exige también a los crímenes de lesa humanidad que sean formulados como un ataque en contra de una población civil, a propósito de esto, Ambos indica: “Sea como fuere, el hecho de que los redactores del Estatuto de la Corte Penal Internacional hayan mantenido el requisito demuestra que aún no reconocen los crímenes de lesa humanidad como un concepto de crímenes por derecho propio, sino, más bien, como una extensión de los crímenes de guerra en tiempos de paz”<sup>11</sup>.

Para sistematizar, utilizaremos la propuesta de Cárdenas, en el sentido de establecer un requisito objetivo: el ataque, el que debe ser a su vez en contra de población civil, generalizado o sistemático y un requisito subjetivo: conocimiento de que ese ataque existe y de que se es parte de él<sup>12</sup>.

Veamos cómo ha dotado de contenido la jurisprudencia a estos requisitos ya expresados.

En palabras de la Cámara de Apelaciones del Tribunal de Yugoslavia: “La Cámara del juicio correctamente reconoció que los crímenes que no se relacionan con un ataque generalizado y sistemático en contra de una población civil no deberían ser perseguidos penalmente como delitos de lesa humanidad. Los delitos contra la humanidad son crímenes de una naturaleza especial con un grado mayor de inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes”<sup>13</sup>.

La jurisprudencia penal internacional ha indicado que el término generalizado significa “masivo, frecuente, acción a larga escala, llevado a cabo colectivamente con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas”, sistemático por su parte quiere decir: “cuidadosamente organizado y que sigue un patrón regular sobre las bases de una política común que envuelva sustanciales recursos públicos y privados”<sup>14</sup>.

Una parte de la doctrina llama a estos requisitos “elemento de contexto”, los que han sido motivo de extenso debate tanto en cuanto a su significado como a su alcance<sup>15</sup>. Otra parte les llama requisitos comunes a los crímenes de lesa humanidad<sup>16</sup>.

11 Ibid.

12 CÁRDENAS, ob. cit., p. 26.

13 *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Caso Número IT-94-1-A, Cámara de Apelaciones, del 15 de julio de 1999 [en línea]. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty) [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015].

14 *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*. Caso Número ICTR-96-4-T, Cámara I, del 2 de septiembre de 1998, parágrafo 580 [en línea]. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty) [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015].

15 Más sobre este tema en: AMBOS, Kai y WIRTH, Steffen. “The Current Law of Crimes against Humanity. An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000”. En: *Revista Criminal Law Forum*, volumen 13, marzo 2002, p. 2.

16 CÁRDENAS, ob. cit., p. 24.

No obstante del desarrollo de los elementos o requisitos comunes a estos crímenes, siempre han estado ligados a algún tipo de poder, desde estar ligados a crímenes estatales, hasta alejarlos del Estado y entender que se cumplen con la participación de una organización que tenga poder y fuerza similar al de un Estado<sup>17</sup>.

En la aplicación del Estatuto de Roma, se debe primero despejar si los hechos que se intenta someter a conocimiento de la Corte Penal Internacional por ser crímenes de lesa humanidad, fueron realizados en el contexto de crímenes generalizados y/o sistemáticos. El requisito “generalizado” se relaciona con un carácter cuantitativo, esto es que un acto se realice a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas<sup>18</sup>. Por su parte sistemático, es un requisito cualitativo, ya que se relaciona con que el acto o los actos se realicen tras una planificación metódica<sup>19</sup>.

El tribunal de Ruanda en el caso Kayishema y Ruzindana indicó, en el mismo sentido de lo ya señalado, que “el requerimiento para la comisión de un delito de lesa humanidad en seguimiento de una política, está dirigido a excluir las situaciones donde una persona cometa un acto inhumano por su propia iniciativa o en desarrollo de su propio plan criminal, sin el aliento o dirección de un Gobierno o grupo (con similar poder y alcance) organizado<sup>20</sup>.”

En este sentido si no estamos frente a la comisión de crímenes cuyo autor sea el Estado o un grupo organizado con similar poder, crímenes que respondan al plan criminal de ese Estado o grupo y no al interés individual, y si estos además no son generalizados y/o sistemáticos, no estamos frente a crímenes de lesa humanidad, esto según lo expresa el Estatuto de Roma, la jurisprudencia proveniente de los diferentes estatutos<sup>21</sup> y de la Corte Penal Internacional y la doctrina.

Luego del elemento de contexto o requisitos comunes, el Estatuto de Roma sistematizó una lista de delitos que, dándose el elemento de contexto, podrían catalogarse como crímenes de lesa humanidad. Así se mencionan en el artículo 7° del Estatuto los siguientes ilícitos: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física, tortura, delitos sexuales (violación, esclavitud sexual,

17 AMBOS, ob. cit., p. 154.

18 AMBOS y WIRTH, ob. cit., p. 2.

19 *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, caso número ICTR-96-4-T, Trial Judgment, párrafo 579, 02/09/1998 [en línea]. Disponible en: [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty) [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015].

20 SÁNCHEZ, Raúl Eduardo. “Los delitos de lesa humanidad”. En: *Revista de Derecho Penal*, número 14, enero-marzo 2006, págs. 87-120.

21 Con los diferentes estatutos se hace referencia a los de Nuremberg, Tokio, la Ley 10 del Consejo de Control, Yugoslavia y Ruanda.

prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, violencia sexual), persecución, desaparición forzada de personas, “Apartheid” y otros actos inhumanos.

Tomando como ejemplo el asesinato (de la lista de delitos del artículo 7), un asesino en serie por matar a un gran número de personas (generalizado) no se transforma sólo por ello en autor de un crimen de lesa humanidad, tampoco lo es si mata a sólo una persona, habiéndolo hecho de manera planificada y metódica (sistemática). Para que ese asesinato, ya sea generalizado o sistemático, pueda ser considerado crimen de lesa humanidad, debe responder a una política de actuación, sólo la existencia de esa política de actuación convierte a los delitos enumerados en el Estatuto en crímenes de lesa humanidad<sup>22</sup>.

## b) Contexto chileno, Ley 20.357

En Chile, la Ley 20.357, publicada el 18 de julio de 2009, conceptualiza los crímenes de lesa humanidad e indica sus requisitos:

*“Artículo 1°. Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:*

*1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.*

*2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.*

*Artículo 2°. Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá: 1°. Por “ataque generalizado”, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y*

*2°. Por “ataque sistemático”, una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”<sup>23</sup>.*

Así en nuestro país desde el año 2009 se introdujeron los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio como tipos penales establecidos en una ley especial, sin introducirlos al Código Penal. El objetivo de

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ley 20.357 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004655> [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

esta ley fue que el juez chileno, aplicando la ley chilena, pudiera conocer los mismos hechos que puede conocer la Corte Penal Internacional<sup>24</sup>.

Luego de los primeros dos artículos en donde la ley chilena entrega los requisitos comunes, siguiendo la pauta del Estatuto de Roma, describe entre los artículos 3° y 9° los delitos que, cumpliendo los requisitos del artículo 1°, pueden considerarse como crímenes de lesa humanidad en Chile.

Los tipos penales son los siguientes: exterminio, homicidio, castraciones, lesiones graves gravísimas, lesiones con resultado de impotencia *generandi*, aborto no consentido por la mujer, embarazo forzoso, esclavitud o trata o tráfico de esclavos, secuestro por más de 5 días, violación, abuso sexual, prostitución forzada, desaparición forzada, tortura, destrucción de población privando de alimentos o medicinas, menoscabo en la salud física o mental que no comprenda las lesiones ya mencionadas, extracción de órganos o tratamientos médicos no consentidos que pongan gravemente en peligro la salud o la vida, deportación o traslado forzado de personas<sup>25</sup>.

Si bien se asemejan bastante a los del Estatuto de Roma, tiene algunas diferencias en cuanto a no tipificar el *apartheid*, la persecución, ni contener la cláusula general de “otros actos inhumanos de carácter similar”<sup>26</sup>.

## 2. Sentencia del Caso “Paraguayos”

En el considerando decimocuarto número 3 de la sentencia pronunciada por el TOP de Santa Cruz, RUC N°1110028038-K, RIT N°31-2015, se analizan los elementos del delito de trata de personas, específicamente en cuanto a la finalidad de trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas. El tribunal razona que al suprimirse en la historia de la Ley 20.507<sup>27</sup>, el concepto de explotación laboral, reservando el tipo penal del 411 *quater* para conductas más graves que meras infracciones laborales, este se asimila a los delitos que “revisten la máxima gravedad internacional”<sup>28</sup>. Dada esta consideración, así como otras argumentaciones en torno a la participación de los acusados, el tribunal absuelve por este delito.

24 CÁRDENAS, ob. cit., p. 26.

25 Artículos 3 al 9 de la Ley 20.357 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004655> [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

26 CÁRDENAS, ob. cit., p. 26.

27 Historia de la Ley 20.507, p. 206 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1024319&buscar=20507> [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2015].

28 Sentencia pronunciada por los jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, RUC N°1110028038-K, RIT N°31-2015, p. 193 [en línea]. Disponible en: [http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausas\]sfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf](http://reformaprocesal.poderjudicial.cl/ConsultaCausas]sfWeb/page/panelConsultaCausas.jsf) [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

En palabras del Tribunal: “*En este contexto, el tribunal apreció que los hechos acreditados respecto de las condiciones laborales y de vida que padecieron los indicados paraguayos en el país, si bien pueden equivaler a abusos y prácticas reprochables e ilegales por parte de su empleador, no bastan para satisfacer los contenidos anteriormente aludidos, así como las directrices básicas que ellos entregan, que, como se dijo, apuntan a sancionar casos de extrema gravedad, repudiados a nivel internacional y que incluso permiten catalogarlos como crímenes de lesa humanidad*”<sup>29</sup>.

*En este último punto, cabe señalar que el Estatuto de Roma de 1998, que constituyó la Corte Penal Internacional, define su competencia para juzgar conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, tortura, violación y varios otros que define, así como cualquier acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población civil y con conocimiento de dicho ataque. A su vez, dentro de sus definiciones indicó que por “esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños. Es decir, si bien no menciona expresamente este delito, en su definición genérica queda comprendido, así como alude a él en su concepto de esclavitud”*<sup>30</sup>.

El TOP de Santa Cruz considera que la trata de personas del artículo 411 *quater* del Código Penal es un crimen de lesa humanidad, justificándolo en el artículo 7 del Estatuto de Roma que lo incluiría en su definición genérica, esta es: “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”<sup>31</sup>. Desde nuestra perspectiva, este numeral genérico del artículo 7°, no cumpliría en Chile, ni en ningún otro ordenamiento jurídico de tradición continental, con el principio de tipicidad ni de legalidad<sup>32</sup>.

Luego, mezclando el numeral genérico del artículo 7 del Estatuto de Roma con la definición de esclavitud del mismo Estatuto, entiende que cuando define esclavitud, alude a la trata de personas, siendo finalmente la concurrencia de ambos lo que daría como resultado que la trata del artículo 411 *quater* del Código Penal sea un crimen de lesa humanidad, y justificaría, a criterio del tribunal, una mayor exigencia al ente persecutor.

29 El destacado es nuestro. La cursiva es nuestra.

30 Sentencia TOP Santa Cruz, ob. cit., p. 194.

31 Artículo 7 letra k del Estatuto de Roma [en línea]. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2015].

32 Llama la atención que en la ley 20.357 ya analizada, no se incluyó esta figura, creemos justamente porque no cumpliría con estos principios del derecho penal, y en Chile, específicamente con el examen de constitucionalidad.

Otro argumento utilizado por el TOP fue la Historia de la Ley 20.507, que en su página 266, deja constancia lo que una de las principales impulsoras de la ley, la entonces diputada María Antonieta Saa, indicó: *“que la circunstancia de que se trate de un delito contra la persona y contra la humanidad lo distingue de un delito contra la propiedad y justifica la penalidad grave que se propuso”*<sup>33</sup>. Evidentemente, esta declaración de la parlamentaria, es sólo eso, no resultando adecuada su utilización como un argumento jurídico para sustentar que la trata de personas, tal cual ha sido tipificada en nuestro país, es un crimen de lesa humanidad.

El TOP considerando el Estatuto de Roma y la historia de la Ley 20.507 llegó a la siguiente conclusión: *“De la relación de estos textos, expresados a modo ilustrativo, queda claro el marco de la figura punible que estamos analizando y su extrema gravedad, pues no solo atenta contra cada una de las víctimas sino contra toda la humanidad, al igual que los otros crímenes catalogados como de lesa humanidad, de modo que la exigencia de gravedad de las conductas que pueden enmarcarse en este delito saltan a la vista. Esa máxima gravedad, además se ve reflejada en la alta penalidad prevista por la ley para estos delitos, que va de 5 años y un día a 15 años de reclusión por cada víctima adulta y de 10 años y un día a 15 tratándose de menores. Sin embargo, esa gravedad o intensidad en la violación de derechos humanos esenciales de los afectados, su libertad, su vida e integridad física y síquica, y otros, fue muy distinta de aquella acreditada en juicio”*<sup>34</sup>.

En síntesis, el TOP al calificar el delito de trata de personas del artículo 411 *quater* del Código Penal como un delito de lesa humanidad, con los argumentos ya expuestos, exigió un estándar mayor de gravedad y de ataque a diversos bienes jurídicos, que en la sentencia los denominó, en terminología de derechos humanos, “violaciones a los derechos humanos”<sup>35</sup>, desnaturalizando el sentido, alcance y bienes jurídicos protegidos por el delito de trata de personas del artículo 411 *quater* del Código Penal chileno.

Cabría preguntarse entonces, ¿cuál de los delitos tipificados por el Estatuto de Roma y por la Ley 20.357 podría asimilarse a la trata de personas conocida en este caso?, o ¿a cuál de éstos el TOP de Santa Cruz al conocer y fallar la causa “Paraguayos” asimiló los hechos, exigiéndoles la gravedad de un crimen de lesa humanidad, y teniendo como argumento de absolución el que ese estándar no había sido logrado?

Si la asimilación fue a la esclavitud, ésta ha sido definida por la Corte Penal Internacional como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad

33 Historia de la Ley 20.507, ob. cit., p. 266.

34 Sentencia citada, p. 195.

35 En el entendido que las violaciones a los derechos humanos son aquellas cometidas por el Estado directa o indirectamente, ya sea por su acción u omisión y que afectan a los derechos humanos establecidos en las declaraciones y tratados internacionales.



sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”, este concepto sigue a las convenciones de 1926 y 1956 sobre esclavitud<sup>36</sup>. En la discusión acerca del concepto de esclavitud, se quiso incorporar el trabajo forzoso como una forma de esclavitud, pero no se realizó debido a que esta es materia de la Organización Internacional del Trabajo, quien a su vez lo ha definido así en el Convenio número 29 de 1930: “El trabajo forzoso u obligatorio es todo trabajo o servicio que es exigido a cualquier persona bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”<sup>37</sup>. El trabajo puede ser exigido por autoridades del Estado, por empresas privadas o individuos.

La diferencia fundamental entre la esclavitud y el trabajo forzoso radica en que en la esclavitud la persona es cosificada, se ejercen los atributos del derecho de propiedad sobre ella, en cambio en el trabajo forzoso se está un escalafón más abajo en cuanto a anulación del ser humano, en el entendido que no es tratado como cosa, sino que es obligado a trabajar bajo la amenaza de una pena (reconociendo su calidad de persona, ya que trabaja porque entiende que está amenazado con una pena) y no es dispuesto a trabajar como una máquina o cualquier otra cosa propiedad del autor.

La esclavitud incluida en el Estatuto de Roma como crimen de lesa humanidad es aquella que: comete un Estado o grupo organizado de personas, que en forma generalizada o sistemática ejercitan los atributos del derecho de propiedad (usar, gozar y disponer) sobre otros seres humanos, con la intención y conocimiento de dicho ataque.

De regreso a la ley chilena que tipifica los crímenes de lesa humanidad, nos encontramos con el artículo 5° número 6, en el cual se indica: “Será castigado con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1°...número 6° Redujere a otro a la condición de esclavo, o interviniere en la trata o tráfico de esclavos”. En Chile se considera un crimen de lesa humanidad el que el Estado o un grupo organizado con poder para controlar un territorio o lograr la impunidad de sus actos redujere a parte de una población civil a la condición de esclavos, esto es, ejerciendo sobre ellos los atributos del derecho de propiedad, o que dicho Estado o grupo intervenga en la trata o tráfico de esclavos, todo de forma generalizada y sistemática.

---

36 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 95.

37 Artículo 2 número 1 Convenio número 29 de 1930 Organización Internacional del Trabajo [en línea]. Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312174](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312174) [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2015].



Resulta curioso que esta ley, anterior a la Ley 20.507 que introdujo el tipo penal de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes se aproximara a ellos, pero estableciendo que se podría entender también como crimen de lesa humanidad la intervención en actos de trata o tráfico de esclavos y no de personas<sup>38</sup>. Esta situación provoca la incongruencia entre la norma citada y el artículo 411 *quater* del Código Penal, ya que se tipifica como crimen de lesa humanidad, el tráfico (circulación de carácter comercial) de esclavos y la trata de esclavos, concepto normativo no descrito en el año 2009 en nuestra legislación, la cual hasta ese momento lo más cercano que poseía era el artículo 367 bis inciso primero que se asemeja más a la descripción típica actual del tráfico ilícito de migrantes<sup>39</sup>.

Por los argumentos expuestos, claramente el tipo penal de trata de personas del Código Penal chileno no es asimilable al crimen de lesa humanidad de esclavitud del Estatuto de Roma, así como tampoco al de la Ley 20.357.

El TOP de Santa Cruz indicó explícitamente<sup>40</sup> que la trata se asemejaba a la norma genérica del Estatuto de Roma, que se refiere a “otros actos inhumanos”. Esta se estableció con el objeto de no dejar vacíos en las conductas penales, agregando la punición de “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”<sup>41</sup>.

Esta disposición deja abierta la puerta a otras conductas no tipificadas, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, sin describir específicamente a qué conductas se refiere, lo que atenta en contra del principio de tipicidad, recogido incluso a nivel constitucional en nuestro país. Y a estas conductas asimiló el TOP de Santa Cruz la trata de personas que conocieron en el juicio “Paraguayos”.

Entendiendo que el TOP asimiló la trata de personas del Código Penal chileno a esta norma genérica del artículo 7° del Estatuto de Roma y con ello le dio la calidad de crimen de lesa humanidad, faltaría un elemento fundamental de estos crímenes, cual es el elemento de contexto o requisitos comunes a los crímenes de lesa humanidad. Como se dijo anteriormente, tendrían que ser ejecutadas por un Estado o grupo organizado de similar poder, el que de forma generalizada o sistemática realizara acciones que causaren gran-

38 Más acerca de este punto en CÁRDENAS, ob. cit., p. 27.

39 Artículo 367 bis del Código Penal: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que estas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales”. Artículo derogado por la Ley N°20.507.

40 Ver nota 30.

41 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 97.

des sufrimientos o atentaren gravemente en contra de la salud o la integridad física o psíquica. Lo que claramente no exige el artículo 411 *quater* del Código Penal.

### 3. La trata de personas como delito transnacional

El Derecho Penal Internacional distingue entre meros crímenes basados en tratados y crímenes internacionales, supranacionales o nucleares<sup>42</sup>. Los delitos o crímenes transnacionales pertenecen al primer grupo, esto es, a aquellos que existen basados en tratados que comprometen a los países a tipificarlos en sus legislaciones internas, perseguirlos y castigarlos, y si no es posible esto, extraditar a los posibles responsables.

Tratados contra la falsificación de monedas, el narcotráfico, la tortura, el lavado de dinero, entre otros, han ido dando forma a lo que llamamos criminalidad transnacional, respecto de la cual los Estados, mediante tratados, se obligan a tipificar y perseguir estas conductas en sus ordenamientos jurídicos. El fundamento de todos ellos es, finalmente, que la persecución penal en estos ámbitos sea eficiente y coordinada, ya que si en un país no se persigue, por ejemplo, el narcotráfico se hace bastante fácil para los narcotraficantes operar desde ahí, convirtiendo los esfuerzos de los países vecinos en infructuosos.

Estos crímenes, basados en tratados que obligan a los Estados a perseguirlos, son esencialmente crímenes transnacionales, las convenciones que les dan origen son llamadas “convenciones para la represión”, ejemplos de ellas son la Convención contra la Tortura de la ONU<sup>43</sup>, la Convención única contra los estupefacientes<sup>44</sup>, o la Convención de Palermo y sus Protocolos<sup>45</sup>.

La importancia de diferenciar entre los crímenes transnacionales y los crímenes internacionales propiamente tales es que los crímenes basados en trata-

42 KRESS, Claus. International Criminal Law, en Max Planck Encyclopedia of Public International Law, págs. 2 y 3 [en línea]. Disponible en: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/Materialien/Chef/HP882010/ICL.pdf> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

43 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, AG Res. 39/46 del 10 de diciembre de 1984, 1465 UNTS 85 [en línea]. Disponible en: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/10/Convencion-contra-la-tortura-y-otros-tratos-penal-es-cruelles-inhumanos-o-degradantes.pdf> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

44 Convención Única sobre Estupefacientes, del 30 de marzo de 1961, 250 UNTS 151 [en línea]. Disponible en: [https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention\\_1961\\_es.pdf](https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf) [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

45 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, Palermo año 2000 [en línea]. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-s.pdf> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

dos sólo pueden ser hechos cumplir por los Estados a nivel nacional. En lo concreto, las “convenciones para la represión” disponen por ejemplo que la tortura<sup>46</sup>, el tráfico ilícito de drogas y la trata de personas sean tipificados de acuerdo a ellas y reprimidos en los Estados que suscribieron dichas Convenciones<sup>47</sup>. Los crímenes propiamente internacionales son tipificados desde la Convención que los instala y pueden ser perseguidos por tribunales internacionales, es el caso de los crímenes del Estatuto de Roma por la Corte Penal Internacional.

La Convención de Palermo y sus Protocolos, tratado que fue la base indiscutible de la tipificación en Chile del delito de trata de personas y del tráfico ilícito de migrantes<sup>48</sup>, fue ratificada por Chile el 29 de noviembre de 2004, desde ese día hasta el 8 de abril del 2011, Chile estuvo en mora de tipificar en su legislación interna la trata de personas tanto para explotación sexual, como para trabajos forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas, como el tráfico ilícito de migrantes, tal cual se había comprometido.

Desde el 8 de abril de 2011, dadas las modificaciones que introdujo la Ley 20.507 al Código Penal, contamos en nuestro ordenamiento jurídico con el tipo penal de trata de personas con la finalidad de trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta<sup>49</sup>. Con esto Chile cumple su compromiso, tipifica el delito de trata de personas, entre otras obligaciones que asumió en la citada Convención, e inicia el camino de cumplimiento de represión de conductas que puedan subsumirse en el artículo 411 *quater*.

Sistematizando, el delito de trata de personas, al tener el carácter de transnacional, es de aquellos que pueden y deben ser perseguidos por los Estados a nivel nacional (una vez cumplida su obligación de tipificarlos), y esta represión debe realizarse de acuerdo a los tipos penales creados en las legislaciones internas. En este sentido, el Estado de Chile debe perseguir y sancionar la trata de personas tal cual ha sido tipificada en el artículo 411 *quater*, no siendo posible realizar analogías en el derecho penal, ni menos a figuras correspondientes al Derecho Penal Internacional que no dicen relación con el tipo penal que en este caso en concreto se estaba llamando a aplicar.

46 La tortura ha ido mutando su calidad de crimen transnacional a crimen internacional propiamente tal, más acerca de este tema en: AMBOS, Kai. “Creatividad judicial en el tribunal especial para el Líbano: Es el terrorismo un crimen internacional”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 7, enero de 2012, [págs. 143-173], p. 164.

47 AMBOS, “Creatividad...”, ob. cit., p. 161.

48 GAJARDO, Tania y FIGUEROA, Angélica. “Los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas en la Ley 20.507”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°47, Junio 2011, [págs. 231- 251], p. 1.

49 Ley 20.507 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1024319> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

En esta misión juegan un rol relevante las “convenciones para la represión”, en el caso que nos convoca, la Convención de Palermo y sus Protocolos, que a su vez forma parte del ordenamiento jurídico chileno, desde el 19 de agosto de 2004<sup>50</sup>, fecha en que fue aprobada por el Congreso Nacional.

Llama la atención, cómo en el caso “Paraguayos”, el TOP de Santa Cruz no repara en la calidad de crimen transnacional del delito de trata de personas, sino que lo califica como crimen de lesa humanidad, alterando su naturaleza y en consecuencia, solicitando requisitos que el tipo penal del artículo 411 *quater* no exige, así como tampoco la Convención de Palermo y sus Protocolos.

### **Conclusiones: La trata de personas del artículo 411 quater del Código Penal no es un crimen de lesa humanidad**

¿Cuál es la importancia que un delito sea calificado<sup>51</sup> como crimen de lesa humanidad? ¿Altera el razonamiento esperable de la judicatura el calificar a un delito como de crimen de lesa humanidad o como crimen transnacional? ¿Habría cambiado el razonamiento del TOP de Santa Cruz si no hubiese “elevado” el delito de trata de personas a crimen de lesa humanidad?

Los crímenes de lesa humanidad, forman parte de los crímenes internacionales, los que se caracterizan por ser tipificados directamente por el Derecho Penal Internacional, y pueden ser conocidos y juzgados por tribunales nacionales o internacionales, independiente de si la conducta es o no delito en ese ordenamiento jurídico. Esta sería una de sus más importantes consecuencias. En cuanto al conocimiento de crímenes de lesa humanidad, por parte de tribunales chilenos, existe esa posibilidad desde la publicación de la Ley 20.357, ley que altera algunas normas penales de los delitos comunes, especialmente en cuanto a íter *criminis* y a la imprescriptibilidad de la acción y de la pena, lo que nos indica otras consecuencias que tendrían estos delitos según nuestra legislación.

Al decir de Ambos: “*Los crímenes internacionales crean responsabilidad penal individual verdadera (establecen obligaciones sobre individuos) al tiempo que fundan un derecho correlativo a hacer cumplir esas obligaciones por instituciones supranacionales (como la Corte Penal Internacional) o por Estados, independientemente de su criminalización a nivel nacional y de los vínculos de jurisdicción tradicionales (reemplazando los criterios de territorialidad, nacionalidad, y el principio de proyección por la jurisdicción universal stricto sensu)*”<sup>52</sup>.

50 GAJARDO y FIGUEROA, ob. cit., p. 1.

51 En el sentido natural de la represión, no en el sentido penal.

52 KAI, “Creatividad...”, ob. cit., p. 162.

En palabras de Bassiouni: “Estos crímenes internacionales son: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado, posesión y/o uso ilegítimo de armas, robo de materiales nucleares, mercenarismo, apartheid, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, tortura, experimentación humana ilegítima, piratería, secuestro de aeronave, actos ilegales contra la navegación marítima civil, actos ilegales contra personas protegidas internacionalmente, toma de rehenes civiles, uso ilegal del correo, terrorismo nuclear, financiamiento del terrorismo internacional, tráfico ilegal de drogas y sustancias peligrosas, destrucción y/o robo de tesoros nacionales y herencia cultural, actos ilegales contra el medio ambiente, tráfico internacional de materiales obscenos, falsificación de monedas, interferencia ilegal con cables submarinos y soborno de funcionarios públicos extranjeros”<sup>53</sup>.

La trata de personas del artículo 411 *quater* del Código Penal no es un crimen de lesa humanidad ni tampoco un crimen internacional. Una razón de texto, además de todas las ya indicadas, es que en Chile la legislación vigente que contempla los crímenes de lesa humanidad se encuentra fuera del Código Penal, en la Ley 20.357<sup>54</sup>.

Como se puede desprender de lo tratado en estas páginas, el razonamiento de los jueces nacionales podría variar dependiendo de si están frente a un crimen de lesa humanidad o de un crimen transnacional. Para empezar, ambos conceptualmente son distintos, frente a los primeros nuestros jueces además del Estatuto de Roma, deben tener a la vista la Ley 20.357, y en ese ejercicio analizar la presencia de los requisitos exigidos para los crímenes de lesa humanidad, que en cuanto a elementos de contexto o requisitos comunes son nacional e internacionalmente básicamente los mismos. Los crímenes transnacionales, por su parte, son conceptualmente lo que el derecho interno indique, esto debido a que, si bien tienen relevancia internacional, las convenciones que se refieren a ellos sólo obligan a tipificar, pero no dotan de contenido a la norma jurídica. Obviamente las convenciones sirven como guías interpretativas, siendo bastante útiles, sobre todo cuando se trata de tipos penales que recién están siendo introducidos en un ordenamiento jurídico, como es el caso de la trata de personas en Chile.

A la pregunta acerca de si el razonamiento del TOP de Santa Cruz podría haber sido distinto de no haber “elevado” la calidad del delito de trata de personas a la de crimen de lesa humanidad, como consecuencia de todo lo dicho, la respuesta debiera ser positiva. El TOP por las razones ya expuestas, relacio-

53 BASSIOUNI, Cherif. “Jurisdicción Universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea”. En: *Virginia Journal of International Law Association*, Otoño 2001, 42 Va. J. Int’l. L. 81 [en línea]. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf> [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

54 CÁRDENAS, ob. cit., p. 2.

nadas con la historia de la Ley 20.507 y con el Estatuto de Roma, al entender que estaba frente a un crimen de lesa humanidad exigió “...esa gravedad o intensidad en la violación de los derechos humanos esenciales de los afectados, su libertad, su vida e integridad física y síquica, y otros, fue muy distinta a aquella acreditada en juicio”<sup>55</sup>.

Lo que correspondía era analizar si los hechos acreditados en juicio eran o no subsumibles en el tipo penal del artículo 411 *quater*, norma jurídica que nace del compromiso de Chile de tipificarla en la Convención de Palermo, su fuente de inspiración, sin necesidad de hacer analogías con crímenes internacionales o de lesa humanidad, que pertenecen a otro tipo de crímenes y requieren de elementos distintos para su configuración<sup>56</sup>.

Concluyendo, la trata de personas del artículo 411 *quater* del Código Penal chileno no es un delito de lesa humanidad, y el hecho de que el TOP de Santa Cruz en conocimiento del primer juicio oral por trata de personas para fines de trabajos forzados, esclavitud o prácticas análogas haya “elevado” su calidad a esa categoría, terminó siendo desfavorable para el principal objetivo del Derecho Penal Internacional, cual es que los hechos delictuales que entran en su órbita de atención no queden en la impunidad.

Nos fija al mismo tiempo el desafío de una mayor rigurosidad en el uso de los términos jurídicos del derecho internacional, para no terminar en la ironía de que normas creadas para asegurar la persecución de ciertos delitos<sup>57</sup>, sean finalmente las que frenen el castigo de los mismos.

### **Excurso: elemento comisivo “aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad” en la trata de personas según la sentencia del Caso “Paraguayos”**

En el considerando decimocuarto número 2 de la sentencia del Caso “Paraguayos”, se establece que efectivamente los medios comisivos de engaño y aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, fueron probados en juicio.

Se quiere destacar como un punto positivo de la sentencia que, para analizar la presencia del medio comisivo “aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad”, el TOP acertadamente utilizó como guía la “Nota orientativa

55 Sentencia citada, página 193.

56 Es llamativo que la ley chilena que tipifica crímenes de lesa humanidad sea más exigente en cuanto a la esclavitud (si se hubiese asimilado a ella la trata por el TOP) que el Estatuto de Roma, ya que exige satisfacer propósitos lucrativos, sexuales, laborales u otros, por lo que el argumento del TOP acerca de la mayor exigencia por tratarse de crímenes de lesa humanidad establecidos en el Estatuto de Roma no es correcta. Más sobre este tema en: CÁRDENAS, ob. cit., p. 9.

57 Ya sea por la jurisdicción universal en los crímenes internacionales o por las jurisdicciones nacionales en los crímenes transnacionales.

sobre el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad”, documento emanado de la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito<sup>58</sup>, que llama a evaluar caso a caso esta situación, considerando para ello la situación económica de la víctima, su edad, discapacidad física o síquica, cultura, idioma, situación familiar, entre otras.

En este caso en particular, se evaluó la situación de pobreza en la que vivían las víctimas, su bajo nivel educacional, el que la mayoría sólo dominaba el idioma guaraní, la ignorancia de sus derechos y su falta de arraigo y redes una vez en Chile, condiciones que llevaron a los jueces al convencimiento más allá de toda duda razonable que se trataba de personas sobre las que se había utilizado dicho medio comisivo.

Se destaca positivamente y se hace un llamado a que el análisis en lo posible siempre siga esta orientación, dado que es imposible analizar en abstracto, sin mirar caso a caso las condiciones personales de cada víctima, la posibilidad de uso de este medio comisivo por parte de los autores de trata de personas.

---

58 Nota orientativa sobre el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad, Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito [en línea]. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC\\_2012\\_Guidance\\_Note\\_-\\_Abuse\\_of\\_a\\_Position\\_of\\_Vulnerability\\_S-1.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf) [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2015].

## EL DELITO DE ENTREGA DE INFORMACIÓN FALSA AL MERCADO COMO DELITO BASE O PRECEDENTE DE LAVADO DE DINERO

*Angélica Torres Figueroa<sup>1</sup>*

En Chile, de acuerdo a la legislación vigente, el delito de entrega de información falsa al mercado es uno de los “delitos base” o “precedente” de lavado de dinero. Eso significa que el ocultamiento o disimulación del origen ilícito de los bienes que provengan del delito de entrega de información falsa al mercado –a sabiendas de dicho origen ilícito o con negligencia inexcusable–, o los bienes en sí mismos, o la adquisición, posesión, uso o tenencia de esos bienes, con ánimo de lucro, a sabiendas de dicho origen o con negligencia inexcusable, puede ser constitutivo del delito de lavado de dinero. Ello ha dado pie para que algunos sectores cuestionen si en la práctica podría darse un caso de estas características, argumentando que el delito de entrega de información falsa al mercado no produce bienes. En las páginas que siguen enunciaré algunos aspectos generales para entender la problemática, luego me centraré en las características del delito de entrega de información falsa al mercado –sin pretender realizar un análisis exhaustivo de las características del tipo penal, sino más bien realizando una descripción funcional a los objetivos de este artículo– y luego en el objeto material del delito de lavado de dinero, para posteriormente hacer una revisión de algunas consideraciones sobre la entrega de información falsa al mercado y su aptitud para generar bienes susceptibles de lavado de dinero posterior, desde una perspectiva teórica, para finalmente intentar demostrar que en la práctica es perfectamente posible configurar este tipo penal, con bienes provenientes de la figura contemplada en la Ley de Mercado de Valores<sup>2</sup>.

### 1. Aspectos generales

La Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, tipifica y sanciona en su artículo 27 el delito de lavado de dinero, castigando en la letra a) a aquel que de cualquier forma oculte o disimule el origen de bienes procedentes de determinados delitos, u oculte o disimule los bienes en sí mis-

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 El presente artículo busca analizar los casos en que el delito de entrega de información falsa sea el que origine los bienes, y no aquellos casos –que igualmente pueden producirse en la práctica– en que se produce un concurso medial entre este tipo penal y otros como la estafa o el uso indebido de valores en custodia, que también pueden generar bienes susceptibles de un lavado posterior.



mos, a sabiendas de su origen; en tanto en la letra b) sanciona la conducta de adquirir, poseer, usar o tener los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito. De acuerdo a lo establecido en el referido artículo, son “delitos base” o “precedente” de lavado de dinero, es decir, son conductas que pueden originar bienes susceptibles de un lavado de dinero posterior, aquellos que el propio artículo 27 menciona, entre ellos los delitos contemplados en el título XI de la Ley N°18.045 sobre mercado de valores<sup>3</sup>, entre los que se encuentra el artículo 59 letras a) y f), que

3 Las conductas sancionadas en el Título XI de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores, y que constituyen delitos base de lavado de dinero, son las siguientes:

Artículo 59 a): Proporcionar maliciosamente antecedentes falsos o certificar maliciosamente hechos falsos a la Superintendencia, a una bolsa de valores o al público en general, para efectos de lo dispuesto en la Ley de Valores.

Artículo 59 b): Dar certificaciones falsas, por el administrador o apoderado de bolsa de valores sobre las operaciones que se realicen en ella.

Artículo 59 c): Dar certificaciones falsas, por corredores de bolsa o agentes de valores, sobre las operaciones en que hubieren intervenido.

Artículo 59 d): Dictaminar falsamente los contadores y auditores, sobre la situación financiera de una persona sujeta a obligación de registro de conformidad a esta ley.

Artículo 59 e): Infringir la prohibición del artículo 52, es decir, efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios, fuera de los casos o no cumpliendo las reglas generales que imparta la Superintendencia.

Infringir la prohibición del artículo 53, es decir, efectuar cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, sea en el mercado de valores o en forma privada; o bien, efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos o no por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

Infringir la prohibición del artículo 85, es decir, valerse de información reservada de las sociedades calificadas a las que se ha tenido acceso, para obtener, para sí o para un tercero, ventajas económicas de cualquier tipo.

Infringir la prohibición del artículo 162 letras a), d), e) y h). La referencia es errada, toda vez que el artículo 162, situado en el párrafo XX sobre la responsabilidad de las sociedades administradoras de fondos fiscalizados por la Superintendencia, fue derogado por la Ley N°20.712, de 7 de enero de 2014, que regula la administración de fondos de terceros y carteras individuales.

Artículo 59 f): Efectuar los directores, administradores y gerentes de un emisor de valores de oferta pública, declaraciones maliciosamente falsas, en la respectiva escritura de emisión de valores de oferta pública, en el prospecto de inscripción, en los antecedentes acompañados a la solicitud de inscripción, en las informaciones que deban proporcionar a las Superintendencias de Valores y Seguros o de Bancos e Instituciones Financieras en su caso, a los tenedores de valores de oferta pública o en las noticias o propaganda divulgadas por ellos al mercado.

Artículo 59 g): Concertarse con otra persona los socios, administradores y cualquier persona que en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadores, para otorgar una clasificación que no corresponda al riesgo de los títulos que clasifique.

Artículo 60 a): Hacer oferta pública de valores sin cumplir con los requisitos de inscripción en el Registro de Valores o lo hiciera respecto de valores cuya inscripción hubiere sido suspendida o cancelada.

Artículo 60 b): Actuar directamente o en forma encubierta como corredores de bolsa, agentes de valores o clasificadores de riesgo, sin estar inscritos en los registros o cuya inscripción hubiere sido suspendida o cancelada.

tipifica y sanciona el delito de entrega de información falsa al mercado<sup>4</sup>, el que será analizado a continuación, para luego analizar si en la práctica puede ser considerado o no un delito base o precedente de lavado de dinero.

## 2. Características del delito de entrega de información falsa al mercado

Como se ha señalado, el artículo 59 de la Ley N°18.045, en las letras a) y f) tipifica el delito de entrega de información falsa al mercado.

A continuación, se revisan someramente algunas de las principales características de ambas figuras.

---

Artículo 60 c): Utilizar, sin estar legalmente autorizado las expresiones a que se refieren los artículos 37 y 71, es decir “Corredores de Bolsa”, “Agentes de Valores” u otras semejantes que impliquen la facultad de intermediar en valores, así como la de “Entidad Clasificadora de Riesgo”.

Artículo 60 d): Revelar a terceros, los socios, administradores o en general cualquier persona que en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadoras, el contenido de la información reservada de los emisores clasificados.

Artículo 60 e): Efectuar transacciones u operaciones de valores o negociaciones privadas, los que tienen acceso a información privilegiada (de conformidad al artículo 166), para sí o para terceros, directa o indirectamente, usando deliberadamente información privilegiada.

Artículo 60 f): Defraudar a otros adquiriendo acciones de una sociedad anónima abierta, sin efectuar una oferta pública de adquisición de acciones, en los casos que ordena la ley.

Artículo 60 g): Valerse de información privilegiada para ejecutar un acto, por sí o por intermedio de otras personas, con el objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, mediante cualquier tipo de operaciones o transacciones con valores de oferta pública.

Artículo 60 h): Revelar información privilegiada, con el objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública.

Artículo 60 i): Utilizar indebidamente en beneficio propio o de terceros, valores entregados en custodia por el titular o el producto de los mismos.

Artículo 60 j): Deliberadamente eliminar, alterar, modificar, ocultar o destruir registros, documentos, soportes tecnológicos o antecedentes de cualquier naturaleza, impidiendo o dificultando con ello la fiscalización de la Superintendencia.

Artículo 61: Difundir noticias falsas o tendenciosas con el objeto de inducir a error en el mercado de valores.

Artículo 63: Acordar, decidir o permitir la emisión o la oferta pública de valores, los administradores, sabiendo o debiendo saber que sus administradas se encuentran en estado de insolvencia.

Esta taxonomía se ha realizado en base a la propuesta elaborada por PRAMBS JULIÁN, Claudio. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado*. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005, págs. 244-246, con algunas modificaciones y actualizaciones.

- 4 El artículo 59, como se ha señalado, contempla diversas conductas, algunas de ellas denominadas de “fraude” y otras de “falsedad”. Dentro de estas últimas se sitúan las letras a) y f), las que se identifican con el delito de entrega de información falsa al mercado.

## a. Artículo 59 letra a)

### i) Tipo objetivo

#### - SUJETO ACTIVO

El tipo penal hace referencia a “los que” proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos. La referencia es a sujetos específicos, los entes sometidos a fiscalización y afectos en sus operaciones a las normas previstas en la ley<sup>5</sup>, tales como, bolsas de valores, corredores de bolsa, agentes de valores, sociedades anónimas abiertas, emisores de instrumentos de oferta pública<sup>6</sup>. Es decir, los obligados a entregar información.

#### - SUJETO PASIVO

Los sujetos pasivos pueden ser la Superintendencia, las Bolsas de Valores y Seguros, las bolsas de valores o el público en general, componentes de la demanda del Mercado de Valores<sup>7</sup>.

#### - CONDUCTA TÍPICA

Proporcionar antecedentes falsos

De acuerdo con la RAE, proporcionar implica “poner a disposición de alguien lo que necesita o le conviene”. En el contexto de la Ley de Mercado de Valores, lo que se proporciona o entrega son antecedentes, información, en respuesta a una obligación legal, reglamentaria o administrativa<sup>8</sup>. Para determinar cuál es el tipo de información que debe entregarse, por tanto, es necesario recurrir a la propia ley, o normas de carácter administrativo. Por lo tanto, de una primera aproximación al tipo penal se podría desprender que se trata de una ley penal en blanco, toda vez que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido de otra norma extrapenal a la que se remite, que puede ser otra ley, reglamento o acto administrativo, de modo que este complemento pasa a integrarla y a conformar un todo con

5 CHONG CAMPUSANO, Ximena. *Delitos de la ley de mercado de valores. Protección penal a un mercado regulado*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, p. 75. He considerado las modificaciones introducidas a la legislación, con posterioridad a la fecha de esta memoria.

6 CHILE, Ley N°18.045, Ley de Mercado de Valores. Diario Oficial 22 de octubre de 1981, artículo 1°.

7 CHONG, ob. cit., p. 74.

8 Ibid.

ella<sup>9</sup>. En el caso concreto, muchas hipótesis se asemejan a leyes penales en blanco impropias<sup>10</sup>, ya que una gran cantidad de deberes de información se encuentra dentro de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas y de la propia Ley N°18.045. Ahora bien, si se entiende que estamos en presencia de leyes penales en blanco –propias o impropias–, me parece relevante sostener que en caso alguno éstas generarían problemas de constitucionalidad, toda vez que el núcleo de la conducta y su sanción están claramente establecidos en el artículo 59<sup>11</sup>.

El tipo de información que se entrega, por tanto, deriva de las exigencias establecidas en la propia Ley N°18.045, o en normas de carácter administrativo, como por ejemplo las normas de carácter general impartidas por la Superintendencia de Valores<sup>12</sup>.

A modo de ejemplo, dentro de las exigencias establecidas en la propia Ley N°18.045, se encuentran los artículos 9 y 10, los que están situados en los Títulos II y III de la misma ley, denominados “del registro de valores y de la información” y “de la información continua y reservada”, respectivamente.

El artículo 9° señala que “la inscripción en el Registro de Valores obliga al emisor a divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial respecto a sí mismo, de los valores ofrecidos y de la oferta”. Luego añade que se entiende por información esencial “aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión”<sup>13</sup>.

9 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General*. Segunda edición actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2014, Tomo I, p. 92.

10 Una ley penal en blanco impropia es aquella cuyo complemento está en otra ley, sea o no penal, que puede ser de su mismo rango o de un rango superior. GARRIDO, *Ibid.*

11 No puedo descartar a priori la posibilidad de que en este caso la “información falsa” constituya un elemento normativo del tipo, es decir, un elemento que requiere una valoración jurídica, que integra el tipo objetivo, tal como la ajenidad de la cosa (art. 432), la calidad de público de un instrumento (arts. 193 y ss.), etc. Sin embargo, dicho análisis excede el campo de este artículo, por lo que no profundizaré en este punto.

12 La cantidad de normativa que regula el tipo de información que debe entregarse es bastante amplia, lo que se deriva del gran número de fiscalizados y sus particularidades, por una parte, y del tipo de información específica que cada uno de ellos debe presentar. Es por ello que sólo se hace referencia a ejemplos de información que debe entregarse en virtud de la Ley 18.045 o algunas normas de carácter administrativo, y no a toda la normativa.

13 Puedo citar a modo de ejemplo los siguientes: remate de acciones, reparto de utilidades, cambios en la administración, transacciones con personas relacionadas o con interés, junta extraordinaria de accionistas, etc. Fuente: <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-channel.html> [fecha de consulta: 19 de octubre de 2015].

El artículo 10, por su parte, establece que las entidades inscritas en el Registro de Valores quedan obligadas a “proporcionar la información que establece la ley a la Superintendencia y al público en general, con la periodicidad, publicidad y en la forma que la Superintendencia determine por norma de carácter general”.

Otro ejemplo lo constituye el artículo 8 de la Ley N°18.045, que regula el tipo de información que deben entregar los emisores de valores de oferta pública a la Superintendencia de Valores y Seguros para proceder a la inscripción en el registro de valores –de conformidad a lo establecido en el artículo 5° de la misma ley– señalando que los emisores deben entregar información sobre su situación jurídica, económica y financiera.

En tanto, un ejemplo de norma administrativa referida a esta materia, que viene a complementar las exigencias de la Ley 18.045 –y que se vincula especialmente con el artículo 8° citado con anterioridad–, es la Norma de Carácter General N°30, de 10 de noviembre de 1989, que establece normas de inscripción de emisores y valores de oferta pública en el registro de valores. Así por ejemplo, respecto a la información económica y financiera que debe presentarse a la Superintendencia para la inscripción en el Registro de Valores, la norma establece que “se deberá presentar los estados financieros consolidados de la entidad que se inscribe, o individuales en caso que no consolide, para el último ejercicio anual, en forma comparativa con respecto al año anterior”<sup>14</sup>.

Otro ejemplo lo constituye la Norma de Carácter General N°18, de 1 de julio de 1986, que establece normas sobre condiciones de patrimonio, liquidez y solvencia para intermediarios de valores. Esta norma, en virtud de las facultades que confieren los artículos 26<sup>15</sup>

14 CHILE, Norma de carácter General N°30 de la Superintendencia de Valores y Seguros, de 10 de noviembre de 1989, apartado 3.1 B.1.

15 El artículo 26 de la Ley N°18.045 establece:

Para ser inscritos en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores los interesados deberán acreditar, a satisfacción de la Superintendencia, lo siguiente:

a) ser mayor de edad;

b) haber aprobado el cuarto año medio o estudios equivalentes y acreditar los conocimientos suficientes de la intermediación de valores. En caso de agentes de valores, dicha acreditación se efectuará en la forma y periodicidad que establezca la Superintendencia mediante norma de carácter general. En caso de corredores de bolsa, la acreditación se efectuará ante la bolsa respectiva, cumpliendo con las exigencias que establezca la Superintendencia mediante norma de carácter general.

Dichas normas deberán considerar la experiencia en la intermediación de valores como un antecedente relevante al momento de evaluar la suficiencia de los conocimientos a que se refiere esta letra;

y 29<sup>16</sup> de la Ley N°18.045, establece la forma de determinar condiciones de patrimonio, liquidez y solvencia que presentan los intermediarios de valores, siendo esta la información que debe ser presentada a efectos de poder ejercer sus operaciones.

En cuanto a la falsedad, ésta puede ser material o ideológica, y puede configurarse con el solo hecho de omitir determinadas noticias exigidas<sup>17</sup>. Consiste en su incongruencia con la verdad.

La expresión “para los efectos de lo dispuesto en esta ley” implica el necesario cumplimiento de las obligaciones establecidas, las que tienen por objeto velar por un mercado sano, competitivo, con igualdad de trato para los inversores. En ese sentido, la historia de la ley señala que los objetivos globales del proyecto se sintetizaban en dos ideas básicas: por una parte, desarrollar los mercados de valores para permitir a las empresas obtener financiamiento a largo plazo, y de este modo impulsar el desarrollo económico del país; y por otra parte, promover el desarrollo del mercado de valores para lograr una mayor competencia dentro de nuestro mercado financiero y también con el fin de proveer al público de instrumentos adecuados para canalizar sus ahorros. Se señaló además que “para lograr estos objetivos debe necesariamente aumen-

---

c) poseer una oficina instalada para desarrollar las actividades de intermediario de valores;

d) mantener permanentemente un patrimonio mínimo de 6.000 unidades de fomento para desempeñar la función de corredor de bolsa o agente de valores. No obstante lo anterior, para efectuar las operaciones indicadas en el inciso segundo del artículo 24 de la presente ley se deberá mantener un patrimonio mínimo de 14.000 unidades de fomento;

e) constituir las garantías en la forma y por los montos que se establecen en la presente ley;

f) no haber sido cancelada su inscripción en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores;

g) No haber sido condenado ni encontrarse bajo acusación formulada en su contra por delitos establecidos por la presente ley, que atenten en contra del patrimonio o de la fe pública, o que tengan asignados una pena aflictiva;

h) no tener la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, e

i) cualquier otro requisito que la Superintendencia determine por medio de normas de carácter general.

La Superintendencia, por medio de normas de carácter general, establecerá los medios y la forma en que los interesados deberán acreditar las circunstancias enumeradas en el presente artículo y los antecedentes que con tal fin deberán acompañar a sus solicitudes de inscripción.

16 El artículo 29 de la Ley N°18.045 establece:

Los corredores de bolsa y agentes de valores, deberán cumplir y mantener los márgenes de endeudamiento, de colocaciones y otras condiciones de liquidez y solvencia patrimonial que la Superintendencia establezca mediante normas de aplicación general que dictará especialmente en relación a la naturaleza de las operaciones, su cuantía, el tipo de instrumentos que se negocien y la clase de intermediarios a que deben aplicarse.

17 CHONG, loc. cit.

tar la confianza del público en los mercados de capitales. La existencia de mercados eficientes, atractivos y confiables asegurará que el ahorro nacional y extranjero se canalice hacia aquellas inversiones que demuestren ser más relevantes. Esta forma de asignación de los recursos ha probado ser la más eficiente y es la única que asegura, en el largo plazo, el cumplimiento de las metas globales de la política económica”<sup>18</sup>.

### Certificar hechos falsos

Certificar implica dar fe, asegurar, afirmar, dar por cierto algo, hacer constar una realidad de hecho por quien tenga fe pública o atribución para ello.

En cuanto a la falsedad, me remito a lo ya señalado.

#### - RESULTADO

Respecto al resultado, es prácticamente unánime la doctrina que ha entendido que este delito es de peligro abstracto, y que no exige la producción de resultado alguno susceptible de ser asociado a una lesión o puesta en peligro concreto respecto del bien jurídico en cuestión<sup>19</sup>.

#### ii) Tipo subjetivo

Si bien es cierto una parte de la doctrina ha entendido que la expresión “maliciosamente” utilizada por el legislador alude a la exigencia de dolo directo, es decir, que la intención del sujeto, coincida con el resultado de la acción realizada<sup>20</sup>, por lo tanto, el sujeto activo debería conocer que los antecedentes son falsos y además debería agregar voluntariedad a su comportamiento de proporcionar los antecedentes a la SVS, a una bolsa o al público en general, otra parte de la doctrina no comparte esta opinión, y estima más bien que cuando el legislador ha usado expresiones como “a sabiendas” u otras similares, sólo busca excluir la presunción de voluntariedad del artículo 1° del Código Penal, o bien, recalcar el carácter doloso de la conducta, pero en ningún caso pre-

18 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°18.045, p. 37 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29472&xcar=18.045> [fecha de consulta: 27 de octubre de 2015].

19 *Ibid.*, p. 8.

20 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Cuarta edición actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2014, Tomo II, p. 101. Señala el autor que se piensa que el legislador exige esta clase de dolo cuando emplea términos como “maliciosamente”, “a sabiendas”, “de propósito” o semejantes, aunque hay criterios discrepantes en este aspecto, pues se estima que conforme al pensamiento de la Comisión Redactora, el término “malicia” que en algunas disposiciones se emplea, se vincula con la antijuridicidad y no con el dolo. En este último sentido, MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 14.

tende excluir alguna forma de dolo<sup>21</sup>. Por ello, para Hernández, el dolo eventual sí sería admisible, a pesar de la expresión “maliciosamente”. Argumenta además que el dolo eventual tiene plena cabida en el derecho chileno, tanto en doctrina como en jurisprudencia. Esta última es la postura a la que se adhiere en este artículo.

## b. Artículo 59 letra f)

### i) Tipo objetivo

#### - SUJETO ACTIVO

Se trata de un delito especial propio, en que los autores serán directores, administradores y gerentes de un emisor de valores de oferta pública.

#### - SUJETO PASIVO

El ente fiscalizador (Superintendencia de Valores y Seguros o de Bancos e Instituciones Financieras), los tenedores o contraparte del respectivo contrato y el mercado en general.

#### - CONDUCTA TÍPICA

Efectuar declaraciones maliciosamente falsas.

Las declaraciones pueden efectuarse ya sea en la escritura de emisión que ha de ser pública, en el prospecto de inscripción y/o los documentos acompañados a la solicitud de inscripción ante la Superintendencia<sup>22</sup>.

Respecto a la falsedad, me remito a lo señalado anteriormente.

#### - RESULTADO

Me remito a lo señalado en el apartado anterior.

### ii) Tipo subjetivo

La expresión “maliciosamente” utilizada por el legislador alude a la exigencia de dolo directo, al igual que en el caso del artículo 59 letra a).

21 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *Informe en Derecho*. Informe solicitado por la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado de la Fiscalía Nacional, Ministerio Público Noviembre 2004, p. 6. Ministerio Público. *Informes en Derecho [monografías]*. 1ª ed., Santiago, Chile, Ministerio Público, 2005.

22 CHONG, ob. cit., p. 105.



### 3. Objeto material del delito de lavado de dinero: bienes de origen ilícito

El objeto material es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva<sup>23</sup>. En términos generales, puede ser una persona o una cosa. En concreto, en el delito de lavado de dinero, el objeto material es una cosa y corresponde a los bienes que provienen de los denominados “delitos base” o precedentes.

El artículo 27 de la Ley N°19.913 precisa lo que ha de entenderse por “bienes”, desde la perspectiva del delito de lavado de dinero. Señala el referido artículo que se entiende por bienes “*los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos*”.

El concepto de “bienes” que entrega el legislador en el artículo 27 es bastante amplio. En la historia de la ley queda de manifiesto que la intención era que el concepto de bienes fuese suficientemente amplio. De hecho, algunos parlamentarios consideraron que la enumeración realizada por el artículo 27 podría ser perjudicial, toda vez que al enumerar podría entenderse que se están excluyendo algunos supuestos. Para ellos estaba claro que cuando se habla de “bienes” estaban cubiertas todas las hipótesis del artículo 27<sup>24</sup>.

Por otra parte, la normativa internacional sobre el objeto material en el lavado de dinero, suele utilizar conceptos amplios a la hora de definir lo que debe entenderse por bienes.

Así por ejemplo, el artículo 1° de la Convención de Viena de 1998, otorga una definición de bienes, que busca hacer que el concepto sea lo más amplio posible para alcanzar dos objetivos: primero, abarcar toda ventaja económica proveniente de la actividad criminal para poder proceder a su comiso, porque de esta forma se frustra el fin criminológico del fenómeno delictual originario o delito previo, que es la obtención de riqueza. Segundo, comprender los bienes sustitutivos o el producto indirectamente derivado del delito<sup>25</sup>. En el mismo sentido, el Reglamento Modelo sobre Lavado de Activos de la CICAD/OEA, en su artículo 1° señala que por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles,

23 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal Parte General*. Segunda edición, Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, Tomo I, p. 523.

24 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°19.913, p. 211 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&buscar=19.913> [fecha de consulta: 7 de octubre de 2015].

25 PRAMBS, ob. cit., p. 214.

y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos<sup>26</sup>.

Esta pareciera ser también la intención del legislador chileno, no sólo por la amplitud en los términos utilizados para describir qué se entiende por bienes, sino porque además ha precisado en el artículo 27 que éstos pueden provenir “directa” o “indirectamente” de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos que después enumera.

La referencia a la procedencia “directa” e “indirecta” de los bienes desde el delito base, dice relación con la propia naturaleza del delito de lavado de dinero. En efecto, existe la posibilidad de que los bienes originados por el delito base no sufran modificación o transformación alguna, es decir, provengan “directamente” del delito base; pero también, y con una alta probabilidad, los bienes originados por el delito base pueden ser transformados o sustituidos por otros para encubrir su origen y dificultar su reconocimiento<sup>27</sup>. En ese caso, se estará en presencia de lo que se conoce como “bienes sustitutivos”, bienes que de acuerdo a la normativa internacional y al propio artículo 27, deben ser abarcados por el tipo penal, no importando las transformaciones o cambios sufridos, evitando la restricción exclusivamente a los “efectos del delito”<sup>28</sup>. En este sentido, Hernández señala que el lavado de dinero es aplicable a casos de posterior y sucesivo aprovechamiento y transformación de los objetos provenientes directamente del mismo<sup>29</sup>.

#### **4. Consideraciones sobre la entrega de información falsa al mercado y su aptitud para generar bienes susceptibles de lavado**

Como enuncié al comienzo del presente artículo, la expectativa del mismo es demostrar que el delito de entrega de información falsa es un delito que puede generar bienes de origen ilícito susceptibles de ser objeto material del delito de lavado de dinero. Eso supone desvirtuar la afirmación que señala que el delito de entrega de información falsa al mercado no genera bienes, sus-

26 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana para el control y el abuso de drogas. CICAD. *Manual de apoyo para la tipificación del delito de lavado*. Washington, p. 1 [en línea]. Disponible en: [http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/esp/Documentos/index.htm](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Documentos/index.htm).

27 PRAMBS, ob. cit., p. 318. Debo precisar que el autor señala que los objetos del delito “deben” ser transformados o sustituidos, opinión que no comparto del todo, ya que esta situación no es exigida por el tipo penal, sobre todo teniendo en consideración que el propio artículo 27 señala que el ocultamiento o disimulación de los bienes puede producirse “de cualquier forma” y no sólo mediante transformación o sustitución.

28 *Ibíd.*

29 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”. En: *Delincuencia Económica y Tecnologías de la Información*. Universidad Católica Andres Bello, Caracas, 2004, p. 79.

tentada en la idea de que el tipo penal no exige un resultado, que se traduzca en un beneficio económico para el sujeto activo; tampoco exige –en la vereda opuesta– perjuicio para la víctima; y ni siquiera ha incorporado un elemento subjetivo adicional al dolo, como el ánimo de lucro, que pudiera traducirse eventualmente –no necesariamente– en la generación de bienes.

A continuación, revisaré algunos argumentos para desvirtuar esta afirmación. Estos argumentos pueden resumirse de la siguiente forma:

- a. Historia de la ley. Incorporación expresa de los delitos de la Ley de Mercado de Valores como delito base.
- b. Sistema de catálogo. Incorporación de cierta categoría de delitos especialmente dañinos para la sociedad y generadores de grandes cantidades de bienes.
- c. Móvil del delito: ventaja patrimonial o económica.
- d. ¿Objeto material del delito de lavado de dinero como sinónimo de “efectos” del delito base?
- e. Otros delitos base que tampoco exigen producción de un beneficio económico como resultado. Especial referencia a delitos contemplados en la Ley N°20.000.
- f. Tipo de información que se entrega al mercado y potencial para generar bienes. Ejemplos.

#### a. Historia de la ley. Incorporación expresa de los delitos de la Ley de Mercado de Valores como delito base

La historia de la Ley N°19.913 da cuenta que la incorporación de los delitos contemplados en la Ley de Mercado de Valores como delitos base, no fue casual, ni consecuencia de un descuido del legislador. En efecto, en la discusión legislativa se dejó constancia expresa de que el Senado no sólo incorporó a los delitos base del lavado de dinero los ilícitos asociados al narcotráfico, a la ley antiterrorista, y algunos de carácter sexual o vinculados con la industria de la pornografía, sino también otros de carácter financiero, como los tipificados en la Ley N°18.045, sobre mercado de valores, y los establecidos en los libros respectivos del Código Penal. Además, se dejó constancia expresa en la historia de la ley de la importancia de esta incorporación, señalando que “es importante resaltarlo, porque este punto surgió del informe de la Comisión Investigadora Corfo-Inverlink, que esta Cámara aprobó en forma unánime. Una de las propuestas que hicimos en esa oportunidad fue que se incorporaran a los delitos base del lavado de dinero aquellos de carácter financiero. Ello surgió de la convicción de quienes formamos parte de esa Comisión, de que, probablemente, estábamos ante un intento de lavado de dinero. En ese caso,

el delito no se pudo tipificar, porque se trataba de una conducta anterior, pero podía servir como ejemplo en el futuro”<sup>30</sup>.

Por otra parte, también la historia de la Ley N°19.913 da cuenta de la intención del legislador de incorporar a los delitos base, precisamente aquellos que pudieran generar bienes, señalando –tras hacer referencia a la indicación que incorpora a los delitos sancionados en el Título XI de la Ley N°18.045, sobre mercado de valores; en la Ley General de Bancos; prevaricación, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales y cohecho, y secuestro y sustracción de menores– que, “originalmente, se consideraba solamente el tráfico de drogas; se agregó luego el terrorismo, el tráfico de armas y ciertos delitos sexuales, y esta indicación pretende centrar la atención en aquellas modalidades del crimen organizado que revistan cierta importancia, frente a la otra posibilidad, cual era que la Unidad –de Análisis Financiero– investigara toda operación de “lavado de dinero”, cualquiera fuese su origen. Lo anterior, porque no todos los delitos generan dineros que deban blanquearse para poderse incorporar en la economía, ni tampoco todos esos dineros le interesarán a la Unidad, sino solamente aquellos cuya comisión se considera especialmente dañina para la sociedad, por los montos involucrados o por la posibilidad que tienen de generar corrupción en las autoridades”<sup>31</sup>.

Reforzando este punto, es pertinente citar la opinión de Prambs, quien sostiene, a propósito del título XI de la Ley de Mercado de Valores, que éste contempla delitos que en general son estafas, revelación de secretos, negociaciones incompatibles, apropiaciones indebidas, quiebras fraudulentas, simulaciones, falsificación de documentos, fraudes contables, usurpaciones de nombres y divulgación de noticias falsas o tendenciosas; todos ellos –y en lo que al tema en discusión respecta– potencialmente productores de bienes aptos para ser blanqueados<sup>32</sup>.

#### b. Sistema de catálogo. Incorporación de cierta categoría de delitos especialmente dañinos para la sociedad y generadores de grandes cantidades de bienes

En Derecho comparado existen cuatro modelos de tipificación del delito de lavado de dinero, desde la perspectiva del delito base o precedente<sup>33</sup>.

30 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N°19.913, p. 389.

31 *Ibid.*, págs. 308 y 309.

32 PRAMBS, *ob. cit.*, p. 244.

33 *Ibid.*, p. 224.

- Tráfico de drogas

Este modelo consiste en asociar el delito de lavado de dinero al tráfico de drogas, es decir, sólo es posible blanquear bienes provenientes de dicho delito. Esa era la situación de Chile bajo la vigencia de la Ley N°19.366, que en su artículo 12 contemplaba el delito de lavado de dinero.

- Todos los delitos

La fuente de la que provienen los bienes puede ser cualquier delito.

- Sistema de “delitos graves” o catálogo indirecto

Los delitos base de lavado de dinero son sólo algunos. La forma de determinar cuáles son esos delitos no es enumerándolos, sino haciendo una referencia a la penalidad o gravedad de éstos, exigiendo que estén sancionados con una pena grave.

- Sistema de catálogo

Los delitos base de lavado de dinero son sólo algunos, establecidos por el legislador en un catálogo en forma directa. Ese es la situación actual en Chile, donde el artículo 27 de la Ley N°19.913 enumera específicamente cuáles son los delitos base o precedente de lavado de dinero.

Pues bien, tiendo a pensar que los sistemas en que mayormente pueden generarse contradicciones, incoherencias o referencias erradas a delitos base (en el sentido que no sea un delito base que pueda generar bienes), son los sistemas en que todos los delitos son delitos base, y los sistemas de catálogo indirecto, toda vez que en esos casos no se ha realizado un análisis pormenorizado de los delitos base ni de su aptitud para generar bienes, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de catálogo. Además, y como ya he señalado a propósito de la revisión de la historia de la ley, el legislador al utilizar el sistema de catálogo en Chile incluyó los delitos más relevantes desde la perspectiva del daño que estos delitos generan a la sociedad, por los montos involucrados o por la posibilidad que tienen de generar corrupción en las autoridades.

### c. Móvil del delito: ventaja patrimonial o económica

He señalado precedentemente que el tipo penal, desde la perspectiva de los elementos que lo integran, no exige la producción de un resultado, ni contempla elementos subjetivos adicionales al dolo, como por ejemplo el ánimo de lucro. Creo que ello no se traduce de forma automática en la ausencia de bienes producto del delito, o de –a lo menos– un ánimo tendiente a obtenerlos. Lo anterior teniendo en consideración el contexto en el que se genera el delito de entrega de información falsa al mercado, en particular, y los delitos

de la Ley de Mercado de Valores, en general, contexto de los denominado “delitos económicos”.

En este sentido, y desde un perspectiva más cercana a la criminología, puede afirmarse que el mercado, especialmente su característica negativa a someterse a reglas de juridicidad, hace que las empresas y grandes corporaciones que operan dentro de su ámbito actúen sin reglas de sujeción en la búsqueda de su objetivo vital: el beneficio económico. El corpus criminológico que por excelencia define a la criminalidad económica consiste en el desarrollo de estrategias ilegales de acumulación de capital<sup>34</sup>.

Reforzando esta idea, Prambis sostiene que el blanqueo no pretende luchar contra la criminalidad patrimonial tradicional, al estilo de la receptación, sino que contra la criminalidad organizada nacional e internacional y la corrupción política y económica, con sus mil caras y formas de actuación. Y esta lucha se produce de una forma muy concreta: impidiéndole aprovechar las ganancias de sus delitos previos, esto es, por medio del ataque a la circulación de los efectos de los delitos previos, para de esta forma, debilitarla y quitarle atractividad a sus actividades: el aislamiento de los efectos de los delitos previos para frustrar el móvil económico de los mismos<sup>35</sup>.

Por lo tanto, si bien es cierto el tipo penal de entrega de información falsa al mercado no exige para su consumación un resultado concreto de provecho económico, no puede desconocerse el hecho de que generalmente el móvil del mismo será la búsqueda de un beneficio económico, el que de concretarse, en la mayoría de los casos se verá reflejado en bienes susceptibles de ser objeto material del delito de lavado de dinero.

En cuanto al momento en que habrá de generarse este beneficio económico y los consecuentes bienes, por regla general, –y considerando que el beneficio no ha sido exigido para la consumación– éste se producirá en la fase que la doctrina denomina “agotamiento del delito”. Se entiende por delito agotado aquel en que se concreta la aspiración del autor presupuesta por el tipo, y que aquel debe perseguir, aunque no se exige que se materialice para consumir el delito<sup>36</sup>. La consumación siempre es presupuesto del agotamiento, ya que

34 BAIGÚN, David. BISCAY, Pedro. “Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica”. En: *Delincuencia Económica y Corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el MERCOSUR*. Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2006, págs. 15 y 16.

35 PRAMBS, ob. cit., p. 15.

36 GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal, Parte General. Nociones. P. 348.

el sujeto activo siempre deberá colmar el tipo para conseguir su propósito criminal<sup>37</sup>.

Señalo que este beneficio se producirá “por regla general” en la fase agotamiento del delito, porque puede que ello no sea siempre así, en el entendido que el agotamiento es una fase posterior a la consumación. Lo anterior es del todo lógico si, como ocurre en el caso de la entrega de información falsa al mercado, el tipo penal no exige el beneficio como un resultado para la consumación del delito. En doctrina se ha señalado que, por la propia naturaleza y razón de ser del blanqueo de capitales, si se desea castigar la colocación de capitales de origen ilícito en los mercados legales y la tara que las conductas de blanqueo suponen para la administración de justicia, no tiene sentido limitar el ámbito de actuación a aquellos que tengan su origen o procedan de un delito sólo cuando el mismo haya quedado consumado. De este modo, por ejemplo, tendrían cabida bienes que se hayan recibido en pago adelantado por un delito que aún no se ha cometido o que ha quedado en grado de tentativa<sup>38</sup>.

Vinculado a este tema, pero en materia de autoría y participación, señala Garrido que Cury parece justificar con la noción del delito agotado la calificación de cómplice que hace el artículo 454 inciso final del Código Penal, en los delitos de robo y hurto, de aquellas personas que comprenden, reciban o tengan en su poder, a cualquier título, la cosa sustraída (que según el artículo 17 serían encubridores) cuya intervención, posterior a la consumación, tiene lugar antes del agotamiento del delito, y su objetivo es que los delincuentes alcancen el propósito que perseguían, lucrar con las especies. De modo que la intervención de esas personas sería contemporánea con el agotamiento, porque contribuyen a la realización del lucro de los ejecutores del delito, lo que permitiría considerarlos como partícipes en el delito, junto con los autores y cómplices<sup>39</sup>. Guardando las proporciones con el delito de receptación –que se refiere específicamente a efectos que son, a su vez, objeto material de los delitos de robo y hurto– la referencia parece apropiada desde que Cury entiende que es justamente en la fase de agotamiento que se consigue el propósito del sujeto activo, que en este caso puntual, sería lucrar con las especies. También la referencia me parece apropiada, si se considera que el delito de lavado de dinero es un encubrimiento especialmente penado.

37 COTA MOLINA, Enrique. “Iter Críminis”. En: *Estudios Penales y Política Criminal*. México, Ángel Editor, 2006, p. 685.

38 PALMA HERRERA, José Manuel. *Los Delitos de Blanqueo de Capitales*, Madrid, España, Edersa, 2000, p. 338. En el mismo sentido, PRAMBS, ob. cit., págs. 270 y sgtes.

39 GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 211.

Reforzando esta idea, Ananías<sup>40</sup>, a propósito del comiso, realiza una referencia al encubrimiento, y señala que el artículo 17 N°1 del Código Penal<sup>41</sup> asimila “efecto” a “provecho”, por lo que el concepto es idéntico en su sentido y alcance al del artículo 31 del Código Penal<sup>42</sup>. Añade que en este caso el fin de la norma es castigar a quien “se aprovecha”, situación que se determina según la relación entre aprovechamiento y el delito principal, el cual se comete para aprovecharse del objeto material vía agotamiento.

#### d. ¿Objeto material del delito de lavado de dinero como sinónimo de “efectos” del delito base?

Como señalé en el apartado 3, al hacer referencia a los bienes de origen ilícito como objeto material del delito de lavado de dinero, el artículo 27 de la Ley N°19.913, siguiendo la tendencia de la normativa internacional en la materia, otorga un concepto bastante amplio de lo que ha de entenderse por “bienes”, comprendiendo los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos. Debo hacer presente que el tipo penal no hace referencia a los “efectos del delito base”, sino a bienes que provengan directa o indirectamente del delito base. Señalo esto porque tiendo a pensar que quienes argumentan que el delito de entrega de información falsa no produce bienes, fundamentan su postura desde la definición de “efectos del delito”, y más en concreto, desde un concepto restringido de “efectos del delito”, entendiendo por tales, por ejemplo, sólo al objeto material del hecho<sup>43</sup>, o sólo a aquellas cosas que tienen su origen en el delito y que le deben su composición actual a éste (como por ejemplo el dinero falsificado)<sup>44</sup>.

Ahora bien, aun cuando se aceptara que los bienes originados por el delito base deben ser sinónimos de “efectos del delito”, no existe problema en incor-

40 ANANÍAS ZAROR, Ignacio. “El Comiso de Ganancias”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21, 2014, p. 189.

41 El artículo 17 del Código Penal establece:

Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1° Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

42 El artículo 31 del Código Penal establece:

Toda la pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.

43 ANANÍAS, ob. cit., p. 183. Tal sería la opinión de Labatut.

44 *Ibid.*, p. 184. Tal sería la opinión de Guzmán Dálbora, Hernández y Suárez.



porar bienes que no se generen como consecuencia de un resultado exigido por el tipo penal, si se acepta una idea amplia del concepto.

En este sentido, de acuerdo con Ananías, existe la posición defendida en un fallo de la Corte Suprema, que incluye dentro del alcance del artículo 31, referido al comiso de los efectos del delito, a las ganancias. El fallo en cuestión se refiere a la Ley N°19.366, señalando que, en materia de comiso, la única novedad que esta ley introduce es la incorporación de drogas tóxicas, porque todos los demás bienes allí consignados<sup>45</sup> constituyen precisamente los instrumentos o efectos del delito o las ganancias que de él derivan, de modo que no era necesaria su mención expresa, pues resultarían siempre decomisables de acuerdo a las reglas generales, es decir, el artículo 31 del Código Penal incorpora dentro de su ámbito de aplicación las utilidades que hubieren experimentado<sup>46</sup>.

En la misma línea, señala el autor que la Corte de Apelaciones de Valdivia en el año 2013 consideró que los efectos del delito corresponden a los elementos materiales con que el sujeto activo se ha beneficiado tras su perpetración<sup>47</sup>.

Además, añade este autor que la historia de la Ley N°20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, daría cuenta de un cambio de paradigma en materia de combate a la criminalidad económica, toda vez que en el proyecto de ley presentado por el ejecutivo se explicitó que el artículo 31 del Código Penal incluye dentro de su rendimiento conceptual a las ganancias<sup>48</sup>.

En el derecho español, Palma ha señalado que el blanqueo de capitales, por su propia definición, se centra en lo que son las ganancias procedentes de un

---

45 El artículo 27 de la Ley N°19.366 establecía: Sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso los bienes raíces; los bienes muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ellos provinieren y las utilidades que hubieren originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos.

Igual sanción se aplicará respecto de las sustancias señaladas en el inciso primero del artículo 26; y de las materias primas, elementos, materiales, equipos y otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados, en cualquier forma, para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley.

46 ANANÍAS, ob. cit., págs. 186 y 187.

47 Ibid., p. 187.

48 Ibid., p. 191.

delito previo, es decir, en las ventajas evaluables económicamente<sup>49</sup>. Añade que “tener su origen” o “proceder” de un delito significa que el bien en cuestión debe tener su causa, su razón de ser, su fundamento en ese delito<sup>50</sup>. Esta idea debería excluir en principio, los instrumentos del delito (base), los bienes empleados en su comisión<sup>51</sup>. Por otra parte, los bienes en cuanto objeto material del delito de lavado de dinero, no tienen por qué coincidir —o no necesariamente— con el objeto material del delito base<sup>52</sup>.

En Chile, el concepto amplio de bienes, o la idea de “efectos del delito” en un sentido amplio en materia de lavado de dinero, se refleja no sólo en la definición de bienes del artículo 27 de la Ley N°19.913, sino también en el artículo 45 de la Ley N°20.000 en materia de comiso, la que es aplicable por expresa referencia del artículo 33 de la Ley N°19.913<sup>53</sup>, y que señala que *“sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso (...) los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, (...)”*.

49 PALMA, ob. cit. p. 314. Respecto a si deben descontarse o no los gastos que haya supuesto la comisión del delito, el autor señala que es una cuestión que, de cara al objeto material del delito de blanqueo, carece de mayor trascendencia en cuanto al artículo 301 del Código Penal Español. Por ello entiende que debe incluirse todo lo que proceda de ese delito, ya sea ganancia neta, ya sea un bien dirigido a cubrir los gastos del propio delito. Lo anterior, desde mi perspectiva, tiene especial relevancia en materia de delitos cometidos en el mercado de valores, en que el alea juega un rol fundamental, y eventualmente pueden existir pérdidas de forma reiterada.

50 Interesante resulta la distinción realizada por el autor, entre objeto material, efectos, instrumentos y ganancias del delito. Si bien es cierto no comparto del todo la clasificación, toda vez que, como ya he señalado, considero apropiada la idea de incorporar las ganancias dentro del concepto de “efectos del delito”, estimo clarificadora la distinción, para el tema en estudio.

51 PALMA, ob. cit., p. 315. De todas formas, señala el autor que, a pesar que el objeto material del blanqueo no se construya sobre el concepto de instrumento del delito, no impide que estos bienes, si además de instrumento constituyen una ventaja derivada del delito evaluable económicamente, puedan llegar a ser también objeto material del blanqueo, como por ejemplo, un diamante usado para cortar la urna en que se encuentra la obra de arte robada, y que luego es entregado en pago al autor del robo, por sus servicios.

52 El objeto material del delito es un elemento perteneciente al tipo de injusto, distinto al efecto y también al de ganancia, si bien es cierto que pueden llegar a coincidir con éstas. Sería el caso, por ejemplo de los delitos contra el patrimonio, en los que lo robado, hurtado, etc., que es el objeto material del delito, se convierte también, en principio, en la ganancia obtenida con el mismo. En ese sentido, PALMA, ob. cit., págs. 310 y sgtes.

53 El artículo 33 letra c) de la Ley N°19.913 establece:

Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N°20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:

c) Medidas cautelares e incautaciones: posibilidad de disponer medidas cautelares sin comunicación previa al afectado, objetos susceptibles de incautación y comiso y destino de los bienes incautados o del producto de los mismos.

e. Otros delitos base que tampoco exigen producción de un beneficio económico como resultado. Especial referencia a delitos contemplados en la Ley N°20.000

Al revisar con detención el catálogo de delitos base contemplado en el artículo 27 de la Ley N°19.913, es posible advertir que muchos de los delitos allí contemplados en su estructura, no exigen un resultado independiente a la acción u omisión contemplada en la conducta típica, lo que se traduce, en la práctica, en que ninguno de estos tipos penales tiene dentro de sus elementos objetivos la exigencia de un beneficio económico o patrimonial. A modo de ejemplo, es posible mencionar el delito de secuestro, el que en su tipificación sólo exige encerrar o detener a otro privándole de su libertad. Añade en el inciso tercero del artículo 141, que el secuestro podría ejecutarse para obtener un rescate, con lo que de manera explícita se está reconociendo que el móvil puede ser la obtención de un rescate (en dinero, por ejemplo) o no. De hecho el mismo artículo reconoce que el secuestro podría cometerse para arrancar decisiones. En el caso del secuestro, por tanto, el tipo penal no exige un resultado que traiga aparejado un beneficio económico; sin embargo, éste podría producirse, siendo entonces este delito, un potencial productor de bienes susceptibles de un lavado de dinero posterior<sup>54</sup>.

Quisiera centrarme particularmente en los delitos vinculados a tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que a la fecha han sido los delitos base por excelencia en las condenas existentes en materia de lavado de dinero en Chile<sup>55</sup>.

Pramps, haciendo referencia a la antigua Ley de Drogas, N°19.366, señala que varias de las conductas tipificadas son potencialmente productoras de bienes destinados al blanqueo, es decir, aun cuando el tipo penal no exige la producción de un resultado, reconoce que sí son aptos para generar bienes, tal como ocurre, según he venido afirmando, con el delito de entrega de información falsa al mercado. Tal sería el caso del desvío o destino al tráfico ilícito de las especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, mediando autorización administrativa para realizar actos de siembre, plantación o cultivo, en la medida que exista una

54 En este sentido, se ha señalado que el secuestro es un clásico delito que puede generar grandes sumas de dinero para los secuestradores, que serán aptas para ser objeto material de blanqueo posterior. Pero también es frecuentemente utilizado para el cobro de deudas, de manera que el móvil no siempre será el lucro. A pesar de ello, es decir, que el móvil no siempre sea el lucro, el autor reconoce que si el móvil es el pago de una deuda, el dinero obtenido en pago también será objeto idóneo de blanqueo. PRAMBS, ob. cit., p. 248.

55 Entre el año 2007 y septiembre de 2015 se han dictado 79 sentencias condenatorias por el delito de lavado de dinero, en procedimiento abreviado y juicio oral, 62 de las cuales tienen como delito base delitos de la Ley N°20.000. Fuente: bases internas ULDDECO.

contraprestación por el actuar del sujeto activo (similar al actual artículo 10 de la Ley N°20.000); o en la entrega de un bien raíz, casa rodante, vehículo, nave o aeronave, a sabiendas que será utilizado para elaborar, almacenar, expender o permitir el consumo de sustancias estupefacientes, o para sembrar o plantar especies vegetales productoras de dichas sustancias en contravención a las leyes, en la medida que la entrega sea a título oneroso (tipo penal similar al contemplado en el actual artículo 11 de la Ley N°20.000)<sup>56</sup>.

Desde la perspectiva de los tipos penales contemplados en la Ley N°20.000 que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Politoff, Matus y Ramírez distinguen entre el tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio, el tráfico ilícito de estupefacientes en sentido estricto, microtráfico y otras formas de poner a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas, además de otras figuras<sup>57</sup>. Respecto al tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio, señalan que éste se encuentra descrito en el artículo 3° inciso 1°, parte final de la Ley N°20.000<sup>58</sup> como inducir, promover o facilitar, por cualquier medio, el uso o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Añaden que se trata de un delito de emprendimiento, consistente en la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por el autor, y que es una figura amplia que abarca en sí misma el resto de las figuras que podrían considerarse parte del “ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes”<sup>59</sup>. Luego, al revisar cada uno de los verbos rectores, analizan la “facilitación” por cualquier medio, señalando que ésta comprende al financiamiento, la oferta, distribución, corretaje y donación. Respecto a esta última conducta, añaden que la donación puede efectuarse de cualquier modo, es decir, puede realizarse de forma gratuita, como una forma de inducir al consumo masivo de estupefacientes, ya que dependiendo de la naturaleza de la sustancia de que se trate, el grado de adicción que dicha donación provoque facilitará el posterior tráfico en sentido estricto<sup>60</sup>.

56 PRAMBS, ob. cit., págs. 232-235.

57 POLITOFF, Sergio. MATUS, Jean Pierre. RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Segunda edición actualizada, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 575.

58 El artículo 3° inciso 1° de la Ley N°20.000 establece:

Las penas establecidas en el artículo 1° se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.

59 POLITOFF, ob. cit., págs. 575 y 576.

60 *Ibid.*, p. 581.

Por lo tanto, al cumplir a cabalidad con los elementos del tipo, no se originarán automáticamente bienes ilícitos que pueden ser objeto material de lavado de dinero, sino que ello ocurrirá con independencia de dichos elementos, obedeciendo más bien al móvil del delito, tal como ocurre en el caso del delito de entrega de información falsa al mercado.

Por su parte, el tráfico en sentido estricto está regulado en el artículo 3° inciso 1° de la Ley N°20.000. Señalan los mismos autores que por “traficar” entiende el diccionario “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías”; sin embargo la jurisprudencia le ha dado un alcance más amplio, basándose en la expresión “a cualquier título” contemplada en el artículo 3°, lo que permitiría incluir en ella actos como la donación y excluir la necesidad de acreditar un elemento subjetivo adicional como el ánimo de lucro<sup>61</sup>. Siguiendo esta interpretación, por tanto, podría sostenerse que incluso en los casos de tráfico de drogas en sentido estricto, el tipo penal no estaría exigiendo un beneficio económico o patrimonial en su estructura.

Es más, si se revisan algunas de las modalidades de tráfico contempladas en el artículo 3° inciso 2° de la Ley N°20.000<sup>62</sup> es posible afirmar que, en estos casos de tráfico en sentido estricto, es posible llegar a la misma conclusión anterior, incluso sin necesidad de realizar una interpretación como la que hace la jurisprudencia, sino sólo teniendo en consideración la naturaleza de los verbos rectores empleados por el legislador. Así por ejemplo se sanciona a quien posee estupefacientes, es decir, a quien tiene el poder de disposición de los mismos, con ánimo de señor y dueño<sup>63</sup> (no se exige beneficio económico o patrimonial); también se sanciona la mera tenencia, es decir, la aprehensión material de las sustancias, que consiste en guardar o portar consigo. Guardar implica conservar o retener, en tanto portar implica llevar o traer<sup>64</sup> (nuevamente, sin exigencia un resultado que se traduzca en un beneficio económico); similar es la situación con las hipótesis de transferencia y suministro, transporte y sustracción.

Ahora bien, algunos de los delitos base del catálogo sí contemplan expresamente elementos subjetivos adicionales como por ejemplo el ánimo de lucro, en el caso del tráfico de migrantes, pero, como he señalado en apartados anteriores, el ánimo de lucro es un elemento interno de tendencia trascendente, por lo que puede llegar a concretarse o no (y traducirse en un beneficio eco-

61 Ibid., p. 621.

62 El artículo 3° inciso 2° de la Ley N°20.000 establece:

Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.

63 POLITOFF, ob. cit., p. 622.

64 Ibid., p. 623.

nómico), pero el beneficio en este caso tampoco es exigido dentro de los elementos del tipo.

De lo anterior se desprende que, en todos estos casos los bienes se han generado con independencia de las exigencias típicas de los delitos base. En ninguno de estos casos el tipo penal ha exigido ganancias o beneficios. Lo que ocurre es que son “potenciales” generadores de bienes, en determinadas circunstancias. Esta situación jamás ha sido objeto de cuestionamientos en materia de tráfico de drogas; sin embargo, en materia de mercado de valores sí se ha planteado la duda. La diferencia en el tratamiento de este aspecto, desde mi perspectiva, no tiene justificación alguna.

#### f. Tipo de información que se entrega al mercado y potencial para generar bienes. Ejemplos

Siguiendo la línea de Prombs, enunciada en el apartado 4.e, si se ha recibido una contraprestación o pago para la ejecución de una conducta típica que constituya delito base, por ejemplo en materia de secuestro, o en alguna de las hipótesis de la antigua Ley de Drogas que son muy similares a algunas contempladas en la actual Ley N°20.000, el delito base habrá generado bienes.

Así por ejemplo, en materia de mercado de valores podría presentarse la siguiente situación: la corredora A y la corredora B son competencia directa en el campo de las corredoras de bolsa. Ambas corredoras cumplen con las condiciones de patrimonio, liquidez y solvencia para operar en el mercado. El dueño de A paga una cuantiosa suma de dinero al dueño de B (una suma superior a los ingresos que B podría tener durante un año, por ejemplo, que para B resulta atractiva, porque sabe que no podría obtenerla de otro modo en el corto plazo), para que informe falsamente a la Superintendencia de Valores que su patrimonio, liquidez y solvencia patrimonial no cumple con la normativa vigente, y que por ende no puede seguir funcionando, con lo que, la corredora A será la única que podrá seguir funcionando en el ámbito del corretaje, captando todos los clientes que B ya no podrá captar. El Gerente de B acepta, recibe el dinero, la corredora B deja de funcionar. Posteriormente, se entiende configurado el delito de lavado de dinero, toda vez que el Gerente de B, a sabiendas del origen ilícito del dinero, realiza maniobras tendientes a ocultarlo o disimularlo.

Sin embargo, estimo que es posible encontrar otras situaciones, en las que no necesariamente los bienes se generen a partir de un pago o contraprestación para ejecutar las conductas típicas.

Supongamos el siguiente caso: la corredora de bolsa X incurre en infracciones a las obligaciones de liquidez y solvencia patrimonial que deben cumplir las corredoras en virtud de la normativa vigente (Norma de Carácter General N°18, Ítem I, Numerales 1, 2.1 y 3.1, en relación a lo establecido en el artí-

culo 29 de la Ley N°18.045). En concreto, entrega a la Superintendencia de Valores y Seguros información que da cuenta de una extraordinaria liquidez y solvencia, en circunstancias que ello no es real, toda vez que la corredora X no cumple con las condiciones de patrimonio, liquidez y solvencia para seguir operando. Como resultado de ello, la corredora de bolsa X continúa funcionando, continúa captando clientes, continúa recibiendo ingresos. Es decir, a partir de la entrega de información falsa al mercado, la corredora X ha podido seguir recibiendo ingresos, los que, supongamos, son utilizados por el dueño de la corredora X para fines personales. Para configurar el posterior lavado de dinero sólo sería necesario acreditar que el dueño de la corredora X, a sabiendas que estos bienes provenían del referido delito, oculta o disimula los bienes o su origen, o los posee, usa, adquiere o tiene, con ánimo de lucro. Si bien es cierto el tipo penal no exigía como resultado un beneficio económico, lo cierto es que en la práctica éste se concretó, con lo que el delito en cuestión pasó de ser un “potencial” generador de bienes, a una concreta fuente de bienes de origen ilícito<sup>65</sup>.

## Conclusiones

El objetivo del presente artículo era intentar demostrar que el delito de entrega de información falsa al mercado, actualmente considerado un delito

65 Una situación similar ocurrió en el denominado caso “Serrano”, RUC 0900464236-5, RIT 267-2014 en que el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia de fecha 11 de noviembre de 2014, estimó que el delito de entrega de información falsa al mercado impidió el control de los entes reguladores y evitó el cierre de la Corredora. La diferencia, en cuanto a la generación de bienes es, desde mi perspectiva, que en este caso además se configuraron otros delitos, como el uso indebido de valores en custodia, estafa y apropiación indebida, por lo que en estricto rigor, podría considerarse que la entrega de información falsa al mercado fue un medio para la comisión de esos otros delitos, que fueron los que finalmente generaron los bienes.

Otro ejemplo, a lo menos acreditado hasta ahora en sede administrativa, consta en Res. Exenta N°083, de 9 de marzo de 2012 de la Superintendencia de Valores y Seguros. Se trata del caso “La Polar”, en que la SVS tuvo por acreditado que las repactaciones unilaterales de los créditos de la multitienda repercutieron en la determinación de provisiones de la cartera de créditos, lo que además era considerado para determinar las tasas de provisión. El cálculo de las provisiones se realizaba con información de morosidad distorsionada, por efecto de las renegociaciones unilaterales, por lo tanto, esta práctica tuvo efectos en los estados financieros de La Polar, los que eran posteriormente entregados a la SVS. Con esta práctica se aumentaban los ingresos provenientes de otorgamiento de intereses y se subestimaba el gasto por provisiones, lo que hacía aumentar artificialmente los gastos de la compañía. Señala la SVS que “esta mayor utilidad presentada por La Polar redujo directamente en las remuneraciones de sus gerentes, ejecutivos principales y de sus directores. En efecto, en el caso de los gerentes corporativos y ejecutivos principales, éstos recibían en promedio 3 o 4 sueldos adicionales como bonos anuales, los que de una u otra forma estaban ligados a los resultados de la empresa. En el caso de los directores, éstos tenían una parte variable de su remuneración la cual dependía de la utilidad de la compañía. Fuente: [https://www.svs.cl/documentos/res/res\\_2012\\_83.pdf](https://www.svs.cl/documentos/res/res_2012_83.pdf) [fecha de consulta: 27 de octubre de 2015].



base o precedente de lavado de dinero, de acuerdo a la legislación vigente, desde una perspectiva dogmática y práctica puede ser considerado como tal, toda vez que es un delito apto para producir bienes susceptibles de un lavado de dinero posterior. Para ello, en primer lugar revisé algunos aspectos generales; en segundo lugar me centré en las características del delito de entrega de información falsa al mercado, en tercer lugar, hice referencia al objeto material del delito de lavado de dinero; en cuarto y último lugar, elaboré algunos argumentos para poder afirmar que el delito de entrega de información falsa al mercado posee aptitud para generar bienes susceptibles de lavado de dinero posterior. Los argumentos esgrimidos se sustentaron en la historia de la Ley N°19.913, que da cuenta de la incorporación expresa de los delitos de la Ley de Mercado de Valores como delito base. También se sustentaron en el tipo de sistema existente en Chile para determinar cuáles son los delitos base, que es un sistema de catálogo, que optó por incorporar sólo delitos especialmente dañinos para la sociedad y generadores de grandes cantidades de bienes. También se fundaron en el móvil del delito, es decir, en la intención de obtener una ventaja patrimonial o económica, que juega un rol fundamental en este tipo de delitos, toda vez que éstos se cometen con la perspectiva de obtener un beneficio, aunque el tipo penal no exija un resultado en su estructura. Este beneficio generalmente se obtendrá con el agotamiento del delito. Otro argumento se fundó en la idea de que el objeto material del delito de lavado de dinero lo constituyen bienes que provengan directa o indirectamente de un delito base, y no necesariamente “efectos del delito”, y aunque se entendiera que el objeto material del lavado es sinónimo de los efectos del delito base, ello no es problemático si se entiende que el concepto de “efectos” es amplio e incluye, por ejemplo, las ganancias. Posteriormente se argumentó en base a la situación de otros delitos base, logrando determinar que no existen mayores diferencias con el delito de entrega de información falsa al mercado, desde la perspectiva de su capacidad para generar bienes y finalmente, se argumentó desde una perspectiva práctica, tras analizar algunas situaciones puntuales en las que el delito de entrega de información falsa al mercado podría generar bienes. Me parece que todos estos argumentos permiten dar cuenta que el delito de entrega de información falsa al mercado es completamente apto para generar bienes de un lavado de dinero posterior.





UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y DELITOS VIOLENTOS

---



## LA *LEX ARTIS* EN LA JURISPRUDENCIA

*Renzo Figueroa Aste*<sup>1</sup>

---

### Introducción

El presente artículo tiene por objetivo poner en conocimiento del lector, algunos fallos relacionados con la denominada *Lex Artis* cuya infracción es entendida como la imprudencia médica o la infracción al deber de cuidado por parte del personal de la salud, que da lugar a un resultado lesivo.

Sólo se analizaron fallos dictados en el año 2014, en razón de los cambios propios que tiene la denominada *Lex Artis*, sin perjuicio de hacer mención a fallos dictados en períodos distintos.

En razón de lo anterior debemos partir señalando que el concepto de *Lex Artis* tiene su base en la imprudencia médica que es la contravención a las pautas mínimas de conductas que le son exigibles a los profesionales de la salud que se traducen en una infracción al deber de cuidado que como dijimos debe dar lugar a un resultado lesivo, donde el sujeto activo no sólo es un sujeto que ostenta el título de médico, sino que abarca a otros profesionales de la salud, es decir, se trata de un delito especial impropio, donde las características del sujeto activo son parte de los elementos del tipo.

Pero ¿cómo determinamos el contenido de la *Lex Artis*? La verdad es que ella no puede ser fijada concretamente, por cuanto se trata de reglas técnicas, científicas y de conocimiento médico que se van adoptando, aceptando y aprobando para su aplicación en el ámbito de la salud, es decir, se trata de un conocimiento dinámico, que evoluciona según los parámetros de la ciencia médica.

Para asentar estas normas que evolucionan, generalmente se recurre a los protocolos médicos que establecen reglas de actuación para el personal de salud y que se relacionan con el deber de cuidado que se le exige al sujeto activo con el fin de no dar lugar a un resultado lesivo constitutivo de lesiones o muerte.

Sin perjuicio de estar frente a una figura especial impropia, donde su autor debe ser un profesional de la salud (médico-sanitario), donde su actuar imprudente debe necesariamente provocar un daño al paciente, que exista culpa y relación de causalidad entre la actividad y el resultado, debemos señalar que los tipos penales aplicables los encontramos en los artículos 490, 491

---

1 Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Adolescente, Delitos Violentos y Negligencias Médicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

y 492 inciso 2° del Título X, “DE LOS CUASIDELITOS”, del Libro II, del Código Penal.

A continuación revisaremos las sentencias pronunciadas en esta materia, destacando los considerandos más relevantes en cada una de ellas.

## 1. Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó<sup>2</sup>

Conforme al auto de apertura del juicio oral remitido por el Juzgado de Garantía de Copiapó, los hechos en que se fundó la acusación ocurrieron el 14 de enero del año 2008, cuando el equipo médico compuesto por los profesionales E.G.N. (Jefe de Equipo), A.Q.V. (Médico Ayudante), G.V.C. (Anestésista) y M.M.O. (Matrona), participaron de la cesárea programada practicada a la paciente D.L.G.S. de 41 años de edad, fallecida a consecuencia de estos hechos en la Clínica Médica Copiapó.

Luego de la cesárea, que se prolongó por casi 45 minutos la paciente, dentro del mismo recinto, fue llevada a la sala de postparto quirúrgico. A los 15 minutos de este ingreso, la Sra. D.L.G.S, tuvo una brusca caída de su presión arterial y un aumento de sus pulsaciones por minuto, lo que configuró una evidencia clínica de que la paciente estaba sufriendo una hemorragia severa, que podía ser interna, situación que debía ser advertida por personal médico a cargo. Esta situación se prolongó por cerca de una hora sin que la matrona de turno de postoperatorio Sra. A.A.A.C., que se encontraba al cuidado de la víctima, avisara a su colega Sra. M.M.O, matrona del equipo médico que realizó la operación cesárea a la Sra. D.G.S. ni adoptara ninguna otra acción al respecto.

Cuando M.M.O. tomó conocimiento de la emergencia dio aviso al equipo médico que se encontraba en el recinto practicando una cesárea a otra paciente.

En ese momento el médico jefe de equipo G.N. junto al médico ayudante Q.V., decidieron ingresar nuevamente a la Sra. G.S. al pabellón quirúrgico e **intervenirla con el objeto de contener la hemorragia severa**, sin embargo, luego de **dos horas de maniobras quirúrgicas infructuosas**, la intervención dejó como consecuencia a una paciente en estado de extrema gravedad, casi sin signos vitales, **con un corte en la vena femoral, con el desgarro de la vena ilíaca externa izquierda, con compromiso del colón sigmoidees, y el corte del uréter izquierdo, lesiones no justificadas en el manejo de la urgencia que tuvieron incidencia en la aparición del shock hipovolémico y que agravaron el cuadro de hemorragia obstétrica presentado por la paciente.**

2 Tribunal del Juicio Oral de Copiapó, 30 octubre 14, RUC N°0800275276-0, RIT N°147-2014.

A raíz de dicho estado de la paciente, los médicos ya referidos decidieron derivar a la paciente al Hospital Regional San José del Carmen de Copiapó, centro de alta complejidad, donde la paciente luego de ser estabilizada, **se le amputó la pierna izquierda** ya que la paciente ingresó con la extremidad fría, sin pulso y con livideces.

A consecuencia de lo anterior, doña D.L.G.S. **falleció al décimo día como consecuencia de su deplorable estado de salud, por un “shock séptico – celulitis – histerectomía post cesárea”.**

A raíz de los hechos relatados, la muerte de la paciente se habría debido a la **demora en el diagnóstico, manejo inadecuado del cuadro y demora en la derivación** a un centro de alta complejidad.

La demora en el diagnóstico habría sido responsabilidad de la matrona de turno de postoperatorio, el manejo inadecuado del cuadro y la intervención quirúrgica del médico jefe y ayudante, a sabiendas de que la clínica no contaba con lo necesario para dicho manejo, interviniendo a la paciente sin efectuar los pasos descritos en la *Lex Artis*, para que luego de tres horas de haberse iniciado el cuadro hemorrágico severo, y después de las reiteradas intervenciones quirúrgicas el equipo médico decidiera el traslado de la paciente al centro de alta complejidad.

Conocidos los hechos y luego de recibida la prueba, el Tribunal dio por acreditados los elementos del tipo penal, esto es, la imputabilidad, la existencia de negligencia culpable, el daño o resultado dañoso y la relación causal.

Respecto de la negligencia culpable en la conducta desplegada por los profesionales de la salud que atendían a la paciente y que lo produjo un daño, se establecieron cuatro puntos que constituyeron un único hecho punible, a saber:

- 1.- Que el día de los hechos el médico Jefe, ayudante, anestesista y matrona, participaron de la cesárea practicada a la paciente la cual se inició aproximadamente a las 08:00 horas, en la Clínica Copiapó, hecho no controvertido y plenamente acreditado en juicio.
- 2.- Luego de la cesárea de 45 minutos, fue llevada a la sección post operados, donde tuvo una baja en su presión arterial y un aumento de sus pulsaciones, evidenciando complicaciones y *podría estar padeciendo una hemorragia interna, por lo que* la matrona del post operatorio, procedió a dar aviso inmediato a su colega encargada de la atención de la paciente, quien estaba en pabellón junto a todo el equipo practicando una cesárea, por lo que la matrona M.O. dio aviso al anestesista V.C., quien concurrió en el acto a revisar a la paciente y ordenó que se le suministraran medicamentos para intentar revertir los síntomas. Así, la controversia se origina respecto a cuándo es el momento en que se produce el aviso por parte de la inculpada

A.C. y en ese sentido, la Fiscalía y la Querellante sostuvieron en juicio que este aviso recién se efectuó a las 10:05 horas, fundado principalmente en la ficha clínica de la Clínica Copiapó, como asimismo, en el testimonio de la perito Carmen Cerda Aguilar y en los dichos de la testigo M.A.M.O..

Se debe hacer presente que la ficha clínica tuvo graves y serios errores o faltas, ya que se acreditó que la información no fue manejada en forma pulcra y prolija, no exponiéndose de manera clara, metódica y circunstanciada todos y cada uno de los procedimientos médicos que se le practicaron a la paciente, sus horarios, responsabilidad de las anotaciones, lo que para los jueces configuró una grave negligencia médica, no sólo porque impidió reconstituir los procedimientos, sino que, además, resultó inocuo para establecer o delimitar las responsabilidades de los que intervinieron, no pudiendo determinarse las horas en que se sucedieron cada uno de los hechos.

En consecuencia, el tribunal dio preferencia a los testigos presenciales involucrados directamente en los procedimientos médicos que se le practicaron a la señora G.S., como lo son los testigos G.V.C. y M.A.M.O., quienes fueron absolutamente claros, contestes y categóricos en sus declaraciones, las que estuvieron por sobre cualquier interpretación que se pudiera hacer respecto de una ficha clínica que no fue llevada con los estándares mínimos de profesionalismo y seriedad.

3.- Con posterioridad, habiendo transcurrido más de una hora desde que la situación se pusiera en conocimiento del equipo quirúrgico, sin que ésta se revirtiera, el médico Jefe del Equipo Quirúrgico, tomó la decisión de ingresar nuevamente a la paciente al pabellón quirúrgico para intervenirla, por cuanto a esa altura resultaba evidente que la causa más probable que provocaba la baja de presión y el pulso alto era una hemorragia interna.

Sin embargo, la intervención no produjo los efectos esperados, sino que por el contrario, se constató que efectivamente la paciente sufría una hemorragia interna que no pudo ser detenida, y además, se le provocaron diversas lesiones, tales como un corte en la arteria iliaca, el desgarro de la vena ilíaca externa izquierda, con compromiso del colón sigmoides y el corte del uréter izquierdo.

En esta tercera parte, el principal hecho que resulta controvertido es determinar quién dispuso la reintervención de la paciente, en donde el Ministerio Público y la Querellante Particular sostienen que esto fue una decisión del equipo quirúrgico, mientras que la Defensas plantearon que se trataba de la decisión exclusiva del Jefe médico.

En este orden de ideas, basta revisar la declaración de todos y cada uno de los testigos y peritos que son médicos cirujanos, para lograr advertir que se encuentran contestes en que las decisiones, por lo general, siempre pasan por

el primer cirujano o Jefe del equipo quirúrgico, de lo cual, no sólo dan cuenta los testigos presentados por la Fiscalía, sino que también los de la defensa y que en el caso concreto, de los dichos de los testigos presenciales, doctor G.V.C. y matrona M.A.M.O., la determinación de reoperar a la paciente fue tomada por el doctor E.G.N., Jefe del equipo quirúrgico.

Por otra parte, en lo que a las lesiones provocadas a la víctima se refiere, es claro que tampoco éste resulta un aspecto cuestionado por los intervinientes, ya que toda la prueba testimonial ofrecida por el Ministerio Público, unida a la prueba documental que emana del Hospital, ha resultado absolutamente clara, contundente y categórica en acreditar dichas lesiones, principalmente por todos los médicos que atendieron a la paciente desde su arribo.

En consecuencia, la existencia, naturaleza y gravedad de las lesiones producidas a la ofendida en la Clínica Copiapó a raíz de la reintervención practicada por el equipo quirúrgico que le realizó previamente una cesárea, se encuentra probado en juicio en forma indubitada.

Sin embargo, para el tribunal, el punto de controversia estaba en determinar quién fue específicamente la persona que causó las lesiones y en qué contexto, ya que si bien uno debiera entender que fue el primer cirujano, la verdad de las cosas es que no existe ningún antecedente probatorio aportado en la audiencia de juicio oral que sea concreto en ese sentido, ya que ni siquiera los testigos V.C. y M.O. pueden dar cuenta del momento en que se producen dichas lesiones, y además, tampoco refieren, por distintos motivos, cuáles serían las labores que en específico estarían llevando a cabo tanto el doctor G. como el doctor Q.

No obstante todo lo anterior, se acreditó que las lesiones provocadas a la ofendida no se encontraban justificadas de modo alguno dentro del contexto de una cesárea y que dichas lesiones carecieron de toda razón o motivo, por lo que evidentemente dichas acciones corresponden a un acto negligente y culpable que ocasionó un perjuicio evidente en la salud de la paciente, agravándose mediante éstas, el cuadro de salud de la señora G.S., y dada la forma con que se desencadenaron los posteriores eventos, derivaron en su muerte.

4.- A consecuencia de lo anterior y la gravedad de la situación, el médico Jefe del Equipo, decidió derivar a la paciente a un centro de alta complejidad, recinto en el que la paciente fue estabilizada y operada, pero no obstante ello, se le debió amputar la pierna izquierda, lo que no fue suficiente, toda vez que falleció al décimo día como consecuencia de un “SHOCK SÉPTICO / CELULITIS / HISTERECTOMÍA POST CESÁREA” que se debió a la demora en el diagnóstico, las lesiones provocadas en la intervención quirúrgica que se le practicó después de la cesárea y la demora en la derivación de la paciente a un centro de alta complejidad.



De esta forma, el cuestionamiento es nuevamente quién tomó la determinación de trasladar a la paciente al Hospital, señalando el Ministerio Público y la Querellante Particular que fue responsabilidad de equipo quirúrgico encabezado por el doctor G. y el imputado Q.V., estando contestes los testigos en el sentido de que una decisión de este tipo siempre pasa por las manos del Jefe del equipo quirúrgico.

En lo que a la causa de muerte se refiere, todos los médicos que tuvieron incidencia en el procedimiento coincidieron plenamente que la paciente murió a consecuencia de un shock séptico, tal cual aparece consignado en su certificado de defunción, por lo que en ese sentido necesariamente el Tribunal tuvo a ese motivo como la causa de muerte de la occisa y que ello fue derivado de la segunda intervención practicada, en donde se le provocaron una serie de lesiones que no tienen justificación, y que precisamente a raíz de ellas, como de la hemorragia severa que no podía ser controlada, obligaron a que fuera derivada hasta el Hospital Regional de Copiapó para manejar un cuadro de esa magnitud.

Respecto al resultado dañoso y relación o nexo de causalidad entre la conducta negligente y la muerte de la paciente, los Jueces de mayoría manifestaron que “...la muerte de la paciente, se debió a la demora en el diagnóstico, las lesiones provocadas en la intervención quirúrgica que se le practicó después de la cesárea y la demora en la derivación de la paciente a un centro de alta complejidad”.

En efecto, “*en cuanto a la demora del diagnóstico*”, se logró acreditar que el equipo quirúrgico que atendió la cesárea de la señora G.S., una vez que ésta quedó en la sección post operados, comenzó a realizar una segunda cesárea a otra paciente, lo cual, para la mayoría de esta Sala configura una primera conducta negligente, por cuanto no existió la debida preocupación en asegurarse que la señora G.S. se encontraba totalmente estabilizada luego de la cesárea, antes de comenzar a realizar un segundo procedimiento quirúrgico a otra paciente y tuvo que ser el anestesista y no su médico o un ginecólogo quien la revisara.

La tardanza del doctor G., por estar practicando otra cesárea, provocó una demora en su diagnóstico, y ello, necesariamente implicó uno de los primeros actos negligentes que se imputaron.

Por su parte, “...*en cuanto a las lesiones provocadas en la intervención quirúrgica que se realizó después de la cesárea*”, se acreditó que las lesiones provocadas a la señora G.S. no resultaron compatibles con el desarrollo de una cesárea, ni tampoco respecto de una histerectomía, salvo a lo que en relación al corte del uréter izquierdo se refiere, pues dichas lesiones en general se encuentran fueran del campo quirúrgico, y en función de ello, solamente se explican si es

que el cirujano hubiera estado operando a ciegas, es decir, sin ver lo que estaba haciendo.

Así en el considerando decimocuarto el Tribunal señaló que: “En consecuencia, si bien es cierto, que se practica reintervención a la señora G.S. con la intención de cortar la hemorragia interna que a esa altura ya era evidente que padecía, la verdad es que las cosas es que a raíz de dicha actuación médica desplegada por el equipo quirúrgico que la atendió, se le provocaron a la paciente una serie de lesiones que resultan muy difíciles de explicar y justificar de acuerdo a la *Lex Artis* médica, ya que ni siquiera se encontraban dentro del campo quirúrgico respectivo”.

“Por lo anterior, es dable concluir, que en vez de ayudar a la mejoría del cuadro que presentaba esta paciente, con dicho actuar negligente y culpable, solo se contribuyó a agravar su estado de salud, haciendo imperioso e indispensable su pronto traslado hasta el Hospital Regional de Copiapó, con la finalidad de darle un mejor manejo a esta emergencia médica”.

Por último, en lo que dice relación con “...*la demora en la derivación de la paciente a un centro de alta complejidad*”, existían varias situaciones a tener cuenta, entre ellas, que se trataba de una mujer de 41 años, siendo está su cuarta cesárea, que de acuerdo a los testigos ginecólogos, este parto revestía un riesgo mayor a un parto normal, esto es, más propensa o predispuesta a sufrir una hemorragia interna, por lo que desde un inicio aparecía como cuestionable la decisión del equipo quirúrgico de llevar a cabo una cesárea en la Clínica Médica Copiapó, que no se encontraba en condiciones de poder manejar una emergencia de este tipo, sumado a que en forma prácticamente inmediata, comenzaron a practicar otra cesárea impidiendo un diagnóstico oportuno demorando su traslado hacia un centro de alta complejidad.

Por otro lado, si la situación era tan delicada, ¿por qué en ese momento no se dispuso el traslado inmediato de la paciente hacia el Hospital Regional de Copiapó, y por el contrario fue reintervenida?, cuando era evidente que la Clínica Médica Copiapó no estaba preparada para soportar una emergencia de este tipo. En ese sentido, fue el propio testigo G.V.C. quien declaró que fue él quien hizo presente al doctor G. que atendida la gravedad de la situación debían trasladar a la paciente al Hospital Regional de Copiapó, decisión que en definitiva debe haber sido tomada con posterioridad a las 12:00 horas, teniendo en cuenta la hora de llegada la paciente a ese centro hospitalario.

Así las cosas, el Tribunal en su considerando decimocuarto, señaló que: “En consecuencia, como ya se ha adelantado, en el caso de marras se ha incurrido en una conducta de carácter culposa al producir una demora en el diagnóstico de la paciente, al realizar una segunda intervención médica que le provocó una serie de lesiones que resultan inexplicables e injustificables, y además, en la demora del traslado de la paciente a un centro de alta complejidad, todo lo

cual constituyó evidentemente la causa basal del agravamiento de la salud de la paciente, a tal grado que nunca la pudo reestablecerse y, finalmente, después de casi diez de complicaciones, falleció el día 24 de enero de 2008 a las 02:35 horas”.

**El Resultado dañoso**, fue en definitiva la muerte de la paciente debido a un Shock Séptico / Celulitis / Histerectomía Post Cesárea.

## 2. Juzgado de Garantía de Temuco<sup>3</sup>

El Ministerio Público interpuso un requerimiento fundado en la figura del artículo 491 del Código Penal, que señala “El médico,...que causare mal en las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión....será sancionado con las penas contempladas en el artículo anterior”.

El Tribunal estableció como requisitos del tipo penal los siguientes:

- a) Que el facultativo en el ejercicio de su profesión cause un mal en las personas,
- b) Que ese mal sea causado por una negligencia culpable, lo que se exige por el especial deber de cuidado que pesa sobre las personas que ejercen el arte de curar. Al respecto y para determinar las reglas del deber de cuidado hay que recurrir a la denominada *Lex Artis* y luego determinar si hubo una infracción a dicha *Lex Artis*.

De esta forma, el fallo en su considerando decimoquinto señaló que: “...se acreditó que el día 4 de septiembre de 2012, con ocasión de una cirugía de cesárea practicada en el Hospital Clínico de la Universidad Mayor, dirigida por el Doctor P.V.G., doña M.C.R., sufrió lesiones, consistentes en quemaduras de forma triangular, en sus muslos, entrepiernas y costado izquierdo, lesiones clínicamente de carácter grave, con 60 días para sanar y 10 días de incapacidad laboral. Lo anterior se acreditó, por la declaración rendida por todos los testigos en el juicio, contestes en ese punto, las víctimas y el propio requerido, además del informe pericial relatado por la perito doña Cristina Nass Sandoval y los documentos consistentes en Epicrisis, ficha clínica y set de 23 fotografías. Por el contrario, no se logra acreditar más allá de toda duda razonable, que el médico doctor P.V.G., infringió o se apartó de la *Lex Artis*, correspondiente a usos o prácticas provenientes de la formación médico, según los dichos del Doctor Carlos Peralta, pues de la declaración de los testigos, Peralta Herrera, Reyes Baeza y Olave Mora, el día 4 de septiembre de 2012, se realizaron los procedimientos habituales de una cirugía de cesaría, como lavar con jabón la zona quirúrgica del paciente, efectuado por la enfer-

3 Juzgado de Garantía de Temuco, 10 noviembre 14, RIT N°2910-2013, RUC N°1200899253-1.

mera, la desinfección efectuado por el médico jefe, utilizando en este caso clorhexidina, la colocación de la pabellonera en los costados de la paciente y zona genital de compresas estériles para la absorción del excedente del desinfectante, la postura del campo quirúrgico, para luego realizar la incisión, mediante la utilización de un bisturí no eléctrico y uno eléctrico. Respecto de la utilización de clorhexidina, quedo acreditado por la declaración de todos los testigos, profesionales y técnicos presentes en la cirugía, que es habitual el uso por parte de los cirujanos de esa sustancia desinfectante. Sobre el punto específico del exceso en el uso de clorhexidina, algunos testigos como Carlos Peralta, María Reyes Baeza y Patricia Molina Contreras, señalaron que en su concepto existió un exceso en su aplicación por parte del médico V., lo que a esta sentenciadora le generó duda razonable, respecto de la cantidad que debe utilizarse y qué debe entenderse por exceso, por cuanto no se rindió por el Ministerio Público ni Querellante, de una prueba pericial, como un informe clínico, literatura, protocolos utilizados en cirugía de cesarías en otras clínicas o normas ministeriales respecto del uso del señalado desinfectante, el cual pudiera haberse utilizado al menos como referencia por esta Juez. A mayor abundamiento, tampoco se rindió prueba sobre las instrucciones del fabricante en el uso de la clorhexidina, sus condiciones de conservación y si dicha conservación puede influir en su aplicación y efectos. Cabe señalar además que si bien los testigos antes aludidos, señalan que en su concepto existió un exceso en la aplicación por parte del doctor V. del desinfectante, son contestes en que se efectuó el correspondiente secado del exceso por parte de la enfermera con las compresas estériles, pues dicha sustancia siempre escurre, razón por la cual se utilizan las compresas en los costados de la paciente. Además la testigo Sandra Hormazabal, en su calidad de pabellonera señala que a solicitud del doctor Peralta, secó nuevamente con compresas luego que el doctor V. vertiera el residuo de desinfectante en la paciente y el mismo doctor Peralta señala en su declaración y en el informe que emite al director de la clínica, que se retiró el excedente líquido mediante uso de compresas estériles, informe incorporado por la querellante en el juicio. Por tanto, si se efectuó el correspondiente secado, verificado por el doctor Peralta, no se explica cómo las quemaduras y la inflamación son justamente en el lado izquierdo de la paciente, lugar en donde se encontraba dicho médico, lo que consto tanto por su declaración como por la declaración de María Reyes. Este Tribunal estima que el testigo Carlos Peralta se contradice en sus declaraciones, pues en su relato explica detalladamente el procedimiento de antisepsia, indicando que tanto la enfermera como la pabellonera efectuaron el secado del excedente de clorhexidina, verificando dicho secado en su campo visual, luego preguntado al respecto señala que al momento de la incisión a su juicio si había excedente y no lo advirtió al equipo médico. Finalmente, respecto de la declaración de la arsenalera y pabellonera sobre la practica utilizada por el doctor P.V. en la aplicación del desinfectante, no se acreditó cual es la práctica que se debe utilizar o que es lo que no se debe hacer, por tanto al no estar claro en con-

cepto de esta Juez cual es la *Lex Artis* en ese punto, no puede sostenerse que el requerido actuó negligentemente, de tal manera que no se acreditó un elemento del tipo penal”.

### 3. Tribunal Oral en lo Penal de La Serena<sup>4</sup>

El Tribunal de la Serena conoció de la acusación por cuasidelito de negligencia médica, con resultado de muerte, previsto en el artículo 491 del Código Penal y sancionado en el artículo 490 N°1, en relación al artículo 391 N°2, del mismo cuerpo legal, en contra del médico cirujano don J.I.Z.C., en relación a la muerte del menor D.F.L. quien según consta de su certificado de defunción, el día 24 de diciembre de 2010, a las 6:40 horas, falleció a causa de una hemorragia intestinal en estudio, corroborado por una médico legista, quien en su primera evaluación concluyó que fue por dicha causa, ampliando posteriormente su informe tras recibir los antecedentes de la perito **médico anatómo patólogo**, determinando así, que la causa de muerte era enteritis hemorrágica aguda, reciente, causada por una cepa de *Escherichia Coli*, que se encontró en la sangre, que la médico legista extrajo del corazón del fallecido, y que fue analizada por un Bioquímico, quien dio cuenta en estrados que la presencia de esta bacteria en el corazón no es normal, ya sea una cepa patógena o una no patógena, que debió estar en el tracto digestivo.

Para los sentenciadores, la causa de muerte constatada pericialmente resultó certera, por cuanto la perito explicó detalladamente su análisis y conclusiones. A este respecto también se cuenta con la pericia evacuada por la cirujano infantil quien dijo que lamentablemente los problemas de salud evolucionaron atípicamente de manera rápida.

Los antecedentes precedentemente expuestos, no lograron ser desvirtuados por la declaración del médico cirujano, especialista en anátomo-patología, quien depuso acerca del informe pericial que practicó sobre los informes que fueron evacuados por la doctora Cabrera y Ruiz, respectivamente, toda vez que éste médico no realizó autopsia alguna, pero aun así señaló que no le había quedado clara la causa del shock y que no podía afirmar que el sangramiento haya sido el causante de este, restándole valor a la pericia de la doctora Cabrera que realizó la autopsia.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal señaló que: “**SÉPTIMO:**... pese a que sabemos que el menor sufrió un shock hipovolémico, a causa de una hemorragia, lo que en definitiva le causó la muerte, debemos centrar el análisis del caso, más que en la causa del shock, en los síntomas del mismo y en

4 Tribunal Oral en lo Penal de la Serena, 15 enero 14, RIT N°284-2013, RUC N°1001204040-2.

el análisis de lo ocurrido en el box de urgencia en la primera atención que recibió el niño, a las 3.55 horas, y de la que da cuenta el DAU 126033”.

Así entonces, tal como ha señalado la Excelentísima Corte Suprema en causas Rol 9-03 y 6585-06, son requisitos copulativos para encontrarnos en presencia de la situación denunciada en esta causa: “1. Que el autor sea un médico y que su actuar haya sido en el ejercicio de la profesión 2. Que la acción del médico haya producido un mal en la persona del paciente 3. Que el médico haya actuado con negligencia culpable, y, 4. Que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante”.

Como el primer requisito estuvo sobradamente acreditado, el Tribunal señaló que había que centrarse en los restantes. Así fue que la madre del menor fallecido, doña C.A.L.L. dijo en estrados tajantemente que: “...el acusado, en la primera atención, no examinó a su hijo y la interna de medicina tampoco. Que el niño era sano, el día anterior comió, jugó, fue a dos fiestas de entrega de regalos, fue a control médico a las 15:30 ó 16:00 horas. Se acostó a las 23:30 horas, luego de tomar leche y a las 02:00 horas empezó con malestares, se movía mucho en la cama, comenzó a quejarse, a tocarse la panza, a doblarse de dolor, a gritar, lloraba como desesperado...” Ella consiguió que familiares la trasladaran al Hospital y el niño se quejaba de dolor de estomago, estaba helado, pálido y se quejaba. Cuando hicieron el ingreso y estando en el box de atención junto a su madre, ingresó un paramédico, para tomar la temperatura, le dijo que le retirara la chaqueta, pero ella le dijo que tenía mucho frío y no le sacó nada más, le puso el termómetro en la axila y se retiró. Luego reingresó a sacar el termómetro y luego ingresó el médico de turno, J.Z., con una paramédico o practicante de paramédico. El menor no tenía fiebre y el médico sólo preguntó por qué lo había llevado, sin hacer ninguna otra pregunta. El médico habría señalado que era “...un simple cólico”, ...”que eran las cuatro de la mañana y el niño tenía frío y sueño, que lo llevara a la casa, por lo que ella le preguntó qué hacía con él y el médico le respondió que le diera sales hidratantes”.

Por su parte, el imputado señaló en estrados que “...si bien sólo se registró en el DAU por el paramédico la temperatura del niño —que era normal, como conocen estos sentenciadores y fue señalado por la doctora Pamela Saavedra que 36,7 grados no son fiebre ni hipotermia— sí le practicó un examen completo. Dijo que el niño entró al box caminando, el paramédico salió del box y él entró, se quedó con el niño y su madre. El niño estaba sentado en la camilla, con los ojos abiertos, vigil, tenía buena coloración, no tenía ningún apremio respiratorio, era un niño normal que estaba sentado. Le hizo la primera inspección ocular y no tenía ningún indicio evidente que hiciera sospechar de una patología”. Luego le habría hecho distintas preguntas a la madre relacionadas con las actividades realizadas por el menor durante el día y la ingesta de alimentos. El menor estaba sentado en la camilla, se sostenía

por su propio cuerpo y procedió a examinarlo de manera completa, incluido un examen cardio-respiratorio, que resultó normal.

La impresión global que le dio el examen, luego de examinar al niño clínicamente, lo que implica necesariamente ver sus signos vitales, temperatura, estado cardio-circulatorio, frecuencia cardiaca, estado respiratorio, fue que no existía ningún signo de compromiso vital y que era lamentable que el DAU, diseñado para atenciones de choque o rápidas, que permite definir si hay o no compromiso vital, no permitiera descripciones de examen físico, por lo que habitualmente no se llena, no se describe el examen físico o anamnesis, no es exigido escribirlo.

Finalmente señaló que la madre del menor le pidió que le hiciera exámenes y lo hospitalizara, pero clínicamente los exámenes no lo justificaban. Jamás vio ningún signo que le hiciera sospechar que el niño podría estar en riesgo vital. Después de darle las indicaciones, el paciente salió caminando.

Como vemos, obviamente las versiones fueron contrapuestas por lo que debieron ser contrastadas con la declaración de la interna de medicina al día del fallecimiento (médico cirujano), Macarena Paola Castillo Aguilera, quien señaló que el día de los hechos estaba en turno y el pediatra doctor Z. atendió al menor D.F. quien llegó con su madre. Ella se disponía a hacer el examen físico al menor, cuando se le perdió su oliva y se puso a buscarla lo que hizo dentro y fuera del box por alrededor de cinco minutos y volvió cuando la madre del niño salía con él en brazos. La primera vez que ella ingresó al box estaba el doctor, la madre y el menor conversando, haciendo preguntas, no recuerda qué dijeron, eran preguntas médicas y la anamnesis. Después venía el examen físico, que ella no pudo realizar y salió. A la pregunta de si al paciente lo vio en shock respondió que ello va de la mano con signos vitales. De lo que ella vio no sabe si estaba en estado de shock, aunque sí presentaba compromiso de su estado general, pero no se veía grave. El menor sí se veía un poco decaído, a eso refiere con compromiso de estado general.

Para el Tribunal, del análisis de estos antecedentes reflexionó respecto a: "... con qué información contó el imputado por parte de la madre. Es claro que el DAU señalaba como único comentario al ingreso "FIEBRE", y que el médico Z. señaló que la madre sólo le habría referido dos o tres vómitos y dolor de estómago, como síntomas adicionales. Lo cierto es que el carabinero Eduardo Silva Tamayo, quien tomó la denuncia, dijo que el padre del menor refirió que ingresó horas antes al servicio de urgencia por síntomas de "fiebre alta", lo que concuerda con lo aseverado en el DAU en que se habría referido FIEBRE, aunque se constató y registró que el menor tenía temperatura normal, es decir, ni fiebre ni hipotermia. La madre no refirió haber dicho fiebre, pero indicó que sí dijo convulsiones que, como es sabido, el común de la gente suele asociar a manifestaciones de un estado febril elevado. Si el médico tomó en cuenta esos antecedentes al diagnosticar evidentemente, en ausencia de



otros signos físicos, era dable pensar que se encontraba frente al cuadro que diagnosticó, con las evidencias que dijo encontró”.

Continúa el Tribunal señalando que “...no se consultó a ninguno de los profesionales médicos que declararon en juicio si la ingesta del medicamento Idón, administrado al niño antes de ser llevado al Hospital a una primera atención, pudo disfrazar u ocultar de algún modo síntomas del cuadro en desarrollo, máxime si según lo declarado por los padres dicho medicamento fue recetado para los cólicos. Tampoco se incorporó pericia alguna sobre los eventuales efectos adversos o contraindicaciones del medicamento que fue administrado al niño y no se indagó si ello podría tener relevancia, atendida la causa de fallecimiento, ni se averiguó sobre las dosis en que debía administrarse a un niño...”

Evaluados psicológicamente a los padres del menor fallecido se pudo constatar que la madre del menor presentó una “...baja capacidad de organización perceptual de la experiencia, ciertos episodios confabulatorios o fabulatorios alrededor de la muerte de D., de rellenar la experiencia objetiva con ciertas fantasías, por lo que se puede dar una ocasional inexactitud perceptual, una distorsión de los fenómenos del pensamiento.” “...la muerte del niño y la denuncia subsecuente, en que necesariamente se relata lo ocurrido sólo unas horas antes, constituye una sola experiencia, respecto de la cual no se puede descartar su involuntaria distorsión, precisamente por la condición de salud mental, motivada por el evidente trauma ante la muerte de un hijo, relatada por la perito antedicha”. En cuanto al padre de D., existieron más dificultades que en el informe anterior, por cuanto afectan al pensamiento. “El juicio de realidad se encuentra mantenido, pero con bastante dificultad y el sentido de realidad sí está alterado profundamente. Por ejemplo, él confunde algunas experiencias de sueños con su hijo D. y les da un sentido no muy acorde a la realidad. Se le aparecería la presencia del niño, lo que determina mayor inexactitud perceptual. Tiene posibilidades de impulsividad alta. Indicó que hay mucha culpa también. Ambos tienen ciertas lagunas y bloqueos, que dicen relación con la muerte y sus circunstancias. Como es dable apreciar atendidas las condiciones precedentemente relatadas, es posible, al menos a título hipotético, que en una noche en que los acontecimientos se sucedieron tan rápido, parte de los síntomas del menor aparecieran luego de la primera atención y dado el desenlace fatal y las consecuencias sobre el sentido y el juicio de realidad, respectivamente, anotadas en los progenitores, puedan influir en la percepción que tienen acerca de la forma en que se verificaron los acontecimientos y en el orden y data de los síntomas”.

Respecto al Manual De Organización de la Unidad de Emergencia del Hospital de Coquimbo, el propio Jefe de la Unidad de Emergencia del Hospital de Coquimbo, don Domingo Fernando Saavedra Pinto dijo que “...este documento establece que corresponde a los paramédicos tomar los signos



vitales, que siempre el control de los signos se hace por el paramédico desde que él asumió, porque de otro modo el médico podría ser responsable de todo lo que ocurre en la unidad de emergencia. Reconoció los documentos signados bajo el número 39, que el mismo suscribe, Manual de Emergencias Prehospitalarias y Shock que consigna “*El primer paso en el manejo inicial del shock es reconocer su presencia basado en la evaluación clínica del estado de la perfusión y oxigenación de los tejidos*” Los objetivos son “a) Reconocer la presencia de Shock e identificar la causa que lo produce, con una adecuada evaluación de lesiones, signos y síntomas b) Detener la hemorragia y remplazar el volumen perdido, con un manejo agresivo que incluya todas las medidas de soporte vital”; “Shock compensado: Etapa del shock en la cual la activación de los mecanismos cardiovasculares compensatorios (venoconstricción, cronoinotropismo cardíaco, aumento en la resistencia vascular periférica) aún logran asegurar un adecuado flujo sanguíneo, al menos en los órganos vitales críticos. Esta etapa es clínicamente evidenciable mediante la constatación de diversos signos al examen físico: Taquicardia, piel fría, pálida y sudorosa, llene capilar lento, pulsos débiles, oliguria, ileo intestinal”; “Signos Alarma Shock Compensado: Signos clínicos que predicen la rápida progresión a un shock hipotensivo: Taquicardia acusada o progresiva, pulsos periféricos ausentes, pulsos centrales débiles, manos y pies fríos con llene capilar muy enlentecido, reducción de presión arterial diferencial, alteración de conciencia, tendencia a hipotensión”; “Hallazgos clínicos más frecuentes según tipo de shock: Shock Hipovolémico: Taquipnea “silenciosa”, taquicardia, presión arterial normal o hipotensión con presión arterial diferencial disminuida, pulsos centrales normales o débiles, pulsos periféricos débiles o ausentes, llene capilar lento. Piel sudorosa, pálida y fría. Alteración de conciencia. Oliguria”; “Estrategias Claves: 1. Reconocer tempranamente un Shock Compensado 2. Proceder con la mayor celeridad posible”. Es cierto que los signos de reconocimiento de shock son importantes, en la medida que efectivamente existieran al momento de la primera atención, lo que como se ha dicho no ha resultado acreditado más allá de toda duda razonable y también es importante saber si para reconocerlos era absolutamente indispensable la objetivación de los signos clínicos, habiendo señalado el imputado que bastaba con el examen clínico que practicó. Lo cierto es que el Jefe de la Urgencia, que es donde se verificaron los sucesos, también releva el aspecto clínico del examen como elemento para detectar el shock, al igual que el médico Guillermo Valdebenito, quien dijo que la utilidad de los signos tomados por el auxiliar paramédico es muy discutible, primando el examen clínico completo. Señaló el médico Saavedra Pinto que la etapa inicial del shock puede pasar inadvertido, como un problema agudo y que el otro factor que influye es el huésped, porque en una primera atención el médico podría ignorar si un paciente se encuentra inmunodeprimido. No hay que olvidar en este caso que la médica Alejandra Álvarez Cabrera, que examinó al niño el día anterior al de su fallecimiento, durante la tarde, dijo que el niño estaba sano, habiéndose

acompañado su carné de salud que sólo consigna atenciones y vacunas, pero agregó que en el menor había síndrome bronquial obstructivo recurrente, lo que no sabemos si influyó eventualmente en que fuera un huésped con las características que refirió el médico Saavedra Pinto, esto es inmunodeprimido y de qué modo aquello influyó en la evolución de su patología. La importancia del examen clínico también aparece en el documento 44, Soporte Vital Avanzado Pediátrico de la American Heart Association, en cuanto destaca un triángulo para realizarla, basado en apariencia, trabajo respiratorio y circulación, basado en el color de la piel en este aspecto. La duración de la evaluación tampoco aparece anormal para el Director de la Urgencia, doctor Saavedra, por cuanto refirió que la evaluación inicial en urgencia dura 30 segundos y el examen clínico de urgencia no más de diez minutos”.

El perito José Antonio Salinas Torres, médico cirujano, pediatra y neonatólogo, en relación a la primera atención y en su opinión, señaló que: “... con los antecedentes del equipo al momento de la atención era muy difícil o imposible predecir lo que ocurrió. Hasta la autopsia no se supo que ocurrió. La forma de proceder le parece apropiada para los antecedentes de la historia y el examen físico. Dados esos antecedentes, a ese momento conocidos, no le parece que haya habido indicación de dejar al niño hospitalizado, hasta ese momento”.

Así las cosas, para el tribunal existió más que una duda razonable que la acción del médico haya producido un mal en la persona del paciente y que el médico haya actuado con negligencia culpable, por lo que no habiendo acto culposo probado indubitadamente, inútil resulta buscar una relación de causalidad con el resultado mortal.

La perito Paulina Troncoso, si bien hizo un extenso análisis de los motivos por los que estima que la no objetivación de los signos vitales por parte del médico Z. constituye negligencia médica, expresó que “...el shock pudo producirse entre ambas atenciones, que hay una posibilidad menor, pero es posible”.

Continúa el Tribunal señalando que: “Como se ha expresado, con los testimonios médicos antes referidos ya era discutible la real relevancia en este caso de la objetivación de los signos vitales en el DAU y la responsabilidad que en ello cabía al doctor Z., pero si el menor no estaba en shock al momento de la primera atención, si cabe al menos esa posibilidad, indudablemente se refuerza la duda razonable, porque una condición no presente no puede ser detectada medicamente y en el sistema penal que nos ocupa esa duda no puede más que llevar a la absolución del encartado, por cuanto las diferencias anotadas en la prueba operan de esta manera en el sistema legal que rige en Chile”.

#### 4. Juzgado de Garantía de Quilpué<sup>5</sup>

El fallo que analizamos a continuación, fue dictado durante el presente año por el Tribunal de la referencia y lo hemos incluido por cuanto se dictó en un segundo juicio oral ordenado instruir por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, que acogió un recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía de Quilpué y cuyos antecedentes pasamos a exponer.

La resolución de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso<sup>6</sup>, de fecha 2 de octubre de 2014, que acogió el recurso de nulidad ROL N°1403-2014, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de la misma ciudad, declaró que el juicio oral y la sentencia eran nulas, disponiendo la realización de un nuevo juicio oral simplificado ante el Tribunal no inhabilitado que correspondiere.

Dicha resolución además señaló que:

**“Décimo tercero:** Que en el presente caso, de acuerdo a los hechos que se tuvieron por formulados en el requerimiento en contra del imputado, se expresó que el día 26 de marzo del año 2011, la víctima, alrededor de las 13,00 horas, concurrió a la Unidad de Emergencia del Hospital de Quilpué, aquejado de un fuerte dolor al testículo izquierdo, acompañado de vómitos y pérdida de conciencia, siendo atendido y evaluado por el imputado, a la sazón médico de turno, diagnosticándole la dolencia como “algia testicular en estudio, obs. Torsión hidátide”, prescribiendo al paciente el suministro de suero, dipirona y metoclopramida, reposo relativo, régimen líquido, diflofenaco y que a la brevedad fuera controlado por urólogo del Hospital Gustavo Fricke, siendo derivado a su domicilio”.

**“Décimo cuarto:** Que el Tribunal a quo, en los razonamientos utilizados para descartar la culpabilidad del imputado en los hechos por los cuales fue procesado, desecha la posibilidad que el paciente al concurrir al centro asistencial donde fue atendido, tuviera los síntomas de una torsión testicular, que fue lo que en definitiva le ocurrió a la víctima, expresando al efecto, que no estaba claro que éste tuviera un aumento de volumen testicular, debido a que la hoja DAU no consigna tal hecho, cuando en realidad dicha hoja consigna que a la anamnesis del paciente este “a la palpación tiene dolor intenso en relación a polo anterior testicular con palpación aumento de volumen”, lo que se traduce en una evidente contradicción entre lo expuesto en el fallo con lo que realmente consigna dicho instrumento médico. Corrobora lo dicho, al evaluar el examen denominado Ecodoppler realizado a la víctima el día posterior a la primera atención, el que, entre otras cosas, expresa que siendo ambos

5 Juzgado de Garantía de Quilpué, 23 febrero 15, RIT N°1239-2011, RUC N°1110011240-1.

6 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 diciembre 2014, ROL N°1403-2014.

testículos de forma y tamaño normal, el izquierdo presenta “múltiples áreas hipocogénicas mal delimitadas, sugerentes de focos de necrosis...se identifica marcada alteración del trayecto del cordón espermático, con tortuosidad de éste, con el aspecto de una torsión, se logra identificar flujo cefálico a la tortuosidad descrita. Impresión Tomográfica: signos de torsión testicular a izquierda...”.

**“Décimo quinto:** Que de acuerdo a los antecedentes que se han tenido por relacionados, aparece que efectivamente el examen que se ha señalado precedentemente descarta un aumento de volumen en el testículo izquierdo, pero, sin embargo, devela que el mismo contiene en su interior focos de necrosis, existiendo una torsión, con una marcada alteración del trayecto del cordón espermático, dando como diagnóstico final la existencia de la referida torsión testicular. Con lo cual se puede concluir, a su vez, que el aumento testicular no necesariamente debe existir para que estemos en presencia de una torsión testicular. Puede desarrollarse este aumento y en algunos casos alcanzar hasta dos veces el volumen del testículo, pero esta situación no necesariamente debe producirse”.

**“Décimo sexto:** Que, asimismo, en cuanto a la ausencia de dolor de la víctima, lo que habría llevado al alta de este, es necesario considerar que la administración de diversos calmantes al paciente cuando concurrió al centro asistencial, obviamente hicieron que el dolor inicial se viera disminuido, pero dicha consecuencia no hace que el motivo del mismo deba desaparecer, esto es, la enfermedad sigue estando ahí, solo el dolor que esta produce se ve paliado. Por lo que en ese entendido, no se atiene a los principios de la lógica la conclusión a la que arriba la juez del fondo al estimar que habiendo mermado el dolor la enfermedad desaparece”.

**“Décimo séptimo:** Que por otra parte, en cuanto a la vulneración de las máximas de la experiencia, el tribunal del grado expresa que el requerimiento confundiría lo que se denomina testículo agudo con la torsión testicular, por lo que no se sabe cuál es la imputación realizada al imputado. En este sentido debe precisarse que según la literatura médica fácilmente encontrable en las redes sociales, el síndrome de testículo agudo consiste en la tríada de aumento de volumen, dolor e inicio brusco, asociado a síntomas generales como fiebre, vómitos y molestias urinarias,...Por lo que dicha literatura médica recomienda que, siendo muy difícil de determinar la diferencia clínica de los cuadros antedichos, cualquier examen complementario que demore el tratamiento más de 6 horas de iniciado el cuadro clínico puede llevar a un daño irreversible, por lo que atendidas las gravísimas consecuencias, ante la sospecha clínica y para no retardar el tratamiento, la exploración quirúrgica es obligatoria para confirmar el real diagnóstico del paciente que sufre el síndrome testicular agudo”.

**“Décimo octavo:** Que en relación a lo expuesto en el motivo precedente, y para el caso que nos ocupa, ante la concurrencia de la víctima al Hospital de

Quilpué el día señalado, aquejado de un fuerte dolor en el testículo izquierdo, acompañado de vómitos y pérdida de conciencia, lo recomendable era, bajo todo punto de vista, que el médico que lo atendiera realizara, de inmediato, un Examen Ecodoppler en el paciente, o realizara todos los contactos a su alcance para que este se produjera, con el objeto de averiguar el estado del órgano afectado y, también junto con ello, la exploración quirúrgica respectiva para confirmar el real diagnóstico del paciente, procediendo con esos elementos a determinar la causal de los síntomas expresados y así obrar en consecuencia ejecutando con la máxima celeridad las maniobras operatorias pertinentes.

En este sentido, las máximas de la experiencia nos indican, que un facultativo acucioso y diligente, hubiera actuado de la forma que se expresó en el motivo anterior, y no diagnosticando la dolencia como “algia testicular en estudio, obs torsión hidátide”, sin que un examen previo y una exploración quirúrgica, absolutamente necesarias, determinaran el real diagnóstico del paciente, prescribiéndole sólo paliativos transitorios comunes que no abordaban la patología como debería haberse hecho, llevando esta situación indefectiblemente a la pérdida del testículo afectado por parte de la persona que concurría donde un médico esperando de este una íntegra atención profesional”.

**“Décimo noveno:** Que corrobora lo expuesto en los apartados anteriores, lo expresado al efecto por el médico legista Emilio Merhe, en el sentido que el paciente al que hacen referencia estos autos, expresó en su oportunidad, que este no era el primer episodio de dolor testicular agudo que había tenido, lo que por lo demás consignó el imputado en la Hoja DAU, al expresar que “obs torsión hidátide (3er. episodio),” lo que a todas luces era indicativo que esta persona había sufrido con anterioridad una subtorsión, por lo que en ese entendido, tenía un claro síntoma de poseer una malformación congénita que podría traer consigo la torsión testicular, como efectivamente se produjo, por lo que en ese entendido tal situación corrobora lo expuesto, en el sentido que todo aconsejaba que el médico de turno tomara las máximas precauciones para realizar un diagnóstico preciso y concluyente, lo que, como se dijera, no fue lo que precisamente realizó el imputado respecto de la víctima de autos”.

**“Vigésimo:** También en relación a lo expresado, no deja de llamar la atención lo que al respecto declaró el imputado en juicio, en el sentido que el ofendido llegó el día 26 de marzo de 2011 con un dolor agudo en el testículo izquierdo, indicando haber tenido náuseas y desvanecimiento; que no era la primera vez que esto le ocurría ya que había presentado dos episodios anteriores; que descartó la torsión testicular por cuanto el testículo no se encontraba ascendido ni tenía aumento de volumen y por la forma en que se presentó el dolor, el número de veces en que había ocurrido y por la forma en que respondió al tratamiento, agregando, que en la torsión testicular el dolor es invalidante y que no podría haber llegado caminando, lo que no hace más que corroborar

que de acuerdo a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, la persona que lo consultaba, tanto por sus antecedentes, como por los síntomas que presentaba, debía ser objeto, necesariamente, del procedimiento que se dijera, tanto del informe imageonológico que se ha señalado como de la exploración quirúrgica que, como se dijera, no fueron realizadas por el imputado”.

**“Vigésimo primero:** Que por lo expuesto, existiendo de parte de la sentencia dictada en autos una falta de fundamentación, pues no se hace cargo de toda la prueba producida en autos, más aún, infringiendo la misma los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, lo que resulta en una imposibilidad de reproducir el razonamiento que tuvo el Tribunal para arribar a la decisión adoptada, estas situaciones llevarán a estos sentenciadores a acoger la causal de nulidad que se funda en estas inobservancias, procediendo, en consecuencia, a anular la citada sentencia y el juicio oral que la precedió”.

Así las cosas, se llevó a efecto la nueva audiencia de juicio oral en contra del imputado, cuyo requerimiento consistió en que el día 26 de marzo del año 2011, E.A.M.B., alrededor de las 13:00 horas, ingresó a la Unidad de Emergencia del Hospital del Quilpué, aquejado de un fuerte dolor en el testículo izquierdo acompañado de vómitos y pérdida de conciencia, siendo atendido y evaluado por el médico de turno, Dr. M.V.S., diagnosticando la dolencia como “algia testicular en estudio, Obs. Torsión hidátide”, prescribiendo al paciente el suministro de suero fisiológico, dipirona y metoclopramida, reposo relativo, régimen líquido, diclofenaco y que a la brevedad fuera controlado por urólogo del Hospital Gustavo Fricke, siendo derivado a su domicilio. Posteriormente y al no cesar los dolores pese a los medicamentos prescritos por el médico de turno, la víctima se dirigió nuevamente al Hospital de Quilpué siendo intervenido por el Dr. Z. el día 27 de marzo del mismo año, cirugía que concluyó con la extirpación total del testículo izquierdo, procedimiento que provocó la pérdida del testículo, quedando la víctima impedido de un miembro importante.

Efectuadas las pericias por la Unidad de Responsabilidad Médica del Servicio Médico Legal, éste concluyó que ante la sospecha clínica de torsión testicular se debe actuar, y no estar a la espera de exámenes clínicos que pongan en riesgo la pérdida del testículo y que el Cirujano de Urgencia debe estar preparado para diagnosticar un “testículo agudo”, debiendo derivar al paciente inmediatamente a un centro para el tratamiento adecuado, determinándose por dicha Unidad que en esa primera consulta no se actuó de acuerdo a la *Lex Artis*.

En el requerimiento se imputó la calidad de autor, en un ilícito de cuasidelito de lesiones graves gravísimas, previsto y sancionado en el artículo 490 N°1 en relación con el artículo 491 y 397 N°1 del Código Penal, en grado consumado.

A juicio de la Fiscalía los hechos descritos eran constitutivos de Cuasidelito de Lesiones Graves Gravísimas, previsto y sancionado en el Art. 490 N°1 en relación con el Art. 491 y 397 N°1 del Código Penal, correspondiendo al requerido participación en calidad de autor en grado de desarrollo de consumado.

Por su parte, el Tribunal señaló que desde el punto de vista del tipo penal en comento, era necesario precisar el sujeto activo y la conducta típica, a objeto de explicar los motivos por los cuales la prueba condenó al imputado. Así, la calificación jurídica, de acuerdo a la teoría normativa del hecho (Baumann, Jurgen, Roxin, Claus), se admite que en la sentencia se introduzcan modificaciones a los hechos de la acusación, siempre que no se modifique la conducta sustancial enjuiciada, es decir, el núcleo, que en este caso es si el agente actuó de acuerdo a la *Lex Artis*, o el bien jurídico protegido, vida y salud, pero pudiendo diferir en hechos o elementos accidentales, tal como en este caso. La doctrina pone de relieve que en la ley penal se recogen ciertas conductas a las cuales se van modificando su título jurídico conforme se van añadiendo circunstancias fácticas que la especifican y la complejizan y que la doctrina nacional denomina progresión-regresión delictiva, la que se produce cuando el juez estima que de la prueba se deduce un elemento fáctico no introducido por la acusación que hace subir la subsunción o por el contrario cuando considera que no se ha probado alguna parte del relato de los hechos de la acusación, lo que hace descender la calificación. Lo que aplicado al caso, se pudo establecer que la víctima concurrió a otro recinto hospitalario el cual se negó en dos oportunidades atenderla, para luego finalmente ser operada en el Hospital de Quilpué. Por lo tanto, se cumplió a criterio del tribunal, el requisito de no modificar la conducta sustancial enjuiciada, pues el imputado realizó hechos constitutivos del artículo 491 del Código Penal, lo que se plasmaron en los hechos que se dieron por acreditados.

Establecido lo anterior y siguiendo a la doctrina, el sentenciador analiza el tipo penal señalando que:

**“NOVENO:**...el fundamento del tipo penal culposo no es la acción, sino el bien jurídico, y desde este habría que determinar el contenido y los límites de cada tipo legal y por tanto la intención que interesa jurídicamente.

El elemento básico del tipo legal culposo será lógicamente la culpa, que es la falta del cuidado objetivo exigido en el ámbito de la relación. Es por tanto condición necesaria, pero no suficiente la falta de cuidado, pues no toda falta de cuidado da origen a un delito culposo, a la cual entonces hay que agregar un elemento específico normativo que es el riesgo del actuar humano. Es decir, siempre habrá que recurrir a lo que las normas requieren o exigen en un determinado ámbito situacional, pues no se trata de una norma determinada, sino la consideración del conjunto del sistema normativo en relación a esa situación”.



A diferencia de la tipicidad del delito doloso, lo primero que se debe determinar es qué acción el sujeto pretendía desarrollar o estaba llevando a cabo dentro de un determinado ámbito de relación. Por lo tanto, ello implica que el Juez tome en cuenta, tanto la característica del sujeto activo, las circunstancias, la situación en concreto y el comportamiento conforme a tales antecedentes.

En suma el elemento subjetivo está referido a una acción concreta y no abstracta, por lo que se hace necesario precisar el sujeto actuante, esto es, sus características específicas, lo cual es determinante para precisar posteriormente la falta de cuidado exigido, pues no será lo mismo si se trata de un sujeto de conocimientos especiales o quien tiene un mínimo o escaso conocimiento para actuar en un determinado ámbito de relación. Por tanto, el tipo culposo obliga inevitablemente a considerar que una situación específica y la especificidad del sujeto actuante.

De ahí que si el sujeto actuante no tiene las aptitudes para participar en un ámbito de relación determinado, se le exige excluirse de ese ámbito de relación, salvo que supla el conocimiento de otra manera, lo que tiene especial relevancia en el caso sub judice, pues el imputado no ordenó la toma de una ecotomografía doppler o no lo derivó al Hospital Gustavo Fricke, bajo el argumento de que no tenía dudas acerca de su diagnóstico, lo que es contrario a su propia declaración en el sentido de que intentó infructuosamente obtener la opinión de un urólogo, es decir, no existía certeza en su diagnóstico, lo que se reafirma con la indicación de que en caso de dolor debía dirigirse al Hospital Gustavo Fricke, lo que se verá con mayor detalle en el trascurso de la sentencia.

Por otra parte, si el sujeto actuante tenía conocimientos especiales es evidente que sería absurdo que ellos no fuesen considerados, pues ello pertenece al ámbito de relación en que el sujeto actúa. Precisamente la situación típica está determinada en el delito culposo por un ámbito de relación específico, de modo que si se poseen especiales facultades para actuar en ese ámbito debería ser considerado.

En suma, no se trata de averiguar características estrictamente personales del sujeto, como sería la inteligencia o la moralidad, sino de establecer cuáles son las aptitudes de ese sujeto para participar de un ámbito de una relación determinada – médico – paciente –.

En ese sentido resulta ineludible el conocimiento de la acción que desarrolla y el riesgo que ello implica, pues de otra manera el acontecimiento carecería de significación jurídica penal, ya que, si se parte desde el bien jurídico y como este implica siempre una determinada relación social necesariamente la participación en una relación social requiere un determinado conocimiento”.



El sentenciador estableció los elementos específicos para determinar la falta de cuidado exigido por parte del sujeto actuante, señalando que ellos serían:

1. **Elemento objetivo – normativo intelectual:** Este elemento implica determinar qué riesgos o peligros debieron ser previsibles para la persona conforme a la acción desarrollada de acuerdo a las circunstancias fácticas y personales. Luego, partiendo de la persona concreta en las circunstancias concretas y de su actuar determinado, se exige por el ordenamiento una previsibilidad precisa por parte del sujeto actuante en relación al bien jurídico protegido, tratándose entonces de un elemento que importa un aspecto normativo y como tal debe determinarse conforme a un juicio ex ante, es decir, el juez debe ubicarse en el momento de la realización de la acción, según lo que surge desde la norma, por tanto desde la perspectiva de un hombre medio (médico de urgencia) conforme esas circunstancias fácticas y personales. Así, el juez estará en condiciones de determinar qué riesgos o peligros aparecían adecuados para el actuar desarrollado, es decir, como normales y en consecuencias previsibles y cuales extraordinarios o inadecuados, por tanto imprevisibles. Importante entonces es en este punto el tema de la imputación, toda vez que debemos preguntarnos qué acciones o medidas debió adoptar el imputado en esas circunstancias, teniendo en consideración el estado de salud de la víctima en particular, de manera de determinar cuál era el grado de previsibilidad que se le debía exigir.
  
2. **Elemento objetivo - normativo conductual:** Establecidos los riesgos o peligros se debe determinar cuáles son o eran las medidas de precaución exigibles o que debían haberse implementado, que a diferencia el elemento normativo intelectual donde su contenido estaba dado con la previsibilidad objetiva, en este caso se caracteriza por la prudencia objetiva, esto es, precisamente por las medidas de precaución objetivamente prudentes, adecuadas, frente a la previsibilidad de los riesgos y en ese contexto se debe determinar el deber de cuidado de los médicos y normas generales que protegen la vida y salud de las personas, destacando precisamente la *Lex Artis* como el conjunto de principios y reglas técnicas propios del arte de la medicina, vigentes al momento de actuar, que cuando no son respetadas se falta a dicha norma y la conducta es imputable, estableciéndose como fundamento de la imprudencia médica, tal como lo señaló la Excelentísima Corte Suprema en resoluciones Rol N°9-2003; 6585-2006 e Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N°6974-2005.

“Normalmente se habla de una “culpa media”, con un estándar de cuidado medio, por los términos del artículo 491 del CP “negligencia culpable”. Incluso se ha aumentado el nivel de cuidado al considerarla como reglamentos que si se infringen permiten sancionar por “mera imprudencia o negligencia” según el art. 492 (CORTE SUPREMA. 04 de junio de 2008. Rol: 434-2008)”.

Aclara el tribunal que independientemente que estas reglas del arte médico aparezcan en protocolos, codificados o no, son parámetros flexibles que concurren a determinar el cuidado debido según las circunstancias, que no fijan un cuidado excesivo y determinan responsabilidad por culpa leve, ni establecen un cuidado mínimo que haga responsable por culpa grave.

“La posición de garante del facultativo médico exige que ponga todos los medios que tenga a su disposición dentro de los límites de su propia actividad y, dentro de estas condiciones, la *Lex Artis* establece exigencias medias, reglas para la conducta profesional media, según las circunstancias del caso concreto, por eso se habla de una “*lex artis adhoc*”, que cambia en la situación que se examina. En este sentido se puede hablar de una concreta norma de cuidado, según el caso. Para apreciar estas reglas técnicas y establecer el núcleo de la norma de cuidado la doctrina extranjera introduce una idea clave: “neutralizar” focos de peligro existente o de impedir la creación de nuevos riesgos, como sería la pérdida del testículo”.

Siguiendo con los requisitos para establecer responsabilidad penal, el tribunal señala la existencia de una relación causal, entendiendo que la causalidad es un vínculo que se da entre una acción y un efecto material, como una operación descuidada, es decir, imputar objetivamente el resultado a la conducta, que en general se imputa cuando se muestra como la concreción del riesgo creado por la conducta peligrosa, que se excede de lo permitido.

La imputación final de lo injusto no se agota con la creación de un riesgo prohibido *ex ante* y requiere la producción de un resultado *ex post* por aquel riesgo, en este caso, la pérdida del testículo. Por eso se ha señalado que en la imputación del resultado se trata de identificar el riesgo que aparezca como su explicación. De modo que no sólo es necesario que se cree un riesgo, ni siquiera que se produzca también un resultado lesivo para la situación protegida por la norma, sino que ambos deben estar conectados fáctica y jurídicamente.

“Junto a la causalidad, debe haber una relación de riesgo entre la conducta peligrosa –no confirmación del diagnóstico– y el resultado –pérdida del testículo–”.

De esta forma, el resultado debe estar también conectado a la conducta por un nexo subjetivo: “...por la previsibilidad del riesgo, se haya o no previsto. Normalmente, el agente que realiza una conducta médica prevé que puede producirse un resultado dañoso y confía en que no ocurrirá, no busca su efectiva producción como fin (directamente) ni como medio (indirectamente). Se trata de determinar si en el caso concreto existía un deber de prever el resultado por la conducta realizada, que se infiere de la clase de comportamiento, su peligrosidad, y se determina también con relación a la concreta posición del autor”.

Existe entonces la obligación de prever el riesgo de un daño más allá de la producción de daños no buscados directamente, pero que se producen en forma necesaria y que son, por tanto, previsibles.

En el caso analizado, para imputar un efecto se requirieron tres condiciones:

Previsión – torsión testicular –, posibilidad de impedirlo – toma de ecotomografía para descartar o confirmar hipótesis primaria o bien derivarlo a otro recinto hospitalario – y obligación de hacerlo.

“Esta idea remite de nuevo a una noción normativa, con la anotación de que el deber de previsión es un deber subjetivo o interno de cuidado. De modo que si un facultativo médico no prevé las consecuencias lesivas de su conducta peligrosa, aquéllas pueden atribuirse también subjetivamente a tal conducta si tenía el deber de prever su producción y no lo hizo. La vinculación subjetiva se observa aquí no por el conocimiento del riesgo concreto, sino por la falta de un conocimiento debido al infringir un deber subjetivo de cuidado”.

“Todo injusto ha de imputarse objetiva y subjetivamente, aun en el ámbito de la imprudencia médica. Su atribución pasa primero por verificar una conducta, un resultado y una relación causal según el supuesto descrito en el tipo penal al que se asignan y luego por la imputación objetiva y subjetiva de la conducta y del resultado según la norma primaria que se deduce del tipo, que importa la creación de un riesgo prohibido ex ante, la perturbación a un bien protegido y una relación de riesgo que los conecte objetiva (imputación objetiva del resultado) y subjetivamente (consciencia potencial de riesgo por deber de prever el resultado)”.

El análisis anterior es la base para responder a la pregunta de si el imputado cometió una infracción a la *Lex Artis*, la cual, trajo como consecuencia el resultado lesivo que se le imputa.

Continúa el sentenciador señalando que previo a responder la interrogante planteada, era necesario precisar conceptos básicos de las enfermedades que se le diagnosticaron a la víctima, concluyendo que la **torsión testicular** era la entidad más grave y la **torsión de una hidátide de Morgagni** era la causa más frecuente de dolor agudo escrotal, por lo que se señala que “...establecido el marco de las posibles patologías asociadas al dolor testicular que presentó la víctima, se hacía necesario determinar la concurrencia de algunos requisitos, señalando en el mismo considerando noveno que: “Primero tenemos la Ausencia de procedimientos o protocolos mínimos, propios de la *“lex artis ad-hoc”*. En términos simples, qué hizo el imputado y qué debió realizar para evitar el daño”.

Para el sentenciador, de la prueba rendida fue posible afirmar que se realizaron los siguientes procedimientos médicos, a saber:

“La víctima es atendida a las 13:53 horas PM, del día sábado 26 de marzo de 2011, quien relata que tenía un dolor testicular intenso que comenzó en la mañana, pero que tenía como antecedente previo dos episodios de dolor, pero que habían cedido.

El imputado lo examina y de acuerdo a hoja DAU describe los síntomas como desde hoy con dolor intenso en teste izquierdo, a la palpación dolor intenso en relación a polo anterior testicular con palpación de aumento de volumen (torsión testicular?). Luego a las 15:26 se reevalúa a paciente con exámenes, solo destaca leucocitos en orina 5-6, refiere subjetiva disminución de dolor testicular respecto a ingreso, ahora con nauseas. Después a las 17:44 refiere muy escaso dolor en relación a ingreso, sin nauseas. Indicación 14:07 suero fisiológico 500cc más dipirona dos ampollas más metoclopramina una ampolla, 14:07 exámenes de sangre, 15:31 suero fisiológico 500cc de mantenimiento y luego 16:17 suero fisiológico 550 más profenid una ampolla más metoclopradima una ampolla-Las 17:54 indicó el alta con reposo relativo, régimen líquido por hoy, diclofenaco 50mg cada 8 horas, control a la brevedad por urólogo y control sos directo en HGF. Luego de establecido lo anterior, nos resta responder la interrogante acerca de que si esos procedimientos médicos efectuados por el imputado fueron los adecuados – qué debió hacer –, desde la perspectiva de un medico medio, es decir, conforme un juicio ex ante, es decir, el juez ha de colocarse al momento de la realización de la acción, conforme esas circunstancias fácticas y personales. Así, el juez estará en condiciones de determinar qué riesgos o peligros aparecían adecuados para el actuar desarrollado, es decir, como normales y en consecuencias previsibles y cuales extraordinarios o inadecuados, por tanto imprevisibles. Este punto es importante para la imputación, ya que, debemos preguntarnos qué acciones o medidas debió adoptar en imputado en esas circunstancias, teniendo en consideración el estado de salud de la víctima en particular, de manera de determinar cuál era el grado de previsibilidad que se le debía exigir.

Que, en este tópico, se hace necesario recurrir al conocimiento científico para una adecuada valoración de las pruebas por parte del juez, bajo las cuales, puede concluir como “verdadero” un hecho de la causa.

En definitiva el imputado ante la concurrencia de las circunstancias anteriores y coetáneas, su proceder no fue adecuado, por lo que valorando tales las circunstancias, actúa u omitió acciones en la confianza de que no se daría el resultado lesivo, lo que en definitiva ocurrió, lo que quedó demostrado con las declaraciones de los tres peritos, la víctima, su madre y el propio imputado, en cuanto que el medico Z., le extirpó el testículo derivado de un torsión testicular no diagnosticada a tiempo por el imputado.

Que, de todo lo anterior es posible afirmar con certeza que el imputado creó el resultado no deseado por tres motivos a saber:

- 1- Pensar o suponer que con sola observación clínica del paciente bastaba para descartar la enfermedad más grave y que el hecho de que el dolor cediera ante los analgésicos era indicativo de que no correspondía a una torsión testicular, recordemos que no era urólogo y que nunca tuvo certeza de su diagnóstico y que siquiera informó al paciente de las eventuales causas de un testículo agudo.
- 2- Luego omitir la acción básica y esperable de ordenar la toma de una ecodoppler.
- 3- Finalmente no derivarlo al Hospital Gustavo Fricke, ante la imposibilidad, dificultad o incluso desidia de no realizar la ecodoppler, pues quedó claro que su colega el señor Z., que trabajaba en el turno que venía a continuación del suyo, ordenó tal examen para tener la certeza de que se trataba de una torsión testicular.

De esta manera, la ausencia o retraso en la realización de pruebas diagnósticas que por la clínica y sintomatología del paciente, estaban indicadas efectuar, dio lugar a errores de diagnóstico que fundan la responsabilidad del imputado.

Qué duda cabe que el paciente no tiene el deber de soportar aquellos daños originados por errores burocráticos o retrasos que por el colapso de la Administración Sanitaria Pública, o por la falta de organización de los Centros Sanitarios Privados, ya que, estaba realizando lo que le ordenó el imputado, esto es, que en caso de dolor concurriera al Hospital Gustavo Fricke, el cual nunca lo atendió, siendo que lo correcto era que lo hubiera derivado en la calidad de urgencia.

La culpabilidad del imputado radica en que pudo evitar el comportamiento erróneo, y al mismo tiempo, causante de la lesión del paciente. Con muy escasas excepciones, la diligencia que se exige al profesional de la medicina, es la que se puede pedir a un médico normal, de diligencia media, por sus conocimientos, preparación y medios para evitar el resultado lesivo o mortal. Y si el error, bajo esos parámetros, era evitable, ese error será sancionable, lo que claramente ocurrió en este caso.

Al respecto es dable recordar lo que dijo el imputado sobre este tema, precisando que tenía claro que debía descartar la torsión testicular, por lo que utilizó la historia clínica y los exámenes que en este caso fueron tres veces y además pudo observar una evaluación favorable al tratamiento y las cinco horas que estuvo internado, por lo que confirmó que no había torsión testicular. Que, suministró analgésicos tradicionales, dipirona y ketroprofeno, cuando un dolor es muy intenso por problemas isquémicos como torsión o infarto el dolor no se enmarcara, por lo que se debe usar morfina. En este caso con un analgésico moderado se logró calmar el dolor por lo que confirmó que se trataba de una torsión de hidátide.

Que, no ordenó ecotomografías, por cuanto no existía en el hospital y que además se trataba de un día sábado, y por otra parte no existía sospecha por los síntomas asociados que existía torsión testicular, sino más bien era torsión de hidátide la cual se podía diagnosticar con un examen físico y la historia clínica, por lo que no fue necesario realizar una ecografía.

Lo anterior da cuenta tal como se dijo que no realizó lo esperable de un médico puesto en la misma situación, lo que es coincidente con lo que indicó el perito del SML, al señalar que lo reprochable era que no lo hubiera derivado, pues mermó las posibilidades del paciente de salvar su testículo.

A modo de conclusión no realizó ninguna conducta orientada a “neutralizar” los focos de peligro existente o de impedir la creación de nuevos riesgos, como fue la pérdida del testículo, es decir, el daño causado le es imputable tanto objetiva como subjetivamente imputable.

Que, la demás prueba esto es, exámenes de sangre, examen de orina, hoja de atención de urgencia ilegible, oficio 377 de la Directora del Hospital de Quilpué, impresión de artículo médico de Wikipedia, y la declaración del padre de la víctima, en nada alteran lo ya razonado, por cuanto no dan cuenta de hechos que puedan servir para la determinación del cuasidelito ni menos la participación. Es así que, en el caso de los exámenes clínicos solo descartaban infecciones u otras patologías y son del todo insuficientes, para descartar una torsión testicular, a su vez la hoja de atención del hospital Gustavo Fricke es ilegible, lo que hace imposible extraer información de dicho documento. Por lo anterior se le restará todo valor probatorio a dichos medios de prueba”.

Así, el Tribunal, después de valorar libremente toda la prueba rendida, y sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, estimó que los hechos acreditaron fueron los siguientes:

“DECIMO:...Con fecha 26 de marzo del año 2011, E.A.M.B., alrededor de las 12:00 horas PM, concurre a la Unidad de Emergencia del Hospital del Quilpué, aquejado de un fuerte dolor en el testículo izquierdo acompañado de vómitos y pérdida de conciencia, siendo atendido a las 13:50 horas PM, y evaluado por el médico de turno, el señor M.V. S., quien diagnosticó los síntomas en la hoja de atención de urgencia como “Torsión hidátide”, prescribiendo al paciente el suministro de suero fisiológico, dipirona y metoclopramida. Luego a las 17:54 le da el alta – destino domicilio–, realizando las siguientes indicaciones; reposo relativo, régimen líquido, diclofenaco 50 mg cada 8 horas, control por urólogo y control SOS directo HGF – Hospital Gustavo Fricke –.

Posteriormente en horas de la madrugada al no cesar los dolores, la víctima concurre al Hospital Gustavo Fricke, tal como lo había indicado el imputado,

en dicho lugar no es atendido y debe regresar al Hospital de Quilpué, donde es atendido por el médico don Arturo Zamora Fuentealba el día 27 de marzo del mismo año, alrededor de las 08:00 horas AM, quien ordena la realización de una ecotomografía doppler, la que debió realizarse en una clínica privada – Hospital clínico de Viña del Mar –, y que luego concurriera al Hospital Gustavo Fricke, el cual nuevamente se niega atenderlo, por lo que debe volver al Hospital de Quilpué. Una vez en dicho recinto hospitalario, el día 27 de marzo del mismo año, en horas de la tarde, fue finalmente intervenido quirúrgicamente, por el médico don Arturo Zamora Fuentealba, cirugía que concluyó con la extirpación total del testículo izquierdo, procedimiento que provocó la pérdida del testículo, quedando la víctima impedido de un miembro importante.

Estos hechos tipifican el Cuasidelito de Lesiones Graves Gravísimas, previsto y sancionado en el Art. 490 No. 1 en relación con el Art. 491 y 397 No. 1 del Código Penal, en grado de consumado”.

## Cortes de Apelaciones

### 1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N°3483-2013<sup>7</sup>

“3.- Que los facultativos imputados por los familiares no eran los médicos tratantes, sino los doctores que se encontraban de turno en la unidad de cuidados intensivo UCI, del referido hospital y el hecho específico que se les imputa, no dice relación con la *lex artis*, ya que no intervinieron ni trataron al fallecido, sino que ordenaron luego de más de 48 horas de operado, su traslado desde la UCI a una unidad de recuperación destinada a los post operados”.

“7.- Que el tipo penal invocado es el del artículo 491 del Código Penal que sanciona al médico que causare mal por negligencia inexcusable y en el comportamiento de los querrelados no se aprecia el descuido, desidia, incuria, dejadez, abandono, desaliño, y/o intención de carácter inexcusable que exige la norma para configurar la responsabilidad de los doctores V. y D.T.. Lo que se habría requerido es que se hubiere probado la existencia de una mala praxis de parte de ambos facultativos”.

### 2. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N°908-2014<sup>8</sup>

“8.- Que, así las cosas, y dado lo categórico de las pericias evacuadas en el sentido que ambas imputadas cumplieron con lo exigible en cuanto a su desempeño como especialistas en neurología, ateniéndose a la *lex artis* en todo su

7 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 16 enero 14, ROL N°3483-2013.

8 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 9 mayo 14, ROL N°908-2014.



manejo profesional del caso, no puede su conducta ser calificada de imputable, ni constitutiva de delito”.

### 3. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL N°1130-2014<sup>9</sup>

**“Segundo:** ...el nuevo peritaje concluye que *“la descripción del examen físico de la paciente no era compatible con una perforación intestinal”*. Refiere que con ese criterio clínico debe valorarse la conducta profesional de la querellada y es fundamental para dirimir si su actuar fue ajustado a la *lex artis* médica. Precisa que las conclusiones del Servicio Médico Legal se refieren mayormente a que la lesión intestinal es accidental (por adherencias provocadas por una operación antigua) y a que el plastrón que cubrió la perforación intestinal (acreditada por la autopsia), provocó que las molestias que hacen consultar a la paciente en urgencia se produjeron 18 días después de la operación, tiempo que tiende a descartar la posibilidad de una peritonitis por perforación intestinal, ya que ésta no se presenta como una complicación tan tardía”.

“...los peritos concluyeron la existencia de una correcta práctica médica, sin indicios de negligencias o imprudencias, en virtud de lo cual estima que el proceso debe ser sobreseído definitivamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 letra a) en relación al artículo 255 ambos del Código Procesal Penal”.

**“Tercero:** Que a su vez el representante del Ministerio Público, solicita confirmar la resolución en alzada, toda vez que aún existen diligencias de investigación pendientes, no dándose por tanto los presupuestos previstos por el legislador en la letra a) del artículo 250 del Código Procesal Penal, motivo por el cual la decisión del tribunal a quo se encuentra ajustada a derecho”.

**“Cuarto:** Que de los elementos allegados a la investigación y expuestos por los intervinientes en audiencia se colige que no es aplicable, por ahora, la letra a) del artículo 250 del Código Procesal Penal, en orden a sobreseer definitivamente a M.A.F.R., del delito de materia de la querella, por existir diligencia de investigación pendientes necesarias para el adecuado esclarecimiento de los hechos, motivo por el cual el presente recurso no podrá prosperar.”

### 4. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL N°1651-2014<sup>10</sup>

**“2°.-** Que de acuerdo con lo expuesto en el escrito de apelación y lo oído en la audiencia ante esta Corte, se señaló que la conducta médica desplegada por el Dr. D.R.P., en apoyo de la solicitud de sobreseimiento definitivo que formula, se ha acreditado que la cirugía lumbar que le practicó a su paciente S.M.Q., el 14 de Junio de 2010, en el Hospital Barros Luco Trudeau, fue ajustada a la

9 Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 julio 14, ROL N°1130-2014.

10 Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, 27 octubre 14, ROL N°1651-2014.



correcta práctica médica o *lex artis*. Según la resolución recurrida, el estándar para poder decretar el sobreseimiento definitivo, en investigaciones de esta complejidad, con valoración de informes periciales y declaraciones de especialistas, en este caso, médicos, no podría conseguirse en una audiencia en que no se pueden leer los informes, ni interrogar a los deponentes, ni contrainterrogarlos, ni realizar los ejercicios propios de una audiencia de juicio oral”.

“6°.- Que del conjunto de antecedentes aparejados a la presente causa, resulta dable destacar dos informes evacuados por el Servicio Médico Legal (SML),... informe suscrito por el Neurólogo forense del SML, Dr. Hugo Aguirre Astorga, añade que: “En las distintas atenciones otorgadas, se actuó acorde a la práctica médica habitual, tanto en los procedimientos, tratamientos quirúrgicos e indicaciones médicas otorgadas...” y continúa refiriendo a que “la persistencia de sintomatología se debe a fibrosis cicatrizal de la zona operatoria, fenómeno inherente a las características de los tejidos de la columna del paciente”. Concluye el citado facultativo, en su calidad de perito, que no existió falta a la *Lex Artis Médica* por parte del personal que atendió a don S.M.Q.”.

“7°.- ... teniendo presente, muy especialmente el mérito de los informes periciales que han sido acompañados en los que se concluye del modo como se consigna en el punto anterior, el médico señor D.R.P. no ha tenido participación alguna en los hechos que se le imputan. A mayor abundamiento, los mismos, por lo visto, no son constitutivos de delito resultando procedente decretar el sobreseimiento definitivo de la causa en conformidad al art.250 letra a) del Código Procesal Penal”.

“... **SE REVOCA** la resolución apelada de 1° de Octubre de 2014 que no dio lugar a lo solicitado por la defensa del médico Sr. D.R.P. y en su defecto se decreta el Sobreseimiento Definitivo de la causa por cuanto los hechos no son constitutivos de delito”.

#### 5. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, ROL N°147-2014<sup>11</sup>

Para la Fiscalía, “La existencia o no de negligencia culpable en un caso como este, se encuentra referida a la “*lex artis*”, que son las reglas de una ciencia o arte, en este caso la medicina, por lo que la sentencia debe contener fundamentos que no contradigan entonces la “*lex artis*”, o, si queremos decirlo en términos procesales, a los conocimientos científicamente afianzados”.

La Corte señaló que:

**QUINTO:** En efecto, el fallo reclamado aporta tanto razonamientos internos como externos, lo suficientemente claros y concordantes, siendo la

11 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, 23 diciembre 14, ROL N°147-2014.

decisión de la causa la deducción lógica de lo valorado previamente por los sentenciadores”.

“OCTAVO: Que conforme a lo expuesto, no cabe sino desestimar el recurso de nulidad formalizado por el motivo absoluto que establece el artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal.

“NOVENO: ...Sobre el primer capítulo de nulidad, esto es, la autoría y participación del equipo médico, se afirma en síntesis, que se incurrió en un error de derecho, y sobre esta base se sustentó la decisión absolutoria, lo que acaeció interpretando erradamente el precepto que sanciona la responsabilidad criminal médica, ya que se hace una exégesis restrictiva de la participación criminal del equipo médico, de la autoría, cuando en este caso procedía efectuar al respecto –conforme la doctrina especializada en responsabilidad criminal médica– una interpretación más amplia, que refiere la responsabilidad criminal conjunta, solidaria, que el fallo no realiza.

De manera subsidiaria, se analiza primero el concepto teórico de duda razonable y el estándar de convicción necesario para condenar, arribando a la conclusión que la cláusula de la duda razonable pretende decirnos que hay dudas aceptables, con las cuales podemos condenar... se trata de dudas aceptables o marginales, que no impiden la condena... no es necesaria la plena convicción; basta la convicción exenta de dudas razonables, expresándose que se está exigiendo una plena convicción, un estándar diverso al que el legislador ha establecido como suficiente para condenar, con lo cual se comete un error de derecho, y este error de derecho influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues sobre esa base se dicta sentencia absolutoria”.

“DÉCIMO: Que, sobre la base de lo expuesto en los basamentos duodécimo a vigésimo, los sentenciadores del grado absuelven a los acusados A.A.C. y A.Q.V., la primera encartada de manera unánime, y el segundo, por mayoría, respecto de la acusación formulada en su contra por la Fiscalía y la Acusadora Particular, de la acusación que los sindicaba como autores del cuasidelito de homicidio cometidos por profesionales de la salud, ilícito previsto en el artículo 491, inciso 1°, en relación con el artículo 391 N°2 del Código Penal, en grado consumado, cometidos en la persona de doña D.L.G.S., razonamientos que, sobre la base de su estudio y análisis esta Corte comparte y hace suyos, desde que el laudo se basta a sí mismo para llegar a la duda razonable para condenar a ambos imputados, según se expone palmariamente en el basamento décimo noveno del veredicto impugnado, por lo que se desestimaré la hipótesis subsidiaria, en sus vertientes fáctico jurídicas”.

## Conclusiones

Analizados los fallos del período 2014, podemos señalar que la jurisprudencia nacional entiende que la *Lex Artis* es el conjunto de principios y reglas técni-

cas propios del arte de la medicina, vigentes al momento en que se produce el hecho, y que cuando no son respetadas deriva en una imprudencia médica, la que puede manifestarse en situaciones tales como:

1.- La falta de diagnóstico o la demora en el mismo por parte de quien tiene el deber de efectuarlo u ordenarlo, lo que lleva indefectiblemente a un mal manejo del problema de salud, a un error en la intervención quirúrgica o al lugar en que se interviene o traslada el paciente según sea el caso.

2.- Apartarse de los usos o prácticas establecidas, provenientes de la formación como profesional de la salud que corresponda, lo que hace que en definitiva sea imposible o al menos difícil de explicar y justificar de acuerdo a la *Lex Artis*.

Se entiende además del análisis efectuado, que el resultado lesivo debe ser causado por una negligencia culpable, lo que se exige por el especial deber de cuidado que pesa sobre las personas que ejercen esta función y para determinar las reglas del deber de cuidado hay que recurrir a la denominada *Lex Artis* y determinar si hubo una infracción a ella.

La Corte Suprema ha señalado que la *Lex Artis* es un conjunto de principios y reglas técnicas propias del arte de la medicina, vigentes al momento de actuar y de no seguir esos parámetros se falta a dicha norma y la conducta es imputable, estableciéndose como “fundamento” de la imprudencia médica<sup>12</sup>. Normalmente se habla de “culpa media”, con un estándar de cuidado medio, en virtud del artículo 491 del Código Penal que habla de la “negligencia culpable”, aumentándose incluso el nivel de cuidado al considerar la infracción a la *Lex Artis* una infracción de reglamento que si se infringe permite sancionar por “mera imprudencia o negligencia” el artículo 492 del mismo cuerpo legal<sup>13</sup>.

De esta forma, se estableció que la posición de garante del facultativo médico exige que ponga todos los medios que tenga a su disposición dentro de los límites de su propia actividad y, dentro de estas condiciones, la *Lex Artis* establece exigencias medias, reglas para la conducta profesional media, según las circunstancias del caso concreto, y es por ello entonces que se habla de una *Lex Artis Adhoc*, que cambia según la situación que se examina. En ese sentido, se puede hablar de una concreta norma de cuidado, según el caso. “Para apreciar estas reglas técnicas y establecer el núcleo de la norma de cuidado la doctrina extranjera introduce una idea clave: “neutralizar” focos de peligro existente o de impedir la creación de nuevos riesgos...”<sup>14</sup>.

12 Excelentísima Corte Suprema, 19 enero 2005, Rol 9-2003 y Rol 6585-2006.

13 Excelentísima Corte Suprema, 4 de junio 2008. Rol 434-2008.

14 Juzgado de Garantía de Quilpué, 23 febrero 15, RIT N°1239-2011, RUC N°1110011240-1.

En definitiva, y como señalamos al inicio de este artículo, el concepto y contenido específico de la *Lex Artis* no ha sido ni puede ser fijado, toda vez que se trata de reglas técnicas, científicas y de conocimiento médico que se van adoptando, aceptando y aprobando para su aplicación en el ámbito de la salud. Sin perjuicio de ello, los profesionales deben someterse a su alcance a través de normas jurídicas establecidas de manera concreta que permitan exigir y perseguir la responsabilidad médica cuando ella se derive del actuar propio de dicha profesión y que no sea consecuencia de una acción cometida con dolo o malicia. Así, este conjunto de reglas, técnicas y procedimientos que sin perjuicio de estar establecidas para situaciones semejantes, deberán ser aplicadas para determinar si en el caso concreto existió, negligencia o falta de cuidado por parte del profesional de la salud a quien se le imputa un resultado lesivo culposos.

