

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

N°65 - DICIEMBRE 2015

REVISTA JURÍDICA  
DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°65 - Diciembre 2015

## **Fiscal Nacional y Representante Legal:**

*Jorge Abbott Charme*

## **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

#### Fallos

- Recurso de nulidad rechazado. Declaración de imputado. Prueba ilícita.  
Fuente independiente. Hallazgo inevitable. Debido proceso 9  
*Corte Suprema*
- Recurso de nulidad rechazado. Actuaciones autónomas de la policía.  
Inviolabilidad de las comunicaciones. Revisión de teléfono móvil 19  
*Corte Suprema*
- Recurso de nulidad rechazado. Infracción de garantías constitucionales o  
errónea aplicación del derecho. Causal de nulidad adecuada para dicho reclamo 27  
*Corte Suprema*
- Recurso de nulidad rechazado. Testigos con reserva de identidad 49  
*Corte Suprema*

### II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Artículos

- Propuesta de aplicación del artículo 470 N°8 del Código Penal 61  
*Yelica Lusic Nadal*
- Aplicación de las teorías sobre posición de garante al ámbito empresarial  
y a sus órganos directivos 71  
*Gisela Schoenmakers Ruiz*

#### Sentencias Comentadas

- Comentario a sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas  
que condena a ex alcalde y a ex jefe de finanzas de Municipalidad de Timaukel  
por malversación de caudales públicos 97  
*Alejandro Litman Silberman*

### **III. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

#### **Artículos**

Prescripción de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes. Cuestiones que plantea la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal 115

*Enzo Osorio Salvo*

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

#### **Artículos**

Investigar en la web: posibilidades y formas de utilizar la información contenida en redes sociales 141

*Aldo Vidal Neira*

#### **Fallos**

Breve síntesis del fallo del Tribunal Constitucional que rechaza acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 transitorio de la Ley N°20.720 159

*Verónica Rosenblut Gorodinsky*

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

#### **Artículos**

Las medidas de seguridad. Algunos aspectos relevantes 205

*Rodrigo Fernández Moraga*

## PRÓLOGO

Al asumir como tercer Fiscal Nacional del Ministerio Público, me corresponde presentar la Revista Jurídica N°65 de nuestra institución. Y cuando han transcurrido casi quince años desde la primera publicación, podemos celebrar un trabajo continuo, en constante perfeccionamiento y en pos de contribuir a un elevado desarrollo del quehacer procesal penal, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

En cumplimiento del objetivo citado, es que en esta edición publicamos fallos de nuestra Corte Suprema que se pronuncian respecto temas muy contingentes como la prueba ilícita en relación con el hallazgo inevitable; las actuaciones autónomas de la policía y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; sobre la causal adecuada para el reclamo de infracción de garantías constitucionales o errónea aplicación del derecho, y en relación al tratamiento de los testigos con reserva de identidad.

Del mismo modo, acompañamos una sentencia de Tribunal Oral en lo Penal que condena por malversación de caudales públicos y otra del Tribunal Constitucional que rechazó una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 transitorio de la Ley N°20.720, ambas comentadas por abogados de nuestras Unidades Especializadas en Anticorrupción y Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, respectivamente.

Y pensando en el aporte al desarrollo doctrinal del Derecho Penal, presentamos también artículos que abordan y profundizan en temas tan relevantes y contingentes en el quehacer nacional como la aplicación de las teorías sobre posición de garante en el ámbito empresarial, específicamente respecto de sus órganos directivos, y la prescripción de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad en relación con la aplicación del artículo 369 quáter del Código Penal.

Asimismo, este número contiene artículos que se refieren al uso de pruebas obtenidas a través de información publicada en redes sociales; la aplicación de medidas de seguridad, y el uso del artículo 470 N° 8 del Código Penal para aquellos casos de funcionarios públicos que al momento de presentar rendiciones de cuentas engañan a una institución pública haciéndola disponer con perjuicio.

**JORGE ABBOTT CHARME**  
FISCAL NACIONAL



MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---



## RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. DECLARACIÓN DE IMPUTADO. PRUEBA ILÍCITA. FUENTE INDEPENDIENTE. HALLAZGO INEVITABLE. DEBIDO PROCESO

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen:

*Existiendo prueba rendida ante el tribunal de la instancia que, a su juicio, demuestra que el cadáver hubiese podido ser hallado por medios lícitos, independientes de la declaración del entonces imputado ilegítimamente obtenida, no cabe sino declarar que la incorporación y valoración de las pruebas derivadas de dicho hallazgo en la sentencia recurrida no infringe sustancialmente la garantía constitucional del debido proceso.*

*En este estado de cosas, resulta claro que las pruebas rendidas en juicio y valoradas en la sentencia condenatoria no son consecutivas ni dependientes de la indiscutida vulneración de garantías constitucionales que significó la confesión provocada del adolescente, desde que, o bien fueron obtenidas de manera absolutamente lícita e independiente o provienen de un hallazgo que puede considerarse inevitable. De este modo, la eventual contaminación que la defensa alega respecto de tales elementos probatorios no aparece acreditada ni fluye del contexto investigativo de los hechos, sin que pueda deducirse tampoco del contenido de dichos medios de convicción.*

### Texto Completo:

Santiago, tres de noviembre de dos mil quince.

### Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil quince, al imputado D.A.C. como autor del delito consumado de homicidio simple en la persona de J.M.A.C., cometido en la comuna de Salamanca, a sufrir la pena de cuatro años de internación en régimen semi cerrado con programa de reinserción social, eximiendo al imputado del pago de las costas.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad a fojas 16, el que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 48, fijándose a fs. 49 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fs. 55 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

### Considerando:

**Primero:** Que el recurso invoca en primer término la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, aquella que previene la infracción sustancial de garantías constitucionales durante la tramitación del proceso, citando al efecto los artículos 5° inciso 2° y 19° N°3 inciso 2° y 6°, todos de la Cons-

titución Política de la República; artículo 3.1 y 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; artículo 1°, 8° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2° y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1, 7, 8, 83, 93, 180, 181, 276 y 372 del Código Procesal Penal y artículos 1 y 31 de la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Señala que la investigación comenzó por una denuncia por presunta desgracia de 30 de junio de 2014, en cuya virtud el fiscal entregó a la PDI una instrucción particular el 07 de julio de 2014, en la cual se conversó con el imputado y su madre, quienes manifestaron en entrevista policial el día 09 de julio siguiente que conocían a A.C., quien acosaba al joven, por lo que se presentó una denuncia en Carabineros de Salamanca el 06 de enero de 2014. Con posterioridad, algunos testigos de oídas indicaron que el adolescente había dado muerte a A.C., por lo que el día 30 de julio, a las 07:00 horas, personal de la BICRIM llevó a uno de ellos, E.R., al lugar donde se rastreaba el cuerpo, sin resultados positivos. Ante ello, alrededor de las 10:30 horas, tres funcionarios decidieron visitar al acusado, diciéndole que les habían contado todo y que cooperara, momento en que se quiebra, llora y admite que mató al sujeto en las cercanías del puente nuevo de Chalinga, le pegó con un fierro y lo enterró, conduciéndolos a ese lugar y explicando los pormenores. Sólo después de todas estas diligencias se dio cuenta al fiscal, quien ordenó

se citara a declarar al imputado en compañía de su madre y en presencia de un defensor, oportunidad en que hizo uso de su derecho a guardar silencio.

Sostiene que en el procedimiento descrito los funcionarios policiales actuaron de manera autónoma, sin instrucción precisa de diligencias por parte del Ministerio Público, vulnerando las garantías procesales y constitucionales del adolescente, excediendo sus facultades legales e infringiendo el artículo 31 de la Ley 20.084, en relación con los artículos 7° y 19 N°3 de la Carta Fundamental, los artículos 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Adicionalmente, reclama la transgresión del derecho a guardar silencio, previsto en el artículo 31 de la Ley N°20.084, por cuanto en el momento en que se produjo la confesión, se debía advertir de tal derecho, y poner esa circunstancia en conocimiento del fiscal.

Refiere que reclamó de este vicio en la audiencia de formalización, en la que el juez de garantía de Illapel estableció que la evidencia fue obtenida con infracción de garantías constitucionales, resolución confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena, y en la audiencia de preparación de juicio oral obtuvo la exclusión de 19 testigos (8 civiles y

el resto funcionarios policiales), de la prueba pericial y los otros medios de prueba, decisión que fue confirmada parcialmente por el tribunal de alzada, que mantuvo únicamente la exclusión de los funcionarios policiales, por lo que pidió en la audiencia de juicio la valoración negativa de los elementos de convicción aceptados.

En subsidio, invoca el motivo de nulidad del artículo 374 letra e), en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal. Señala que, por una parte, se tuvo por acreditado el hecho punible con declaraciones de testigos, una pericia y fotografías incorporadas al juicio, pero éstas no fueron aportadas en su totalidad; la fecha en que se perpetró se basó en dos testigos que no pudieron comunicarse al teléfono del occiso después del 26 de junio más la data de muerte según la declaración de la médico legista entre 35 a 45 días antes del hallazgo del cadáver de 30 de julio, pero no se señala de dónde proviene esta última información; el lugar se tuvo por establecido con la declaración del perito planimétrico de la PDI a pesar que expuso sin apoyo de material, ni señalar la fecha en que concurrió, limitándose a indicar distancias desde donde se habría encontrado un cadáver y un fierro, evidencias que no fueron levantadas por él, y sin reconocer fotografías, mientras que las de la prueba material –fierro– fueron tomadas en dependencias policiales, elemento que a pesar de presentar manchas pardo rojizas no fue objeto de levantamiento ni análisis por el fotógrafo. Adicionalmente, cuestiona la identificación

del occiso ya que no declaró el profesional que la efectuó, sino que la experta del Servicio Médico Legal que amputó las falanges para proceder a la diligencia, pero no la llevó a cabo; y en relación con la causa de muerte se estuvo a lo declarado por la médico legista sin referirse el fallo a los cuestionamientos de la defensa sobre la ampliación de la autopsia que se llevó a efecto alrededor de 6 meses después de los hechos.

Añade que el tribunal rechazó las alegaciones de ilicitud en la obtención de la prueba entendiendo que el asunto había sido zanjado jurisdiccionalmente, y porque del testimonio de un rescatista de bomberos desprendió que el lugar de hallazgo del cadáver sería inspeccionado según la planificación, por lo cual el descubrimiento era inminente y no dependía de la versión entregada por el adolescente; sin embargo, no se hizo cargo de los planteamientos de la defensa en cuanto a la imposibilidad del tal hallazgo atendido el estado de putrefacción del cuerpo.

Indica, en cuanto a la participación, que se estableció vulnerando la regla del artículo 340 inciso final del Código Procesal Penal que impide determinarla basándose en la propia declaración del acusado, ya que ésta es un medio de defensa, no de prueba. Y en efecto, éste optó por guardar silencio, por lo que su confesión se incorporó mediante la declaración de testigos de oídas, quebrantando la norma citada.

Afirma que no se vislumbra en el fallo el ejercicio racional que rea-

lizaron los jueces para arribar a la convicción condenatoria, por cuanto se valoró y se tuvo por incorporada prueba no rendida y no se explicó cómo se unió la testimonial de oídas con la pericial, ya que los expertos que declararon no levantaron evidencia ni realizaron diligencias en el sitio de hallazgo del cadáver. Este último medio de convicción sólo demuestra la muerte de una persona, inconexa con la participación de cualquier sujeto en particular, más aún si la madre de la víctima, que señaló haber recibido en su casa al imputado prácticamente todos los días, no fue capaz de reconocerlo en audiencia, y que los dos testigos de oídas no dan razón circunstanciada de sus dichos, al punto que se admite que su relato es escueto, incumpliendo los parámetros del inciso segundo del artículo 309 del Código Procesal Penal.

De lo anterior deduce la infracción del artículo 297 del cuerpo normativo citado y la ausencia de la fundamentación que exige el literal c) del artículo 342, al obrar conclusiones contrarias a la lógica y una valoración incompleta de las probanzas, cuestiones que impiden que se pueda efectuar una reproducción del razonamiento utilizado por el tribunal para justificar la participación y arribar a la decisión condenatoria.

Finaliza solicitando que se anule el juicio oral y la sentencia, excluyendo del auto de apertura los dichos de los testigos D.R.T., E.R.R. y M.P.P., toda la prueba pericial y material, y se determine el estado en que el procedimiento debe quedar, ordenando

la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

**Segundo:** Que en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del recurso no se produjo prueba de ninguna especie.

**Tercero:** Que en lo concerniente al primer motivo de nulidad invocado, como se dijo, éste se fundamenta en una supuesta infracción al debido proceso, al haberse valorado en el juicio oral ciertos medios probatorios (declaraciones de testigos, pericias, una barra metálica y fotografías vinculadas con el hallazgo del cadáver de la víctima) que el recurrente estima deben considerarse ilícitas o, en todo caso, no susceptibles de ser valoradas como prueba incriminatoria, pues en su concepto dichas evidencias derivarían de la información obtenida por la policía acerca del paradero del cadáver del occiso durante la práctica de una diligencia de investigación, la declaración del menor condenado, realizada ante la policía sin la presencia del fiscal de la causa ni de su abogado defensor, infringiendo así lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N°20.084, hecho indubitado cuya ilegalidad ha sido establecida por los tribunales de la instancia y fue reconocida por el Ministerio Público en sus alegatos ante esta Corte.

**Cuarto:** Que cabe indicar que la garantía de un debido proceso se encuentra asegurada por la Constitución Política de la República y consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo

legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19 N°3° inciso sexto le confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros (SCS Rol N°6902-2012, de 06 de noviembre de 2012, Rol N°6250-2014, de 07 de mayo de 2014).

**Quinto:** Que, en consecuencia, la cuestión planteada remite a decidir si existió infracción sustancial a dicha garantía en la decisión del tribunal oral que, haciendo suyo lo resuelto por la Corte de Apelaciones respectiva en la apelación del auto de apertura, y sin desconocer la ilicitud de la declaración del adolescente obtenida por la policía con infracción a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N°20.084, estimó que los medios probatorios ahora impugnados carecerían de la ilicitud que se reclama, admitiéndolos en el juicio y valorándolos en su sentencia.

**Sexto:** Que para determinar la existencia o no de dicha infracción se

requiere dejar en claro que la prueba rendida en el juicio oral consistió en los testimonios de familiares del occiso, don J.A., de dos testigos de oídas –amigo y ex polola del acusado– y un rescatista de bomberos; la deposición de tres peritos y la agregación de un informe de alcoholemia y una pericia bioquímica; más set de fotografías y una barra metálica. Tal como se expone por la defensa en su recurso, los testimonios fueron recabados durante el diligenciamiento de la instrucción particular dada por el fiscal a efectos de indagar el paradero de la víctima cuando fue denunciada su presunta desgracia, o bien se refieren a la práctica de las actuaciones de rigor –rescatista de bomberos–. Por su parte, las pericias, fotografías y barra emanan de hallazgos del sitio donde se encontraba el cadáver de la víctima y la práctica de pruebas científicas a su respecto, sitio al cual el propio imputado habría llevado a los agentes policiales, tras su declaración cuya ilicitud no es discutida.

**Séptimo:** Que, admitiendo la ilegalidad de la declaración prestada ante la policía por el adolescente condenado, que incluyó la indicación del sitio donde se halló el cadáver de la víctima, la solicitud de nulidad se fundamentaría en el hecho de que la obtención y valoración de las pruebas allí encontradas sería ilegal y afectaría la garantía del debido proceso, pues se encontraría contaminada desde su origen por la declaración ilegalmente obtenida, de conformidad con la llamada doctrina del “fruto del árbol envenenado”, desarrollada primeramente por la jurisprudencia de la Corte

Suprema de los Estados Unidos y recogida por esta Corte, con ocasión de la introducción del sistema procesal penal de carácter adversarial o acusatorio que establece el Código Procesal Penal, doctrina cuyo fundamento legal se encuentra de manera indirecta en su artículo 165, que al regular los efectos de la nulidad procesal establece que “la declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren”.

**Octavo:** Que, en consecuencia, el fondo de la cuestión debatida en este recurso radica en determinar de qué manera las pruebas discutidas pueden considerarse consecutivas o dependientes del acto cuya ilicitud no es discutida.

**Noveno:** Que a este respecto, lo primero que debe descartarse es la supuesta ilicitud de pruebas que se originan en hechos lícitos anteriores e independientes de la práctica de la diligencia que se ha declarado ilegal, esto es, que no son consecuencia ni dependen de la misma, como lo son la incorporación y valoración de las declaraciones de los testimonios de un rescatista de bomberos, familiares del occiso y de dos testigos de oídas –amigo y ex polola del acusado–, cuyos testimonios en la investigación de autos fueron recabados durante el diligenciamiento de la instrucción particular dada por el fiscal a efectos de indagar el paradero de la víctima cuando fue denunciada su presunta desgracia, con anterioridad a la declaración del adolescente condenado, sin que pueda vislumbrarse

actividad policial ilícita alguna en su obtención.

**Décimo:** Que en cuanto a las pruebas derivadas del hallazgo del cadáver en el lugar indicado por el imputado a la policía en su declaración ilícitamente obtenida (pericias bioquímicas y fotografías del sitio del suceso, y una barra metálica), también cabe plantearse si ellas pueden o no considerarse consecutivas o dependientes de dicha declaración.

Al respecto cabe señalar que, precisamente, en un caso de hallazgo de un cadáver tras una declaración ilegítimamente obtenida por no estar presente el abogado defensor del acusado, mientras una patrulla de búsqueda de voluntarios se encontraba a dos y media millas del lugar indicado por éste, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró en *Nix. V. Williams* (467 U.S. 431, 104 S. Ct. 2501 (1984)) que era suficiente para establecer la licitud del hallazgo y la admisión de las pruebas que de él se derivan la existencia de elementos probatorios que permitiesen demostrar que la evidencia cuya licitud se discute “pudiese haber sido descubierta por medios lícitos”.

En consecuencia, conforme a esta doctrina, puede afirmarse que existiendo medios probatorios que indiquen que la prueba cuya ilicitud se discute también pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, se puede también sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original (en este caso y en el norteamericano, una declaración ilegalmente obtenida) y el hallazgo

posterior, que deviene, por tanto en inevitable y lícito. En términos de nuestro ordenamiento procesal, ello significa que existiendo prueba de que la evidencia incriminatoria pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, anteriores o independientes del medio ilícito que llevó a su descubrimiento material, tal descubrimiento o hallazgo no puede considerarse consecutivo o dependiente de éste.

**Undécimo:** Que, por tanto, para rechazar o no la nulidad invocada en razón de la incorporación y valoración de las pruebas derivadas del hallazgo del cadáver de la víctima en el lugar indicado por el condenado en la declaración ilegalmente obtenida, debe analizarse si las probanzas del juicio permiten o no al tribunal de instancia establecer si dicho cuerpo hubiese o no podido ser descubierto a través de medios lícitos, anteriores o independientes de la declaración del imputado que indicó dicho lugar.

Al respecto, el tribunal del juicio oral recibió la declaración del testigo A.F.A., rescatista de bomberos, quien refirió que la ribera del Río Chalinga, en el punto donde se encontró el cadáver, se encontraba comprendida en la planificación del rastreo destinado a la tarea de ubicar el cuerpo de la persona cuya presunta desgracia se había denunciado. En su declaración, dicho rescatista añade que formaba parte de la cuadrilla que llevaba a cabo la búsqueda del cuerpo conforme con dicha planificación, que comenzó sus tareas previamente a la decla-

ración del adolescente, y que se encontraba, como manifestara en estrados la representante del Ministerio Público, en la ribera opuesta pero a una altura similar, en el Río Chalinga, en los momentos que la policía de investigaciones apareció junto con el condenado en el preciso lugar donde se encontró el cadáver.

Sobre la base de dicha declaración, concluyó el tribunal cuya sentencia se recurre que el lugar de hallazgo del cadáver sería inspeccionado según la planificación, por lo cual el descubrimiento era inminente y no dependía de la versión entregada por el adolescente.

**Duodécimo:** Que, en consecuencia, existiendo prueba rendida ante el tribunal de la instancia que, a su juicio, demuestra que el cadáver de J.A. hubiese podido ser hallado por medios lícitos, independientes de la declaración del entonces imputado ilegítimamente obtenida, no cabe sino declarar que la incorporación y valoración de las pruebas derivadas de dicho hallazgo en la sentencia recurrida no infringe sustancialmente la garantía constitucional del debido proceso.

**Décimo tercero:** Que, en este estado de cosas, resulta claro que las pruebas rendidas en juicio y valoradas en la sentencia condenatoria no son consecutivas ni dependientes de la indiscutida vulneración de garantías constitucionales que significó la confesión provocada del adolescente, desde que, o bien fueron obtenidas de manera absolutamente lícita e independiente o provienen de un

hallazgo que puede considerarse inevitable. De este modo, la eventual contaminación que la defensa alega respecto de tales elementos probatorios no aparece acreditada ni fluye del contexto investigativo de los hechos, sin que pueda deducirse tampoco del contenido de dichos medios de convicción, motivo por el cual la causal principal del recurso será necesariamente desechada.

**Décimo cuarto:** Que, en lo que atañe a la causal del artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, importa señalar que la ley exige respecto del examen de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, ya que la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal. Este procedimiento, entonces, supone exponer razones, formular interpretaciones y adoptar posición sobre las tesis que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y el razonamiento que respalda la convicción adoptada.

Hecha esta aclaración, aparece que tal ejercicio fue debidamente efectuado por los sentenciadores, desde que luego de establecer el hecho punible, ponen de manifiesto en sus basamentos octavo y undécimo la valoración de cada uno de los medios de prueba rendidos, que ponderados en forma conjunta, llevaron a adquirir la convicción sobre las circuns-

tancias en que se produjo el deceso de J.A., abordando en forma separada cada una de las condiciones acreditadas, como la fecha del hecho, lugar de ocurrencia, identidad del occiso, causa de muerte y autor del ilícito. De este modo, la sentencia contiene un razonamiento que lleva lógicamente a la conclusión alcanzada por los juzgadores, cumpliendo los parámetros del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de ello, importa señalar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad. A pesar de ello, la argumentación del recurso se dirige más bien en ese sentido, por cuanto redundaría en cuestionar la precisión de las evidencias utilizadas por los sentenciadores para adquirir convicción de condena, aisladamente consideradas, sin atacar –como pretende la causal de nulidad en examen– el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Conforme con lo anteriormente señalado, no queda sino rechazar el capítulo subsidiario del recurso en examen.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 16 por la defensa del acusado D.A.C.C., contra la sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil quince, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1400731538-5, RIT 152-2015, seguido ante el Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Matus.

Rol N°14.781-15

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C. y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Carlos Pizarro W. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica.



## RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA. INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES. REVISIÓN DE TELÉFONO MÓVIL

### Tribunal: Corte Suprema

#### Resumen:

*Siendo el producto del delito que afectó momentos antes a la víctima, no se puede estimar que el teléfono celular sustraído brindara un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente, ni al acusado en cuyo poder fue incautado ni a los demás, pues no les pertenecía.*

*Los reclamos descansan únicamente en infracciones que la defensa observa respecto de la revisión de la información contenida en una especie perteneciente a un tercero, por lo que es evidente que tal anomalía atañe únicamente al propietario de tal bien, quien no ha formulado reclamo alguno, por lo que este tribunal no logra visualizar su concreta y determinante repercusión en la persona de los enjuiciados.*

*Al contestar el policía un llamado telefónico recibido en el móvil incautado, no ha incurrido en una actuación transgresora del ámbito o espacio de "intimidad" constitucionalmente protegido, ya que el aparente atentado al respeto y protección de la vida privada y a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, supuestamente cometido con ocasión del registro del celular perteneciente a la víctima, en ningún caso habría afectado derecho alguno de los responsables de su sustracción, pues dicho acto no confiere una posesión legítima de las especies sustraídas, posesión que permanece en la víctima, quien no ha reclamado en contra de la actuación policial, por el contrario, ha colaborado con ella precisamente al llamar a su teléfono para dar con el paradero del mismo.*

#### Texto completo:

Santiago, cuatro de noviembre de dos mil quince.

#### Vistos:

En esta causa RUC N°1401213299-K, RIT N°424-2015, del Sexto Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Miguel, por sentencia de uno de septiembre del año en curso, se condenó a LUIS JONATHAN CHAMORRO MESÍAS, a CARLOS ALEXANDER LUCERO PRADO y a ESTEBAN JEAN

PIERRE CHAMORRO MESÍAS, por su participación de autores de dos delitos consumados de robo con intimidación en las personas de C.R.B.F. y P.A.B.R, perpetrados el 13 de diciembre de 2014, en las comunas de La Granja y La Florida. A los dos primeros se impuso la pena de trece años de presidio mayor en su grado medio y, al último, diez años y un día de presidio mayor en su grado medio. A todos ellos, además, se les sancionó con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos

políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas.

La defensa de los sentenciados interpuso recurso de nulidad, cuya copia rola a fojas 14 de estos antecedentes, el que se conoció en la audiencia pública de 15 de octubre último, incorporándose el acta que da cuenta de su realización a fojas 36.

### **Considerando:**

**Primero:** Que por el recurso se esgrime, de manera principal, la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, denunciándose infracción al artículo 19 Nros. 4 y 5 de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 11.2 y 11.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 218, 219, 222 y 226 del Código Procesal Penal, pues los hechos calificados como delito N°2, robo con intimidación cometido en perjuicio de P.A.B.R., fueron descubiertos producto de una actuación policial atentatoria del principio de legalidad y de los derechos a la intimidad y a la vida privada.

Explayándose el recurso acerca de las circunstancias constitutivas de la contravención denunciada, refiere que con ocasión de la detención en flagrancia de los imputados, la policía procedió en forma autónoma al registro del contenido del teléfono móvil que portaba uno de ellos, diligencia intrusiva que no estaban habilitados a efectuar, y que se llevó a cabo luego que un funcionario de

Carabineros contestara un llamado al celular que fue incautado en poder de Esteban Chamorro, permitiendo al personal policial identificar a la víctima P.A.B.R., percatándose así del delito de que ella fue ofendida.

Dicha actuación, a juicio del impugnante, transgrede el principio de legalidad, pues los aprehensores desatendieron las normas que regulan su actividad, infringiendo los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. Tal medida investigativa excede el mero registro del imputado, por lo cual la policía debía requerir autorización, en conformidad a lo que dispone el artículo 9 del Código Procesal Penal.

Como consecuencia de esa actuación viciada se obtuvo la identificación y declaración de P.A.B.R., víctima de la sustracción de su celular, respecto de quien no existían indicios de haber sido afectada por ilícito alguno.

Solicita en la conclusión que se anule juicio y la sentencia y se ordene la realización de un nuevo juicio, excluyendo la prueba obtenida con infracción de garantías consistente en la declaración de la víctima P.A.B.R., el dato de atención de urgencia de la ofendida y las 5 fotos que fijan el lugar de los hechos y el celular incautado.

En segundo término el recurso se funda en el motivo absoluto de nulidad contemplado en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo legal.

Sostiene el impugnante que el fallo vulneró los principios de no contradicción y de razón suficiente.

En relación al delito que afectó a C.R.B.A., el único elemento que existe para acreditar la participación de los imputados es la declaración del ofendido, dado que la policía solo interviene con posterioridad. Sin embargo, en el juicio oral, la víctima señaló que no recordaba mayores antecedentes de los sujetos, solo el color de las poleras que vestían y, no obstante ello, en el reconocimiento policial fotográfico habría podido identificarlos. No es posible, a su juicio, estimar ciertas las aseveraciones del afectado, lo que conduce a sostener que la convicción condenatoria se funda sobre meras sospechas, insuficientes para destruir la presunción de inocencia. Adicionalmente, afirma que se trataría de un delito de hurto, pues los imputados dejaron el vehículo sustraído a C.R.B.A. en la línea de radiotaxi donde se desempeñaba la víctima con las llaves puestas.

En lo que atañe al delito de que es víctima P.A.B.R., se sostiene en el recurso que los hechos que asienta el fallo difieren de los que relata la ofendida, quien no declaró sobre algún suceso constitutivo de intimidación, solo un forcejeo que tuvo por fin sustraerle su cartera.

En consecuencia, por las circunstancias anotadas, la lectura de la sentencia demuestra que los jueces resolvieron a favor del ente persecutor aun en contra de lo efectivamente acreditado.

Con estos argumentos solicita se declare nulidad del juicio y la sentencia ordenando la realización de un nuevo juicio oral.

Por último, el recurso se funda en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, dado el error de derecho cometido al determinar la pena en concreto, pues se obvió la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, que beneficiaba a los enjuiciados, circunstancia que resultó demostrada tras su declaración en juicio, lo que patentiza su intención de colaborar, aceptando las preguntas formuladas por el defensor y el fiscal, lo que resultó imprescindible para que el tribunal determinara la participación que les cupo en los hechos. La indicada minorante debió compensarse con la agravante del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, lo que permitía fijar la pena en el caso de los acusados Carlos Lucero y Luis Chamorro en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y respecto del sentenciado Esteban Chamorro, a quien favorecía además la atenuante de irreprochable conducta anterior, en tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Finaliza solicitando por esta última causal que se declare únicamente la nulidad del fallo, como prevé el artículo 385 del Código Procesal Penal, y se dicte otro en reemplazo que fije el quantum de la pena en la forma señalada.

**Segundo:** Que las afectaciones en que la defensa fundamentó la causal principal se originarían con motivo

de la recolección de evidencia que se tacha de ilícita, cuestionándose la realización de diligencias investigativas policiales autónomas en las que no se observaron las normas legales que las regulan y de cuya intervención arranca, de modo trascendental, la imputación delictiva contra los condenados como autores del delito de robo con intimidación que afectó a P.A.B.R..

La transgresión a las garantías de los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República sería consecuencia del registro de las comunicaciones de un teléfono móvil incautado en poder de uno de los imputados, lo que permitió la corroboración sobre su origen, su propiedad y la certeza de la existencia de un delito del que no se tenía noticia alguna hasta ese momento.

**Tercero:** Que en reiterados oportunidades esta Corte ha sostenido que si bien la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repite su Ley Orgánica Constitucional y múltiples instrucciones de parte de la autoridad superior de aquél, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas.

En la especie, los imputados fueron detenidos en situación de flagrancia, lo que habilitó a la policía para proceder a su registro, incautando las especies que portaban, entre ellas, un teléfono móvil perteneciente a P.A.B.R., respecto del cual no se ha sostenido ni demostrado que alguno de los imputados haya reclamado su propiedad.

**Cuarto:** Que la Constitución Política asegura a todas las personas: *“La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”*, vale decir, la garantía que se pretende desconocida se extiende sobre lugares u objetos en que se observa un espacio o ámbito de lo “privado”, personal o familiar.

Pues bien, no puede estimarse que el teléfono celular en cuestión brindaba un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente, ni al acusado en cuyo poder fue incautado ni a los demás, porque la causal de nulidad se ha esgrimido en favor de todos ellos, pues no les pertenecía, lo que no ha sido puesto en duda, según consta del fallo. Dicha especie era el producto del delito que afectó momentos antes a P.A.B.R.

**Quinto:** Que, en consecuencia, los reclamos descansan únicamente en infracciones que la defensa observa respecto del registro de la información contenida en una especie perteneciente a un tercero, por lo que es evidente que tal anomalía atañe

únicamente al propietario de tal bien, quien no ha formulado reclamo alguno, por lo que este tribunal no logra visualizar su concreta y determinante repercusión en la persona de los enjuiciados. Así, al contestar el policía un llamado telefónico en el móvil incautado, no ha podido catalogarse esa actuación como transgresora del ámbito o espacio de “intimidad” constitucionalmente protegido.

**Sexto:** Que, entonces, el aparente atentado al respeto y protección de la vida privada y a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, supuestamente cometido con ocasión del registro del celular perteneciente a la víctima P.A.B.R., éste en ningún caso habría afectado derecho alguno de los responsables de su sustracción, pues dicho acto no confiere una posesión legítima de las especies sustraídas, posesión que permanece en la víctima, quien no ha reclamado en contra de la actuación policial, por el contrario, ha colaborado con ella precisamente al llamar a su teléfono para dar con el mismo.

**Séptimo:** Que por lo anotado no se configura la infracción que sirve de sustento a la causal principal, en tanto se funda en la inobservancia de garantías aseguradas por la Constitución Política y por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

**Octavo:** Que en lo concerniente a las normas del Código Procesal Penal que el arbitrio también acusa como transgredidas por la causal princi-

pal, es claro que no se consuma, no solo por las razones de fondo antes anotadas, sino porque por la mera desatención a la normativa procedimental codificada importaría darle un inmerecido carácter de garantía constitucional a todo trámite, actuación y formalidad previstos en la ley adjetiva, cualquiera sea la relevancia que ella tenga o la finalidad que con ella se persiga.

**Noveno:** Que la causal subsidiaria esgrimida por los mismos sentenciados, contenida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se construye en torno a la supuesta falta de fundamentación de la sentencia respecto del establecimiento de los hechos que resultaron demostrados.

**Décimo:** Que respecto del examen de fundamentación de las sentencias, este tribunal ha resuelto que lo que la ley exige a los tribunales es que asienten los hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, de manera que los acusados y los demás intervinientes en el proceso criminal puedan comprender la justicia y la legalidad de la decisión judicial, lo que dará cabida a la interposición de los recursos legales para activar los mecanismos de control en la aplicación del derecho al caso concreto. Esa actividad supone exponer razones, hacer interpretaciones y tomas de posición sobre las posturas que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y la explicación de la convicción adoptada. El sistema de la sana crítica racional a que se debe ceñir el juzgador, le entrega libertad para

apreciar la eficacia probatoria de las pruebas y la legitimidad de esa apreciación dependerá de que su juicio sea razonable. Es por ello que a fin de que esta Corte, en cuanto tribunal de nulidad, se encuentre en condiciones de efectuar un control sobre las reglas de la valoración de la prueba en la fundamentación de la sentencia penal, resulta indispensable que la parte recurrente precise al momento de formalizar su recurso las reglas fundamentales de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que habrían sido incumplidas por los jueces de la instancia, límites de ponderación que tradicionalmente se han entendido referidos a las leyes de coherencia y derivación y a los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Para dar cumplimiento a ese imperativo no basta con afirmar que la sentencia contraviene las reglas de la lógica si no se dota de contenido a esa afirmación, exigencia que no se satisface si, como se sostiene en el recurso, el incumplimiento del deber de fundamentación y el error de ponderación se genera porque se otorga valor al relato de las víctimas C.R.B.A. y P.A.B.R., que a la defensa parecen insuficientes, o se desecha la tesis alternativa de que a lo sumo el primero de los nombrados fue afectado por un delito de hurto.

Como apunta Maier “no se trata de que el tribunal de casación valore nuevamente la prueba del debate, que no ha presenciado, actividad que le está prohibida, sino, antes bien, de que el imputado demuestre –no sólo argumentalmente–, a

través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción del conocimiento que incorpora ... se observa ya que es el condenado el que ataca la sentencia y, por ende, es él, también, quien soporta la carga de verificar estos extremos, de tornar plausible los errores gruesos del fallo respecto de la reconstrucción histórica” (Derecho Procesal Penal, Julio Maier, páginas 722-723).

**Undécimo:** Que sin perjuicio de lo dicho, tampoco resultan efectivos los defectos que postula en cuanto a la valoración de la prueba, pues la sentencia cumple con las exigencias antes referidas al tratar la prueba rendida en el juicio, y luego expone las reflexiones que condujeron a los jueces inequívocamente al establecimiento de los delitos, su calificación y a la participación que se atribuye a los acusados, –considerandos Undécimo a Décimo Octavo–, las que se explayan sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal. Ese ejercicio no se traduce por sí solo en una contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, pues el fallo aporta los motivos y expresa cómo y por qué arribó a una determinada conclusión, de la que por cierto la defensa discrepa, pero ese desacuerdo en la valoración de la prueba y en base a la cual se fijaron los hechos no es

suficiente para configurar el vicio de nulidad reclamado para provocar así la invalidación del juicio y la sentencia.

**Duodécimo:** Que atendiendo a las reflexiones precedentes el recurso de nulidad por este primer motivo de nulidad subsidiario también habrá de ser desestimado.

**Décimo tercero:** Que por último, en lo que dice relación con el segundo motivo de nulidad subsidiario alegado por la defensa de los enjuiciados, fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, conviene recordar que dicha causal demanda que la errónea aplicación del derecho que se reprocha en el recurso, además de ser efectiva, *“hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”*, extremos que en este caso no se satisfacen, como se dirá.

**Décimo cuarto:** Que en lo que respecta al rechazo de la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, el fallo declaró que no existió colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, toda vez que la declaración de los acusados prestada en estrados versó sobre una teoría alternativa, que no se compadeció con la prueba rendida en juicio, desde que los imputados negaron respecto del robo perpetrado en contra de C.B.R.F. haber intimidado al ofendido, y respecto del robo perpetrado en contra de P.A.B.R., no solo negaron haberla intimidado, sino que además afirmaron que solo uno de ellos fue quien se acercó y sustrajo la cartera que la ofendida portaba. De

esta forma, los dichos tuvieron como única intensión exonerarse o aminorar su responsabilidad en los graves delitos por los que fueron acusados o, acorde a la teoría alternativa de la defensa, obtener una calificación jurídica diversa a la sostenida por el Ministerio Público, lo que fue desestimado, dada la contundente prueba de cargo. Tales son los hechos asentados como verdaderos en el fallo, por lo que, a partir de ellos, no puede sostenerse que se haya incurrido en error de derecho al afirmar que no concurre a favor de los condenados la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal.

**Décimo quinto:** Que, sin embargo, cabe destacar que los acusados son responsables de dos delitos de robo con intimidación. La pena en abstracto que prescribe la ley penal se extiende del presidio mayor en su grado mínimo al presidio mayor en su grado máximo. En el caso de los condenados Carlos Lucero Pardo y Luis Chamorro Mesías, les perjudica la agravante del artículo 456 bis del Código Penal, sin que les favorezca atenuante alguna, lo que excluye el mínimo del grado, principiando la sanción en el presidio mayor en su grado medio, castigo que ha de elevarse en un grado, al menos, dada la reiteración de delitos cometidos. En tal caso, la sanción queda determinada en el presidio mayor en su grado máximo, pero como el Ministerio Público no ha hecho cuestión de ese extremo de la decisión, y dados los términos perentorios del artículo 360 del Código Procesal Penal, la sanción a que arribó el fallo resulta inmodificable en perjuicio de

los sentenciados. Tratándose del acusado Esteban Chamorro Mesías, no concurren modificatorias de responsabilidad penal que considerar, dada la compensación racional entre las circunstancias previstas en los artículos 11 N°6 y 456 bis del Código Penal. En tal evento, al momento de fijar el castigo, el tribunal ha podido recorrer la pena en toda su extensión. Principiando del mínimo, como aconteció, y dada la reiteración de conductas ilícitas, por aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal la pena se incrementó en un grado, lo que da como resultado el presidio mayor en su grado medio.

Ahora bien, despejado lo anterior, incluso conviniendo que beneficiara a los sentenciados la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, dentro de la posible extensión del marco penal –sin modificatorias de responsabilidad que considerar para Carlos Lucero Pardo y Luis Chamorro Mesías y una minorante para el caso de Esteban Chamorro Mesías, además de la reiteración de ilícitos– los sentenciadores siempre pudieron imponer la pena a que en definitiva se arribó, que es de presidio mayor en su grado medio para todos ellos, de manera que aún de acogerse la circunstancia reclamada, tal circunstancia no obliga a una sanción de menor entidad, con lo cual la alegación que se formula carece de influencia en lo dispositivo del fallo y conlleva el rechazo de esta sección del recurso.

**Décimo sexto:** Que en vista de lo que se ha venido razonando, al no constatarse los errores de derecho que fundan el recurso, en todos sus capítulos, éste deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 297, 360, 373, 374 letra e) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de los condenados Luis Jonathan Chamorro Mesías, Carlos Alexander Lucero Prado y Esteban Jean Pierre Chamorro Mesías contra la sentencia de uno de septiembre de dos mil quince, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N°1401213299-K, RIT N°424-2015 del Sexto Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Rol N°14.639-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Jean Pierre Matus A. No firma el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

## RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. INFRACCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES O ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO. CAUSAL DE NULIDAD ADECUADA PARA DICHO RECLAMO

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen:

*Por mucho que la interpretación extensiva o analógica de los tipos penales pueda importar una infracción al derecho constitucional a no ser castigado sino en virtud de una ley previa, lo cierto es que esta infracción constitucional sería la consecuencia mediata de la incorrecta aplicación de la ley que establece el tipo penal respectivo. En tal caso la infracción constitucional, susceptible en principio del recurso que establece la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es consecuencia de un error de derecho que puede ser atacado en virtud del recurso que establece la letra b) del citado artículo.*

*La posibilidad de recurrir por infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución cede ante la disponibilidad del recurso por errónea aplicación del derecho. Esto es consecuencia de la relación existente entre los derechos constitucionales y el derecho penal y del sistema de recursos en el proceso penal.*

*Las sanciones penales inciden siempre en ámbitos protegidos por derechos constitucionales, tales como el derecho a la libertad personal y el derecho de propiedad, entre otros. En consecuencia, cualquier error de derecho que conlleve la aplicación de una pena que no correspondía aplicar, o mayor a la pena legalmente aplicable, importa también la infracción sustancial de un derecho constitucional. Pero si se entendiera que en tales casos el condenado agraviado puede interponer el recurso por infracción de derechos constitucionales, se transformaría radicalmente el sistema de recursos que ha establecido el Código Procesal Penal, dejando a dicho agraviado la opción de recurrir a la respectiva Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema.*

*Esto resultaría inconsistente con la decisión legislativa de limitar la competencia a la Corte Suprema para el conocimiento de los errores de derecho a los casos en que existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores.*

### Texto Completo:

Santiago, a diecisiete de diciembre de dos mil quince.

### Vistos:

En esta causa RUC N°1110035145-4 y RIT N°18-2015 del Tribunal

de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, por sentencia de 19 de septiembre del año en curso, se condenó a ISIDORO ROBERTO CAMACHO MUÑOZ a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de multa del 10% del perjuicio causado

y de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio en su calidad de coautor del 15 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 400 UTM en grado de consumados, 9 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 40 UTM en grado de consumados y 2 delitos frustrados de Fraude al Fisco mayores a 400 UTM, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal, cometidos en la ciudad de Los Andes entre los años 2009 y 2011.

Asimismo, se condenó a JORGE ESTEBAN GONZÁLEZ PONCE a sufrir la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, a la accesoria de multa del 10% del perjuicio causado y de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio en su calidad de coautor de 15 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 400 UTM en grado de consumados, 9 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 40 UTM en grado de consumados y 2 delitos frustrados de Fraude al Fisco mayores a 400 UTM, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal, cometidos en la ciudad de Los Andes entre los años 2009 y 2011.

La sentencia también condenó a JORGE FELIPE GONZÁLEZ AHUMADA a la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, a la accesoria de multa del 10% del perjuicio causado y de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio en su calidad

de coautor de 15 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 400 UTM en grado de consumados, 6 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 40 UTM en grado de consumados y 2 delitos frustrados de Fraude al Fisco, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal, cometidos en la ciudad de Los Andes entre los años 2009 y 2011.

Finalmente, JORGE ESTEBAN GONZÁLEZ PONCE y JORGE FELIPE GONZÁLEZ AHUMADA igualmente fueron sentenciados a sufrir cada uno la pena de 3 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo y la accesoria de multa del 50% del tributo eludido como autor, cada uno, del delito reiterado de declaración maliciosamente incompleta o falsa, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 97 N°4 del Código Tributario, cometido en la ciudad de Los Andes el 08 de mayo de 2012.

Las defensas de los sentenciados González Ponce y González Ahumada interpusieron conjuntamente recurso de nulidad, cuya copia rola a fojas 326 y ss., que fue admitido a tramitación por resolución de fojas 562, fijándose a fojas 570 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento. A fojas 577 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Y considerando:

Primero: Que el recurso esgrime, de manera principal, la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en base a la denuncia de dos infracciones.

A. En un primer orden, la infracción del principio de legalidad o tipicidad contenido en el artículo 19 N°3 inciso 8° de la Constitución Política de la República, tanto relativo al delito como a las penas.

Expone el recurso que la infracción se produce al aplicar los sentenciadores de manera extensiva el tipo penal de fraude al Fisco, contemplado en el artículo 239 del Código Penal, cuya descripción tiene como sujeto activo a un empleado público, calidad especial que los acusados González no ostentan y, sin embargo, han sido sancionados conforme a dicho ilícito. Además, continúa el recurrente, los sentenciadores condenan por un título de imputación –artículo 229 del Código Penal– sin que exista regla legal expresa que autorice para proceder de esa manera, cuestión que sucede desde que se comunica el título de imputación a quien no tiene la calidad exigida en el tipo, dando aplicación de ese modo al principio de comunicabilidad, cuando en realidad el mismo se enuncia como principio de no comunicabilidad.

B. En segundo término, dentro de la misma causal principal se alega la vulneración al derecho a defensa y, específicamente, los derecho a controvertir la imputación y a ser oído, afectando la prohibición de sorpresa, puesto que los acusadores sostuvieron sus hipótesis de participación en el numeral 3° del artículo 15 del Código Penal, sin embargo la sentencia impone la pena bajo la figura del N°1, lo que constituye un vicio desde que la conductas que describen las hipótesis son distintas y por tanto

no se está en el ámbito de la calificación jurídica, sino en una situación de modificación de los presupuestos fácticos, circunstancia que importa una infracción a los incisos 2° y 5° del N°3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En base a esta causal solicita la anulación del juicio y de la sentencia, ordenando la realización de un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado

Segundo: Que, subsidiariamente se invoca la causal contemplada en la letra e) del artículo 374 en relación con los artículos 342 letra c) y 297 todos del Código Procesal Penal, basándose en los siguientes dos vicios:

A. Como primer defecto se denuncia la omisión por el fallo de la valorización de prueba documental, esto es, el Informe de 26 de noviembre de 2014 de la empresa auditora PwC, denominado “Revisión independiente del Informe de Peritaje Contable y Tributario, Causa RIT 4066-2011, RUC 1110035415-4”, el que no obstante llegar a nuevas conclusiones en favor de los acusados González, no fue valorado por el tribunal en la forma prescrita por las normas antes mencionadas. Tal situación denunciada se presenta también en relación a importante prueba que fue aportada en el juicio, como lo fue la nota interna DCON-020 del Contralor de Codelco al Gerente de Desarrollo Humano; copias de libros de venta de González Ponce y la sociedad de esta causa; actas de exoneración de filiales; recepción definitiva y finiquito

final; informe de facturas; y contrato de trabajo de Camacho Muñoz con la Comunidad Edificio Cordillera I de la ciudad de los Andes.

B. La segunda alegación en que se sustenta esta causal consiste en que la sentencia omite referirse al conocimiento de los acusados González “de la calidad de empleado público” del coimputado Camacho Muñoz, aspecto sobre el cual no se aportó prueba en el juicio “que haya tenido por objeto acreditar tal hecho”.

En virtud de esta causal pide que se anule el juicio y la sentencia, ordenando la realización de un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado

Tercero: Que, en subsidio de las dos causales anteriores, impetra la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, afincada en los siguientes yerros:

A. Como primera cuestión, afirma que en el caso del fraude al Fisco se está frente a un delito especial impropio, respecto del cual existe una figura básica residual en virtud de la cual se debería sancionar al partícipe no funcionario, esto es, el delito de estafa. Bajo dicha premisa, es que no se pudo haber comunicado la calidad especial de empleado público del imputado Camacho Muñoz a los acusados González y, por tanto, debieron éstos ser sancionados por el delito que pudieron cometer, el de estafa, como figura residual al delito cuya agravación se justifica por la infracción de deber.

B. Finalmente se denuncia la errada determinación de la pena al aplicar

el artículo 351 del Código Procesal Penal, por no haber considerado los magistrados la totalidad de las diversas infracciones establecidas, incluyendo aquellas que tienen asignada menor pena, y haber seleccionado exclusivamente aquellas que tienen asignada una pena más alta, concretamente, por omitir la consideración de dos delitos frustrados de fraude al Fisco por montos superiores a 400 UTM y 4 ilícitos por montos inferiores a 400 UTM.

Así, el nuevo marco penal correspondiente a las diversas infracciones – incluso considerando el aumento de pena facultativo del inciso segundo del artículo 239 del Código Penal–, aumentado en un grado en los términos del artículo 351 del Código Procesal Penal “quedaba en un rango que va desde presidio menor en su grado máximo hasta presidio mayor en su grado medio (3 años y 1 día a 15 años), manteniéndose un marco penal de tres grados, pero habiendo aumentado respectivamente en uno, cada uno de los grados que los componían”. Por otra parte, al reconocer la sentencia una atenuante a los acusados, le estaba vedado imponer pena alguna que quedara dentro del grado superior del nuevo marco generado con el aumento, por disposición del artículo 68 inciso segundo del Código Penal.

Por esta causal solicita la anulación de la sentencia y la dictación, si nueva audiencia pero separadamente, de una de reemplazo que se conforme a derecho.

Cuarto: Que en forma previa al estudio de las causales de nulidad esgrimidas en el recurso, conviene tener a la vista los hechos fijados por los sentenciadores en el fallo impugnado.

En el considerando 28° se señalaron como “hechos no discutidos en la presente causa”, los siguientes:

“1.- Que el acusado Isidoro Camacho Muñoz fue funcionario de Codelco Chile, desempeñándose, a lo menos desde los años 2010 al 2011 como analista de control de egresos de la División Andina de la empresa estatal.”

“2.- Que el acusado Isidoro Camacho Muñoz tiene como título profesional el de Contador Auditor, teniendo además el título técnico-profesional de Contador General.”

“3.- Que, los encartados Jorge González Ponce y Jorge González Ahumada son padre e hijo.”

“4.- Que, los acusados Jorge González Ponce y Jorge González Ahumada son dueños en partes iguales –a la razón del 50% cada uno– de la Sociedad Minera González e Hijos Ltda. y son representantes legales de la misma.”

“5.- Que, tanto la Sociedad Minera González e Hijos Ltda., como el acusado Jorge González Ponce –en su calidad de persona natural– prestaban servicios como contratistas para la estatal Codelco Chile, División Andina.”

En el basamento 29° del fallo, a su turno, se tuvieron por establecidos los siguientes sucesos y circunstancias:

“1.- El acusado Isidoro Camacho Muñoz, abusando de los perfiles informáticos que poseía con ocasión de sus labores como analista de control de egresos, realizó movimientos contables en el sistema SAP de la empresa estatal a fin de favorecer a la empresa Sociedad de Servicios Mineros González e Hijos Ltda. y a Jorge González Ponce como persona natural, generando, a raíz de los movimientos contables efectuados, la exacción de dineros de la empresa estatal Codelco Chile, sin una causa legal que amparase los pagos indebidos efectuados, ello en concierto con quienes recibieron dichos dineros, a la razón Jorge Esteban González Ponce y Jorge Felipe González Ahumada.”

“2.- Que los dineros provenientes de los pagos sin ocasión de servicios prestados ni mercaderías transferidas a la empresa Estatal Codelco-Chile, fueron a incrementar el patrimonio de Jorge González Ponce –sea como persona natural, sea como dueño del 50% de la empresa Sociedad Minera González e Hijos Ltda. – así como el de Jorge González Ahumada en su calidad de socio de la empresa ya referida, en forma reiterada desde el año 2009 hasta el año 2011, sea mediante el cobro de instrumentos mercantiles privados, sea mediante el sistema de transferencias electrónicas a la cuenta corriente de la sociedad referenciada o a Jorge González Ponce como persona natural.”

“3.- Que los acusados Jorge González Ponce y Jorge González Ahumada presentaron, con fecha 08 de mayo de 2012, cada uno su declaración de renta contenida en el formulario 22 del Servicio de Impuestos Internos, mediante el sistema de declaración informática, sin movimientos para el período comercial 2011 –año tributario 2012–, misma cuestión que efectuaron en forma conjunta en su carácter de dueños y representantes legales de la Sociedad Minera González e Hijos Ltda., lo que determinó que, conforme a la declaraciones contenidas en los formularios ya reseñados el impuesto a pagar por concepto de renta fue de \$0.- (cero pesos), tanto para la Sociedad referida como para los acusados González Ahumada y González Ponce en su calidad de contribuyentes persona natural, no obstante haber tenido ingresos lícitos como ilícitos durante el año comercial 2011 –año tributario 2012, lo que ocasionó un perjuicio fiscal de \$423.386.198.- (cuatrocientos veintitrés millones trescientos ochenta y seis mil ciento noventa y ocho pesos) por los impuestos eludidos-.”

“4.- Que el procedimiento ordinario para el pago de los servicios que prestan los contratistas de Codelco-Chile consiste en un sistema integrado de controles cruzados y funciones disgregadas en el que cada contratista debe solicitar una hoja de entrada de servicios (hes) al correspondiente administrador de contrato de la empresa estatal, dicha hoja de entrada de servicios (hes) se confecciona por el secretario del administrador de contrato o por el mismo

administrador de contrato, luego que se verifican, mediante una hoja de ruteo (hoja que lleva la firma de diferentes profesionales que certifican el cumplimiento de parte de los servicios contratados, así como el cumplimiento de otras obligaciones que tienen los contratistas, como por ejemplo, sus responsabilidades previsionales para con los trabajadores de los contratistas); verificado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos –avance en terreno de los trabajos contratados, cumplimiento de obligaciones legales–, se genera la previamente reseñada hes (hoja de entrada de servicios) asociada a un número, la que el contratista debe anotar en la factura cuyo cobro pretende. Dicha factura debía ser presentada en la oficina de partes de la División Andina (para los contratistas que prestasen servicios en esta División), la que era ingresada por el funcionario respectivo al sistema de Control de Documentos (SCD) para posteriormente ser distribuida en los diversos analistas de egresos, quienes debían verificar que la factura, unida a la hes, cumplía con los requisitos pormenorizados e ingresarla al Sistema contable SAP para su contabilización como una solicitud de pago y proceder a liberar el mismo, acción que finalizaba con la emisión del pago referido por un funcionario diferente quien expedía el cheque respectivo, vale vista o la transferencia electrónica según fuera el caso. El ingreso en la oficina de partes de las facturas cuyo pago se pretendía importaba a efectos de determinar la fecha de pago de la misma, toda vez que según el plazo acordado en el

respectivo contrato –suscrito entre el contratista y la Minera Estatal– este debía efectuarse a un plazo determinado (15, 30, o 60 días según correspondiese). En resumen, una factura con el correspondiente número de HES (hoja de entrada de servicios) acredita la realización de los servicios cuyo pago se solicita mediante la factura respectiva.”

“5.- Que, la Sociedad de Servicios Mineros González e Hijos Ltda., mediante uno de sus representantes legales suscribió con Codelco-Chile, División Andina, a lo menos, 4 contratos de prestación de servicios, a la razón los números: 451129390, 4500986000, 4501134555, 45009766286, mientras que el acusado Jorge González Ponce suscribió, a lo menos, 1 contrato de prestación de servicios con la Minera Estatal ya referida, a la razón el número 4500910254.”

“6.- Que, se presentaron a cobro por parte de la Sociedad de Servicios Mineros González e Hijos Ltda. 16 (dieciséis) facturas ideológicamente falsas, toda vez que se cobraban en las mismas servicios no prestados, en tanto que se presentaron a cobro por parte de Jorge Esteban González Ponce, en su calidad de persona natural, la cantidad de 2 (dos) facturas ideológicamente falsas, ya que se cobraban mediante las mismas servicios que tampoco fueron prestados, ello a fin de materializar los pagos ilegales por servicios no prestados, darles una apariencia de legalidad y ocultar las exacciones ilegales señaladas, las cuales no tenían un estado de pago asociado aprobado o hes.”

“7.- Que, además de lo reseñado, se pudo establecer que Isidoro Camacho Muñoz, a fin de realizar informáticamente una apariencia de legalidad y generar pagos, ingresó 7 números de facturas que supuestamente fueron emitidas por la Sociedad de Servicios Mineros González e Hijos Ltda. en tanto que ingresó 1 número de factura que supuestamente había sido emitida por el acusado Jorge González Ponce, todos los cuales generaron pagos por servicios inexistentes y que ingresaron en las arcas patrimoniales sea de la Sociedad de Servicios Mineros González e Hijos Ltda., sea en el patrimonio de Jorge González Ponce, mediante el sistema de pago de cheque y transferencia electrónica.”

“8.- Que, tanto Jorge González Ponce como Jorge González Ahumada procedieron al cobro de instrumentos privados mercantiles (cheques) provenientes de exacciones ilegales, sean extendidos por Codelco-Chile a nombre de la Sociedad de Servicios Mineros Ltda., sea a nombre de Jorge González Ponce como persona natural.”

“9.- Que, conforme los hechos ya reseñados, la Sociedad Minera González e Hijos Ltda. y a través suyo, los acusados Jorge Esteban González Ponce y Jorge Felipe González Ahumada, en los reiterados hechos lograron apropiarse de un total de \$1.111.641.833.- (mil ciento once millones seiscientos cuarenta y un mil ochocientos treinta y tres pesos), en tanto que Jorge Esteban González Ponce, en su carácter de persona natural logró la apropiación de

un total de \$15.005.708.- (quince millones cinco mil setecientos ocho pesos).”

“10.- Que, todo contratista tiene la facultad unilateral de generar una factura válidamente emitida, no obstante, la falta de aprobación del estado de pago, el que se puede generar en forma posterior e independiente de la voluntad del contratista, caso en el cual al no tener la hes (hoja de entrada de servicio) correspondiente, la misma no podía ser ingresada para su pago, siendo requisito excluyente para su contabilización, y posterior pago, la aprobación del estado de pago efectuado por el Administrador de Contrato de Codelco, lo que se materializaba mediante la emisión de un número asociado a una hoja de entrada de servicio (hes), aprobación que, como se ha reseñado, podía ser de fecha posterior a la de emisión de la factura, pero previa al ingreso de la misma en los sistemas informáticos de Codelco para concretar el correlativo pago.”

“11.- Que, si bien hubo facturas de la empresa Sociedad de Servicios Mineros González e Hijos Ltda. que fueron emitidas e ingresadas para pago con anterioridad a la emisión de la Hoja de entrada de Servicio (equivalente a la autorización del pago del estado de pago por parte del Administrador de Contrato de Codelco), las mismas fueron regularizadas con posterioridad por Isidoro Camacho en la contabilidad de Codelco-Chile una vez que las respectivas HES fueron liberadas por el Administrador correspondiente.”

Estos hechos fueron calificados, en lo que interesa, respecto de ISIDORO ROBERTO CAMACHO MUÑOZ, como 15 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 400 UTM en grado de consumados, 9 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 40 UTM en grado de consumados y 2 delitos frustrados de Fraude al Fisco mayores a 400 UTM, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal.

En cuanto a JORGE ESTEBAN GONZÁLEZ PONCE, se calificaron como 15 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 400 UTM en grado de consumados, 9 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 40 UTM en grado de consumados y 2 delitos frustrados de Fraude al Fisco mayores a 400 UTM, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal; y, en relación a JORGE FELIPE GONZÁLEZ AHUMADA se estimaron como 15 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 400 UTM en grado de consumados, 6 delitos reiterados de fraude al Fisco mayores a 40 UTM en grado de consumados y 2 delitos frustrados de Fraude al Fisco, previstos y sancionados en el artículo 239 del Código Penal.

Tanto la participación del acusado Camacho Muñoz como los acusados González Ponce y González Ahumada fue calificada por la sentencia como coautoría del artículo 15 N°1 del Código Penal.

Cabe hacer presente que los acusados González Ponce y González Ahumada además fueron condena-

dos como autores del delito reiterado de declaración maliciosamente incompleta o falsa, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 97 N°4 del Código Tributario, decisión condenatoria no atacada por el recurso, como expresamente lo despejaron los letrados recurrentes en sus alegatos ante esta Corte.

Quinto: Que, abocándose ahora al estudio de las infracciones denunciadas, corresponde en primer término referirse a la supuesta infracción sustancial del principio de legalidad penal, reconocido por el inciso octavo del artículo 19 No. 3 de la Constitución Política, mediante la aplicación analógica y extensiva a los recurrentes de lo dispuesto en el artículo 239 del Código Penal. Este capítulo del recurso comprende las siguientes afirmaciones: (a) El artículo 19 No. 3 incisos octavo y noveno de la Constitución Política prohíbe tanto la interpretación extensiva como analógica de la ley penal; (b) el artículo 239 del Código Penal sólo sanciona al empleado público que cometa el delito que él mismo describe, (c) la sanción en virtud de dicho artículo a personas que no tengan la calidad de empleado público importa una interpretación extensiva o analógica del mismo proscrita por la Constitución Política.

Sexto: Que por mucho que la interpretación extensiva o analógica de los tipos penales pueda importar una infracción al derecho constitucional a no ser castigado sino en virtud de una ley previa, lo cierto es que esta infracción constitucional sería la consecuencia mediata de la

incorrecta aplicación de la ley que establece el tipo penal respectivo. En otras palabras, la infracción constitucional, susceptible en principio del recurso que establece la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, es consecuencia de un error de derecho que puede ser atacado en virtud del recurso que establece la letra b) del citado artículo. El recurso bajo examen confirma lo anterior, pues en él se reclama que la condena a los recurrentes importa tanto una infracción del artículo 239 del Código Penal, sometida a consideración de esta Corte en virtud de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como una infracción al principio constitucional de legalidad penal, elevada de conformidad a la letra a) del mismo artículo.

En tales casos, la posibilidad de recurrir por infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución cede ante la disponibilidad del recurso por errónea aplicación del derecho. Esto es consecuencia de la relación existente entre los derechos constitucionales y el derecho penal y del sistema de recursos en el proceso penal. En efecto, las sanciones penales inciden siempre en ámbitos protegidos por derechos constitucionales, tales como el derecho a la libertad personal y el derecho de propiedad, entre otros. En consecuencia, cualquier error de derecho que conlleve la aplicación de una pena que no correspondía aplicar, o mayor a la pena legalmente aplicable, importa también la infracción sustancial de un derecho constitucional. Pero si se entendiera que en tales casos el con-

denado agraviado puede interponer el recurso por infracción de derechos constitucionales, se transformaría radicalmente el sistema de recursos que ha establecido el Código Procesal Penal, dejando a dicho agraviado la opción de recurrir a la respectiva Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema. Esto resultaría inconsistente con la decisión legislativa de limitar la competencia de esta Corte al conocimiento de los errores de derecho a los casos en que existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores” (Código Procesal Penal, artículo 376, inciso tercero).

Séptimo: Que no obstante advertir los recurrentes el problema analizado en el razonamiento precedente, abogan por la conclusión contraria a la que allí se ha arribado, esto es, que cuando en el pronunciamiento de la sentencia se incurre en una errónea aplicación del derecho que además importa infracción de derechos constitucionales, la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal permite impugnar la sentencia por esta infracción. Justifican su alegación en la frase “en el pronunciamiento de la sentencia” que utiliza la citada disposición. Afirman que los vicios formales en que pueda incurrir la sentencia están tratados en algunos de los motivos absolutos de nulidad que recoge el artículo 374 del citado código, de manera que los las infracciones en el pronunciamiento de la sentencia a que se refiere la letra a) del artículo 373 solo pueden referirse afectaciones de garantías materiales, como la

infracción del principio de legalidad, de culpabilidad o de proporcionalidad. Y luego concluye: “cada vez que estemos en presencia de infracciones de garantías cometidos en el pronunciamiento mismo de la sentencia, como las que aquí se reclaman u otras de similar naturaleza, si éstas siempre fueran reconducibles o subsumibles inmediatamente en una hipótesis de errónea aplicación del derecho, la segunda hipótesis legal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, no produciría efecto alguno...”

Esta afirmación sería correcta si se sostuviera que toda infracción a una garantía material en el pronunciamiento de la sentencia es por definición reconducible a un error de derecho impugnabile en virtud de la letra b) del Código Procesal Penal. No es ésta sin embargo la conclusión alcanzada en el motivo precedente. Lo que allí se ha concluido es que las erróneas aplicaciones de derecho que además constituyan una infracción mediata a un derecho o garantía constitucional, solo pueden ser impugnadas en virtud de la letra b) del artículo 373 del citado código. El legislador ha querido sin embargo dejar abierta la posibilidad de que al dictarse la sentencia, sin que se incurra en errónea aplicación del derecho, se infrinja sin embargo inmediata y sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, para cuyo caso ha dispuesto la posibilidad de recurrir a la Corte Suprema en virtud de la letra a) del artículo

373 del Código Procesal Penal. Esta Corte mantiene abierta dicha posibilidad, pero ella no corresponde a la hipótesis del presente recurso.

En consecuencia resulta inadmisibles el primer reclamo formulado de conformidad con la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Octavo: Que, en lo concerniente al segundo fundamento de nulidad de la causal principal del artículo 373, esto es, la vulneración de la prohibición de sorpresa por haberse condenado a los acusados González como coautores del artículo 15 N°1 del Código Penal, no obstante haber sido acusados por el ordinal 3° de dicho precepto, todo ello sin llamar a debatir a las partes sobre tal modificación, debe primero destacarse que el recurrente no arguye que la sentencia haya alterado el relato o descripción fáctica que configura el delito reprochado a los encartados González –en ninguna parte del arbitrio se especifica qué sección, párrafo u oración de la relación de los hechos de la acusación se altera en la sentencia–, sino sólo se propugna que se habría alterado la calificación de su participación del ordinal tercero del artículo 15 del Código Penal al ordinal primero del mismo precepto, sin someter tal cambio a discusión.

Lo antes dicho permite descartar, ab initio, que la sentencia hubiese modificado los “presupuestos fácticos” de la acusación, como postula el recurso, pues sólo se efectuó una distinta subsunción o calificación de la participación atribuida a los acu-

sados en el delito objeto de la acusación. En efecto, el tribunal estimó que el proceder de los acusados González se ajusta más bien en el ordinal 1° del artículo 15 del Código Penal, como se explica en el motivo 47°, porque “cada ilícito de fraude al fisco se inició –ora con la presentación de las facturas ideológicamente falsas por los acusados González, ora con la inclusión de datos en la contabilidad de Codelco por parte de Camacho– y finalizó con la apropiación de los dineros por parte de los acusados González”, es decir, los sentenciadores consideraron que con tales conductas –presentación de facturas falsas y la percepción del dinero mal habido–, ambas ya contenidas en la acusación fiscal, los acusados, en verdad, tomaron parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa.

En ese orden, si el agravio para los acusados recurrentes proviene de no haber llamado los magistrados a debatir a las partes sobre este cambio de calificación, tal defecto debió plantearse mediante la causal de la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, ante una eventual infracción de lo prescrito en el artículo 341 del mismo código, pues el carácter estricto y extraordinario del recurso de nulidad impide que el recurrente pueda obviar discrecionalmente la causal específica contemplada en la ley para el defecto o vicio en cuestión, echando mano a una causal más amplia y genérica prevista en el mismo texto.

Finalmente, si los recurrentes esgrimen que se yerra por los sentenciaci-

dores al subsumir la participación de los acusados González en el ordinal 1° del artículo 15 del Código Penal, dado que ese numeral estaría reservado en el delito de autos sólo para el sujeto activo cualificado —el empleado público— y no para los extraneos que participen con él —como sería el caso de los encartados—, ello importaría —de ser verdadero el error— una equivocada aplicación del derecho que los recurrentes debieron interponer mediante la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, siempre que concurrieran los requisitos previstos para ello, en particular, que esa distinta calificación tenga influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, efecto que como ya se mencionó, no se presenta en la especie.

Noveno: Que en lo atinente al primer capítulo fundante de la causal subsidiaria de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por haber omitido la sentencia la valoración de un informe de revisión de peritaje contable y otros documentos, cabe manifestar en primer término, que no es efectivo que la sentencia haya omitido su valoración, cuestión que se comprueba de la mera lectura del considerando 42° de la sentencia, en el que se señala que “en nada alteran la decisión de estos juzgadores, toda vez que no incorporan ningún antecedente relevante que pudiese servir al esclarecimiento de los hechos en forma diversa de la que se ha establecido”.

Ahora bien, aun cuando la brevedad de las razones dadas por los sentenciadores para arribar a tal conclusión

es patente, no debe preterirse que, como antes ya se ha mencionado, el artículo 375 del Código Procesal Penal exige que el defecto invocado tenga influencia en la parte dispositiva del fallo, lo que en la especie supone que los documentos respecto de los cuales los sentenciadores no habrían expuesto en forma legal las razones que les llevaron a desestimarlos, tengan alguna aptitud o potencialidad para alterar lo decidido, sin perjuicio que tal cuestión será resuelta, en definitiva, por los jueces del fondo en caso de accederse a la nulidad. Lo contrario, es decir, concluir que “todo y cualquier” descuido en la valoración o en la expresión de las razones de cómo se llevó a cabo tal valoración, incluso de aquel elemento probatorio patentemente impertinente o inconexo a lo debatido en el juicio pero admitido por error o desatención en el auto de apertura, podría servir para anular una sentencia y el juicio oral que le precede, colisiona con el principio de trascendencia antes aludido, pues llevaría a celebrar nuevamente un juicio oral —con todos los costos asociados a ello tanto para el Estado como para las víctimas y terceros que deban concurrir a él— para el único objeto de hacerse cargo de un elemento probatorio que carece de toda idoneidad para modificar lo decidido.

En ese entendido, al no haber ofrecido probar el recurrente el contenido de los distintos medios de prueba sobre cuya valoración habrían omitido razonar los sentenciadores, no es posible ponderar la sustancialidad del defecto ale-

gado, lo que conduce inexorablemente a su desestimación. Todavía más, el representante del Consejo de Defensa del Estado en sus alegatos ante esta Corte presentó y exhibió el referido informe contable, dando cuenta de que su contenido y conclusiones son diversas a lo sostenido por los recurrentes y que, en consecuencia, no avala las alegaciones de éstos, lo cual no fue rebatido ni confrontado por los recurrentes durante sus réplicas, lo que viene a confirmar lo antes concluido sobre la falta de sustancialidad y trascendencia del vicio denunciado mediante la causal en estudio.

Décimo: Que el segundo motivo que sostiene la petición de nulidad de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal viene dado por la falta de referencia de la sentencia al conocimiento de parte de los acusados de la calidad de empleado público de Camacho Muñoz.

El recurso no impugna la calidad de empleado público de Camacho Muñoz. Tampoco impugna. Tampoco alega que la sentencia no haya establecido que los recurrentes hayan conocido al señor Camacho Muñoz. El recurso se limita a reprochar que la sentencia haya omitido dar por probado que los recurrentes conocían la calidad de empleado público de dicho señor, hecho imprescindible para condenarlos por infracción al artículo 239 del Código Penal.

Undécimo: Que la sentencia impugnada no contiene en su considerando vigésimo noveno, que se refiere a los hechos que dan por establecidos, una

declaración explícita al conocimiento que los recurrentes habrían tenido de la calidad de empleado público de Camacho Muñoz. Sin embargo, el mandato de que la sentencia contenga una “exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados” puede cumplirse de diversas formas, sin que sea necesario recurrir a una fórmula sacramental que identifique cada hecho separadamente en un considerando único destinado a señalar los hechos que se dan por probados.

En circunstancias que no se impugna ni la calidad de empleado público de Camacho Muñoz ni el hecho de que los recurrentes le conocían, el recurso sólo puede referirse al conocimiento por los recurrentes de las siguientes circunstancias: (a) el hecho de que el señor Camacho Muñoz era empleado de Codelco; (b) el hecho de que Codelco es una empresa estatal; (c) el estatuto jurídico de los empleados de Codelco en general, o del señor Camacho Muñoz en particular. Esta última circunstancia no resulta sin embargo exigible. El conocimiento de que una persona es empleada de una empresa pública es suficiente para entender que si se participa con ella en la conducta descrita en el artículo 239 del Código Penal ambas infringen dicha disposición, sin que sea necesario un conocimiento acabado sobre la naturaleza del vínculo funcionario. En consecuencia, el examen de este capítulo del recurso se limita al conocimiento que los recurrentes tenían de las circunstancias señaladas con las letras (a) y (b).

En cuanto al conocimiento que los recurrentes tenían del hecho que Camacho Muñoz era empleado de Codelco, la sentencia si ofrece justificación sobre este hecho. En efecto, el punto 1 del considerando vigésimo noveno señala que Camacho Muñoz actuó “en concierto con quienes recibieron dichos dineros, a la razón Jorge Esteban González Ponce y Jorge Felipe González Ahumada”. Tal concierto supone el conocimiento que estos tenían de que el señor Camacho Muñoz era empleado de Codelco. Ello es además consistente con la declaración de González Ahumada, quien reconoció que conocía a Camacho Muñoz “porque trabajaba en Codelco”.

El carácter estatal de Codelco es tan ampliamente conocido, que no puede concluirse que la sentencia ha omitido “la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probadas”, especialmente si se tiene en consideración que la sentencia sí tuvo por establecido que los recurrentes eran los únicos socios de la Sociedad de Servicios Mineros González e Hijos Ltda., que esta sociedad tenía a lo menos cuatro contratos de prestación de servicios con Codelco y que el señor González Ponce también suscribió un contrato de prestación de servicios con Codelco.

En consecuencia, la sentencia contiene una exposición razonablemente clara, lógica y completa del conocimiento que los recurrentes tenían de la calidad de empleado público de Camacho Muñoz, de

manera que este capítulo del recurso será desestimado.

Duodécimo: Que, a su turno, por el primer motivo que funda la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal se sostiene que en los delitos de Fraude al Fisco, dado su carácter de delito especial impropio, los extraneus, calidad que cabría atribuir a los acusados González, deben sancionarse como autores del delito de estafa, como figura residual o base.

Esta alegación pasa por alto que la causal invocada exige para ser acogida, que la errónea aplicación del derecho denunciada “hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, corolario que no se advierte en la especie. En efecto, de haberse calificado los delitos cometidos por los acusados González como delito de estafa del artículo 468 del Código Penal –tal como pretenden los recurrentes–, y dado que en quince de ellos el monto de lo defraudado excede las 400 UTM, la sanción a imponer por cada uno de esos ilícitos corresponde a presidio menor en su grado máximo, la que en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal puede ser aumentada hasta en dos grados –teniendo como base la pena “en abstracto”, pues así lo estimaron los recurridos en el basamento 57° de su fallo–, pudiendo por ende los sentenciadores haber impuesto la de presidio mayor en su grado medio.

De ese modo, y sin que lo que se dirá importe que esta Corte Suprema

adhiera o concuerda con el fondo de lo argüido por los recurrentes en materia de comunicabilidad, aun de haberse calificado los hechos como pretenden éstos, el tribunal se encontraba autorizado por las normas antes mencionadas para aplicar la pena privativa de libertad determinada en su sentencia, de ahí que el defecto cuestionado no tenga influencia sustancial en su parte dispositiva, motivo suficiente para el rechazo de la causal de nulidad en análisis.

Décimo tercero: Que en relación a este asunto, los recurrentes sostuvieron en sus alegatos que para la prognosis sobre la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado que tendría el yerro objeto de su protesta, debe estarse estrictamente a lo razonado y resuelto por los jueces del grado, los que decidieron y justificaron el aumento de la pena por los delitos reiterados sólo en un grado.

Al respecto, no debe dejar de considerarse que al sopesar los efectos que producirá el aumento de grado o grados de una sanción penal necesariamente debe tenerse como dato asentado el grado o pena concreta desde la que se realizará tal incremento, única manera de conocer a cuál marco punitivo conducirá en definitiva, sin que, al contrario, resulte posible tal ponderación en base a una pena indeterminada o desconocida.

En ese orden, cuando los magistrados estimaron que con el aumento de la sanción en un solo grado “se satisface la pretensión punitiva esta-

tal” en el caso sub judice –basamento 57° de su fallo–, discurrieron en el supuesto que ese aumento en un solo grado se hacía desde la pena de presidio mayor en su grado mínimo y que conllevaba la imposición de una sanción no inferior a los diez años y un día de presidio mayor en su grado medio. Por tanto, de haberse calificado los delitos imputados a los acusados González como estafa –como arguyen los recurrentes– y atenuándose por ende el grado de la pena base desde la que se hará el aumento por la reiteración –desde presidio menor en su grado máximo–, no puede descartarse ex ante que los magistrados no harían uso de la facultad que les otorga el inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal para aumentar esa sanción en dos grados, única forma de arribar a la pena de presidio mayor en su grado medio con la que, en opinión de dichos jueces, “se satisface la pretensión punitiva estatal”.

Décimo cuarto: Que en relación al segundo fundamento de la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en virtud de éste se denuncia la errada determinación de la pena al aplicar el artículo 351 del Código Procesal Penal, por no haber considerado los magistrados la totalidad de las diversas infracciones establecidas, omitiendo la consideración de dos delitos frustrados de Fraude al Fisco por montos superiores a 400 UTM y 4 ilícitos por sumas inferiores a 400 UTM, lo que habría dado como resultado luego de la elevación en un grado de cada uno de los grados que

componen la pena por efecto de la reiteración, un nuevo marco penal “en un rango que va desde presidio menor en su grado máximo hasta presidio mayor en su grado medio”.

Sobre esta materia cabe consignar, como cuestión preliminar, que ha sido discutida en doctrina la forma en que debe operar el aumento de pena que contempla el inciso primero del artículo 351 para los delitos reiterados de la misma especie que pueden estimarse como un solo delito, lo que va de la mano precisamente de los criterios que se utilicen para dilucidar cuándo se está ante ilícitos que pueden considerarse como un solo delito, tratando el inciso segundo los demás delitos de la misma especie pero en los que no se presenta tal cualidad.

Según la doctrina mayoritaria, el criterio que se debe utilizar para aplicar esta distinción consiste en examinar si las penas de los distintos delitos se encuentran estructuradas o no sobre bases acumulables que se puedan sumar. Si así fuera, como ocurre con el delito de Fraude al Fisco, se aplicaría el inciso primero, si no fuera así, se aplicaría el inciso segundo del artículo 351. Para otros autores, en cambio, el criterio de distinción consiste, simplemente, en examinar si los varios delitos de la misma especie configuran una reiteración de un mismo delito o de delitos distintos. En el primer caso habrá que aplicar el inciso primero del artículo 351, en el segundo caso, el inciso segundo.

Pues bien, la primera posición expuesta conllevaría en el caso sub

judice, de manera similar a lo previsto en el artículo 451 del Código Penal para ciertos casos del delito de hurto, a la suma de las cuantías de lo defraudado en los distintos delitos de Fraude al Fisco, asignándose la pena correspondiente a la suma total de lo defraudado, procediendo luego esa pena a elevarse uno o dos grados por la reiteración. A diferencia de dicho modelo, el segundo ya comentado importa tomar sólo uno de dichos ilícitos y desde ahí realizar el aumento de pena producto de la reiteración.

No siendo necesario zanjar en esta oportunidad cuál de las dos fórmulas para realizar el aumento de pena por la reiteración de delitos de la misma especie que pueden estimarse como uno solo es la acertada, sí debe apuntarse que, en uno y otro caso, el inciso primero del artículo 351 del Código Procesal Penal consagra un sistema de “exasperación”, esto es, una regla de determinación de penas de los concursos de delitos propia del sistema de acumulación jurídica, que conduce a la imposición de una sanción más severa que la correspondiente al delito más grave, pero inferior a la suma de las penas de todos los cometidos, concretamente, con dicha denominación se alude al mecanismo consistente en agravar la sanción asignada a la figura más grave, por ejemplo, imponiendo la pena superior en un grado (Oliver Calderón, Guillermo. “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie”. Revista de Derecho, vol. XXVI N°2, Dic. 2013, p. 168).

En el presente caso, como se desprende del basamento 57° del fallo, los magistrados siguieron el segundo criterio esbozado, al señalar que “en lo relativo a los acusados González Ponce y González Ahumada, se ha determinado su condena por el delito reiterado de fraude al Fisco por suma superior a 400 UTM, correspondiéndoles, por aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal la aplicación de la pena asignada en abstracto a dicho ilícito aumentada en un grado, por cuanto estiman estos sentenciadores que con ello se satisface la pretensión punitiva estatal, quedando así así [sic] en una pena de presidio mayor en su grado medio, que por favorecerles una atenuante de responsabilidad penal, se les impondrá a cada uno la pena efectiva de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el ilícito reseñado, más la accesoria de multa del 10% del perjuicio causado, que deberá ser determinado por el Tribunal de la Ejecución.” Los recurrentes, por su parte, como se aprecia del desarrollo de este capítulo de la causal en estudio, también siguen igual tesis, motivo por el cual en adelante se razonará en el marco de la doctrina seguida por la sentencia y por los recurrentes, esto es, que ilícitos que pueden estimarse como un solo delito son aquellos que corresponden a un mismo delito.

Décimo quinto: Que fijadas estas cuestiones preliminares, resulta claro que los recurrentes plantean una aplicación de la norma de determinación de pena del artículo 351, inciso primero, del Código Procesal Penal de la que deriva, como ocu-

rre en el caso de autos, que la pena que se impone a un delito considerado aisladamente, resulte atenuada –y no agravada– en caso de haberse reiterado el ilícito en cuestión, consecuencia que no puede ser compartida, por las razones que ahora se desarrollarán.

Los recurrentes no desconocen que de haber sido sancionados los acusados sólo por los delitos de Fraude al Fisco por montos superiores a 400 UTM (ya sea porque no se hubiese formulado acusación por los otros delitos de Fraude al Fisco en grado de frustración ni por aquellos en que se defraudó por sumas inferiores a 400 UTM pero superiores a 40 UTM, o porque los acusados hubiesen sido absueltos de todos ellos en el fallo), la pena de la que debería en ese supuesto partir la elevación por la reiteración en uno o dos grados, es el presidio mayor en su grado mínimo, el que aumentado en un grado se arriba a presidio mayor en su grado medio. Dentro de este grado, atendida la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, se aplicaría la pena en su *mínimum*.

Sin embargo, los recurrentes proponen que al haber sido condenados los acusados además por esos otros delitos –fraudes al Fisco en grado frustrado y fraudes al Fisco causando perjuicios inferiores a 400 UTM pero superiores a 40 UTM–, el marco penal aplicable se morigera ostensiblemente, porque su parte inferior ya no principia en 5 años y un día de presidio mayor, sino en 3 años y un día de presidio menor

en su grado máximo. Tal corolario es inaceptable, pues importa que el aumento del número de delitos objeto de condena, en vez de exasperar la sanción, la aminora, y expone a quien cometió más delitos –aunque algunos de los adicionales lo sea en un grado de desarrollo imperfecto o con un perjuicio menor– a una pena más favorable que aquél que concretó menor número de ellos.

Por otra parte, lo defendido por los recurrentes contraviene abiertamente el texto del artículo 351, inciso primero, del Código Procesal Penal, el que al señalar que en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie “se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito”, da cuenta que la pena que se utilizará como base para el aumento establecido para la reiteración es la correspondiente a “uno de los delitos reiterados” –sea que tenga un marco penal singular o compuesto–, delito que en parecer de esta Corte –por las razones ya enunciadas– será el que tenga asignada la pena más grave, y no un marco penal que comprenda el conjunto de sanciones asignadas a los delitos que se reiteran de manera que abarque desde la pena inferior asignada al delito menos grave hasta la pena mayor establecida para el delito más grave. En ese sentido se ha dicho que la exasperación se distingue de la acumulación, ya que mientras en ésta se aplican varias sanciones, en la exasperación se impone solo una, de lo que se desprende la importante consecuencia de que las penas accesorias que en este último sistema

cabe aplicar son exclusivamente las correspondientes a la única pena principal definitivamente impuesta (Oliver, *Ibídem*).

Así, el que junto a los delitos consumados de Fraude al Fisco en que el monto de lo defraudado excede 400 UTM, se haya sancionado además por el mismo delito, pero en grado frustrado o causando perjuicios inferiores a las 400 UTM, “puede” ser considerado ya sea para no aumentar en dos grados la pena con motivo de la reiteración, o para aminorar la cuantía concreta de la pena a fijar dentro del marco penal final, en atención a la menor extensión del mal causado conforme al artículo 69 del Código Penal. En el caso de estos antecedentes, ambos aspectos parecen haber sido atendidos por los sentenciadores al elevar la pena del delito consumado de Fraude al Fisco cuya defraudación excedió las 400 UTM sólo en un grado y, dentro del grado resultante –en su *mínimum* por concurrir una circunstancia minorante– se impuso la pena en su *mínima* cuantía.

En vista de todo lo que se ha venido razonando, al no constatarse que los recurridos hayan aplicado erróneamente el derecho en la forma señalada en el recurso, esta causal también será desechada.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 359, 360, 373 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por las defensas de los condenados JORGE ESTEBAN GONZÁ-

LEZ PONCE y JORGE FELIPE GONZÁLEZ AHUMADA contra la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil quince, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso Rol Único N°1110035415-4 y Rol Interno del Tribunal N°18-2015 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, los que en consecuencia, no son nulos.

Se previene que el abogado integrante señor Correa, para rechazar el recurso en la parte en que reclama infringido el artículo 239 del Código Penal al sancionar en su virtud a personas que carecen de la calidad de funcionario público tiene en consideración, a mayor abundamiento de lo señalado en los motivos duodécimo y décimo tercero, lo siguiente:

1°) El artículo 239 del Código Penal sanciona al “empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo, defraudare al Estado...” Sanciona por tanto a quien en razón de su función tiene control sobre procedimientos o decisiones de la organización estatal (intraneus) y los ejerce fraudulentamente originándole pérdida o privándole de un lucro legítimo. La disposición exige por tanto la participación de un “empleado público”, quien en rigor es el único que puede ser autor del delito en sentido estricto.

2°) El legislador no sólo ha dispuesto la sanción penal a los autores de los delitos, sino también a determinados partícipes. Por otra parte,

el artículo 15 del Código Penal ha extendido el tratamiento penal de la autoría a otros partícipes, que son considerados autores. En consecuencia, si bien quien carece de la calidad de empleado público (extraneus) no puede ser autor de la conducta descrita en el artículo 239 del Código Penal, nada impide que participe en ella, incluso de un modo que la ley pueda asimilar a la autoría.

3°) El extraneus no puede sin embargo “tomar parte en la ejecución del hecho” en el sentido del primer numeral del artículo 15, pues “el hecho” precisamente supone la calidad de empleado público. La participación punible del extraneus queda por tanto limitada a las hipótesis de los numerales 2 y 3 del artículo 15 y de los artículos 16 y 17, todos del Código Penal.

4°) Estima por tanto que la sentencia incurrió en error al concluir que los recurrentes participaron en el delito en la forma señalada en el primer numeral del citado artículo 15. No es sin embargo un error que haya sido reclamado por el recurso ni uno que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues los hechos que sí tuvieron por establecidos habrían justificado la condena en virtud de los numerales 2 y 3 del artículo 15. Todas estas formas de participación son tratadas por la ley como autoría y tienen las mismas consecuencias penales.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller, quienes estuvieron por acoger el recurso interpuesto en favor de

ambos acusados, únicamente por el primer motivo de la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse incurrido en infracción de ley al condenarse a los acusados González Ponce y González Ahumada en calidad de coautores del delito de fraude al Fisco, sin atenerse a lo prescrito imperativamente en el artículo 64, inciso primero, del Código Penal, como se explicará a continuación.

1°) Que la propuesta del libelo – incomunicabilidad de la calidad funcionaria a los extraños que toman parte en el ilícito– se encuentra directamente vinculada a un tema controversial de la teoría de los delitos de índole patrimonial cometidos en perjuicio de la Administración Pública.

Si bien la doctrina y jurisprudencia nacionales hace ya mucho tiempo que se unificaron en torno a la incomunicabilidad del vínculo personal en el parricidio, debiendo responder el extraneus como culpable de homicidio, no ha sucedido igual cosa con ciertos delitos funcionarios, en especial, malversación de caudales públicos y fraude al Fisco.

2°) Que la disputa acerca de la comunicabilidad o incomunicabilidad trae a colación el distingo entre delitos especiales propios e impropios. Tratándose de los primeros, en que la calidad personal concurrente en el sujeto activo es fundante del injusto y la ausencia de ella determina la atipicidad de la conducta ilícita, se afirma la comunicabilidad. En cambio, los delitos especiales

impropios tienen la característica de que la cualidad personal sólo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aún en el evento de no concurrir el factor personal (no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa).

3°) Que la figura de fraude al Fisco es calificada como delito especial impropio, pues tiene su correlato en las diversas formas de defraudación que se sancionan entre los delitos contra la propiedad. En consecuencia, y de acuerdo con las reglas generales, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcionario, comete el respectivo delito contra la propiedad (Rodríguez-Ossandón, *Delitos contra la función pública*, Edit. Jdca., 2008, p. 417)

Es dominante la tendencia dogmática y jurisprudencial que requiere en el delito del artículo 239 del Código Penal, los mismos elementos de la estafa prevista y sancionada en el título IX del estatuto punitivo.

Los mismos autores antes citados caracterizan a la conducta incriminada como una estafa que se produce desde dentro de la Administración; señalan de que debe existir un engaño, un artificio “cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar ... el ardid debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio...”.

Politoff, Matus y Ramírez describen este ilícito como una forma especial de estafa, cometida en perjuicio del Fisco por un empleado público

y exigen para su consumación, el engaño y el perjuicio propios de la estafa, aún cuando no se requiera una mise en scene (Lecciones de Derecho Penal Chileno, Pte. Especial, 2a. edición, p. 498)

En las recientes decisiones de esta Sala Penal se coincide plenamente con aquellas precisiones doctrinarias, concluyendo que en ausencia de la calidad funcionaria es aplicable a los extraneus la figura de estafa común cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la Administración (SSCS Rol N°2.924-08 de 15 de julio de 2009, Rol N°13.823-14 de 16 de abril de 2015 y Rol N°29.891-14 de 8 de octubre de 2015).

4°) Que existen estudios que con gran profundidad han abordado el tema de la comunicabilidad o incommunicabilidad en los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al Fisco (Francisco Grisolia, Revista de Ciencias Penales, 3a época, Enero-Junio 1975, N°1, T.XXX), evidenciando que el artículo 64 inciso 1° del Código Penal resuelve negativamente, el caso de los partícipes extraneus en los delitos de malversación y fraude al Fisco, en el sentido que el vínculo funcionario no se comunica al particular que codeinque con el empleado público, toda vez que la calidad funcionaria es una circunstancia de carácter personal, que, al tenor del artículo 64 del Código Penal, sólo puede afectar a aquel en quien concurre.

5°) Que, sentado entonces que los acusados González Ponce y Gon-

zález Ahumada debieron responder por el delito de estafa y no de fraude al Fisco, cabe ahora discernir si ese yerro tiene o no influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, para lo cual no debe preterirse que la determinación del aumento en uno o dos grados de la pena en el caso sub judice, es el corolario de la ponderación que efectuó el tribunal del grado de los antecedentes y argumentos hechos valer por todos los intervinientes en la instancia especialmente prevista para dicho propósito en el inciso final del artículo 343 del Código Procesal Penal, concluyendo al cabo de ese debate que el incremento de la pena en un grado “satisface la pretensión punitiva estatal”, conclusión que no puede ser desconocida ahora en esta sede de nulidad, dado que ninguna de las partes acusadoras que comparecieron ante esta Corte, siquiera ha esgrimido que existan elementos que permitan colegir que, de haberse calificado los hechos como delito de estafa, la resolución relativa al número de grados en que se aumentó la pena habría sido una distinta a la adoptada.

De ese modo, elevándose la pena de presidio menor en su grado máximo en un grado, resulta la pena de presidio mayor en su grado mínimo, y concurriendo una circunstancia minorante en favor de cada uno de los encartados, debió fijarse la sanción en su minimum, esto es, desde 5 años y un día a 7 años y 183 días.

6°) Que, en consecuencia, resulta acreditada la causal de nulidad invocada por la defensa de los imputados González Ponce y González Ahu-

mada por una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, debiendo dictarse sentencia de reemplazo que los condene por el delito de estafa previsto en el artículo 468 del Código Penal dentro de los márgenes punitivos ya explicados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Correa y de la disidencia sus autores.

Regístrese y devuélvase con su agregado, en su caso.

Rol N°17.014-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Jorge Dahm O. y el abogado integrante Sr. Rodrigo Correa G. No firman el Ministro Sr. Juica y el abogado integrante Sr. Correa, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

## RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. TESTIGOS CON RESERVA DE IDENTIDAD

### Tribunal: Corte Suprema

#### Resumen:

*Sin perjuicio de las efectivas restricciones a los derechos que el ordenamiento jurídico constitucional reconoce a los acusados mediante el recurso a herramientas procesales como la cuestionada en el caso que se revisa, el instituto de los testigos protegidos o con reserva de identidad se encuentra reglamentado en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, permitiendo la adopción de las medidas que las normas citadas contemplan “en casos graves y calificados...” por “... el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario”, normativa que tiene su correlato en cuerpos penales especiales como la Ley N°18.314, en su artículo 15 y siguientes; o la Ley 20.000, en los artículos 30 a 35 y no se encuentra restringida sólo a la época de la investigación, sino que también puede extenderse a sus fases posteriores e incluso hasta después de su término, todo ello como expresión de la obligación del Ministerio Público –Estado– de proteger a víctimas y testigo.*

*Admitida por el ordenamiento jurídico la posible colisión entre el derecho a la protección de testigos y el de la defensa, lo relevante a efectos de desentrañar una efectiva conculcación de los derechos de los acusados radica en las motivaciones para conceder la protección solicitada.*

*Tanto las circunstancias fácticas que hicieron procedente la mantención de la medida cuestionada, así como la imposibilidad de contraexaminar a los testigos protegidos e indagar sobre sus motivaciones, se refieren a aspectos que requieren de prueba y la ofrecida fue rechazada en atención a su deficiente proposición, al no haber justificado adecuadamente su pertinencia, de manera que esta Corte no se encuentra en situación de emitir un juicio al respecto, ya que la falta de acreditación de los presupuestos sobre los que descansa la denuncia obstaculizan dar mayor análisis a esta causal.*

#### Texto Completo:

Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil quince.

#### Vistos:

En estos antecedentes RUC 1500000532-8, RIT 141-2014, del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, por sentencia de doce de octubre del año en curso, que está agregada de fojas 1 a 38 de estos antecedentes, se condenó a Álvaro Erices Riquelme

y Diego Erices Riquelme a la pena de multa de once unidades tributarias mensuales, como autores de un delito consumado de daños y a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena, como autores de un delito consumado y tres delitos frustrados de homicidio

simple, por los hechos ocurridos en la comuna de Los Álamos el 31 de diciembre de 2014.

La misma sentencia condena a S.A.G. y a Y.M.A. a la sanción de amonestación, en su calidad de autores de un delito consumado de daños; a A.G. a la sanción de siete años seis meses de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y a M.A. a la de cinco años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, como autores de un delito consumado y tres delitos frustrados de homicidio simple, respectivamente, ocurridos en la comuna de Los Álamos el 31 de diciembre de 2014.

El fallo no concede a los adultos ninguna de las penas sustitutivas de la Ley 18.216 y les abona el tiempo de privación de libertad que han experimentado en la causa, desde el 1 de enero de 2015.

Contra este dictamen, la defensa de los acusados mayores de edad dedujo conjuntamente recurso de nulidad invocando, en forma principal, la causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal; y en carácter de subsidiaria, la hipótesis contemplada en el artículo 374, letra e), en relación con el artículo 342, letra c), todos del cuerpo legal mencionado, que fue declarado admisible y se ordenó pasar estos antecedentes al señor Presidente para que fijase audiencia con el objeto de conocer el recurso interpuesto.

A fojas 100 corre acta levantada con ocasión de la celebración de la

audiencia de la vista, fijándose fecha de lectura de sentencia para el día de hoy.

#### CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en su primer segmento, la defensa de los condenados Álvaro y Diego Erices Riquelme alega, en carácter de principal, la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 5, 7, 19 N°3 inciso 6°, 19 N°4 y 83, todos de la Constitución Política de la República, artículo 14 N°2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Derecho a la Libertad Personal, todos relacionados con los artículos 307, 308 y 309 del Código Procesal Penal, agregando en el cuerpo del recurso la cita de los artículos 227, 228, 259 y 260 del mismo código, por la utilización de testigos de identidad protegida (4) para establecer la participación de sus representados, lesionando su derecho a defensa en la arista de la posibilidad de controvertir la prueba de cargo, para lo cual es necesario contar con la identidad de los deponentes. Hace presente que las posibilidades de actuación de la defensa se han visto coartadas ya que, aunque se haya efectuado entrega de los antecedentes de cargo por parte del persecutor, no se han proporcionado elementos que permitieran hacer efectivo el derecho a examinar la credibilidad del testigo, su eventual animadversión respecto de sus representados, la existencia de rencillas previas, etcétera, tornando inocuas herramien-

tas procesales como la dispuesta en el artículo 336 inciso 2° del Código Procesal Penal, referida a la prueba sobre prueba.

Describe la trascendencia de la infracción denunciada y solicita la nulidad del juicio y de la sentencia, debiendo disponerse que el procedimiento se retrotraiga hasta la realización de un nuevo juicio oral por un tribunal no inhabilitado y que del auto de apertura se excluya a estos testigos que figuran del número 15 al 18, debiendo excluir también temáticamente de la declaración de los testigos 9, 12 y 13, toda referencia a lo dicho por los indicados testigos secretos.

**SEGUNDO:** Que asimismo, la defensa deduce, en subsidio, la causal contemplada en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297, ambos del mismo cuerpo de leyes, señalando que el tribunal calificó de contundentes los dichos de dos testigos, F. e I.L., para establecer la participación de los cuatro condenados. Sin embargo, no se consideró adecuadamente que el reconocimiento que los referidos testigos realizan no alcanzó un estándar mínimo, dado que fue en un procedimiento sugestivo, incurriendo en faltas a la razón suficiente para establecer la participación de los recurrentes en los hechos. Así, denuncia que la declaración de I.L. da cuenta de inconsistencias con la investigación, ya que por una parte indica conocer desde pequeños a los cuatro autores de los disparos, pero en la audiencia omitió describir las vestimentas, los rasgos y

la mecánica de las conductas atribuidas a las personas que, según él, reconoce. Erró al señalar sus identidades a los policías y al tribunal, fue inducido a reconocer a uno de los autores mediante un examen de fotografías en el celular de un funcionario policial, no dio tazon de sus dichos respecto de la información dada por “la gente” respecto de los gemelos, todo lo cual permite concluir que antes de los hechos no conocía su identidad.

Las inconsistencias e infracciones procedimentales denunciadas respecto del reconocimiento fotográfico practicado quedan de manifiesto al examinar la declaración de doña K.A.A., que da cuenta del desconocimiento respecto de la aplicación correcta del protocolo de tales diligencias investigativas, al no haber existido descripción previa del sujeto conocido o desconocido, así como respecto del número de imágenes al exhibir, nada de lo cual fue respetado.

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

**TERCERO:** Que, como se advierte, los recursos deducidos denuncian la configuración de hipótesis de nulidad fundadas en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, en sus aristas del derecho a defensa y a una decisión fundada en prueba rendida de acuerdo a la ley.

Al respecto, esta Corte ya ha señalado que es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, N°3°, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, este tribunal ha sostenido que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que se dicten veredictos motivados o fundados, etcétera. Así, entonces, no hay discrepancias en aceptar que sin duda el derecho al debido proceso está integrado por la obligación de respetar los procedimientos fijados en la ley, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente de acuerdo a una serie de actos de carácter formal y preestablecidos, que den garantías del respeto de la presunción de inocencia, la independencia del tribunal, la igualdad entre las partes y la protección de los

intereses del afectado. Este interés debe ser tutelado por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa;

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

QUINTO: Que, sin embargo, esta Corte también ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS 2866-2013, 4909-2013, 21408-2014, entre otras).

SEXTO: Que analizando, entonces, la causal invocada, se advierte en su exposición de motivos que reprocha la lesión de un derecho en el ejercicio de las prerrogativas susceptibles de ser ejercidas por la defensa en el examen e interrogatorio de 4 testigos de identidad reservada, cuya declaración habría sido fundamental para la acreditación de la participación de sus defendidos.

Sin embargo, del tenor de la sentencia aparece que tales atestados carecen de la incidencia capital que el recurso les asigna, ya que los motivos 13°, 17° y 19° del fallo atacado consi-

deran sus declaraciones para los efectos de ilustrar sobre el contexto de los hechos indagados, reafirmando lo ya aportado por los testigos presenciales sólo sobre el paso de un vehículo de determinadas características por el sector en momentos previos y/o posteriores a los disparos que escucharon, todo ello en atención a que dichos declarantes son vecinos del sector, testimonios que tienen claramente un carácter secundario o subordinado en la construcción de la dinámica de los sucesos llevados a juicio, lo que se ve ratificado por lo razonado en el motivo 32° de la sentencia impugnada.

Así, entonces, las declaraciones de tales testigos de identidad reservada constituyen sólo un antecedente que, sumado a otros elementos de juicio, permitieron el asentamiento de la participación que la parte reprocha, situación que desde ya y en un primer examen priva de sustento a la impugnación, por cuanto el referido elemento de juicio no fue el único que contribuyó a la formación de convicción en un sentido determinado por parte del tribunal. Por ello, aun cuando la aceptación de dicha prueba lo haya sido con la infracción de garantías denunciada, su ingreso a los elementos que el tribunal debió valorar para la decisión de lo debatido careció de la capacidad específica que le atribuye la defensa, conforme concluyeron los sentenciadores en uso de sus facultades privativas, lo que impide que tal eventual yerro tenga la trascendencia y entidad que es indispensable para admitir la configuración de la causal de nulidad alegada.

SÉPTIMO: Que no obstante que lo razonado en el motivo que precede es suficiente para desestimar la hipótesis de nulidad sustentada en la infracción de garantías constitucionales, resulta indispensable tener en cuenta que, sin perjuicio de las efectivas restricciones a los derechos que el ordenamiento jurídico constitucional reconoce a los acusados mediante el recurso a herramientas procesales como la cuestionada en el caso que se revisa, el instituto de los testigos protegidos o con reserva de identidad se encuentra reglamentado en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, permitiendo la adopción de las medidas que las normas citadas contemplan “en casos graves y calificados...” por “... el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario”, normativa que tiene su correlato en cuerpos penales especiales como la Ley N°18.314, en su artículo 15 y siguientes; o la Ley 20.000, en los artículos 30 a 35 y no se encuentra restringida sólo a la época de la investigación, sino que también puede extenderse a sus fases posteriores e incluso hasta después de su término, todo ello como expresión de la obligación del Ministerio Público –Estado– de proteger a víctimas y testigos.

Así, entonces, admitida por el ordenamiento jurídico la posible colisión entre el derecho a la protección de testigos y el de la defensa, lo relevante a efectos de desentrañar una efectiva conculcación de los derechos de los acusados radica en las motivaciones para conceder la protección solicitada. Sin embargo,

tanto las circunstancias fácticas que hicieron procedente la mantención de la medida cuestionada, así como la imposibilidad de contraexaminar a los testigos protegidos e indagar sobre sus motivaciones, se refieren a aspectos que requieren de prueba y la ofrecida fue rechazada en atención a su deficiente proposición, al no haber justificado adecuadamente su pertinencia, de manera que esta Corte no se encuentra en situación de emitir un juicio al respecto, ya que la falta de acreditación de los presupuestos sobre los que descansa la denuncia obstaculizan dar mayor análisis a esta causal

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

NOVENO: Que, en relación a la causal consagrada en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, hecha valer referida a la omisión, en la sentencia, de alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 del mismo cuerpo de leyes, indicando que ello ocurre en relación a los elementos que la letra c) de esta última disposición ordena observar, esto es: “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por

probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y la valoración de los medios de prueba que fundamentare dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;”. A su vez, esta última norma dispone “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

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

**DÉCIMO:** Que, al efecto, es preciso tener en consideración que este tribunal ya ha señalado en sucesivos fallos que toda sentencia condenatoria debe ser, por imposición del artículo 340 del Código Procesal Penal, el fruto de la convicción del tribunal sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral que conduzca a los jueces a la certeza, más allá de toda duda razonable, que en los hechos ilícitos ha correspondido a los acusados una participación cul-

pable y penada por la ley. “En este orden de ideas, es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el litigio acompañó a los enjuiciados.” (SCS, 13.07.2004, Revista Procesal Penal Nro. 25, págs. 17 y s.s.)

Así, la salvaguardia esencial del derecho a una sentencia fundada y motivada encuentra consagración en el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, que impone a los sentenciadores la obligación de exponer de manera clara, lógica y completa, cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo ordenamiento. Tal disposición establece un sistema de libertad en la valoración de la prueba, el que sólo reconoce como límites los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. De esta manera, el proceso de clausura de un procedimiento legalmente tramitado lo constituye una sentencia que se ciñe a los parámetros citados;

**UNDÉCIMO:** Que se desprende de la simple enunciación de estos preceptos que nuestra legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces un trabajo de elaboración metódico y cuidadoso en la concepción de sus fallos. La preocupación esencial de toda sentencia penal

de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 del cuerpo de leyes ya citado.

Al efecto, esta Corte Suprema ha declarado que el fin de la fundamentación que exige la norma que sustenta el recurso por la causal que se analiza no es otro que permitir la reproducción y fijación del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia, carga que se ve reforzada por lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 36, aplicable en la especie por ser común a todo tipo de resoluciones dictadas en el juicio oral, que declara que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno aquella debida fundamentación, debiendo entonces dar cuenta de lo escuchado en audiencia y, en base a ello, razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir un medio respecto del otro o para darle preeminencia, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciar la prueba y llegaron a dar por acreditados los acontecimientos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente (SCS N°3873-2011, entre otras). Lo anterior evidencia, en concepto de Daniela Accatino, la opción de nuestro sistema procesal penal por un modelo analítico de fundamentación del juicio de hecho (“El modelo legal de justificación

de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad”, en “Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal”, Abeledo Perrot, 2010, p.122).

Estas exigencias no están desprovistas del correspondiente respaldo constitucional, ya que el inciso 6° del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República declara que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, por lo que las señaladas normas reglamentan la forma cómo los jueces deben dar por acreditados los hechos y, si no son respetadas, permite la anulación correspondiente;

**DUODÉCIMO:** Que, en cuanto al punto abordado en el motivo subsidiario de nulidad, esto es, las faltas a la razón suficiente para establecer la participación de los recurrentes en los hechos, de su descripción aparece que más que dar cuenta de situaciones que configuren el motivo de nulidad propuesto, evidencian una disconformidad con lo concluido por los jueces del fondo en un proceso suficientemente reflexivo, acucioso e imparcial, orientado por los datos científicos aportados por los testigos, peritos y personal a cargo de la investigación.

En efecto, de la sola referencia que se realiza en el recurso respecto de los cuestionamientos a los dichos de los testigos presenciales I. y F.L. queda claro que la defensa no comparte la convicción a la que arribara

el tribunal sobre lo categórico de la identificación de los autores adultos, pareciéndole insuficiente que se refiera a ellos como “los gemelos”, o sugestivo que confunda los nombres de uno u otro. Pero lo cierto es que la certeza a la que arriban los sentenciadores no aparece cuestionada mediante el proceso que es posible de hacer en esta sede, esto es, dando cuenta de yerros o saltos lógicos en el razonamiento vertido en el fallo con el objeto de demostrar la falta de razón suficiente en la conclusión a la que se arribara, logrando solo demostrar la disconformidad que le representan a la referida defensa las conclusiones adoptadas, llamando la atención sobre la falta de asidero de ciertos dichos de tales testigos con lo probado, pero referido a aspectos periféricos o irrelevantes (como el estado de ebriedad del occiso, en contraposición a lo manifestado por F.L., que lo descarta), lo que no permite entonces minar lo asentado.

Por lo demás, del examen posible de hacer en esta sede no resulta adquirir la certeza sobre la efectividad de las omisiones en que habrían incurrido tales testigos, referidas a la dinámica de los hechos o las características de las vestimentas de los autores, ya que nada se ha demostrado al respecto, ni se ha explicitado su relevancia, apareciendo que en realidad se reprocha la ausencia de información de calidad por parte de los referidos declarantes, omisión que de ser reprochable, es atribuible a los intervinientes —únicos habilitados para dirigir, mediante las técnicas de litigación reconocidas en el orden jurídico procesal, la exposición

de los testigos y obtener la información necesaria para ilustrar al tribunal sobre lo que consideren jurídica y fácticamente relevante— y no al testigo ni a los juzgadores, quienes deben resolver lo debatido con los antecedentes vertidos en audiencia, los que fueron estimados suficientes por los referidos sentenciadores, de la manera que se ha explicitado en el fallo.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, por último, este tribunal no puede dejar de tener en consideración para resolver lo propuesto que la exigencia legal de análisis de toda la prueba y explicitación de las motivaciones que sostienen la decisión judicial no es un requerimiento meramente formal, sino que encuentra su fundamento en razones de carácter sustantivo como es la cautela de la coherencia del razonamiento que se explicita en el fallo, como garantía consagrada en favor de las partes que se someten a la decisión judicial asistidas por el derecho a realizar su reproducción para alcanzar las conclusiones a que llegó la sentencia, conjurando así la arbitrariedad en la decisión de absolución o condena que se emita.

Por ello, la carga que grava a los jueces en orden a analizar toda la prueba tiene ese sentido: velar porque la decisión jurisdiccional obedezca a una operación racional, motivada en elementos de prueba legítimos que justifiquen racionalmente sus afirmaciones. Tal sistema, en todo caso, no puede llevar al extremo de pretender el análisis de todas y cada una de las afirmaciones vertidas por los declarantes en el juicio y el pro-

nunciamento detallado sobre todos y cada uno de los puntos levantados por la defensa, por cuanto ello significaría imponer a los jueces una carga imposible de satisfacer, ya que las exigencias contenidas en la ley sólo buscan garantizar la exposición de razones en la construcción de las premisas que sustentan el establecimiento de los hechos de la causa, que en el caso en estudio descartan cada uno de los aspectos destacados.

Así, entonces, los aspectos puestos en evidencia por el recurso carecen de la relevancia pretendida al amparo de la pluralidad de elementos de convicción tenidos en consideración para concluir la participación de los recurrentes, como se lee en los motivos 19° y 21° de la sentencia que se revisa, que dan cuenta del proceso de formación de la convicción condenatoria de tales jueces, trabajo de análisis realizado en forma razonada y reflexiva, que sustenta la decisión adoptada y que las falencias anotadas no mina;

**DECIMO CUARTO:** Que entonces, en oposición a lo explicitado en el recurso que se revisa, la sentencia atacada sí permite reconstruir el razonamiento desplegado por los jueces en el establecimiento de la participación de los condenados y justifica las opciones asumidas, aspectos todos que satisfacen sobradamente las prescripciones del legislador procesal en la materia, por lo que los hechos denunciados no

constituyen en el presente caso el motivo de nulidad alegado;

**DÉCIMO QUINTO:** Que, en atención a lo expuesto precedentemente, el recurso será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342 letra c), 372, 373 letra a), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA EL RECURSO DE NULIDAD deducido por don Javier Pereira Torres, por los sentenciados Alvaro y Diego, ambos Ericés Riquelme, en contra de la sentencia de doce de octubre del año en curso, que está agregada de fojas 1 a 38 de este legajo, dictada en estos antecedentes RUC 1500000532-8, RIT 141-2015, del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvanse, con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro señor Künsemüller.

Rol N°21.546-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Jorge Dahm O. No firman los Ministros Sres. Dolmestch y Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y en comisión de servicios, respectivamente.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---



## PROPUESTA DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 470 N°8 DEL CÓDIGO PENAL

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

### 1. Planteamiento del tema a tratar

Según es posible observar, la aplicación del artículo 470 N°8 del Código Penal se ha reservado para aquellos casos en los que un particular defrauda al Fisco, generalmente al obtener un beneficio indebido, y también para los casos en los que no se admite la comunicabilidad del título de imputación, respecto de particulares que actúan en concomitancia con funcionarios públicos al momento de celebrar un contrato que provoca perjuicios al Fisco; lo anterior porque el delito especial –fraude al fisco, en la mayoría de los casos– se entiende un delito especial impropio.

En este artículo se busca plantear una hipótesis de aplicación del artículo 470 N°8, distinta, que reconozca como autor a un funcionario público, que provoca un perjuicio al Fisco, al momento de dar cuenta de la inversión de recursos públicos –recibidos lícitamente– utilizando para dicho efecto diversas formas de engaño.

### 2. Breve examen del delito de obtención irregular de prestaciones estatales del artículo 470 N°8 del Código Penal

Para el desarrollo de la hipótesis planteada es necesario conocer someramente el delito sancionado por el artículo 470 N°8, figura que se introduce en nuestro Código Penal sólo a partir del año 1980, mediante el Decreto Ley N°3.433<sup>2</sup>, y que sanciona a quienes obtienen fraudulentamente del Fisco, de las municipalidades, de las cajas de previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas<sup>3</sup>.

La inclusión de este nuevo tipo penal obedece a la creciente importancia que adquieren las subvenciones y remuneraciones de todo tipo que administra el

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

2 Publicado en el Diario Oficial de fecha 2 de julio de 1980.

3 POLITOFF L., SERGIO/ MATUS A. JEAN PIERRE/ RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte Especial. Segunda Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 448.

Estado<sup>4</sup>, siendo posible advertir un catálogo extenso y variado de leyes especiales que contienen supuestos de fraudes de subvenciones, y dan cuenta de la insatisfacción permanente del legislador en este aspecto<sup>5</sup>.

Como indicamos, la figura del artículo 470 N°8 se incorpora como un tipo especial de estafa –al sancionarse en el párrafo octavo de nuestro Código– que reconoce como conducta prohibida la de engañar al Fisco, a las municipalidades, a las cajas de previsión o a las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, con el objetivo de inducirlos a caer en un error, para que realicen una disposición patrimonial que, en definitiva, les causa un perjuicio económico<sup>6</sup>.

Esta forma de estafa reconoce como acción típica, la obtención fraudulenta de una “prestación estatal”. Por la expresión “*obtener*” se entiende el “alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende”<sup>7</sup>; por su parte la exigencia de ser “*fraudulenta*”, indica el alterar, mediante engaño, los requisitos normativamente establecidos para conseguir el beneficio, lo que puede concretarse falseando datos relevantes, ocultando antecedentes que impidieren o bien dificultaren su concesión, entre otros medios de comisión.

La conducta típica puede concretarse, mediando un comportamiento activo o bien uno de tipo omisivo<sup>8</sup>. Así, en el caso de los supuestos activos de fraude se observará la adulteración de documentos y que, en tal caso, el tipo de falsificación, ya de instrumento público, ya de privado, o de uso malicioso de instrumento público o privado falsificado, podrá dar lugar a un concurso de delitos, cuya solución divide a la doctrina<sup>9</sup>.

4 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ. “Lecciones...”, ob. cit., p. 448.

5 MAYER LUX, LAURA. “Obtención Fraudulenta de Prestaciones Estatales”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2009, págs. 283 - 325. Politoff / Matus/ Ramírez. “Lecciones...”, ob. cit., p. 448.

6 En ese orden de ideas, POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ. “Lecciones...”, ob. cit., p. 413. De igual manera sólo que refiriéndose a la figura básica de estafa, GARRIDO MONTT, *Derecho Penal, Parte Especial*, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2013, Tomo IV, p. 367.

7 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española [en línea]. Disponible en: [www.rae.es](http://www.rae.es) [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2015].

8 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/ CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Edersa, 2002, p. 219.

9 Así según el profesor ETCHEBERRY, se solucionará según el tipo de documento que se acompañe, y si se trata de la falsificación de un documento privado, el concurso se resolverá conforme al principio de la especialidad, prevaleciendo las normas sobre el delito de falsificación, puesto que la exigencia de perjuicio en este delito lo convierte en una verdadera forma especial de estafa, en que el engaño adopta esa modalidad específica. “*De otra manera, el empleo de documentos privados falsos para obtener estas prestaciones tendría una situación penal más favorable que si se emplearan para cometer una estafa cualquiera, como las del Artículo 468, lo que no tendría una explicación lógica y vendría*

La conducta omisiva se presentará cuando el sujeto oculta antecedentes que le hubieren impedido o dificultado el acceso a una subvención estatal, o bien no comunica a la Administración la variación de aquellas circunstancias que hubiesen sido relevantes para su concesión o, en general, no evita el nacimiento del error o no elimina un error ya existente en el otorgante de la subvención, siempre que concurra el deber jurídico de actuar<sup>10</sup>.

Sea que se trate de un comportamiento activo o de uno omisivo, dicha conducta deberá estar dirigida a la obtención de prestaciones improcedentes, tales como las remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, etc.; catálogo de prestaciones meramente referencial, como concluye la doctrina<sup>11</sup>.

De esta manera recae el objeto de la acción en lo que la norma denomina “*prestaciones improcedentes*”, que corresponden a cierta clase de bienes o derechos valorables económicamente, que el Estado otorga al solicitante del beneficio o ayuda. Con el uso del término “*prestaciones*” el legislador ha querido dar cabida a cualquier forma de atribución de contenido patrimonial, con independencia de la forma que adopte –dinero, o bien otra clase de bienes o servicios– y de su carácter directo o indirecto<sup>12</sup>. Mientras que con la exigencia de que éstas sean “*improcedentes*”, se alude a un servicio o beneficio económico al que no se tiene derecho por no reunir los requisitos que el ordenamiento jurídico prevé<sup>13</sup>.

Parte de la doctrina precisa que los bienes con los que se efectúa la prestación deben ser de propiedad estatal, porque de lo contrario la inclusión del artículo 470 N°8 carecería de sentido y no se distinguiría de las otras hipótesis de estafa que contempla el mismo artículo. Conforme a esta interpretación el delito sólo podría recaer sobre bienes de propiedad estatal, sean muebles o inmuebles, corporales o inmateriales, y con independencia de su régimen

---

*a contradecir el principio de consunción (las penas por falsedad de documento privado son superiores a las del artículo 467). Ver ETCHEBERRY, Derecho Penal, Parte Especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo III, cit. (n. 52), III, p. 419. En cambio, si se obtiene una prestación estatal mediante la falsificación de un documento público o el uso malicioso de un documento público falso, el concurso ya no será aparente sino ideal o material, según si la falsificación ha sido o no medio necesario para obtener la ayuda estatal, resultado éste que se perfilará como el fin del actuar delictivo. Siendo punible en este caso la falsificación por sí misma, según el profesor ETCHEBERRY, aunque el fraude hubiere quedado en etapa de tentativa o frustración, presentándose un concurso entre la falsedad consumada y el fraude frustrado o consumado, según el caso. ETCHEBERRY, Derecho Penal, ob., cit., p. 419.*

10 APARICIO PÉREZ, ANTONIO *La regulación en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en el nuevo Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 1997, p. 98.

11 En ese orden de ideas, GARRIDO MONTT, “*Derecho Penal*”, ob. cit., Tomo IV, p. 367.

12 MAYER LUX, LAURA. “*Obtención...*”, ob. cit., p. 297.

13 MAYER LUX, LAURA. “*Obtención ...*”, ob. cit., p. 302.

jurídico-especial, pero caracterizados por su valorabilidad monetaria, que les permite ser concebidos como instrumentos financieros para la satisfacción de necesidades públicas, también medibles en unidades monetarias<sup>14</sup>.

Lo anterior permite precisar que el bien jurídico protegido por la figura en examen es el patrimonio fiscal, toda vez que la descripción típica no contiene ninguna mención que permita sostener que también se protege *el fin* al que se encuentran destinados esos recursos presupuestariamente, como sí ocurre en los códigos penales de Alemania y España.

Por lo antes visto, sujeto pasivo de este delito necesariamente debe ser alguna de las instituciones públicas a las que alude el precepto legal, a saber, el Fisco, las municipalidades, las cajas de previsión o las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado<sup>15</sup>. De ello se sigue que no puede ser sujeto pasivo de este delito un particular –lo cual no impide que pueda considerarse perjudicado por las conductas fraudulentas, más todavía si se trata de beneficios excluyentes, que impiden su obtención por parte de otros posibles actores del mercado, frustrando sus legítimas expectativas en cuanto a la obtención del beneficio económico–; o bien, alguna entidad que no sea de aquellas que taxativamente enumera el precepto, como las Administradoras de Fondos de Pensiones creadas por el Decreto Ley N°3.500, y, en general, cualquier entidad privada de salud o de previsión social, que sólo podrá ser objeto de un fraude por engaño, contemplado en el artículo 468 del Código Penal<sup>16</sup>.

En todo caso, la conducta desplegada por el sujeto activo demandará idoneidad y aptitud suficiente para terminar engañando a la entidad pública que, por error, efectúe la prestación estatal improcedente, esto es, ha de tratarse de un comportamiento que recaiga sobre alguno de los requisitos inexcusables para la concesión de la prestación, de modo que, de no verificarse, determine que su adjudicación no se produzca o se verifique de un modo diferente.

Junto con la idoneidad y aptitud de la conducta desplegada, el delito necesita para su consumación la producción efectiva de un resultado, esto es, la obtención de la prestación indebida, lo cual, sin embargo, no impide el castigo a título de tentativa o frustración.

En lo que toca al aspecto subjetivo de la figura, ella requiere dolo para su concreción, no exigiendo el legislador la presencia de otras motivaciones como el ánimo de lucro<sup>17</sup>.

---

14 Ibidem.

15 GARRIDO MONTT, MARIO. “Derecho Penal.” IV, ob. cit., p. 367.

16 Ibidem.

17 MAYER LUX, LAURA. “Obtención Fraudulenta...”, ob. cit., p. 310.

Al respecto una parte de la doctrina estima que sólo puede tratarse de dolo directo, toda vez, que, si bien es imaginable una actuación con dolo eventual, la naturaleza de la figura que analizamos impedirá su concurrencia, pues la producción del resultado típico ha de ser perseguida de forma directa por el beneficiario de la subvención<sup>18</sup>.

### 3. Sujeto activo del delito del artículo 470 N°8 del Código Penal

Un aspecto no tratado aún es el referido al sujeto activo del delito, concluyendo que al tratarse de un delito común, esta figura puede cometerse por cualquier persona, toda vez que el aludido precepto no contempla ninguna restricción al efecto.

Tan evidente es lo anterior que al examinar la redacción de la norma se constata que sanciona “*a los que*” –sin limitación de ninguna especie–, fraudulentamente, obtuvieren prestaciones improcedentes y no, por ejemplo, a quienes, obtenida previamente una subvención estatal, incumplan los fines para los cuales ésta fue concedida.

Expresión de lo anterior es el hecho que la conducta reprochable normalmente se verifique falseando las condiciones requeridas u ocultando las que hubieran impedido obtener el beneficio, lo que implica que el sujeto activo puede ser cualquier persona, sin cualidad específica alguna; sujeto que sólo alcanzará la “singularidad personal” requerida por la norma, tras ejecutar el comportamiento defraudatorio respectivo<sup>19</sup>.

Conforme a esta premisa es posible que un funcionario público incurra en la figura en examen cuando engaña alguna de las instituciones mencionadas por el precepto –falseando los documentos sustentatorios de una rendición de cuentas, por ejemplo–, provocando un error en el ente público, que determina una disposición patrimonial que, en definitiva, le provoca un perjuicio<sup>20</sup>.

Al efecto recordamos que al ser el artículo 470 N°8 del Código Penal un tipo de estafa, el elemento “disposición patrimonial”, puede adoptar dos formas: la *entrega efectiva*, en los casos que se obtiene fraudulentamente las subven-

18 MAYER LUX, LAURA. “*Obtención Fraudulenta...*”, ob. cit., p. 309.

19 MAYER, LUX LAURA. . “*Obtención Fraudulenta...*”, ob. cit., págs. 304-305 que cita a SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/ CORTÉS BECHIARELLI, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Edersa, 2002, págs. 184-185.

20 En relación a la concurrencia de la estafa en el contexto de las rendiciones de cuentas, enfáticamente, HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “La Administración Desleal en el Derecho Penal Chileno”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, págs. 201 – 258, cita n°125, p. 236.

ciones, devoluciones, etc.; y la *renuncia al cobro*, en los casos que fraudulentamente se realizan “imputaciones indebidas”<sup>21</sup>.

#### 4. Hipótesis de interpretación del artículo 239 del Código Penal

Si bien tradicionalmente la hipótesis que motiva este trabajo ha sido estimada y sancionada como un delito de fraude al Fisco<sup>22</sup>, se discrepa de esa solución proponiendo un planteamiento diverso, motivado por la interpretación del delito de fraude al Fisco, como un delito de administración desleal.

En efecto, no obstante identificarse tradicionalmente la figura del artículo 239 del Código Penal con la de una estafa especial<sup>23</sup>, fundamentalmente a partir de la validación de una interpretación de la exigencia de “defraudación” como la exigencia de un comportamiento constitutivo de engaño<sup>24</sup>, semejante interpretación se torna imposible de apoyar al examinar la descripción típica del artículo 239, que exige que la defraudación la cometa el funcionario que “*interviene en la respectiva operación en razón de su cargo*”, es decir, no tiene en vista situaciones en las cuales el funcionario actúa como contraparte del Estado, sino precisamente lo contrario, esto es, operaciones en las cuales le toca representar al Estado frente a terceros<sup>25</sup>, exigencia que puede expre-

21 POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ. “Lecciones...”, ob. cit., p. 448.

22 Al respecto revisar sentencias: del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, de fecha 4 de julio de 2009, Ruc 0510003406-0, Rit 190-2009; Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, de fecha 24 de febrero de 2009, Ruc 0700913791-7, Rit 1-2009.

23 Enfáticamente a favor de esta tesis POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, “Lecciones...”, ob. cit., p. 476. Politoff, Matus y Ramírez han sostenido que el artículo 239 del Código Penal contiene una hipótesis especial de estafa, calificada tanto por el sujeto activo, un funcionario público, como por el sujeto pasivo, el Fisco. Esta interpretación, confirmada por alguna jurisprudencia, si bien tiene la virtud indudable de limitar los alcances del tipo, lo hace, sin embargo, en términos tan extremos que autorizan a dudar de su plausibilidad. Porque si efectivamente se trata de un caso de estafa no puede cometer el delito el funcionario que dispone directamente sobre patrimonio estatal, sino sólo aquel funcionario que engaña a otro funcionario, que actúa por el Estado, y obtiene de éste la realización de una disposición perjudicial de patrimonio estatal, situación que será totalmente excepcional, pues los funcionarios públicos rara vez son contraparte del Estado más allá de su relación estatutaria o laboral, ámbito en el cual, sin embargo, no intervienen por razón de su cargo.

24 Matizadamente ETCHEBERRY, *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998, tomo IV, p. 247, quien, bajo una noción de engaño especialmente restrictiva, sostiene que en todo caso el funcionario a lo menos habrá de incurrir en una mentira; GARRIDO, *Derecho Penal*, 4ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2010, tomo III, págs. 455 y sgtes., reconociendo también la relevancia (alternativa) del abuso de confianza.

25 Así ETCHEBERRY expresamente ob. cit., IV, p. 246: “Pero siempre es necesario, para aplicar este artículo, que se trate de una negociación entre el Estado y un particular, en la cual este último deba efectuar una prestación en favor de aquél. La intervención del empleado público se traduce en la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe

sarse, metafóricamente, en términos de que el injusto del fraude al Fisco se corresponde con un menoscabo patrimonial ocasionado “desde dentro”, y no “desde fuera”<sup>26</sup>; siendo esto último, lo característico de la estafa, en la medida en que el estafador condiciona, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial, para sí o para un tercero, por parte de otro. En cambio en el fraude al Fisco la posición del funcionario que interviene en una determinada operación en razón de su cargo se identifica con la posición del autor, en circunstancias de que, de tratarse de una estafa, dicha posición tendría que estar ya ocupada por la persona engañada por el autor.

Por ello, coincidiendo con la opinión del profesor Mañalich, hay que abandonar sin reserva alguna la idea de que el delito tipificado en el artículo 239 pudiera exhibir, en todos o en algunos casos, la estructura de una estafa. Así la mejor interpretación de la mencionada disposición, es la que lleva a conceptualizar el fraude al Fisco como un delito de administración desleal del patrimonio público; o más precisamente: de gestión desleal del patrimonio público<sup>27</sup>.

De esta forma –y siguiendo al profesor Héctor Hernández Basualto– puede predicarse que la figura del artículo 239 del Código Penal da cuenta de un tipo general de administración desleal en que incurre el funcionario público que representando al Estado, en operaciones en que debe intervenir por razón de su cargo, defrauda o consiente en defraudar al mismo, a través de disposiciones patrimoniales contrarias al interés del Estado, interés que el agente está llamado a preservar en razón de sus deberes funcionarios<sup>28</sup>.

---

recibir, o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a los particulares”.

- 26 MAÑALICH, JUAN PABLO “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”. En: *Polít. crim.*, Vol. 7, N°14, Diciembre 2012, Artículo 4, págs. 357 – 377 [en línea]. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_14/Vol7N14A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A4.pdf). [fecha de consulta: 29 de diciembre de 2015].
- 27 Señala MAÑALICH “*La malversación...*”, ob. cit., p. 374: “La ventaja comparativa de esta terminología estriba en que con ella se evita cualquier posible sugerencia equívoca de algo cercano a una exigencia de administración de bienes; la posición relativa del funcionario se reduce, en este ámbito, y a diferencia del de la malversación, a desempeñarse en la gestión negocial (lato sensu) del patrimonio público respectivo”.
- 28 HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “*La Administración...*” ob. cit., p. 238, quien precisa: “[a]sí vistas las cosas, el sistema de la administración desleal de funcionarios en el derecho penal chileno exhibiría el siguiente cuadro: por una parte, en el artículo 239 CP, un tipo genérico de administración desleal que requiere para su consumación la efectiva producción de un perjuicio patrimonial para el Estado, y por la otra, una figura de peligro, completamente formal y en la cual, como advertía Pacheco, el riesgo de fraude es tan elevado que simplemente se presume su relevancia penal, como es el delito de negociaciones incompatibles del artículo 240 CP, a lo que recientemente se ha agregado el llamado delito de tráfico de influencias en el artículo 240 bis CP. Por último, cuando las disposiciones importen la apropiación de caudales –con las dudas planteadas supra III, 3, d)– recibirán aplicación las hipótesis de malversación. Como se verá más adelante (infra V), este cuadro no hace más que reflejar la tensión también existente en el

Dicha interpretación no sólo resulta más adecuada al origen histórico de la norma, que recordemos proviene del artículo 323 del Código español de 1850, cuyo tenor indicaba: *“El empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en las penas de presidio correccional e inhabilitación perpetua especial”*<sup>29</sup>, disposición mucho más clara a la hora de precisar en qué consistía la conducta típica, pues si bien incluía una cláusula genérica de defraudación, al mismo tiempo se hacía cargo expresamente, a vía ejemplar, del concierto entre el funcionario encargado de la operación y los que tienen interés en la misma, que no es más que la colusión en perjuicio del Estado entre el funcionario que representa a éste y la contraparte del mismo<sup>30</sup>.

Que la norma no tenía por objeto reprimir al funcionario que negociaba fraudulentamente con el Estado, sino que a aquél que lo hacía por él –nos advierte el profesor Hernández– se expresa, por ejemplo, en el comentario de Pacheco al delito de negociaciones incompatibles, situado a continuación del fraude al Estado, en el artículo 324 del Código español de 1850 (fuente de nuestro artículo 240 CP.): *“Si es un gravísimo delito el de concertarse un empleado con un contratista para defraudar a la hacienda pública, delito y grave es también el de convertirse en contratista el empleado, de modo que trate en rigor consigo mismo. Aquí, la ley teme y presume el fraude. Y le teme y le presume con razón; porque no*

---

derecho comparado entre un modelo de cláusula general y un modelo de prohibiciones específicas”.

- 29 Disposición que en lo fundamental se ha mantenido hasta nuestros días en el derecho español, ahora como artículo 436 del Código de 1995 La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años.
- 30 Ahora bien, contrariamente a lo que sostienen algunos autores, el ejemplo no parece responder a la idea del engaño propio de la estafa, sino que más bien a una hipótesis patrimonialmente grave de administración desleal del patrimonio estatal. Naturalmente el funcionario puede valerle de engaño para ocultar sus desmanes, pero en ese contexto el engaño opera sólo como un medio de auto encubrimiento y no como el primer elemento típico de la estafa, toda vez que en ese engaño no se fundará ninguna disposición patrimonial perjudicial para el Estado. La disposición patrimonial perjudicial ya se ha verificado, y sin necesidad de engaño, por la sencilla razón que la ha realizado el propio delincuente, ejerciendo deslealmente las facultades de disposición que se le han conferido.

*es de creer que ninguno descuide sus intereses, ni que haciendo contratos para ganar, deje de ganar todo lo posible, cuando es el mismo quien ha de fijar los límites a su ganancia*<sup>31</sup>. Como se ve, para Pacheco casi por definición el funcionario en el fraude al Estado no es contratista (contraparte) del Estado, sino que más bien representa los intereses de éste frente a quienes sí son contratistas.

Desde otra perspectiva, la interpretación propuesta del artículo 239 hace posible dar cuenta de su tipificación como un delito de mero perjuicio patrimonial, y no como un delito de aprovechamiento (o enriquecimiento) patrimonial, que es lo que tendría que predicarse del fraude al Fisco, empero, si se lo entendiera como una estafa especial. Esto, al menos en tanto el carácter de delito de aprovechamiento propio de la estafa se entiende subjetivamente expresado a través de la exigencia típica de un específico ánimo de lucro<sup>32</sup>, exigencia a favor de la cual no cabe reconocer argumento alguno tratándose del delito tipificado en el artículo 239 del Código Penal, lo cual vuelve más fácil, a su vez, dar cuenta de la manera en que el injusto del fraude al Fisco se corresponde con una vulneración del principio de probidad, en tanto estándar para el desempeño de la función, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público, que no necesita en modo alguno coincidir con la pretensión de la obtención de alguna ventaja patrimonial correlativa.

## 5. Conclusión

La interpretación que se propone del delito de obtención indebida de prestaciones estatales, permite sancionar conductas en las que incurren funcionarios públicos, quienes, particularmente al momento de presentar rendiciones de cuentas –con ocasión de recursos fiscales recibidos por concepto de pago de viáticos, o bien reembolso de gastos por concepto de alimentación y alojamiento, por ejemplo–, engañan a la institución pública recurriendo a distintos mecanismos, entre ellos la falsificación de documentos públicos o privados o bien al uso de dichos documentos con la finalidad de dar una apariencia legítima a la inversión de esos recursos –en definitiva engañar a la repartición pública– con la finalidad de obtener la disposición patrimonial perjudicial de parte de dicha repartición<sup>33</sup>.

31 PACHECO JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código Penal concordado y comentado*. Reedición de la tercera edición de 1867, Madrid, Edisofer, 2000, p. 946.

32 Sobre este aspecto indica el profesor Mañalich en “La malversación...”, ob., cit., p. 374: “Respecto del problema bajo el Código Penal chileno, cuya tipificación de la estafa prescinde de una exigencia explícita de ánimo de lucro como elemento subjetivo específico, véase HERNÁNDEZ, HÉCTOR, ‘Aproximación a la problemática de la estafa’, en VV.AA., *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2001, págs. 147 y sgtes., 188 y sgtes.”.

33 Recordamos al respecto las dos formas que puede adoptar la disposición patrimonial: la *entrega efectiva*, en los casos que se obtiene fraudulentamente las subvenciones,

Si bien las situaciones descritas han sido sancionadas –en la mayor parte de las ocasiones– a título de fraude al Fisco, se cree más precisa su adscripción a la figura del artículo 470 N°8, toda vez que en esos casos no se está en presencia de un funcionario público que actúe en operaciones en las que debe intervenir en razón de su cargo –y en dicha situación representando al Fisco–, sino que se trata precisamente de la actividad desarrollada por un funcionario público que al dar cuenta del cumplimiento de una obligación –que recae sobre todo aquél que recibe fondos públicos de los cuales debe rendir cuenta– engaña al ente estatal para lo cual generalmente se vale del despliegue de apariencias externas, entre ellos, el uso de documentos, públicos o privados, falsos<sup>34</sup>.

Se cree que la interpretación propuesta no sólo permite brindar un adecuado campo de acción al artículo 470 N°8 dando con ello estricto cumplimiento al principio constitucional de la tipicidad, sino que además definir de mejor forma el ámbito de aplicación de la figura de fraude al fisco, entendiéndola como un delito de gestión desleal del patrimonio público<sup>35</sup>, que se corresponde con una vulneración del principio de probidad, consistente en la falta de fidelidad en la gestión del patrimonio público.

---

devoluciones, etc.; y la *renuncia al cobro*, en los casos que fraudulentamente se realizan “imputaciones indebidas”.

- 34 HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. “*La Administración...*”, ob. cit., nota N°125, p. 236, en la que afirma: “Con todo, un ámbito indiscutible de aplicación de la estafa en este contexto es el de las rendiciones de cuenta”.
- 35 Señala MAÑALICH “*La malversación...*”, ob. cit., nota N°58, p. 374. “La ventaja comparativa de esta terminología estriba en que con ella se evita cualquier posible sugerencia equívoca de algo cercano a una exigencia de administración de bienes; la posición relativa del funcionario se reduce, en este ámbito, y a diferencia del de la malversación, a desempeñarse en la gestión negocial (lato sensu) del patrimonio público respectivo”.

## APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE POSICIÓN DE GARANTE AL ÁMBITO EMPRESARIAL Y A SUS ÓRGANOS DIRECTIVOS

*Gisela Schoenmakers Ruiz*<sup>1 2</sup>

Los delitos que se generan al interior de la empresa hacen especialmente compleja la aplicación de la teoría del delito pues suelen presentar una disociación entre acción y responsabilidad. En efecto, atendida la estructura jerárquica empresarial, es común que el ejecutor directo del hecho ilícito sea una persona distinta y generalmente subordinada a aquel que dio la orden de ejecutar el delito y quien en definitiva es el responsable de su realización, asimismo, se suele presentar una división o fragmentación de los elementos del tipo en distintas personas. Ej., una persona propone ofrecer dinero a un funcionario público para adjudicarse irregularmente una licitación, otro autoriza la disposición de los recursos, un tercero realiza la oferta y una persona distinta entrega al funcionario el maletín con el dinero.

La falta de claridad respecto a la forma en que procede atribuir responsabilidades al interior de la empresa, puede dar lugar a lo que en doctrina se denomina “irresponsabilidad organizada”<sup>3</sup>, concepto que busca definir las dificultades que enfrentamos en nuestra sociedad moderna para identificar a los responsables individuales de un acto o decisión en las estructuras societarias actuales. En efecto, la expansión de organizaciones societarias cada vez más complejas dificulta esta identificación, pues en muchos casos las situaciones ilícitas derivan de intrincados procesos de gestión en que intervienen distintas áreas de la empresa. Podemos encontrar, asimismo, hipótesis de subcontratación, servicios externalizados, empresas filiales, etc.

El presente artículo tiene por objeto exponer las hipótesis más relevantes en que los directivos y/o ejecutivos principales pueden resultar responsables penalmente por los ilícitos ocurridos al interior de la empresa o que emanen de ésta.

Como veremos, los directores de empresas pueden resultar responsables penalmente no sólo por las decisiones que adopten en el ejercicio de sus funciones como miembros del directorio de la sociedad, sino que también –al igual que

1 Abogada de la Unidad de Asesoría Jurídica, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Artículo basado en el trabajo “Breve Análisis sobre la Responsabilidad Penal de los Directores de Sociedades Anónimas” presentado por la autora para optar al grado de Magister en Derecho Económico de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2015.

3 BECK, Ulrich. La Irresponsabilidad Organizada [en línea] Disponible en: <http://inicia.es/de/cgarciam/Beck01.htm> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2016].

los gerentes y ejecutivos principales– pueden ser responsables por su omisión a los deberes de vigilancia que les impone la posición jurídica que ocupan al interior de la empresa, ya sea a consecuencia de delitos comunes o por los delitos especiales que puedan cometerse en el ámbito de su competencia.

Debemos tener presente que la imputación de los ilícitos puede ser a título de acción o a título de omisión. Es imputable a título de acción el directivo que con infracción de sus respectivos deberes de cuidado contribuye activamente a la producción de un resultado lesivo, como ocurre con el director y/o gerente que instruye expresamente a un funcionario de la empresa para que pague un cohecho a un funcionario público y, de este modo, logra que se autorice la operación de la empresa con infracción a las normas medioambientales que la regulan.

La imputación a título de acción no reviste mayor complejidad pues a su respecto operan las reglas generales de imputación penal. El tema surge, realmente, cuando no es posible acreditar en forma directa una contribución activa dolosa o imprudente por parte de los órganos directivos, caso en el cual debemos recurrir a la dogmática de los delitos de omisión.

Es precisamente en esta última instancia, cuando debemos analizar si existe una posición de garante, presupuesto esencial para imputar un resultado lesivo a la omisión de un sujeto. En otras palabras, para poder imputar responsabilidad penal a los órganos directivos de la empresa no basta cualquier omisión, es preciso evaluar en cada caso concreto qué miembros del órgano de dirección de una empresa ostentan una posición de garante que conlleve el deber de procurar la evitación de resultados lesivos.

Si bien existe bastante consenso a nivel doctrinario y jurisprudencial respecto a la procedencia de aplicar la estructura de los delitos de comisión por omisión a los ilícitos que se cometen al interior de la empresa, el origen de esta posición de garante empresarial es un tema ampliamente controvertido, que se encuentra lejos de ser resuelto en el mediano plazo.

En efecto, existen múltiples teorías que pretenden explicar los orígenes de esta “especial” posición. Tradicionalmente, al hablar de posición de garante, la doctrina nacional ha acogido lo que para fines académicos llamaremos las fuentes formales o clásicas sobre posición de garante y que sostienen que ésta puede emanar de la ley, el contrato y/o la injerencia o actuar precedente, reduciendo la controversia interpretativa a estos tres ámbitos, especialmente a este último. Sin embargo, en nuestro país se dejó de lado la llamada “teoría material” elaborada por el profesor alemán Armin Kaufmann a fines de los años 50, que distingue según la función que ejerce el sujeto activo, entre garante de protección y garante de vigilancia y otras teorías relevantes que han sido ampliamente desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia internacional en este período.

## I. Principales teorías sobre posición de garante

A continuación se exponen las principales teorías que se discuten en materia de posición de garante, resultando especialmente relevantes para esta materia las teorías elaboradas por el profesor Armin Kaufmann y el profesor Günther Jakobs, que constituyen una parte central del debate comparado actual.

### 1. Fuentes formales de la posición de garante

- a) La ley: Es la fuente más clara, pues implica la consagración normativa de los deberes especiales a los que se encuentran obligados ciertos sujetos respecto al resguardo de determinados bienes jurídicos, como en el caso de los padres que son responsables de los hijos menores de edad.

En general se ha entendido que el concepto de ley debe interpretarse en un sentido amplio, es decir, no sólo la ley penal ni aquella que emana del órgano legislativo, sino cualquier tipo de legislación como decretos, reglamentos, tratados internacionales reconocidos, etc.<sup>4</sup>.

- b) El contrato: En virtud de la autonomía de la voluntad, la posición de garante puede adquirirse mediante la suscripción de un contrato que obligue a garantizar la integridad de determinados bienes jurídicos, como ocurre con el caso de un encargado de prevención que en virtud del contrato celebrado con la empresa asume el control de determinadas fuentes de riesgo.

El contrato en este caso genera un deber especial en el contratante obligándolo a velar por los bienes jurídicos que se comprometió a resguardar contractualmente. Ello implica que en caso de cometerse un delito, éste le sería imputable a título de omisión impropia (comisión por omisión) y no a título de omisión propia como al común de las personas que puedan encontrarse en la misma situación. Ejemplos clásicos son el de la enfermera que no da los medicamentos al enfermo que cuida o la niñera que no alimenta al niño que se encuentra bajo su cuidado.

Es importante mencionar que en términos generales para la doctrina resulta irrelevante si se trata de un contrato para desempeñar una función pública o privada o si dicho contrato es válido jurídicamente o no, lo realmente importante es la asunción material de las responsabilidades. En efecto, lo primordial en este caso es resguardar adecuadamente la indemnidad de los bienes jurídicos que se le han encomendado<sup>5</sup>.

4 CUADRADO RUIZ, MARÍA ÁNGELES. La posición de garante, [en línea], 2000, p. 25. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2000/Documento.pdf> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2015].

5 CUADRADO, ob. cit., p. 30.

La crítica sobresaliente a esta posición consiste en que si bien es cierto que el garante en este caso se obliga a través de un contrato, también lo es que el hecho de suscribir uno no constituye una condición que permita de por sí imputarle la responsabilidad. Al respecto señala el profesor Jakobs *“En los casos de asunción no sólo es relevante la promesa de una prestación, sino también el abandono de otras medidas de protección que se produce como consecuencia de la promesa; el que asume organiza pues, mediante su promesa, una aminoración de la protección y debe compensar esta menor protección. El panorama de casos abarca desde la niñera hasta el guía de montaña, y no presupone un contrato válido. También la niñera menor de edad, que se dedica a ello sin la aprobación de sus representantes legales, está penalmente obligada a ayudar en caso de necesidad al bebé dejado a su cuidado; y quien comienza a guiar en la calle a una persona débil no debe interrumpir su ayuda en medio del hervidero de automóviles. El fundamento de tal responsabilidad es pues únicamente la organización imputable de una aminoración de la protección”*<sup>6</sup>.

- c) La injerencia o el actuar precedente: El fundamento de este deber está en el comportamiento previo de una persona con el que crea un peligro para los bienes jurídicos de otro, quedando de este modo obligado a actuar para neutralizar dicho peligro y evitar que redunde en la lesión del interés amenazado.

*“El deber de garante por un comportamiento precedente que crea un riesgo de peligro para el bien jurídico protegido se basa en la prohibición general de lesionar a otro y, aunque no encuadrables en la ley o en el contrato, tales omisiones se consideran que merecen la misma pena que el comportamiento activo. Quien produce una perturbación en el orden social, una injerencia en ese orden social, debe cuidar de que el peligro por él creado no se convierta en un resultado, que produzca lesiones en los bienes jurídicos protegidos”*<sup>7</sup>.

Doctrinariamente no existe consenso en relación a la clase de actuar precedente que puede generar una posición de garante, se discute si puede ser cualquier clase de actuar peligroso o sólo aquellos que sean antijurídicos, algunos sostienen incluso que debe tratarse de un actuar precedente antijurídico y culpable. Asimismo existen voces en la doctrina moderna que niegan que el actuar precedente pueda dar origen a la posición de garante<sup>8</sup>.

Al analizar la injerencia, es menester referirnos a uno de los debates centrales de la doctrina moderna, la llamada “responsabilidad penal por el producto”,

6 JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y la omisión, p. 853 [en línea]. Disponible en: [http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp\\_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf](http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf) [fecha de consulta 14 de marzo de 2016].

7 CUADRADO, ob. cit., p. 30, citando a Pfeleiderer, K. *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*. Berlín, Duncker & Humblot, 1968, págs. 128 y sgtes.

8 CUADRADO, ob. cit., p. 33.

que ha adquirido gran relevancia en el derecho actual y que dice relación con el deber de la empresa de retirar del mercado productos defectuosos. Al referirse a este tema, la doctrina suele hacer referencia a dos casos relevantes, el de la Colza en España y al caso Lederspray en Alemania.

El caso de la Colza corresponde a una gravísima intoxicación alimentaria ocurrida en España en el año 1981, que fue ocasionada por un aceite de colza importado de Francia para fines de uso industrial, el cual, atendido su bajo precio –en un momento en el que España atravesaba una grave crisis económica– y la ausencia de controles sanitarios, fue adulterado por algunos aceiteros vendiéndolo para el consumo humano, siendo distribuido en diversos mercados a lo largo de España.

Entre las personas que consumieron este aceite adulterado hubo, según cifras oficiales, 350 fallecidos y 20.000 afectados, muchos de los cuales aún arrastran secuelas de la intoxicación que los afectó.

En este caso el Tribunal Supremo español<sup>9</sup> estimó que los administradores de las respectivas empresas eran responsables y fundó su responsabilidad en el actuar precedente, señalando que cada administrador es responsable de todos los peligros, ya sean normales o no, que sean consecuencia de la actividad societaria. En dicho contexto al desarrollar los fundamentos de derecho se señala:

*“Si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que este aceite fuera introducido en el mercado de consumo con resultado de muerte para las personas, no es posible negar, al menos, su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y de lesiones”.*

*“La introducción en el mercado de consumo alimentario de productos regenerados por procedimientos no homologados y sustrayéndolos a los controles habituales establecidos es, indudablemente, una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues el límite del riesgo permitido en este ámbito es –dada la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados– reducido. En tanto tales actividades afecten o puedan afectar seriamente la salud y la vida de las personas es claro que los riesgos permitidos para la persecución de intereses comerciales serán necesariamente mínimos, pues en una ponderación de los intereses en juego la preponderancia de la salud y la vida es absolutamente clara. Todo esto resulta todavía más significativo en el presente caso, en el que el riesgo para la vida y la salud estaba constituido por la manipulación de venenos, lo que permitía considerar que la producción de muertes y lesiones no era improbable”.*

<sup>9</sup> Sentencia Tribunal Supremo Español, recurso de casación 3654-1992, de fecha 23 de abril de 1992.

El caso Lederspray ocurrido en Alemania trata de una empresa dedicada a la comercialización de productos para el cuidado del cuero, entre los que se encontraba un spray para cuero (Lederspray). Luego de un tiempo de comercialización de este producto, un grupo de usuarios comenzaron a presentar molestias, tos, asma, náuseas y en algunos casos edemas pulmonares. A consecuencia de ello, la empresa productora comenzó a realizar pruebas a fin de establecer algún tipo de responsabilidad, sin que se lograra relacionar directamente el producto con los perjuicios causados en la salud, por lo que se tomó la decisión de no retirarlo del mercado, sin embargo las lesiones se siguieron produciendo.

En este caso nunca pudo establecerse con claridad la sustancia concreta del producto que había causado los daños, pero el tribunal resolvió que la causalidad debía entenderse probada siempre que se demostrara una conexión entre el producto y los daños.

El BGH alemán<sup>10</sup> condenó a cuatro directivos de la empresa productora que decidieron de común acuerdo mantener la comercialización del producto luego de tener conocimiento de los daños ocasionados. Los miembros del consejo directivo de la empresa fueron condenados en cuatro casos por lesiones en comisión por omisión imprudente y en 38 casos por lesiones peligrosas dolosas.

*“El fallo del caso Lederspray dio a conocer al público en general, por primera vez, la existencia de un riesgo relevante de condena para los trabajadores de empresas productoras, y que la vertiente jurídico-penal de la responsabilidad por el producto ha experimentado un gran desarrollo en el asesoramiento letrado y que a través de éste también ha cobrado una importancia considerable en las decisiones empresariales”<sup>11</sup>.*

Un equivalente en Chile a los reseñados, es el caso ADN NUTRICOM. En este caso la empresa B. Braun Medical S.A., comenzó a producir en Chile un alimento para regímenes especiales denominado NUTRICOMP ADN (Alimento Dietético Nutricional), en diversas presentaciones o variedades, entre ellas, ADN Pediátrico, Estándar, Fibra, Diabético y HN Híper proteico, cuyos destinatarios eran pacientes con deficiencia nutricional o enfermedades crónicas que consumían este alimento vía oral o enteral, en forma exclusiva o complementaria a su alimentación.

Para la fabricación de este alimento se requería una mezcla de minerales denominada PREMIX que era suministrada a B. Braun Medical S.A. por la empresa GRANOTEC. A principios del año 2007, el directorio de la

10 Tribunal Supremo de Alemania (BGH), en sentencia dictada el año 1995.

11 KUHLEN, LOTHAR. Necesidad y Límites de la Responsabilidad Penal por el Producto [en línea], 2002, p. 74. Disponible en: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429559.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429559.pdf) [fecha de consulta: 16 de septiembre de 2015].

empresa toma la decisión de cambiar el proveedor del PREMIX, contratando al efecto a la empresa brasileña FORTITECH para la adquisición de esta materia prima.

De esta forma, en el año 2007 se fabricaron y comercializaron por la empresa B. Braun Medical S.A., aproximadamente 233.048 unidades de diversos lotes, en sus distintas presentaciones, con un contenido de potasio muy inferior al declarado en su rotulación, sin que se adoptaran por parte de los ejecutivos principales de la empresa medidas de control de calidad adecuadas para verificar la composición final del mismo, situación que implicó introducir al mercado un alimento peligroso para la salud de la población, con infracción de la reglamentación sanitaria. Los lotes se vendieron a hospitales, clínicas, farmacias y clientes particulares en Chile.

El mismo producto fue exportado entre los años 2006 y 2007 a diversos países, entre los que se encontraban, Argentina, Guatemala, Brasil, Paraguay, Rusia, Filipinas, etc., utilizando indebidamente la marca comercial Watts a objeto de salvar las autorizaciones sanitarias exigidas para la exportación de los productos.

En noviembre del año 2007, el jefe de producción y el jefe de control de calidad de Braun Medical S.A., toman conocimiento que el producto presenta un defecto en la concentración de potasio y lo informan al gerente general, al gerente de exportaciones y al product manager, los dos primeros formaban a su vez parte del directorio de la empresa.

En virtud de ello, los directivos deciden añadir más potasio a la mezcla PREMIX (aún sin alcanzar los niveles declarados en el rotulado) y omiten adoptar medidas para retirar el producto defectuoso del mercado.

En diciembre de ese año, los directivos reciben un nuevo informe de un estudio solicitado al Laboratorio Analab, que da cuenta que uno de los lotes de ADN estándar elaborado en noviembre del mismo año, tenía cantidades deficientes de potasio, pese a lo cual, el Directorio mantiene la decisión de no retirar el alimento defectuoso del mercado y de no informar la situación a sus consumidores y continúan comercializando el alimento peligroso para la salud.

La producción y comercialización de este alimento se paralizó recién en enero del año 2008, cuando la Secretaría Regional Ministerial de Salud Metropolitana, en uso de sus facultades, prohibió su elaboración y distribución y ordenó el retiro de todos los productos de la línea NUTRICOMP ADN.

Al presentar su acusación, el Ministerio Público plantea que durante la investigación se acreditó que al menos 86 personas consumieron este alimento y a consecuencia de ello resultaron afectados con hipokalemia, es decir, insuficiencia de potasio en la sangre. Esta situación, atendida las condiciones médi-

casos preexistentes de quienes consumían este alimento, ocasionó la muerte de dos personas, en tanto 21 personas resultaron con hipokalemia grave y riesgo vital, así como con severas secuelas físicas.

El tribunal tuvo por acreditado el consumo del producto en 82 casos y en la mayor parte de ellos da por acreditada la hipokalemia, el riesgo vital e incluso la muerte, sin embargo considera que –salvo en nueve casos–, no es posible adquirir más allá de toda duda razonable la convicción de que el consumo del alimento ADN NUTRICOMP fue el causante exclusivo y principal de la hipokalemia sufrida por las víctimas y de las secuelas consecuentes, principalmente porque atendidas las diversas condiciones médicas preexistentes que padecían los afectados, concurrieron causas concomitantes que pudieron ocasionar el síndrome.

El tribunal identifica dos etapas en la culpabilidad de los ejecutivos acusados, una primera etapa culposa en la cual, los imputados no cumplen con la diligencia debida, omitiendo verificar que el producto cumpliera efectivamente con los requerimientos del rotulado y una segunda etapa dolosa que estima el tribunal se genera a partir de mediados de noviembre de 2007, momento en que los acusados tomaron conocimiento del error en la fórmula y de los eventuales riesgos que implicaba dicho error para la salud de las personas y, pese a ello, deciden seguir vendiendo el producto, sin adoptar medidas respecto de los lotes anteriores.

En virtud de lo señalado –y en lo pertinente– el tribunal resuelve: I. Condenar al Jefe de Control de Calidad, Ezzio Aurelio Olivieri Díaz, y al Jefe de Producción, Egon Arnoldo Hoffman Soto, a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por la participación que cada uno tuvo en calidad de autores del delito culposamente consumado contemplado en el artículo 315 inciso segundo en relación con el artículo 317 inciso segundo del Código Penal, por los hechos cometidos entre el 18 de abril de 2007 y hasta fines de noviembre de 2007 en la comuna de San Bernardo (Periodo culposamente consumado); II. Condenar al Jefe de Producción, Egon Hoffmann Soto, al Jefe de Control de Calidad, Ezzio Olivieri Díaz, y al Gerente General, Roberto Oetiker Luchsinger, –quien a su vez era uno de los directores de la sociedad–, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa de 25 unidades tributarias mensuales y a las accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por la participación que tuvo cada uno en calidad de autor del delito consumado contemplado en el artículo 315 inciso segundo del Código Penal, por los hechos cometidos entre fines de noviembre de 2007 y hasta el 18 de enero de 2008 en la comuna de San Bernardo (Periodo dolosamente consumado); III. Condenar a Juan Cristóbal Costa Contreras y Roberto Jorge Oetiker Luchsinger, ya individualizados, a la pena única de 818 días de presidio menor en su grado medio,

multa de 8 unidades tributarias mensuales y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por la participación que cada uno tuvo en calidad de autor de los delitos consumados de Uso Indebido de Marca Comercial, previsto y sancionado en el artículo 190 del Código Penal, por los hechos cometidos entre los años 2006 y 2008 en la comuna de San Bernardo y Contrabando Propio, previsto y sancionado en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas por los hechos cometidos entre el 26 de mayo de 2006 al 3 de enero de 2008; IV. Absolver a todos los acusados de la imputación de ser autores del delito culposo contemplado consumado con resultado de muerte y lesiones, previsto en el artículo 492, en relación con los artículos 490 N°1 y N°2, 391 N°2, 397 N°1 y 2 y 399, todos del Código Penal; V. Absolver a Roberto Oetiker Luchsinger y a Juan Cristóbal Costa Contreras respecto de las imputaciones de ser autores del delito culposo comprendido en el artículo 315 inciso segundo en relación con el artículo 317 inciso segundo del mismo texto y, a este último -además- del delito contemplado en el artículo 315 inciso segundo del Código Penal, en su carácter doloso; VI. Absolver a Reinaldo Leonel Torres Pizarro en relación a todos los cargos imputados; VII. Eximir a los intervinientes del pago de las costas y VIII. Declarar el comiso del alimento elaborado y/o rotulado por la empresa B. Braun Medical S.A incautado.

Al momento de valorar la prueba el Tribunal realiza diversos planteamientos en el considerando décimo cuarto de su sentencia, entre los cuales viene al caso destacar especialmente los siguientes párrafos:

*“A la luz de tales antecedentes surgen dos preguntas: **Por un lado, quiénes participaron en la toma de la decisión y en su implementación; y, por otro, cuál fue la motivación que se tuvo en vista para tales efectos.***

*El tribunal estima que, atendido el contexto en que se adoptó la resolución y la trascendencia que para el proceso de manufactura del alimento revestía, ésta recayó en Roberto Oetiker, gerente general, pues en tal carácter era el encargado de responder ante la crisis que se estaba viviendo. Quienes implementaron la operación fueron Olivieri y Hoffmann, según ha quedado de manifiesto con los medios de prueba citados. Respecto de R.T. y Juan Costa, en tanto, los antecedentes aportados no dan suficiente cuenta de haber éstos participado activamente en una u otra instancia.*

***Aun cuando T. hubiere concurrido con su opinión a la toma de la decisión –circunstancia que tampoco consta de manera categórica– no debe perderse de vista que éste, así como carecía de facultades para adoptar una posición resolutive al respecto, tampoco fue sindicado por la representante de Merck como una de las personas que intervino de manera activa en el asunto. T. supo, pero saber no es actuar.***

*En cuanto a Juan Costa Contreras, lo que podemos deducir es que sí tuvo conocimiento de la situación por la que la empresa atravesaba (T. refiere de manera*

*específica que se lo comunicó el mismo día de haberse llevado a cabo la reunión antes comentada), pero nada más hay para sostener que participó de la toma de la resolución o de la ejecución del plan de contingencia adoptado”.*

Más adelante, al referirse a la extensión de la responsabilidad penal por el producto, el tribunal manifiesta:

*“El peligro para la salud nace de estar a disposición del público una producción del alimento ADN con cantidades de potasio deficientes. Si en la mente de los sujetos el razonamiento fue que anexando cantidades del mineral al alimento dicho peligro desaparecería, la consecuencia lógica de esa manera de abordar el problema es que la medida a implementar debía abarcar los peligros que derivaran no sólo de una futura fabricación, sino también de aquellos asociados a la producción que, estando ya manufacturada, aún no era ‘vendida o distribuida’. Y lo que en juicio se ha apreciado es que el resguardo que se decidió adoptar tan sólo abarcaba una de estas vertientes: la vinculada a la elaboración y adición futuro del producto, por cuanto entre la fecha de la toma de la decisión y su implementación continuaron comercializándose lotes deficientes, puesto que eso es lo que se desprende de los ya innumerables veces mencionados documentos N°s 610, 612 y 613 de la prueba de la fiscalía.*

*Por lo tanto, no es efectivo que en opinión de los agentes la medida a asumir fuera suficiente para excluir la verificación de los peligros venideros, porque ya desde un primer momento estaba claro que dicha prevención no abarcaría la totalidad del problema. Si ésta hubiera sido la intención, en lo que respecta a la esfera no cubierta por aquella, bastaba con complementarla dando a conocer adecuadamente el problema, retirando las partidas defectuosas y paralizando el proceso de comercialización”.*

En el mismo considerando, el tribunal aclara que la mera calidad de director no es suficiente para imputar responsabilidad penal a una persona:

*“En lo que a Juan Costa Contreras respecta, estos sentenciadores estiman –como ya se ha expuesto– que **a partir de su calidad de miembro del directorio de B. Braun Medical no es posible construir una comisión por omisión punible en relación con la figura del artículo 315 inciso segundo del Código Penal. Por lo tanto, no estando probado que ‘activamente’ hubiere adulterado o distribuido productos defectuosos, la alternativa restante es que los haya vendido.** Teniendo en vista dicha hipótesis y al no ser las operaciones de exportación más que compraventas internacionales, bien podría pensarse que si algún lote defectuoso estuvo comprendido en alguna de ellas, ningún obstáculo se interpondría a fin de, por este camino, estimar cometido el delito en estudio. Sin embargo ello no parece viable, puesto que al concebir el legislador el delito de contrabando del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas y ser comprensivo de las mercaderías adulteradas en tanto objetos prohibidos, el tribunal estima que la norma que ha de preferirse es ésta y no aquella”.*

Asimismo, y tal como se señala previamente, el tribunal resolvió condenar a los dos directores de la sociedad imputados –quienes a su vez ejercían los cargos de gerente general y gerente de exportaciones– a la pena única de ochocientos dieciocho días de presidio menor en su grado medio, multa de ocho unidades tributarias mensuales y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por la participación que cada uno tuvo en calidad de autor de los delitos consumados de uso indebido de marca comercial, previsto y sancionado en el artículo 190 del Código Penal, por los hechos cometidos entre los años 2006 y 2008 en la comuna de San Bernardo y de contrabando propio, previsto y sancionado en el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas por los hechos cometidos entre el 26 de mayo de 2006 al 3 de enero de 2008, pues se acreditó que en su calidad de gerentes los imputados decidieron realizar las exportaciones de los productos ADN rotulándolos bajo la marca de la empresa Watt’s, con la finalidad de salvar restricciones internacionales de sus productos.

Al respecto, el tribunal señala en el considerando décimo sexto:

*“Por otro lado, la voluntad que tuvieron los dos acusados de rotular los productos Braun con el nombre de la empresa Watt’s, no sólo se desprende del poder de decisión que ellos tenían al ocupar los cargos de Gerente General y Gerente de Exportaciones –lo que no se encuentra controvertido en el juicio sino también por la declaración del testigo Pablo Aravena, quien refiriéndose al acusado Roberto Oetiker –en el contexto de las irregularidades que se cometían para exportar el alimento de la empresa B Braun con rótulo Watt’s aclaró que advirtió esta situación a su jefe directo, el Gerente General de la compañía, quien en un primer momento adhirió a su planteamiento ante esta práctica irregular, cambiando luego de parecer a través de una contraorden. Asimismo, respecto del acusado Costa, es la declaración de Claudio Herrera, la que precisa que para la rotulación de los productos Braun con el nombre de la empresa Watt’s, se procedió por instrucciones directas de Juan Costa en su calidad de encargado de la unidad de exportaciones, quien decidía el producto que se exportaba”.*

El Ministerio Público y algunos querellantes presentaron recurso de nulidad contra este fallo, el cual, fue conocido bajo el Rol N°6831-2012, por la Excm. Corte Suprema, en razón de haberse invocado la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, esto es, la infracción durante el proceso o en la dictación de la sentencia de garantías constitucionales o derechos y/o garantías asegurados en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Con fecha 27 de diciembre de 2012, la Excm. Corte Suprema confirmó lo resuelto por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, de 24 de agosto de 2012.

## 2. Teoría de las funciones de Armin Kaufmann

Armin Kaufmann pretende delimitar a través de esta teoría los deberes de garante según su contenido, es decir, define esta posición según las tareas que se esperan de quien se encuentra a cargo de la protección de un determinado bien jurídico.

Es preciso aclarar que no se trata de una teoría contrapuesta a la doctrina tradicional, sino que atiende a aspectos distintos de la posición de garante; la doctrina tradicional atiende a las fuentes de las que emana esta posición en tanto la teoría de Kaufmann distingue según la función que compete al garante. En Chile, hemos entendido tradicionalmente que la posición de garante corresponde a lo que en derecho extranjero se conoce como garante de protección, esto es, aquel garante que se encuentra obligado a proteger un determinado bien jurídico de riesgos provenientes del exterior, como ocurre con el padre respecto del hijo o con la enfermera respecto del enfermo que por contrato debe cuidar. Por su parte Kaufmann distingue entre:

a) Garante de protección o cuidado: Su función es la de evitar cualquier lesión del bien jurídico cuya protección le ha sido encomendada, sin distinguir la clase de peligro que puede padecer el bien protegido que se resguarda o el origen de la amenaza. Kaufmann precisa este concepto acotando su ámbito de aplicación a supuestos establecidos en la ley o en un contrato. Lo anterior, se sustenta en que para Kaufmann las teorías sobre delitos de omisión impropia vulneran el principio de legalidad y para él, la única manera de superar esta crítica, es consagrando expresamente las obligaciones impuestas al garante a fin de proteger la integridad del bien jurídico que se pretende resguardar.

En otras palabras, la carga para el garante es tal –si tenemos en cuenta que la protección al bien jurídico obligado a amparar puede provenir de cualquier situación fáctica– que es necesario que la ley o el contrato la estipule taxativamente.

A esta clase de protección corresponde la de aquellos que asumen voluntariamente funciones protectoras en razón de un contrato de trabajo o por la asunción de un cargo o labor determinada, jefe de seguridad, enfermero, parvularia, etc.

b) Garante de seguridad o vigilancia: Son aquellos que no están llamados en primera instancia a velar por la protección de un bien jurídico, sino que, deben vigilar una determinada fuente de peligro que se encuentra bajo su ámbito de control, en términos de procurar que ésta no dañe los bienes jurídicos circundantes.

El ámbito de deberes en este caso es más reducido, pues la obligación del garante se circunscribe únicamente a mantener bajo control determinadas fuentes de peligro. El garante de vigilancia mira por la seguridad de la fuente

de peligro y no por la de la posible víctima que pueda verse amenazada, a diferencia del garante de protección que vela por el bien jurídico protegido sin atender al autor de la amenaza.

Kaufmann aclara que no todo mandato de evitar una lesión a un bien jurídico o de una fuente de riesgo se concreta en el tipo de omisión impropia, es necesario y determinante que el obligado tenga posición de garante y que, como ya vimos, sus obligaciones estén consagradas en un texto escrito, llámese ley o contrato. No obstante ello no descarta que en cuanto a la vigilancia de una fuente de peligro surjan las obligaciones también de la injerencia y de las relaciones de confianza especiales.

En efecto el deber del garante de vigilancia se desprende asimismo de fuentes de peligro que nacen en el área de propio dominio, es decir, quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro, es responsable de que tal peligro no se realice, como ocurre con la empresa que utiliza productos químicos peligrosos en la elaboración de sus productos.

Del mismo modo, es posible incluir en esta hipótesis el deber de controlar a terceros, como el caso de los administradores de una sociedad que deben controlar el adecuado funcionamiento de la empresa.

### 3. Teoría de los roles de Jakobs

El profesor Jakobs parte de la base que en una sociedad liberal las personas tienen derechos y libertades que deben ser bien utilizados; en su concepto, existen límites dentro de los cuales deben estar subsumidas todas las actuaciones del ser humano que se mueve en una comunidad determinada y que cualquier acción o desempeño por fuera de los términos, debe ser responsabilidad de quien los transgrede.

Conforme a ello, quien pretenda gozar de la libertad de organizar, tiene que hacerse responsable de las consecuencias de su organización: *“La ‘obligación originaria’ tiene, pues, como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización –de la forma que sea– en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición ‘no dañes’, aparece pues un mandato, que es independiente del deber que señalaba Wolff de ‘servir de diversa forma a los demás’ y cuyo enunciado es: ‘Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización’”*<sup>12</sup>.

Las personas tienen deberes que seguir para sostener el orden social y tratar de mantener el equilibrio que genera la convivencia pacífica. Jakobs sostiene

12 JAKOBS, GÜNTHER. *La Imputación Penal de la Acción y la Omisión*. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 34.

que esos deberes se dividen en dos, competencias por organización y competencias institucionales.

**A. Deberes en virtud de la responsabilidad por organización:** Surgen como contrapartida de la libertad de organizarse, aquel que se organiza para realizar una acción debe responder de sus consecuencias. Estos deberes incluyen:

1. Deber de aseguramiento en los deberes de relación y en la injerencia. Se refiere a los deberes de control de una fuente de peligro en el ámbito de organización del obligado: “Quien domina un objeto material debe cuidar de que los contactos de otras personas con el objeto permanezcan indemnes. Todo propietario de una casa sabe del mandato de asegurar que las ripias no caigan del tejado; todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización, y todos tienen que soltar objetos frágiles, cuando sienten que van a sufrir un ataque convulsivo”<sup>13</sup>.

El organizador debe responder por la estructura interna de su organización. Esta clase de responsabilidad absorbe la injerencia, el comportamiento precedente en este caso es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al titular a controlar su organización. Ejemplos de esta clase de deberes serían la del dueño de una empresa (o administradores en los que éste haya delegado sus facultades de administración) de cautelar los peligros que emanan de su operación, la del constructor o arquitecto en el aseguramiento de su obra, etc.

Estos deberes pueden producirse también: a) mediante acciones peligrosas propias, que ejecuta el propio garante; b) mediante cosas o situaciones peligrosas fuera del riesgo permitido (por ejemplo por el uso de maquinaria o aparatos que no cumplen las normas de seguridad, conductores que conducen más allá del horario permitido, etc.); c) mediante el poder sobre otra persona, que conlleva el deber de asegurar a quien está determinado por otros ante los peligros de su falta de determinación, como por ejemplo, la obligación de los Gendarmes de alimentar a los internos e impedir la ocurrencia de delitos al interior de una prisión; d) mediante la repercusión del comportamiento de otro en el ámbito de repercusión propio, como ocurre con la responsabilidad del jefe por el comportamiento peligroso de sus subordinados. “*El titular de la empresa responde por el estado peligroso de su empresa en la medida en que son sus asuntos los que se organizan. Debe impedir la distribución de productos caducados o en mal estado, así como acordar negocios antijurídicos en nombre de su empresa (venta de armas, medicamentos no autorizados, etc.)*”<sup>14</sup>.

13 JAKOBS, ob. cit., págs. 34-35.

14 CUADRADO, ob. cit., p. 46, citando a JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General*, págs. 29-36.

2. Deberes de salvamento en los derechos de relación y en la injerencia. Consisten en inhibir los cursos causales peligrosos que salen del ámbito de protección de la organización. Jakobs señala que cuando los cursos causales abandonan la organización de la persona obligada e invaden el de la víctima, se genera una responsabilidad mayor de hacer todo lo que esté a su alcance para evitar que la dañe y entonces los denomina “deberes de salvamento”, como en el caso de un vehículo con fallas eléctricas que ya fue vendido o la venta de un alimento perjudicial que ya fue consumido por la víctima; en estos casos el empresario debe ir más allá informando al posible afectado de esta situación y adoptando las medidas para subsanarla. Viene al caso mencionar que para Jakobs esta prolongación del deber sigue siendo parte del ámbito de organización propio por las consecuencias potenciales del producto fabricado.

Este deber se sustenta en la obligación que tiene aquel que se organiza de asumir las consecuencias derivadas de dicha organización, en otras palabras, quien debía cuidar su ámbito organizativo, lo descuidó y no hizo un buen uso de las libertades a que tenía derecho, esta transgresión lo obliga a responder por haber extralimitado sus derechos.

En general se ha estimado que no cualquier comportamiento que condicione el peligro da lugar a un deber de salvación. La doctrina ha pretendido limitar esta fórmula a los casos de injerencia en los que el comportamiento previo ha sido antijurídico, lo que para Jakobs es un error pues restringe demasiado el deber.

3. La asunción de deberes, obligaciones y disposiciones a actuar, así como la liberación del primariamente obligado mediante asunción. El que asume un determinado rol o función se espera que actúe conforme a ese rol o función, surgiendo para él un deber jurídico de realizar tal comportamiento, como en el caso de aquel que asume la calidad de administrador de una empresa, ya sea en el hecho o contractualmente, se convierte en garante y debe responder de todo aquello que se encuentre en su ámbito de control.

El deber de garante comienza en este caso con la asunción del rol o función, ya sea de hecho o contractualmente y termina cuando se ha realizado la prestación comprometida.

4. Deberes en virtud de responsabilidad por organización para impedir autolesiones. Se refiere a aquellos casos en que el cooperador que omite es garante ante la víctima de la evitación de su daño, como ocurre por ejemplo con el caso del empleador que es responsable de la seguridad de sus trabajadores, y como tal, debe respetar los preceptos de seguridad en el trabajo aun cuando los trabajadores imprudentemente no le den ninguna importancia. Se refiere también a aquellos casos en que se da una autoría mediata por omisión, esto es, cuando el que omite coloca indebidamente al que se lesiona en una situación de instrumento y a aquellos en que la víctima, sin ser instru-

mento, no puede consentir con eficacia en el comportamiento lesivo del autor, como ocurriría con el caso de la víctima que pide a un tercero que la mate. Su consentimiento no exime de responsabilidad al homicida.

**B. Deberes en virtud de la responsabilidad institucional:** En este segundo grupo de deberes Jakobs incorpora los deberes que corresponden a la responsabilidad institucional. Señala que los seres humanos pertenecemos a distintas instituciones y debemos ceñirnos a sus reglas para asegurar la permanencia y funcionalidad de éstas.

Esta responsabilidad se refiere a la de los funcionarios que trabajan para las distintas administraciones públicas y también a los deberes estatales de la propia institución pública. Se incluyen acá los deberes de velar por la seguridad interior y exterior del país, la sujeción a la ley y a la administración, la práctica judicial, regulación medioambiental, salud pública, etc. Dentro del grupo de deberes de garante en virtud de responsabilidad institucional se encontrarían aquellos derivados de la relación entre padres e hijos, de la relación entre cónyuges, entre el tutor y su pupilo, entre el adoptante y el adoptado, etc.

Estos deberes, al igual que aquellos derivados de los principios básicos del derecho (la libertad, legalidad, igualdad, etc.), constituyen la contraprestación por la renuncia de los ciudadanos a la justicia privada y por el deber de soportar intervenciones legales.

Finalmente es importante señalar que Jakobs —a diferencia de lo que ocurre con Kaufmann— elabora una teoría en la que prescinde totalmente de la teoría formal sobre las fuentes de la posición de garante.

#### 4. Teoría del dominio de Schünemann

Schünemann establece como fuente de la posición de garante el dominio sobre la causa u origen del resultado y concluye que el rol social, la relación de proximidad o la función social de protección son métodos demasiado indeterminados para conducir a una equivalencia con los delitos comisivos. Al respecto señala: “La omitida evitación del resultado equivale a su causación comisiva, si la causa del resultado se encuentra en el ámbito del dominio del autor”<sup>15</sup>.

Para Schünemann se debe responder por el resultado causado cuando alguien es capaz de dominar sus movimientos corporales, dirigiéndolos en un determinado sentido, capacidad que contempla también la inactividad y es el fundamento que permite imputar el resultado. Entiende que la posición de garantía del titular de la empresa o bien se fundamenta en el dominio de

15 CUADRADO, ob. cit., p. 50, citando a SCHÜNEMANN, B. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, págs. 217 y sgtes.

éste sobre cosas y tareas peligrosas, o bien, en el dominio o poder de mando sobre sus trabajadores, incluyéndose aquí la función de vigilancia frente a sus subordinados<sup>16</sup>.

Concreta su tesis señalando que hay dos clases de dominio:

a) Dominio sobre las causas esenciales del resultado: En este grupo incluye los deberes propios del tráfico jurídico (dominio sobre cosas u ocupaciones peligrosas) que pueden dividirse en deberes originados por la propia aceptación del individuo y deberes transmitidos y los deberes de vigilancia (poder o control sobre personas irresponsables) en los que distingue a su vez los deberes de vigilancia por un dominio de hechos sobre menores de edad o por una potestad de mando sobre mayores de edad.

b) Dominio sobre el desamparo de la víctima: En esta instancia distingue el desamparo que es consecuencia de una incapacidad para protegerse de cualquier peligro (recién nacido, anciano incapaz de valerse por sí mismo) y el desamparo parcial ante ciertos riesgos, que puede ser libremente asumido por el titular o por un acto de confianza del titular de un bien jurídico o de un tercero, como ocurre con el paciente frente al médico.

## II. Aplicación de las diversas teorías al ámbito empresarial

Como se ha esbozado, existen múltiples teorías que pretenden explicar la forma en que se estructura la responsabilidad penal al interior de la empresa y, en particular, los deberes que ostentan sus directivos. Aquellos autores que siguen la tesis tradicional, explican la posición de garante a partir de la injerencia y plantean que la responsabilidad de los órganos directivos de la empresa fluye naturalmente del hecho de mantener en funcionamiento una fuente de peligro que está constituida precisamente por “la empresa”, de cuya operación pueden emanar cursos causales lesivos para bienes jurídicos de terceros. Conforme a ello, atendido el control que tiene el órgano directivo sobre la fuente de peligro, le corresponde ser garante de su funcionamiento y responder penalmente de la omisión de sus deberes que puedan ocasionar daños a terceros.

Siguiendo la teoría del profesor Kaufmann, podemos plantear que los directores de empresa tienen respecto de terceros la posición de garante de vigilancia, pues les corresponde velar para que desde la fuente de peligro que dirigen no emanen cursos lesivos que puedan dañar bienes jurídicos de terceros. En otras palabras, deben velar por que los productos que elaboran no produzcan daño a la salud de los consumidores, porque desde sus instalaciones no

16 SILVA SANCHEZ, JÉSUS. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid, Edisofer S.L., 2014, p. 110.

emanen emisiones contaminantes por sobre los límites admitidos que puedan afectar a terceros, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede afirmar que ostentan la posición de garantes de protección respecto de los trabajadores de la empresa en su calidad de empleadores, pues tienen el deber de adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informar de los posibles riesgos y mantener las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, así como los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales (artículo 184 Código del Trabajo).

Para el profesor Jakobs, la posición de garante de los directivos es una consecuencia del ejercicio de su libertad de organizarse, el precio que deben pagar por dirigir y administrar la empresa es hacerse responsables de su estructura y de los cursos causales que emanan hacia terceros. Por su parte, el profesor Schünemann plantea que la posición de garante de los directivos emana de la posición de dominio que tienen sobre la estructura de la sociedad y las actividades productivas de la empresa.

Por otra parte, el profesor español Juan Antonio Lascurain Sánchez, señala que la asignación de deberes de garantía sólo puede entenderse como coste del disfrute previo de la autonomía personal y ello ocurre en tres supuestos: a) cuando se mantienen fuentes de riesgo como propias en el propio ámbito, como ocurre con el empresario que mantiene en operación maquinaria riesgosa, debe hacerse responsable de su adecuada operación y mantención; b) mediante la creación de un riesgo, que ocurre cuando una persona se injiere o inmiscuye en la autonomía de otro con un curso de riesgo, como cuando se vende un alimento contaminado y consciente de los riesgos en su consumo no adopta medidas para evitar los riesgos, y c) por delegación, al asumir una facultad de autoprotección de otro o un deber de garantía que otro le delegue, manteniendo como propia una determinada fuente de riesgo.

Señala que no hay campo de legitimación para nuevos deberes más allá de los descritos en el párrafo anterior, salvo en lo que dice relación con determinados deberes institucionales que corresponden al Estado y son delegados en sus funcionarios y organismos estatales.

Por último, el profesor Silva Sánchez señala que: “... se suele afirmar que la posición de garantía de los administradores tiene una doble dimensión: una dimensión *ad intra* orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa, que hace del administrador un garante de protección (*Beschützer*); y una dimensión *ad extra*, orientada a la evitación de resultados lesivos que se produzcan sobre personas externas a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa, en cuya virtud el administrador aparece como un garante de control

(*Sicherungs- o bien Überwachungsgarant*). Esta última es la que aquí interesa de modo fundamental<sup>17</sup>.

Al referirse a la responsabilidad penal de los directivos en la empresa, indica que ésta puede emanar de tres ámbitos distintos:

1. A consecuencia de la omisión del deber de vigilancia que les corresponde por la posición jurídica que ocupan al interior de la empresa. En dicho contexto, se pregunta si es posible fundar la responsabilidad penal del administrador por los delitos comunes cometidos por sus subordinados, como, por ejemplo, delitos medioambientales, a partir de la actividad que desarrollan, en el entendido que esta falta de evitación revela una infracción a sus deberes de control y vigilancia.

Al respecto señala que no corresponde sostener una posición de garante por cualquier delito que cometan sus trabajadores, pues el compromiso originario que asume el administrador-empresario es demasiado genérico para fundar su responsabilidad penal en comisión por omisión. Para que proceda su imputación es necesario constatar entre otros aspectos un vínculo de imputación objetiva entre la actuación del administrador y la producción del resultado delictivo.

- Manifiesta que: “*lo decisivo para la posición de garantía es el ejercicio material de las funciones propias de una determinada esfera de competencia, y no su ostentación formal*”<sup>18</sup>.

2. En el ámbito de los delitos especiales cometidos al interior de la empresa. Se refiere a aquellos delitos que sólo pueden cometer determinadas personas al interior de la empresa, como ocurre por ejemplo, con los delitos previstos en los artículos 59 d) y f), 60 d) o 61 inciso segundo de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores, aunque es necesario señalar que estos tipos penales requieren primariamente la ejecución de una conducta activa.

3. En el caso específico de los Directores, puede emanar además del ejercicio de sus funciones como miembro del órgano colegiado que dirige la empresa (Directorio). Señala que la responsabilidad penal es individual y que no se pueden acoger criterios que impliquen una atribución colectiva de responsabilidad o una responsabilidad por el hecho de otro, sólo se puede atribuir responsabilidad a cada uno por su actuar personal. Esto implica que:

“*La atribución de responsabilidad en supuestos de existencia de órganos sociales colegiados habría de atravesar tres fases: una, de imputación a la persona jurídica; otra, de imputación al órgano, y una tercera, de imputación a la persona física, o*

17 SILVA SANCHEZ, ob. cit., p. 156.

18 SILVA SANCHEZ, ob. cit., p. 88.

*personas físicas que corresponda, dentro de dicho órgano. Incluso cabría imaginar una cuarta fase, en el supuesto de que el miembro del órgano colegiado sea, a su vez una persona jurídica*<sup>19</sup>.

Plantea una serie de hipótesis en las que es posible aludir a la responsabilidad penal de los directores por los acuerdos de directorio<sup>20</sup>:

- a. En el caso de quien vota adhiriéndose a una mayoría en forma favorable al hecho delictivo; o de quien vota asimismo de forma favorable cuando tal mayoría aún no existe, pero acaba configurándose, de modo tal que su voto se revela como prescindible.
- b. En el caso de quien vota a favor de las tesis lesivas o las favorece de modo formal, aunque estas acaben siendo derrotadas.
- c. El caso de quien contribuye a la formación del quórum, sabiendo desde el principio que la mayoría va a votar de modo favorable al delito, pese a que luego vote en sentido negativo.
- d. El caso de quien favorece de modo informal, durante las deliberaciones o antes de ellas, el acuerdo delictivo, siendo así que, cuando está garantizada la mayoría favorable al mismo, él procede a votar en contra.
- e. El caso de quien se abstiene o vota en contra, sin llevar a cabo, con todo, actuación adicional alguna orientada a evitar que el acuerdo delictivo se lleve finalmente a cabo.
- f. El caso de quien ni siquiera asiste a la reunión del órgano colegiado, etc.

En estos casos, estima que rigen las reglas generales de imputación penal, debiendo considerarse no sólo el sentido formal del voto sino su significado material que se desprende del comportamiento práctico del autor.

Como primer principio plantea que el voto favorable al acuerdo o decisión delictiva implica atribución de responsabilidad, no siendo lícito alegar que aun cuando no se hubiera votado el acuerdo se habría adoptado igual.

La mera contribución a la formación de quórum constituye en su concepto un acto neutro, al igual que la mera participación en las deliberaciones del órgano.

Por otra parte, el mero voto en contra no excluye por sí sólo la responsabilidad penal, por cuanto la abstención o voto en contra no son incompatibles con una conducta material de favorecimiento del acuerdo e incluso del dominio sobre éste (se discute en este caso si el voto en contra no puede constituir

19 SILVA SANCHEZ, ob. cit., p. 116.

20 SILVA SANCHEZ, ob. cit., p. 122.

un desistimiento activo de un favorecimiento previo e informal del acuerdo lesivo).

En cuanto a la ausencia del director a la sesión respectiva, señala que sólo se puede sostener su irresponsabilidad en los casos en que no se les pueda imputar el acuerdo ni a título de autoría mediata ni a título de comisión por omisión. Manifiesta al efecto que: “*el integrante del órgano de administración es garante en principio en lo que afecta a eventuales output lesivos que resulten de las decisiones para las que es competente el órgano al que pertenece*”<sup>21</sup>, en otras palabras, estima que cada directivo tiene el deber de usar los derechos legales y estatutarios de que dispone para impugnar las decisiones delictivas que pueda adoptar el directorio.

### III. Conclusiones

En virtud del análisis realizado previamente, es posible afirmar que al momento de evaluar la atribución de responsabilidad penal al interior de la empresa, debemos atender a su estructura concreta y a los poderes fácticos que intervienen en ella. En efecto, las distintas teorías expuestas dan cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la mera ostentación formal del cargo de director o gerente resulta insuficiente para imputarle responsabilidad penal por un hecho delictivo, siendo necesario determinar en concreto si dicho acto le resulta imputable objetivamente y si ostenta en relación a él una posición de garante.

En efecto en los delitos de omisión, la eventual responsabilidad penal que corresponde a los órganos directivos de una empresa, deriva del incumplimiento de sus propios deberes de vigilancia, no siendo posible establecer esta responsabilidad en base a un mero resultado lesivo, pues ello implicaría asumir un sistema de responsabilidad objetiva incompatible con nuestro sistema penal.

En cuanto a los requisitos que resultan exigibles para imputar responsabilidad a los órganos directivos de una empresa, y siguiendo también en este punto al profesor Silva Sánchez, es posible señalar que<sup>22</sup>:

- a) El hecho delictivo debe haberse producido en el ámbito de competencia del directivo.
- b) Éste debe haber tenido la posibilidad y la obligación de actuar para controlar los factores de riesgo que en definitiva dieron lugar al hecho delictivo.

21 SILVA SANCHEZ, ob. cit., p. 125.

22 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 85.

- c) En caso de haber actuado, la acción del directivo debe haber podido evitar la producción del hecho lesivo.
- d) El hecho debe ser imputable subjetivamente al directivo, es decir debe concurrir dolo o culpa en su actuar.

Si bien la extensión de este trabajo no permite profundizar otras instituciones que inciden al momento de valorar la responsabilidad de los directivos, se estima necesario a lo menos mencionar que bajo determinadas circunstancias y requisitos -que no supongan una merma en el control de riesgos- los directivos tienen la posibilidad de delegar parcialmente sus funciones y modificar de este modo las estructuras básicas de responsabilidad respecto de las materias delegadas.

Del mismo modo, debemos valorar la procedencia del denominado principio de confianza, ampliamente aceptado por la doctrina<sup>23</sup>, el cual plantea que bajo determinadas circunstancias los intervinientes en el tráfico jurídico pueden confiar legítimamente en que los terceros con los que interactúa se comportarán de manera adecuada, limitando de este modo el deber de cuidado y la responsabilidad de cada uno. En otras palabras, este principio señala que no procede imputar objetivamente los resultados de una acción a quien obra correctamente y en la confianza de que los terceros con que interactúa se mantendrán dentro de los límites de peligro permitido.

El reconocimiento de este principio resulta muy útil en el ámbito empresarial pues permite generar procesos de trabajos eficientes y productivos, no obstante ello, su concurrencia debe ser analizada cuidadosamente en cada caso concreto.

Finalmente, es posible advertir que en nuestro país la jurisprudencia penal sobre posición de garante se ha enfocado principalmente en delitos violentos, tales como el homicidio y parricidio. En estos casos el debate se ha centrado en torno a las teorías tradicionales que admiten como fuente de la posición de garante el contrato, la ley y el actuar precedente o injerencia. Sin embargo, la dictación de la Ley N°20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, y las últimas investigaciones criminales que han copado la agenda periodística nacional por delitos tributarios, económicos y de corrupción, han permitido incorporar en el debate nacional, cada vez con más fuerza, teorías

23 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. 4ª. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, Tomo II, pág. 21; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi S.R.L, 1999, pág. 276 y sgtes.; JAKOBS, Gunther. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires, Editorial AD HOC, 1996, págs. 30 y sgtes.; ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2007, Tomo I, pág. 1004. Traducción del Título Original: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck, München, 1994.

como la de las funciones de Armin Kaufmann o la teoría del dominio de Schönemann, que explican de mejor manera la eventual responsabilidad de los directivos de empresas. No obstante ello, el debate aún es incipiente.

## Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires, Hammurabi S.R.L, 1999.
- BECK, Ulrich. La Irresponsabilidad Organizada [en línea] Disponible en: <http://inicia.es/de/cgarciam/Beck01.htm> [fecha de consulta: 11 de marzo de 2016].
- CUADRADO RUIZ, María Ángeles, La Posición de Garante [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2000/Documento.pdf> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2015].
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 9ª ed., Santiago, Ediciones UC, 2009.
- DEMETRIO-CRESPO, Eduardo y SERRANO- PIEDECASAS, José Ramón. *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Empresarial*. 1ª ed., Madrid, Editorial Colex, 2010.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, Tomo II.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Empresarial*. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.
- HERNÁNDEZ, Héctor. Apuntes sobre la Responsabilidad Penal (imprudente) de los directivos de empresa. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Nro. 10, 2008, págs. 175-198.
- HERNÁNDEZ JARA, Patricio. El Deber de Diligencia y Cuidado del Director de una Sociedad Anónima [en línea]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/61011339/Deber-de-Diligencia-y-Cuidado-Del-Director-de-Una-S-a#scribd> [fecha de consulta: 23 de Septiembre de 2015].
- JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial AD HOC, 1996.
- JAKOBS, Günther. *La Imputación Penal de la Acción y la Omisión*. 1ª ed., Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996.

- JAKOBS, Günther. La imputación penal de la acción y la omisión, p. 853 [en línea]. Disponible en: [http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp\\_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf](http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/jakobs%20imputacion.pdf) [fecha de consulta 14 de marzo de 2016].
- JAKOBS, Günther y EBERHARD STRUENSSE. *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L, 1999.
- JUPPET EWING, M. Fernanda. “Algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los agentes que las dirigen”. En: *Revista Actualidad Jurídica*, N°24, Universidad del Desarrollo, Julio 2011, págs. 203-220.
- KUHLEN, Lothar. Necesidad y Límites de la responsabilidad penal por el producto [en línea]. Disponible en: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429559.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429559.pdf) [fecha de consulta: 16 de septiembre de 2015].
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de Omisión: Fundamento de los deberes de Garantía*. Madrid, Civitas, año 2002.
- MIR, Santiago, CORCOY, Mirentxu y GÓMEZ, Víctor. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Madrid, Editorial Edisofer S.L, 2014.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2007, Tomo I. Traducción del Título Original: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2. Auflage Beck, München, 1994.
- SCHOENMAKERS RUIZ, Gisela. Breve Análisis sobre la Responsabilidad Penal de los Directores de Sociedades Anónimas”, tesina para optar al grado de Magister en Derecho Económico de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2015.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema Moderno del Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1991.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de La Empresa*. Madrid, Edisofer S.L, 2014.
- YACOBUCCI, Guillermo J. *Derecho Penal Empresario*. Argentina, Editorial Bdef, 2010.
- Chile, Ley N°18.045, Ley de Mercado de Valores. Diario Oficial del 22 de octubre de 1981.

- Chile, Ley N°18.046, Ley sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial del 22 de octubre de 1981.
- Chile, Ley N°19.913, que Crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. Diario Oficial del 18 de diciembre de 2003.
- Chile, 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 que indica. Diario Oficial del 2 de diciembre de 2009.
- Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 24 de agosto de 2012, RUC N°0800102576-8, RIT N°38-2011.



## COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUNTA ARENAS QUE CONDENA A EX ALCALDE Y A EX JEFE DE FINANZAS DE MUNICIPALIDAD DE TIMAUKEL POR MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

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

---

### Sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas

Entre los meses de julio y septiembre del año 2014 se realizó, ante el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, el juicio oral en contra del ex alcalde, ex jefe de finanzas y otros funcionarios de la Ilustre Municipalidad de Timaukel, en la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena. En su fallo de fecha 1 de octubre del año 2014, el tribunal oral determinó condenar a cinco de los acusados respecto de algunos de los hechos que se les habían imputado, como autores de los delitos de malversación de caudales públicos y estafa, absolviéndolos de otros. Otros tres acusados fueron absueltos de todos los cargos presentados en su contra.

En contra de esta sentencia definitiva se dedujeron recursos de nulidad por parte del Consejo de Defensa del Estado (CDE), la defensa de uno de los imputados y la Fiscalía, resolviendo la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas<sup>2</sup>, con fecha 17 de diciembre de 2014, acoger el recurso deducido por el CDE por la causal prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal<sup>3</sup>, invalidando tanto la sentencia como el juicio oral que lo motivó.

Posteriormente, entre abril y mayo del año 2015, se llevó a cabo el segundo juicio oral que culminó con la sentencia definitiva de fecha 11 de junio del año 2015 del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas que condenó al ex alcalde y al ex jefe de finanzas de la Ilustre Municipalidad de Timaukel como autores del delito de malversación de caudales públicos, absolviendo a los otros seis acusados.

A los acusados que resultaron condenados se les impusieron las penas de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, de inhabilitación abso-

---

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

2 Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N°144-2014 RPP, de fecha 17 de diciembre de 2014.

3 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).

luta perpetua para derechos políticos, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, y de multa de 11 UTM. Además, se dio lugar a la demanda civil entablada por el Consejo de Defensa del Estado, condenándose a los mismos acusados a pagar la suma de \$21.815.556.- a título de indemnización de perjuicios.

Es esta última sentencia, correspondiente al segundo juicio oral, la que revisaremos en este artículo.

## I. Antecedentes

Los hechos que fueron objeto de este juicio se refieren básicamente a diversas irregularidades en el manejo de los recursos fiscales que se produjeron al interior de la Ilustre Municipalidad de Timaukel entre los años 2009 y 2010 con motivo de la organización de una serie de actividades y eventos sociales. Se logró determinar que algunas de estas actividades nunca se realizaron efectivamente, o bien que fueron sobrevaloradas, y finalmente que respecto de otras no correspondía que fueran pagadas por el municipio.

Sin perjuicio que en la acusación se exponen detallada y extensamente cada una de estas actividades y eventos –a los que nos referiremos más adelante– en lo medular ésta expresa:

*“Por cuanto durante el período comprendido aproximadamente entre el mes de enero del año 2009 y hasta el mes de abril del año 2010, y detentado a esa época el imputado Atilio GALLARDO BUSTAMANTE, la calidad de Alcalde de la Municipalidad de Timaukel; el imputado funcionario municipal, Néstor CARO PÉREZ, la calidad de Jefe de Finanzas del municipio, desde el 01 de abril del año 2009, y anteriormente prestó asesorías contables durante los meses de enero, febrero y marzo de 2009 para el municipio; el imputado, funcionario municipal, L.M.L., el cargo de Administrador Municipal desde el día 01 de marzo de 2009, y con anterioridad, contratado a honorarios, durante los meses de enero y febrero del año 2009; y el imputado funcionario municipal P.A.Z., el cargo de Jefe de Control del municipio, todos los anteriores, en convergencia y con acuerdo de los imputados M.B.Á.<sup>4</sup> y S.S.A., procedieron a realizar maniobras de tipo fraudulento, con el fin de perjudicar al Municipio de Timaukel, y en las operaciones que intervinieron ‘los funcionarios’ y el Alcalde, cada uno, en razón de su cargo, teniendo alguno de estos, además los caudales municipales a su cargo, específicamente P.A.Z., y Atilio GALLARDO BUSTAMANTE, quienes tenían autorización para girar cheques contra las cuentas corrientes del municipio, y disponer*

4 Cabe señalar que, no obstante a la imputada M.B.Á se le acusó como autora de estafas reiteradas, el tribunal estimó que ella había sido un instrumento utilizado por los condenados Gallardo Bustamante y Caro Pérez para sustraer caudales públicos para su beneficio personal, absolviéndola de todos los cargos formulados en su contra.

*de dichos caudales municipales, procedieron a realizar las siguientes operaciones pesquisadas durante el período antes reseñado”<sup>5</sup>.*

Así entonces, resulta que dos funcionarios públicos –Atilio Gallardo Bustamante y Néstor Caro Pérez, Alcalde y Encargado de Finanzas de la Municipalidad de Timaukel respectivamente– que eran quienes tenían a su cargo los caudales públicos, es decir, los dineros pertenecientes a dicho municipio, pues visaban pagos, extendían y giraban cheques de la cuenta del municipio, realizaron una serie de maniobras a través de las cuales lograron sustraer parte de ese dinero para fines propios, provocando un perjuicio fiscal superior a los \$20 millones de pesos.

Una parte de estos dineros, que debían ser destinados a financiar actividades comunales como celebraciones de Navidad, día del Padre, aniversarios, reuniones, entre otras, en realidad fue sustraída por los imputados, siendo depositada en sus cuentas bancarias (o en las de terceros relacionados). Otra parte fue utilizada para pagar eventos sobre-valorados y actividades que si bien se realizaron, no correspondía que fueran costeadas por el municipio, como el almuerzo por el cumpleaños del Alcalde o compras de supermercado.

Estos hechos fueron calificados jurídicamente por la Fiscalía como constitutivos de los delitos reiterados de malversación de caudales públicos, contemplado en los artículos 233 N°3 (peculado) y 235 (distracción o uso indebido), en relación con el artículo 238 inciso 2°, todos del Código Penal.

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

Una vez expuestos latamente cada uno de los hechos imputados y analizada la prueba incorporada por los diversos intervinientes, en primer término el tribunal oral tiene por acreditados una serie de hechos que podemos calificar como de apreciación general, toda vez que en forma posterior los delimita a hechos concretos y específicos.

Así, se expresa en el considerando vigesimosegundo:

*“En meses de los años dos mil nueve y dos mil diez, y detentado a esa época Atilio Gallardo Bustamante, la calidad de alcalde de la Ilustre Municipalidad de Timaukel y Néstor Fabián Caro Pérez la calidad de jefe de finanzas, cometieron una serie de actos constitutivos del delito de malversación de caudales públicos, previsto y sancionado en el artículo 233 N°3 del Código Penal”.*

Asimismo, el tribunal oral realiza un ejercicio bastante útil y clarificador, sobre todo en aquellos casos en que existe gran cantidad y diversidad de

5 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 42-2014, RUC 1110034260-1, de fecha 11 de junio de 2015; pp. 2

hechos imputados, consistente en dar por establecidos hechos que **no** fueron objeto de controversia en el juicio. En este caso, tales hechos se refieren principalmente a las calidades que los acusados tenían en la orgánica de la Ilustre Municipalidad de Timaukel a la época de ocurrencia de los sucesos investigados.

Para efectos de este artículo, a continuación señalaremos aquellos hechos referidos específicamente a los acusados que resultaron condenados<sup>6</sup>.

1. Que, Atilio Gallardo Bustamante detentaba la calidad de alcalde de la Ilustre Municipalidad de Timaukel.
2. Que Néstor Fabián Caro Pérez detentaba la calidad de encargado de finanzas del municipio, desde el 1 de abril del año 2009, y anteriormente prestó asesorías contables durante los meses de enero, febrero y marzo de 2009 para el municipio.
3. Que, Atilio Gallardo Bustamante, Néstor Caro Pérez y L.M.L. fueron destituidos por la Contraloría General de la República.
4. Que, la municipalidad de Timaukel era la titular de la cuenta corriente N°xxx del Banco Estado, sucursal Porvenir.

En los considerandos siguientes, el tribunal oral vuelve a referirse en términos más o menos generales a la situación de desorden que reinaba en la Ilustre Municipalidad de Timaukel.

Es así como expresa que “...*la municipalidad de Timaukel, en el período investigado, adolecía de una serie de irregularidades contables*”<sup>7</sup>, agregando luego que con el informe N°9 de la Contraloría General de la República<sup>8</sup>, al cual se refirieron en juicio diversos testigos expertos y peritos, así como la ex Contralora Regional y la Fiscal Sumariante de la Contraloría General, “...*logró servir de base para establecer la inexistencia de un sistema contable adecuado a las necesidades de la municipalidad*”.

En el mismo sentido, el fallo señala: “*A la luz de la prueba testimonial y pericial, el tribunal ha arribado a la conclusión, más allá de toda duda razonable, que el municipio de Timaukel mantenía un desorden contable, en tanto no se cumplían los procedimientos de rigor, de manera tal que se contrataban servicios sin emitir, en tiempo y forma, los decretos en que el municipio manifestaba la voluntad de adquirir un servicio, sino que se hacía con posterioridad*”.

6 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando vigesimotercero.

7 Considerando vigésimo cuarto.

8 Informe Final de Observaciones N°9 de 2010 de la Contraloría General de la República, sobre auditoria de transacciones realizada en la Municipalidad de Timaukel, de fecha 19/08/2010. Citado por el tribunal oral en el fallo, considerando vigésimo cuarto.

El ex Alcalde Atilio Gallardo Bustamante profundizó esta situación de desorden contable ya que *“ordenó no llevar contabilidad, pues entendió que existía un faltante de dinero”*, lo que en realidad se debía a *“un saldo de arrastre del período del ex – alcalde Simunovic”*, situación que podría haberse evitado si éste hubiera instruido que dicho saldo se mantuviera en otra cuenta, continuándose con el nuevo período contable. En síntesis, el fallo señala que el comportamiento del ex Alcalde Gallardo Bustamante se tradujo en que éste *“...no asesorara al concejo de manera adecuada”*.

En cuanto al Jefe de la Unidad de Finanzas, manifestó que *“éste mantuvo un desorden constante, ya que no se aseguraba de controlar dicha unidad, visaba documentos sin cumplir con la normativa vigente de la Contraloría General de la República...”*.

Finalmente, indica que *“...el municipio de Timaukel no se encontraba al día en términos contables, lo que determinó auditorías por parte de la Contraloría General de la República y, por consiguiente, la destitución del edil –Atilio Gallardo Bustamante, de Néstor Caro Pérez, encargado de la unidad de finanzas y del administrador, señor M.L. Así también, se aplicó sanciones administrativas como multa para el caso de doña J.N. y don P.A.Z.”*

A partir del considerando vigesimotercero, el tribunal oral analiza ya en forma concreta los hechos que fueron objeto del juicio, valorando la prueba rendida y los motivos por los cuales, respecto de los nueve casos que se señalarán a continuación, tuvo por acreditados los ilícitos y arribó a la decisión de condena.

Tales hechos fueron los siguientes:

**HECHO 1.** Evento denominado *“Desayuno y almuerzo con autoridades en Puerto Yartou”*, por la suma de \$6.300.000.-

Estos eventos efectivamente fueron realizados, pero los montos que se pagaron fueron excesivos para la cantidad de participantes y los servicios prestados, lo que en definitiva se tradujo en un perjuicio fiscal de \$5.695.556.-, que corresponde al dinero que fue a parar a las arcas de los acusados.

De acuerdo con lo indicado en la boleta de honorarios electrónica N°15, supuestamente emitida el 4 de diciembre de 2009 por M.B.Á., proveedora de los desayunos y almuerzos, su valor fue de \$6.300.000.-, cuyo pago se realizó mediante el cheque serie 8794300.

Lo anterior sin embargo fue parte del ardid ejecutado por los acusados Gallardo Bustamante y Caro Pérez para apropiarse de estos fondos públicos, siendo éste último quien ingresó a la página del Servicio de Impuestos

9 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando vigesimoquinto.

Internos utilizando la clave de la imputada M.B.Á y extendió la boleta de honorarios electrónica N°15, cuya fecha real de emisión es 15 de diciembre de 2009, por un monto de \$6.300.000.-

Conforme a la prueba rendida durante el juicio, el tribunal concluyó que al desayuno y almuerzo en Puerto Yartou pudieron asistir no más de 32 personas, y que en cuanto al valor de los servicios prestados, en el mejor, de los escenarios y en el restaurante más conocido de Punta Arenas (Sotito`s) éste podría haber alcanzado los \$15.800.- por persona, lo cual arroja un total de **\$505.600.-**

Respecto del desayuno en la Escuela de Pampa Guanaco, se determinó que su valor no supera los \$4.500.- por persona, lo que multiplicado por el número de alumnos y apoderados del año 2009, que correspondía a 22 personas, ello arroja como resultado **\$99.000.-**

La suma del valor real de estos eventos y actividades (\$505.600 y \$99.000) alcanza un total de \$604.000.-, que restados del monto pagado con fondos municipales (\$6.300.000.-) lleva a fijar el perjuicio fiscal en **\$5.695.556.-**

**HECHO 2.** Evento denominado “*Actividades por servicios de banquetería en navidad y año nuevo en Villa Cameron y Pampa Guanaco*”<sup>10</sup>, por la suma de \$6.180.000.-

Esta actividad suponía la prestación de servicios de banquetería y tuvo un valor de \$6.180.000.-, siendo pagada con fecha 30 de diciembre de 2009 a través del cheque número de serie 9007386, que fue cobrado por el acusado Caro Pérez.

Pero en realidad la única actividad que se realizó fue la entrega de canastas navideñas con una botella de sidra, un pan de pascua, yerba mate y una bebida de tres litros, las que se habrían entregado a unas 160 personas.

Durante el juicio fue posible acreditar que el número de canastas navideñas que se entregaron no superó las 50 y que su valor real era muy inferior al pagado. En efecto, conforme a las máximas de la experiencia el tribunal señaló los valores que correspondían a cada ítem: \$2.000.- una botella de sidra, \$4.000.- un pan de pascua de calidad, \$2.000.- una yerba mate y \$1.500.- una bebida de tres litros.

Así, se concluyó que cada canasta tuvo un valor de \$9.500.-, lo que multiplicado por 50 da un total de \$475.000.-, cifra enormemente inferior a los \$6.180.000.- pagados con fondos municipales.

<sup>10</sup> Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando vigesimosexto.

Tal como en el caso anterior, la imputada M.B.Á. fue el instrumento que utilizaron los acusados Gallardo Bustamante y Caro Pérez para efectos de malversar estos fondos municipales, siendo el acusado Gallardo Bustamante quien firmó tanto el decreto autorizando dicho pago como el cheque respectivo, el cual fue cobrado por el acusado Caro Pérez.

La diferencia entre el valor pagado (\$6.180.000.-) y el valor real de 50 canastas navideñas (\$475.000.-) es de **\$5.705.000.-**, monto que corresponde al perjuicio fiscal provocado.

**HECHO 3.** Evento denominado “*Servicio de cóctel, almuerzo, coffee break en reunión del CORE y el Gobierno Regional*”<sup>11</sup>, por la suma de \$6.000.000.-

Respecto de este evento lo cuestionado no fue su efectiva realización sino que la cantidad de participantes y los servicios que se prestaron, los cuales fueron pagados a la acusada M.B.Á con fecha 16 de octubre de 2009 a través del cheque número de serie 8479421, que había sido girado por el acusado Gallardo Bustamante y por la imputada J.N.V, y que fue cobrado en el Banco Estado de Porvenir por el acusado Caro Pérez.

Previamente el mismo acusado Caro Pérez emitió la boleta de honorarios N°12, de fecha 15 de octubre de 2009, por la suma de \$6.666.667.-, que consignaba los servicios supuestamente prestados por la imputada M.B.Á.

Con la prueba rendida en el juicio el tribunal concluyó que efectivamente se realizaron tanto el coffee break como el almuerzo, pero que respecto del primer evento, al cual asistieron 17 personas, el valor por persona no superaba los \$5.000.-, lo que arrojaba un total de \$85.000.-.

Respecto del almuerzo, el tribunal se basó en el menú y los precios de un prestigioso restaurante de la zona (Sotito’s), que incluye una entrada de centolla, un trozo de cordero, ensalada y bebida, con un valor aproximado por persona de \$30.000.-, determinándose que éste servicio se habría entregado a unas 80 personas, entre funcionarios públicos, municipales y del Gobierno Regional, más las personas del poblado e invitados, lo que da un total de \$2.400.000.-.

En consecuencia, el valor total de ambas actividades ascendió a la suma de \$2.485.000.-, muy por debajo de los \$6.000.000.- que se pagaron con fondos municipales. La diferencia de \$3.515.000.-, que corresponde al perjuicio fiscal, fue a dar a las arcas de los acusados Gallardo Bustamante y Caro Pérez.

**HECHO 4.** Evento denominado “*Servicios de almuerzos, cenas y alojamiento en el aniversario de la comuna y el día del funcionario municipal*”<sup>12</sup>, por la suma de \$4.590.000.-

11 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando vigesimoséptimo.

12 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando vigesimooctavo.

**HECHO 5.** Evento denominado “*Servicios de cóctel, almuerzo, y coffee break, festividades aniversario, Pampa Guanaco*”<sup>13</sup>, por la suma de \$3.500.000.-

En relación a estos dos eventos el tribunal tuvo por acreditado que sí se realizaron, pero que por ambos se pagó un sobreprecio que finalmente fue a dar a las arcas de los acusados Gallardo Bustamante y Caro Pérez.

Entre otros, la Fiscalía incorporó en juicio los documentos fundantes de la acusación que a continuación se indican.

Respecto del evento “Servicios de cóctel, almuerzo, y coffee break, festividades aniversario, Pampa Guanaco”:

- Boleta de honorarios electrónica N°13, de fecha 20 de octubre de 2009, de M.B.Á, por la suma de \$3.500.000.-, con la glosa “Cocktail, almuerzo y coffee break, festividades aniversario Pampa Guanaco”, cuyo valor neto fue de \$3.388.889.-.
- Cheque serie 8479418, de fecha 15 de octubre de 2009, por un monto de \$3.500.000.-, el cual fue llenado en favor de M.B.Á por el acusado Caro Pérez y fue firmado por J. N. V. y por el acusado Gallardo Bustamante.
- Decreto N°167/2010, de fecha 11 de mayo de 2010, que decreta el pago de \$3.888.889.- menos el 10% de retención, en favor de M.B.Á., por concepto de servicio de banquetería por celebración de aniversario de Pampa Guanaco, el cual fue firmado por el acusado Gallardo Bustamante.

Respecto del evento “Servicios de almuerzos, cenas y alojamiento en el aniversario de la comuna y el día del funcionario municipal”:

- Boleta de honorarios N°14, de fecha 2 de noviembre de 2009, de M.B.Á, por la suma de \$4.590.000.-, con la glosa “Almuerzos, cenas y alojamientos, aniversario de la comuna – día del funcionario municipal”, cuyo valor neto fue de \$5.100.000.-.
- Cheque serie 8690107, de fecha 2 de noviembre de 2009, por un monto de \$4.590.000.-, que fue llenado por el acusado Caro Pérez, firmado por el Alcalde subrogante, P.A.Z. y por J.N.V, y finalmente cobrado por el mismo acusado Caro Pérez.
- Decreto N°188/2010, de fecha 11 de mayo de 2010, que decreta el pago de \$5.100.000.-, menos el 10% de retención, en favor de M.B.Á, por concepto servicio de banquetería, que fue firmado por el acusado Gallardo Bustamante.

---

13 Ídem.

El análisis del tribunal se detuvo en la cantidad de personas a las que se entregó almuerzo, y a los alojamientos que fue necesario financiar para los músicos que participaron en las celebraciones y para otras personas que jugaron un cuadrangular de fútbol, así como a los valores cobrados por estos conceptos.

Así las cosas, el tribunal estimó que existió un sobreprecio de \$200.000.- respecto del evento denominado “día del funcionario municipal”, y de \$3.500.000.- respecto de la celebración de actividades en Pampa Guanaco, lo que dio cuenta de un perjuicio fiscal total de \$3.700.000.-.

Nuevamente, se determinó que M.B.Á. fue el instrumento utilizado por los acusados Caro Pérez y Gallardo Bustamante para hacerse de los dineros.

**HECHO 6.** Evento denominado “*Almuerzos varios en actividades en Villa Cameron y Pampa Guanaco*”<sup>14</sup>, por la suma de \$3.300.000.-

Estos almuerzos se habrían realizado con ocasión de las visitas de diversas autoridades entre los meses de enero y febrero del año 2010, como el Director (S) de CONAF, el SECPLAC Regional con su personal, funcionarios del Ministerio de Educación, el Director del Trabajo con su personal en visita inspectiva y el SEREMI de Transportes y Comunicaciones. Por los servicios de almuerzo prestados por M.B.Á. se la pagó la suma de \$3.300.000.-.

Dicha suma no se condice con la cantidad de eventuales participantes ni con los servicios prestados, pues los antecedentes aportados dieron cuenta que habría existido un acuerdo informal entre el acusado Gallardo Bustamante y M.B. Á. para dar almuerzo a todos los funcionarios de otros servicios públicos que fueran a prestar servicios a Timaukel, sin precisar el número de personas ni los servicios a prestar.

La imputada M.B.Á. permitió que con su nombre y Rut el acusado Caro Pérez emitiera la boleta de honorarios N°9, de fecha 03 de marzo de 2010, por la suma de \$3.666.667.-, cuya glosa hacía referencia a visitas de jefes de servicios, cuando en realidad se trataba de funcionarios de los servicios públicos.

Luego, con fecha 4 de marzo de 2010, el acusado Gallardo Bustamante y J.N.V giraron el cheque serie 9815126 por la suma de \$3.300.000.- en favor de M.B. Á, el cual fue cobrado al día siguiente por el imputado L.M.L a solitud de la misma M.B.Á.

Una vez cobrado el cheque L.M.L le entregó el dinero al acusado Caro Pérez, quién hizo entrega a M.B.Á. lo que supuestamente correspondía a los servicios de almuerzo prestados, quedando en manos de Caro Pérez la cantidad de \$3.200.000.-, que constituye el perjuicio fiscal provocado.

---

14 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando vigesimonoveno.

**HECHO 7.** Evento denominado “*Celebración del Día del Padre*”<sup>15</sup>, por la suma de \$657.000.-

Por la supuesta realización de este evento y los servicios prestados se emitió la boleta de honorarios N°4, de fecha 3 de julio de 2009 y el cheque serie N°7543125, de fecha 26 de junio de 2009, por la suma de \$657.000.- en favor de B.C.S., manipuladora de alimentos y empleada de la municipalidad.

Sin embargo, con la prueba rendida en juicio fue posible acreditar que este evento nunca se realizó, que B.C.S no prestó tales servicios, y que no emitió la referida boleta ni recibió pago alguno.

Fue el imputado Caro Pérez quién, teniendo la clave de usuario del Servicio de Impuestos Internos de B.C.S., emitió la boleta de honorarios N°4 por los supuestos servicios prestados, girando el respectivo cheque y cobrándolo.

En síntesis, el evento del “Día del Padre” no fue más que un ardid de los acusados Gallardo Bustamante y Caro Pérez para obtener dineros, distraendo los fondos públicos que tenían a su cargo.

**HECHO 8.** Evento denominado “*Cumpleaños del Alcalde*”<sup>16</sup> realizado en el Restaurante Los Ganaderos, por la suma de \$1.391.150.-

Aunque se intentó señalar que este evento habría consistido en una reunión de trabajo y en una actividad con autoridades, en realidad se trató de la celebración del cumpleaños del acusado Gallardo Bustamante en el restaurante “Los Ganaderos”, por el cual se hizo llegar al municipio la factura N°14692, de fecha 17 de diciembre de 2009, de “Los Ganaderos S.A.” RUT 96.798.770-0, por concepto de “consumo”, por un monto de \$1.391.150.-.

El pago se realizó a través del cheque serie N°9601719 de la cuenta corriente N°92109014585 del Banco Estado por la suma de \$1.391.150.-, que fue girado con fecha 8 de febrero de 2010 en favor de “Los Ganaderos S.A.”.

Con la prueba rendida fue posible apreciar que el acusado Caro Pérez fue quien visó el decreto de pago y que le acusado Gallardo Bustamante extendió el cheque respectivo, estando ambos en pleno conocimiento que no correspondía utilizar los fondos municipales, por lo que ambos sustrajeron tales caudales públicos para su beneficio personal.

**HECHO 9.** “*Gastos de Supermercado*”<sup>17</sup> realizados por el Alcalde, por la suma de \$325.550.- en Supermercado Rendic Hermanos S.A. y por la suma de \$441.647.- en Comercial Abu Gosch Limitada.

15 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando cuadragésimo séptimo.

16 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando cuadragésimo sexto.

17 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando cuadragésimo octavo.

De acuerdo con la acusación fiscal el acusado Gallardo Bustamante efectuó rendiciones por gastos de supermercado los cuales, conforme sus propias instrucciones, le fueron restituidos en forma improcedente por el municipio, siendo que no correspondía utilizar caudales públicos en ello.

El total de gastos ascendió a la suma de \$766.977.-, de los cuales \$325.550.- corresponden a compras realizadas en el Supermercado Rendic Hermanos S.A. con fecha 8 de abril de 2009 y \$441.647.- corresponden a compras en Comercial Abu Gosh Ltda. con fechas 8 de febrero y 1 de marzo de 2009.

Las facturas respectivas dan cuenta de la compra de productos tales como, bebidas, fiambre, pan, leche, mantequilla mayonesa, empanadas, azúcar, salsa de tomates, frutas, verduras, pollo, entre otras.

Tales gastos fueron pagados con fondos municipales a través de los siguientes cheques:

- Cheque serie N°6982108 de la cuenta corriente N°92109014585 del Banco Estado, por la suma de \$325.330.-, de fecha 5 de mayo de 2009, en favor de Rendic Hermanos S.A.
- Cheque serie N°6458614 de la cuenta corriente N°92109014585 del Banco Estado, por la suma de \$441.647.-, de fecha 9 de marzo de 2009, en favor de Comercial e Industrial Abu Gosh Ltda.

Con la prueba de cargo fue posible acreditar que mientras el acusado Gallardo Bustamante instruyó que estos gastos le fueran restituidos, el acusado Caro Pérez visó tales pagos, los que no tienen ninguna relación con actividades de la municipalidad ni de los colegios dependientes, por lo que no podían ser financiados con cargo al presupuesto municipal.

### III. Calificación jurídica de los hechos acreditados

El tribunal estimó que los hechos ilícitos por los cuales resolvió condenar a los acusados Atilio Gallardo Bustamante y a Néstor Caro Pérez eran constitutivos del delito de malversación de caudales públicos (peculado), previsto y sancionado en el artículo 233 N°3 del Código Penal, toda vez que el monto de lo malversado superó las 40 UTM, que la fecha de comisión de los hechos correspondían a la cantidad de \$1.459.920.-, monto muchísimo menor al daño material efectivamente causado con su actuar ilícito, que a propósito de la demanda civil deducida por el CDE y acogida por el Tribunal, éste ponderó en la suma de \$21.815.556.-

Señalan los jueces que en este caso concurren los requisitos del tipo penal, pues se trata de dos funcionarios públicos que tenían a su cargo los caudales públicos, pues *“los documentos incorporados por el Fiscal del Ministerio Público*

*dan cuenta que tanto Atilio Gallardo Bustamante como Néstor Caro Pérez, giraban los cheques de la cuenta corriente de la municipalidad de Timaukel”.*

Agrega que también se comprobó la sustracción de esos caudales públicos *“...toda vez que los montos de dinero se depositaron en las cuentas de ambos encartados, lo cual se pudo apreciar, con la documentación exhibida en juicio y con la exposición, clara y precisa, de la perito contadora –doña M.A.I.– quien explicó cómo en la cuenta de Néstor Caro Pérez figuraban sumas mayores de aquellas que percibía como encargado de finanzas de la municipalidad, no acreditándose, con la documentación del Servicio de Impuestos Internos que dichas sumas digan relación con alguna otra actividad económica. Y, respecto de Atilio Gallardo Bustamante, la perito refirió que, efectivamente, contaba con depósitos que no se pudieron justificar”.*

Respecto del elemento subjetivo exigido por la figura del artículo 233 del Código Penal, los jueces estimaron que se actuó con dolo directo en los nueve casos o hechos en que se acreditaron ilícitos, añadiendo que los verbos rectores *“sustraer”* o *“consentir”* en la sustracción suponen conocimiento y voluntad de realización, sin que se exija ánimo de lucro.

En cuanto a la sustracción como elemento del tipo, señala el tribunal que la doctrina la ha interpretado como equivalente a apropiación, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales, motivo por el cual se exige ánimo de señor y dueño, que es lo que ocurría con los dos condenados, Gallardo Bustamante y Caro Pérez.

En lo referente al reintegro, los jueces desearon aplicar la figura de malversación por distracción del artículo 235, ya que los caudales públicos no fueron sustraídos por Gallardo Bustamante con el ánimo de reintegrarlos, sumado a que las acusaciones no se formularon en virtud de ese tipo penal.

En concepto del tribunal los hechos acreditados configuran un delito continuado, ya que la *“...acción apropiatoria de los caudales públicos no se hizo de una sola vez, sino que los agentes se aprovecharon de varios eventos para lograr su objetivo, para cada uno de ellos se dictó el decreto correspondiente, se extendió el cheque, se firmó y luego se cobró el monto respectivo”*, lo cual ocurrió entre enero del año 2009 y el año 2010.

En ese lapso, se señala, *“...las conductas desplegadas por los sentenciados estuvieron inspiradas en un dolo único”*<sup>18</sup>.

18 Sentencia del TOP de Punta Arenas, considerando quincuagésimo.

#### IV. Considerandos de interés

En diversos considerandos esta sentencia presenta algunos aspectos interesantes que cabe destacar, tanto de carácter procesal como sustantivo.

##### a) Declaraciones prestadas únicamente en sede administrativa carecen de valor porque vulneran el debido proceso<sup>19</sup>

En relación a algunas actas de declaraciones de los propios acusados y de testigos que declararon ante la Contraloría General de la República o ante los investigadores penales, pero que no lo hicieron el juicio, expresa el fallo que en *“...un juicio oral, público y adversarial no puede, en caso alguno valorarse positivamente, declaraciones de testigos que no han sido conducidos a estrados ni menos aún aquellas de los acusados que decidieron guardar silencio”*.

Agrega que las declaraciones de testigos que no fueron conducidos a estrados *“...impiden el ejercicio del derecho de confrontación, elemento central del debido proceso de ley”*, calificando a este derecho de la defensa como *“...el más importante, en tanto garantía fundamental, ya que toda persona tiene derecho a una defensa técnica, en que un letrado pueda interrogar a los testigos que presenta la parte contraria”*.

En contrario, indica que los juicios de actas se traducen en una vulneración al debido proceso, perjudicando al encartado, pues *“...contra un papel es difícil defenderse”*. Es por ello que resta valor a las actas de declaraciones ante la Contraloría General de la República, las que *“...no pueden ni deben servir de base para una condena, ya que una cosa es el proceso administrativo y otra el proceso penal con sanciones más gravosas y con aplicación de medidas que, incluso, coartan la libertad personal”*.

En el mismo sentido, señala que en los juicios de actas no existe una igualdad de armas pues *“...es físicamente imposible que un defensor penal pueda objetar lo expuesto en tales documentos; formular preguntas tendientes a obtener la verdad procesal esperada o desacreditar a un testigo de cargo”*.

El tribunal considera, acertadamente, que no se puede perseguir por el delito de falso testimonio a una persona que miente al declarar ante un funcionario administrativo, por cuanto *“...el tipo penal del artículo 206 exige la existencia de un proceso penal, entendido el proceso como el medio idóneo, para dirimir por acto de juicio de autoridad un conflicto de relevancia jurídica, a través de una resolución que cause el efecto de cosa juzgada y coercible, lo cual no puede ocurrir en un procedimiento administrativo, en tanto la Contraloría General de la República no tiene poder de imperio, como sí lo tienen los tribunales de justicia, y ese es el sentido que la ley entiende cuando se habla de proceso civil o penal”*.

<sup>19</sup> Ídem, considerando trigésimo primero.

Finalmente, el tribunal resuelve desestimar todas aquellas declaraciones prestadas en un procedimiento administrativo, en particular aquellas que dicen relación con relatos de los acusados y que fueron incorporadas por la Fiscalía y el CDE, en tanto *“vulneran el debido proceso y el espíritu del legislador al reformar el sistema procesal penal”*.

#### b) Concepto de empleado público<sup>20</sup>

Señalan los jueces que aquello que determina la calidad de empleado público es la función desempeñada y no la forma de nombramiento, por lo que debe entenderse que reviste tal calidad *“... 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 dependiente de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará esta calificación el que el cargo sea de elección popular”*.

Así, expresa que *“...la posición de funcionario público es independiente del cumplimiento de formalidades de elección o nombramiento”*, por lo que en el caso concreto objeto del juicio no habría sido necesario acompañar *“...todos aquellos documentos relativos a la elección del alcalde, así como de Néstor Caro Pérez”*, ya que *“...nadie discutió que Atilio Gallardo Bustamante fuere el alcalde de Timaukel en el período investigado ni que Néstor Caro Pérez se haya desempeñado como encargado de finanzas del municipio”*. Dichas circunstancias pudieron haber sido también objeto de alguna convención probatoria al momento de la preparación del juicio.

#### c) Delito especial o de posición<sup>21</sup>

Vinculado con lo anterior, expresan los jueces que los hechos imputados configuran un delito especial o de posición, que son aquellos que quebrantan normas especiales, esto es, *“aquellas en que el destinatario de la misma sólo puede ser un sujeto que ostente una calidad o estatus especial”*.

En este caso, ese sujeto de calidad especial son dos funcionarios municipales (*intraneus*), en contraposición con una persona no cualificada o *extraneus* que *“...no podría ser castigada por esta figura”*.

Respecto de los deberes del empleado público, el fallo indica que éste *“debe tener una conducta intachable en el desempeño de su cargo, en atención a que ejerce una función pública y, por consiguiente, su objetivo principal ha de ser el bien común y no sus intereses personales”*.

20 Ídem, considerando cuadragésimo noveno.

21 Ídem, considerando cuadragésimo noveno.

Así, resalta a la *“probidad funcionaria en la administración pública”* como uno de los bienes jurídicos protegidos por el legislador, junto con la hacienda pública o el patrimonio del Estado.

#### d) Relación especial de custodia<sup>22</sup>

Otro aspecto de interés dice relación con la especial vinculación que debe existir *“entre el funcionario y los caudales o efectos públicos”*.

El tipo penal del artículo 233 *“...exige que los caudales públicos estén a cargo del funcionario, es decir en razón de sus funciones y no sólo con ocasión de ellas o por mero accidente”*.

Es tan relevante la exigencia que el empleado público tenga los caudales o efectos públicos a su cargo y en razón de sus funciones, que si falta no se podrá configurar el delito, aunque estén presentes todos los demás elementos del tipo.

La Excma. Corte Suprema, en un juicio seguido por la Contraloría General de la República en contra del Director de Obras de la Municipalidad de Melipilla, por el delito de malversación de caudales públicos –fallo que es citado por los jueces– subraya la relevancia de esta exigencia de tener los caudales o efectos públicos a su cargo y en razón de sus funciones para que se configure el delito.

Señala la Excma. Corte: *“Que, en consecuencia, no existiendo elementos probatorios que, superando toda duda razonable, lleven a la íntima y plena convicción de que el acusado obró en su calidad de agente público específicamente encargado de la custodia, resguardo o seguridad de los dineros pagados por la Municipalidad de Melipilla a la empresa con que contrató, resulta inoficioso abocarse a determinar si existió o no de su parte algún grado de negligencia y si ésta fue excusable o inexcusable. Al faltar un requisito ‘sine qua non’ del respectivo tipo delictivo invocado, el tribunal está impedido de tenerlo por configurado legalmente en este juicio criminal y debe, en consecuencia, dictar sentencia absoluta-ria a favor del sentenciado, dando de este modo cabal aplicación al artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal”*<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Ídem, considerando cuadragésimo noveno.

<sup>23</sup> Excma. Corte Suprema, Rol N°5733-04, casación fondo (crimen), sentencia de reemplazo, considerando octavo, 15 de enero de 2007.

e) No hay cumplimiento de un deber en quien obra conjuntamente para malversar<sup>24</sup>

La defensa del ex jefe de finanzas del municipio esgrimió la concurrencia de la eximente del artículo 10 N°10 del Código Penal, esto es, *“haber obrado en cumplimiento de un deber”*.

El tribunal la desechó, indicando que para poder aplicarse dicha eximente es necesario que *“...la ley imponga determinadamente la obligación de realizar actos típicos, o al menos que imponga una obligación de tal naturaleza, que sólo pueda ser cumplida a través de la realización de actos típicos”*.

Agregó que además de haberse acreditado que *“...era el señor Néstor Caro Pérez quien visaba los pagos, quien extendía los cheques y, en más de una ocasión, cobró los montos que indicaban los documentos”*, también se demostró que su coimputado, el ex Alcalde Gallardo *“...no obligó al señor Caro a extender un cheque, a su nombre o a nombre de terceros, cobrarlo y depositar el dinero en su cuenta, como dio cuenta el informe pericial contable, sino que Caro actuó, conjuntamente con el alcalde, sabiendo que con su proceder malversaría los caudales que tenía a su cargo”*.

La sentencia concluye en esta parte señalando que *“...no puede operar la causal del artículo 10 N°10 del Código Penal, esgrimida por la defensa, en tanto Caro lo hizo ‘a sabiendas’, con dolo directo”*.

## V. Palabras finales

Esta sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas presenta ciertos aspectos procesales y penales que resultan interesantes de analizar, pues constituyen materias que suelen discutirse en las investigaciones de delitos funcionarios, atendidas sus particularidades.

En tal sentido, este fallo constituye un interesante insumo para el estudio del concepto de empleado público y de los delitos especiales o de posición, entre otras materias aquí analizadas.

24 Ídem, considerando cuadragésimo noveno.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES COMETIDOS CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. CUESTIONES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 369 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL

Enzo Osorio Salvo<sup>1</sup>

### Introducción

Con fecha 31 de agosto de 2007 se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.207, que incorporó al párrafo 7 del Título VII del Libro II del Código Penal el artículo 369 quáter. La nueva norma dispone que: *“En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”*.

Esta disposición introduce una importante excepción a la regla general, contenida en el artículo 95 del Código Penal, con arreglo al cual el cómputo del plazo de prescripción comienza el día de comisión del delito. Asimismo, se aparta de la regla del artículo 101 del mismo Código, que dispone que la prescripción corre a favor y en contra de toda clase de personas.

En el presente artículo procuraremos resumir los principales problemas que ha generado la interpretación de la nueva norma, utilizando para ello antecedentes contenidos en la historia de la ley, así como los pronunciamientos que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han formulado. De este modo, pretendemos aportar elementos útiles para enfrentar los debates jurídicos que se han de generar con ocasión de la investigación y persecución de delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), cuando el paso del tiempo lleve a los imputados a sostener la prescripción de la acción penal derivada de tales hechos.

### Historia de la ley<sup>2</sup>

El artículo 369 quáter del Código Penal tuvo su origen en dos mociones parlamentarias presentadas en el curso del año 2005. Ambas pretendían, en su texto original, modificar el artículo 95 del Código, incorporando un inciso segundo que postergara el inicio del cómputo del plazo de prescripción, tratándose de delitos sexuales, hasta el momento en que la víctima alcanzara

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

2 Historia de la Ley N°20.207, Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Disponible en: [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl).

la mayoría de edad. Uno de los proyectos regulaba el caso de la víctima que fallece antes de cumplir dieciocho años, siendo la fecha del deceso la que daba comienzo al cómputo del plazo en tal hipótesis. Entre las fuentes de inspiración de las propuestas se aludió al Código Penal Español<sup>3</sup> y a normas de Derecho Canónico.

Diversos argumentos fueron consignados para fundamentar los proyectos de ley, entre ellos que *“el abuso sexual es un hecho más habitual de lo imaginado, y se da en todos los niveles sociales, siendo generalmente el autor un miembro de la familia. Este abuso puede ser ocasional, pero en la mayoría de los casos la víctima es abusada reiteradamente... frecuentemente el autor del abuso no es denunciado, pues las víctimas no han alcanzado aún su madurez emocional y el desarrollo cognoscitivo necesario para evaluar el contenido, intencionalidad y consecuencias de actos de esta naturaleza. Por lo mismo, y/o por temor al agresor no informan de esta situación a sus padres o tutores y, recién al ser adultos, toman cabal conocimiento que fueron sexualmente abusados”*<sup>4</sup>.

Se agrega que *“cuando un niño es víctima de un atentado sexual, la decisión de someter a la justicia al culpable, generalmente va a ser de los adultos que se encuentran a su cargo, en su calidad de representantes legales. Estos adultos muchas veces deciden no deducir denuncia para evitar la estigmatización del niño y el trauma psicológico que eventualmente puede significar enfrentar un proceso judicial. Más grave aún resulta la situación en que los propios padres son los agresores porque evidentemente se tratará de esconder los hechos quedando el menor en total indefensión”*<sup>5</sup>.

En el curso de la discusión parlamentaria, los proyectos fueron refundidos y luego, a propuesta del Ejecutivo, modificados, para ubicar la nueva norma en la parte especial del Código, entre las reglas aplicables a los delitos sexuales, como un nuevo inciso del artículo 369 del Código Penal, en lugar de mantenerlo entre las reglas generales sobre la prescripción, como se había planteado inicialmente.

Durante el segundo trámite constitucional, el Senado dio al texto su redacción y ubicación definitivas, eliminando además la referencia a la muerte de la víctima, por estimar que *“no tiene sentido aplicar la regla especial de suspensión de la prescripción una vez que el menor ha fallecido, porque en este caso el titular*

3 En el caso del Código Español, la norma citada es el artículo 132.1, más amplia en cuanto al catálogo de delitos a que se aplica y que contempla el caso de la muerte de la víctima antes de alcanzar la mayoría de edad.

4 Proyecto de los diputados Álvarez, Bayo, Bertolino, Delmastro, Galilea, García, Longton, Monckeberg, Vargas y Vilches, de 19 de enero de 2005, Boletín N°3786-07 [en línea]. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

5 Moción refundida de los diputados Ascencio, Bayo, Burgos y Walker. 3 de marzo de 2005. Boletín 3799-07 [en línea]. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

*de la acción (el heredero del menor) es generalmente una persona mayor de edad y, en razón de la idea matriz de la iniciativa, ellos no requieren ser protegidos por el régimen especial que se establece”<sup>6</sup>.*

## Naturaleza de la figura contenida en el artículo 369 quáter

No existe acuerdo acerca de la exacta naturaleza del mecanismo que introduce el artículo 369 quáter al Código Penal. La primera cuestión radica en establecer si estamos o no ante un caso de **suspensión** del término de la prescripción.

Mediante la suspensión, el curso del plazo de prescripción se paraliza, pero sin que se pierda el tiempo ya transcurrido antes de su verificación, a diferencia de lo que ocurre con la interrupción de la prescripción. La suspensión supone entonces un obstáculo para que corra el plazo de prescripción, superado el cual continúa corriendo como si jamás se hubiese suspendido<sup>7</sup>.

Resulta útil recordar que, con arreglo al artículo 96 del Código Penal, el curso de la prescripción se suspende desde que el procedimiento se dirige contra el imputado. La disposición agrega que si se paraliza ese procedimiento por tres años o finaliza sin condena, continúa la prescripción. El artículo 233 del Código Procesal Penal establece, por su parte, que uno de los efectos que produce la formalización de la investigación es precisamente suspender el curso de la prescripción de la acción penal<sup>8</sup>.

Uno de los proyectos<sup>9</sup> que dio inicio a la discusión parlamentaria aludía expresamente en su título a la suspensión, expresión que fue utilizada en diversas ocasiones durante la discusión parlamentaria.

Pese a lo anterior, un sector de la doctrina<sup>10</sup> afirma que la figura del artículo 369 quáter no puede ser considerada como un tipo de suspensión. Se sostiene que el concepto de suspensión, contenido en el artículo 96 del Código Penal,

6 Opinión del Senador Hernán Larraín en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 6 de junio de 2007.

7 CABEZAS, Carlos. Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código Penal. En: *Política Criminal*, Vol. 8, N°16, diciembre 2013, p. 388 [en línea]. Disponible en: [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl) [fecha de consulta: 11 de diciembre de 2015].

8 La jurisprudencia nacional ha declarado que otras actuaciones, que implican claramente dirigir el procedimiento contra el imputado, aun antes de la formalización, producen el mismo efecto. Así, Corte Suprema, 8 de enero de 2015, Rol N°24.990-14 (queja) y Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de agosto de 2010, Rol N°409-2010 RPP (apelación).

9 “*Suspende prescripción de acción penal en casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad*”. Boletín 3799-07, Cámara de Diputados [en línea]. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

10 PEÑA, Silvia y SANTIBÁÑEZ, María Elena: *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificaciones introducidas por la ley 20.207*, Microjuris 2, enero 2008.

supone el inicio del procedimiento en contra del imputado, en lugar de un impedimento para la persecución penal.

En esta línea, Rodríguez Collao habla de “una verdadera ‘congelación’ o ‘postergación’ del inicio del plazo de prescripción”<sup>11</sup>.

Hay quienes, en cambio, afirman que sí constituye una hipótesis de suspensión del cómputo de la prescripción<sup>12</sup>. Se argumenta para ello el hecho de que el artículo 96 del Código Penal no está redactado en términos taxativos; que la definición doctrinaria de la suspensión de la prescripción comprende también casos en que se retrasa el inicio del cómputo y, además, se señala que los motivos clásicos de la suspensión calzan con el fundamento de la nueva norma.

En contra de esta postura podría señalarse que el legislador se abstuvo de dar a la nueva figura, en el texto aprobado en definitiva, la denominación “suspensión” que utilizaba una de las mociones que le dieron origen.

Cualquiera que sea la postura que se adopte en esta materia, el efecto que produce la regla del artículo 369 quáter es un aumento indirecto e indeterminado del plazo de prescripción. Indirecto, por cuanto no se trata de modificar los términos previstos en el artículo 94 del código punitivo, sino de ampliarlos, por la vía de postergar su inicio; e indeterminado, porque en definitiva el lapso necesario para la prescripción dependerá de la edad de la víctima al ocurrir los hechos<sup>13</sup>.

## Ámbito de aplicación de la norma

### A. En cuanto al tipo de prescripción

Con arreglo al texto del artículo 369 quáter del Código Penal, este tiene aplicación sólo para la prescripción de la acción penal y no tratándose de la prescripción de la pena, a la que se refiere el artículo 97 del Código Penal. Esta última sigue sujeta a las reglas generales.

Resulta aplicable, igualmente, a la institución de la media prescripción o prescripción gradual, prevista en el artículo 103 del Código Penal<sup>14</sup>, situación que

11 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. *Delitos Sexuales*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2015, p. 402.

12 CABEZAS, ob. cit., p. 391.

13 PEÑA y SANTIBAÑEZ, ob. cit., agregan que se trata de un aumento relativo, por beneficiar sólo a la víctima.

14 El Art. 103 del C. Penal dispone en su inciso primero: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias

ha generado pronunciamientos jurisprudenciales a la fecha de este artículo, según se verá.

#### B. Delitos a los que se aplica

Atendida la redacción del artículo 369 quáter, sus términos se aplican a los ilícitos previstos en los párrafos 5 y 6 del título VII del Libro II del Código Penal, cometidos contra una víctima menor de edad. En esta parte, el Código nacional se aparta de otras legislaciones, como la española, que contiene una norma similar, pero aplicable a un catálogo más amplio de delitos (tentativa de homicidio, aborto no consentido, lesiones, delitos contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio).

Los tipos penales a que se aplica la regla especial contenida en el artículo 369 quáter son los siguientes:

- a) Violación propia (artículo 361);
- b) Violación impropia (artículo 362);
- c) Estupro (artículo 363);
- d) Sodomía (artículo 365);
- e) Abuso sexual en todas sus formas (artículos 365 bis a 366 bis);
- f) Abuso sexual impropio, exhibicionismo, grooming (artículo 366 quáter);
- g) Producción de pornografía infantil (artículo 366 quinquies);
- h) Favorecimiento de la prostitución infantil (artículo 367), y
- i) Obtención de servicios sexuales de menores de edad (artículo 367 ter).

En consecuencia, esta forma especial de cómputo no tiene aplicación tratándose de delitos que no están regulados en los párrafos indicados, como ocurre con la comercialización y almacenamiento de material pornográfico infantil, del artículo 374 bis del Código Penal.

Se ha planteado la duda de si es posible aplicar la extensión del plazo de prescripción a los delitos complejos, como la sustracción de un menor de edad con ocasión del cual se comete una violación (artículo 142 Código Penal), la violación con homicidio (artículo 372 bis Código Penal) y el robo con violación (artículo 433 Código Penal). Si se acepta que estas figuras complejas no consagran un nuevo tipo penal, sino que se limitan a entregar reglas para la

---

*atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.*

determinación de la pena (similares a las de los artículos 74 del Código Penal o 351 del Código Procesal Penal), es posible concluir que la regla del artículo 369 quáter conserva aplicación respecto de la violación, es decir, computando los plazos de prescripción por separado respecto de cada delito comprendido en el tipo complejo<sup>15</sup>. Lo dicho vale respecto de la violación con homicidio, en el caso que este último delito no llegue a consumarse, ya que es la única hipótesis en que la víctima menor de edad podrá ejercer el derecho que le confiere la norma que analizamos.

### C. En cuanto a las personas

La regla general en materia de prescripción está contenida en el artículo 101 del Código Penal, con arreglo al cual *“tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas”*. El artículo 369 quáter contiene una importante excepción a ello, al contemplar una regla aplicable **“para el menor de edad que haya sido víctima”**.

La nueva norma, en apariencia sencilla, genera algunas dificultades de interpretación, para cuyo estudio conviene recordar la naturaleza de la acción penal que surge de los delitos sexuales y, en especial, de aquellos cometidos en perjuicio de NNA. Asimismo, se plantea la cuestión de determinar si, en base a los propósitos tenidos en vista por el legislador, puede reducirse la aplicación de la norma; así como la situación, íntimamente ligada a la recién descrita, de las investigaciones iniciadas o, incluso, terminadas antes de que la víctima cumpla dieciocho años. Por último, siempre en relación con la aplicación personal de la norma, dedicaremos algunos párrafos al caso en que el autor del delito es también menor de edad.

#### C.1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN PENAL. UNIDAD O DUPLICIDAD DE PLAZOS

Tratándose de delitos cometidos contra víctimas mayores de edad, la regla general es que se trata de delitos de acción pública previa instancia particular, como resulta de lo dispuesto en el artículo 369 del Código Penal, según el cual *“no se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal”*.

Para el caso de que la víctima no pudiese hacer por sí misma la denuncia, no tuviere representante legal, o si, teniéndolo, este se hallare imposibilitado o implicado en el delito, la norma autoriza al Ministerio Público para proceder de oficio, pudiendo cualquier persona denunciar el hecho.

Tratándose de víctimas NNA, la norma del artículo 369 del Código Penal se remite a la contenida en el artículo 53 del Código Procesal Penal que con-

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 403.

cede, siempre, **acción penal pública** para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

Entonces, resultando claro de tales normas que los citados delitos sexuales cometidos contra NNA otorgan acción penal pública para su persecución, y considerando que los cometidos contra mayores de edad son de acción penal pública previa instancia particular, pues requieren denuncia de la víctima, surge la cuestión relativa a determinar lo que ocurre cuando, habiéndose completado el plazo normal de prescripción, por aplicación del artículo 369 quáter, aún subsiste –o incluso no ha comenzado a correr– el plazo *para el menor de edad que haya sido víctima*.

El delito cometido contra la víctima NNA, ¿sigue siendo, en tal caso, de acción penal pública o ha pasado a ser un delito de acción penal pública previa instancia particular?

La cuestión tiene relevancia, pues con frecuencia la develación de los hechos (que no coincide necesariamente con la denuncia de los mismos) ocurre en forma indirecta, por ejemplo en contextos terapéuticos, generándose en ocasiones para quien recibe el relato la obligación de denunciar los hechos, como ocurre tratándose de las personas enumeradas en el artículo 175 del Código Procesal Penal.

Las posturas adoptadas por los autores en esta materia, pueden agruparse en dos categorías: por una parte están quienes señalan que existe un plazo único de prescripción, durante el cual conserva el delito la característica de ser de acción penal pública. Por la otra, se encuentran quienes sostienen que el artículo 369 quáter da origen a una duplicidad de plazos: el normal, durante el cual puede cualquiera persona denunciar el hecho y la Fiscalía proceder de oficio; y el plazo especial, extendido, que favorece sólo a la víctima, pasando a ser el delito durante este último período de acción penal pública previa instancia particular.

En favor de la unidad de plazo<sup>16</sup> puede sostenerse que ello es compatible con los fundamentos de la norma, al brindar mayor protección al afectado con el delito; las razones que llevaron a otorgar acción penal pública por estos hechos se mantienen. Dicho en otros términos, sigue tratándose de un delito cometido contra una víctima menor de edad y se justifica, en consecuencia, conservar el carácter público de la acción para su investigación y castigo. Esta interpretación aparece ajustada a la finalidad declarada por los promotores de la modificación legal, así como al deber del Estado de Chile de velar por el Interés Superior del Niño en sus actuaciones.

16 RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 406; CABEZAS, ob. cit., p. 396.

En favor de la duplicidad de plazos, en tanto, puede afirmarse que resulta de toda lógica, tratándose de una norma cuya finalidad es precisamente brindar protección a la víctima menor de edad, que sea únicamente ésta quien pueda poner en marcha la persecución penal del Estado. La duda se producirá cuando quien sufrió el delito siendo menor haya alcanzado la mayoría de edad, de modo que el respeto a su libre determinación supone –igualmente– tener en cuenta su derecho a decidir el eventual inicio de la investigación y la persecución de los hechos que le afectaron.

Esta última postura concuerda con la eliminación, desde el texto original del proyecto de ley, de la frase que permitía a los herederos de la víctima beneficiarse con el aumento del plazo. Sin embargo, no encuentra respaldo en otros antecedentes históricos, ya que el punto no aparece derechamente abordado en la discusión legislativa, según el texto de la Historia de la Ley que publica la Biblioteca del Congreso Nacional.

## C.2. POSIBILIDAD DE REDUCCIÓN DEL ALCANCE DE LA NORMA

Como ya se ha señalado, el objeto perseguido por el legislador al incorporar el artículo 369 quáter al Código Penal, fue fortalecer la protección de quien, niño, niña o adolescente, ha sido víctima de alguno de los delitos sexuales previstos en la norma. Ya se han reproducido, a propósito de la historia de la ley, algunos de los argumentos invocados por los parlamentarios que suscribieron los proyectos respectivos. Aluden, entre otros motivos, a la incapacidad de las víctimas para comprender los hechos o para denunciarlos, así como a las razones que pueden llevar a su entorno familiar a silenciar tales hechos.

Fundándose en los declarados objetivos de la norma, se ha sostenido que ella establece una presunción<sup>17</sup>, en el sentido de que la víctima se encuentra en una especial situación que dificulta el conocimiento del delito cometido en su contra. Se ha señalado igualmente que si en un caso concreto no se produce ninguna de las situaciones en que la víctima se ha visto impedida efectivamente de denunciar los hechos, podría resultar inaplicable la postergación del inicio del plazo de prescripción<sup>18</sup>.

De aceptarse esta interpretación, en el curso de una investigación y del proceso penal podría admitirse prueba tendiente a acreditar que la víctima no estuvo imposibilitada de develar el delito o que, de hecho, lo relató a sus fami-

17 CABEZAS, ob. cit., p. 392.

18 OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “La nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad: algunos problemas interpretativos”. En: *Estudios de Ciencias Penales*, 2007, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 268; RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 403. Estos autores admiten la posibilidad de reducir teleológicamente el alcance del Art. 369 quáter del Código Penal.

liares o a personas que pudieron denunciarlo, antes de alcanzar la mayoría de edad, lo que debilitaría enormemente la protección buscada por el legislador para las víctimas de delitos sexuales y, a nuestro entender, se apartaría del texto y de los fundamentos de la norma que comentamos.

En efecto, el claro tenor del artículo 369 quáter no permite relativizar su alcance. No exige para su aplicación otro requisito que la minoría de edad de la persona afectada con el delito. Si la intención del legislador hubiese sido permitir a las partes escudriñar en la efectiva situación de la víctima menor de edad, otra fórmula se habría utilizado, como la que emplea el inciso segundo del artículo 369 del Código Penal que, al referirse a la víctima que no puede formular la denuncia, utiliza la conjunción “si”.

Piénsese en los distintos casos de delitos sexuales que afectan a NNA, cometidos al interior de las familias y en la frecuencia con que esos hechos son silenciados, pese a ser conocidos; por ejemplo, cuando después de efectuada la denuncia, se produce la retractación<sup>19</sup> de la víctima y de quienes debieron denunciar el hecho y cooperar con la investigación. Según la opinión de quienes propician la reducción teleológica del alcance del artículo 369 quáter del Código Penal, en estas situaciones no cabría ampliar el plazo normal de prescripción, aun tratándose de una víctima de cortos años.

El momento a partir del cual la víctima puede ejercer sus derechos en forma autónoma se producirá cuando alcance la mayoría de edad, de modo que interpretaciones como la descrita, dejarían en muchos casos sin aplicación la norma del artículo 369 quáter del Código Penal.

### C.3. INICIO DE LA INVESTIGACIÓN O LA PERSECUCIÓN PENAL DURANTE LA MENOR EDAD DE LA VÍCTIMA

Aun si se rechaza la posibilidad de limitar el alcance de la norma, se debe analizar la situación que se produce cuando el inicio de la investigación y, eventualmente, el ejercicio de la acción penal, tienen lugar antes de alcanzar la víctima su mayoría de edad. La Ley 20.207 no previó esta posibilidad, siendo necesario aclarar si la víctima conserva en tal caso el derecho que le concede el artículo 369 quáter del Código Penal.

Se ha señalado que si la investigación así iniciada termina por alguna salida que no produzca la extinción de la responsabilidad penal (por ejemplo, archivo provisional o decisión de no perseverar en el procedimiento), subsiste el derecho de la víctima para activar la investigación y perseguir la responsabilidad penal del autor de los hechos durante el plazo extendido que origina la norma del artículo 369 quáter y que, en cambio, cuando la investigación ha

19 DUQUE, Catalina. “Retractación de las víctimas de agresiones sexuales menores de edad”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°37, Santiago, Chile, 2008, págs. 185-196.

terminado por una sentencia definitiva o por sobreseimiento definitivo, parece más difícil llegar a la misma conclusión, pronunciándose algunos autores<sup>20</sup> por estimar que en tales casos, atendido el efecto de cosa juzgada, precluye el derecho de la víctima. Lo propio hacen extensivo a otras decisiones aprobadas judicialmente, como la de no iniciar la investigación o la aplicación del principio de oportunidad.

En tales casos, según esta opinión, la víctima que no ha alcanzado la mayoría de edad jamás podrá ejercer el derecho consagrado en la norma que analizamos. Ya se ha señalado que, con frecuencia, los delitos sexuales contra NNA, en especial si son cometidos al interior de las familias, generan acciones para ocultar los hechos, como la retractación, posibilidad que debe ser analizada en cada caso, antes de adoptar una postura definitiva. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una víctima de cortos años que, habiendo sido afectada por un delito de abuso sexual o violación cometido por su padre o por quien oficia como sostenedor familiar, niega los hechos al ser entrevistada durante la investigación, como resultado del deseo familiar de evitar el castigo del autor. Ello llevaría, de modo altamente probable, a un sobreseimiento definitivo o a una sentencia absolutoria, en circunstancias que el hecho sí acaeció, pero la víctima no estuvo en condiciones de dar cuenta de aquél. De acuerdo a la interpretación indicada, si al alcanzar la víctima la mayoría de edad y dejar de depender del hechor, quiere que el delito sea perseguido y castigado, estaría impedida de activar el aparato estatal con tal objetivo, siendo nuestra opinión que el *telos* de la norma obliga, al menos, a considerar esa posibilidad.

#### C.4. APLICACIÓN RESPECTO DE IMPUTADOS ADOLESCENTES<sup>21</sup>

En relación con el ámbito personal de aplicación de la fórmula del artículo 369 quáter, se ha producido controversia acerca de aquellos casos en que el autor de los hechos es también un menor de edad, y puede ser sancionado de conformidad a las reglas contenidas en la Ley 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente (en adelante, RPA), que contiene normas especiales en materia de prescripción.

En efecto, el artículo 5 de la Ley de RPA fija como plazo de prescripción de la acción penal para los imputados adolescentes, el de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses.

Si bien el texto del artículo 369 quáter constituye una clara opción del legislador en favor de la víctima menor de edad, sin distinguir entre los imputados

20 PEÑA y SANTIBÁÑEZ, ob. cit.

21 Sobre el punto, véase TALADRIZ, María José. "La prescripción penal respecto de adolescentes". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°59, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2014, p. 243.

mayores y los menores de edad, hay quienes se oponen a la aplicación de la norma a estos últimos<sup>22</sup>. Se argumenta al efecto con el principio de especialidad de la normativa aplicable a los imputados adolescentes, contenida en la Ley 20.084, la necesaria celeridad en la respuesta punitiva a su respecto y, como consecuencia de lo anterior, la aplicación subsidiaria de la normativa general contenida en el Código Penal.

Según se verá, los acotados plazos de prescripción que la ley establece para los imputados adolescentes, han hecho que se encuentren entre los primeros respecto de quienes se ha invocado el artículo 369 quáter, existiendo pronunciamientos jurisprudenciales tanto a favor como en contra de la aplicación de la norma a esta categoría de imputados.

Aparte de los términos amplios en que aparece redactada la norma del artículo 369 quáter del Código Penal, cabría señalar, en favor de su aplicación a imputados adolescentes, que la Ley 20.084 contiene plazos especiales de prescripción, pero no entrega reglas en cuanto al momento desde el cual deben computarse dichos plazos, resultando, en consecuencia aplicables en este punto las reglas de los artículos 95 y 369 quáter del Código Penal.

Tratándose de la media prescripción, o prescripción gradual, puede sostenerse, como lo ha hecho el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia de 25 de febrero de 2014, en causa RUC N°0900169061-K, RIT N°401-2013, que dicha institución no resulta aplicable a la prescripción de delitos cometidos por imputados adolescentes, por cuanto el inciso segundo de la norma que regula esta prescripción gradual (artículo 103 del Código Penal) excluye expresamente de su aplicación a las prescripciones especiales de corto tiempo. El fallo aparece extractado en la parte final de este trabajo.

#### D. Ámbito de aplicación temporal del artículo 369 del Código Penal

Como ya se señalara, la norma que motiva estas reflexiones entró en vigencia con la publicación en el Diario Oficial de la Ley 20.207, el 31 de agosto de 2007. No existe duda acerca de su aplicación a los hechos ocurridos a partir de esa fecha, con la salvedad de los cuestionamientos doctrinarios expresados en los párrafos previos. En cuanto a la posibilidad de aplicar la nueva regla a hechos ocurridos antes de esa fecha, diversos autores se han pronunciado negativamente<sup>23</sup>.

22 MAÑALICH, Juan Pablo. “Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal”. En: *Informes en Derecho*, Estudios de Derecho Penal Juvenil IV, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, N°13, Noviembre 2013, pág. 213 y sgtes.

23 Así, entre otros, RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 407; OLIVER, ob. cit., p. 263.

Suele presentarse en este punto del análisis la cuestión de determinar el carácter penal o procesal de la prescripción, ya que se afirma que no es posible aplicar sus normas retroactivamente si se estima que la prescripción es de naturaleza penal; en tanto que, si se le considera un instituto de naturaleza procesal, esta posibilidad sí sería admisible<sup>24</sup>.

El atribuirle carácter penal a la figura de la prescripción hace que surja, como una importante limitación para su retroactividad, el principio de legalidad, consagrado por el artículo 19 N°3 de la Constitución Política del Estado y por el artículo 18 del Código Penal. Tales disposiciones, en todo caso, no se refieren expresamente a las reglas sobre prescripción, sino que a aquellas que describen los tipos penales y les asignan la pena respectiva.

Aun de otorgarse un carácter procesal a las normas que reglan la institución de la prescripción, debe recordarse que también el Código Procesal Penal proscribire la aplicación retroactiva de leyes procesales desfavorables al imputado<sup>25</sup>.

No obstante lo anterior, jurisprudencia reciente ha aplicado la regla contenida en el artículo 369 quáter a hechos ocurridos antes de la dictación de la Ley 20.207, con especial base en las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante, CIDN), instrumento aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

Nuestro país, mediante Decreto Supremo N°830, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, promulgó como Ley de la República la CIDN.

Valga recordar, con relación al carácter obligatorio de las normas de la Convención, que la Constitución Política de la República, en su artículo 5°, ubicado en el Capítulo I “Bases de la Institucionalidad”, establece la obligación de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana “*garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

La CIDN consagra, como uno de sus valores fundamentales el interés superior del niño, concebido en los siguientes términos por el artículo 3, párrafo 1 del citado instrumento: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen*

24 OLIVER, ob. cit., p. 265, sostiene que para solucionar el problema lo importante es analizar si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia vulnera o no el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal. Si resulta atacado, debe concluirse que tal aplicación está prohibida.

25 Artículo 11 del Código Procesal Penal: “*Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.*”

*las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.*

Como se ha señalado por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General N°14 (2013), el interés superior del niño es un concepto triple: se trata, en efecto, de un derecho sustantivo, de un principio jurídico interpretativo fundamental y de una norma de procedimiento. En cuanto al segundo de dichos alcances, se señala que: *“si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo”.*

Contrariamente a lo que ocurre con la jurisprudencia, en especial el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que más adelante se cita, la doctrina nacional consultada para la elaboración del presente artículo no utiliza como elemento interpretativo la CIDN, como no sea para buscar una mayor cautela de los derechos de imputados menores de edad<sup>26</sup>.

## **Jurisprudencia**

Cada vez con mayor frecuencia se producen alegaciones relacionadas con la norma que motiva este artículo, ante las cuales, los Tribunales se han pronunciado en variados sentidos. Estimamos que no puede señalarse que existan criterios jurisprudenciales asentados, lo que resulta lógico atendida la fecha de entrada en vigencia de la institución reglada en el artículo 369 quáter del Código Penal.

A continuación se extractan algunas sentencias recibidas en la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, sobre la materia:

Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 de junio de 2011, Rol N°749-2011, RUC N°0900277668-2

El Décimo Juzgado de Garantía de Santiago había declarado la prescripción de la acción penal respecto de un imputado adolescente, formalizado por abuso sexual de menor de catorce años. Conociendo de la apelación interpuesta por la Fiscalía, la Corte revocó la resolución del Juzgado de Garantía, razonando en los considerandos noveno y décimo de la sentencia que: *“... en cuanto al fondo del recurso, se tiene presente que según dispone el mencionado artículo 369 quáter “En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años de edad”. Artículo que fue incorpo-*

26 MAÑALICH, ob. cit., p. 224.

*rado por el artículo único de la Ley N°20.207, de 31 de agosto de 2007, esto es con anterioridad a los hechos motivo de la formalización, sin que se hubiere discutido que la calificación jurídica del ilícito, se enmarca dentro de la tipificación a que se refieren los artículos 366 bis y 366 quáter del Código Penal, que se encuentran en el párrafo que precede a aquél en que se encuentra el artículo 369 quáter del Código Punitivo...en consecuencia, se verifican todos los requisitos que hacen procedente la aplicación de esta regla especial de cómputo de la prescripción de la acción penal, y en autos no se encuentra prescrita la acción que se investiga”.*

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de mayo de 2012, Rol N°330-2012, RUC N°0900713593-6

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TOP) de San Antonio condenó, con fecha 9 de marzo de 2012, al acusado adolescente, a la pena de un año de internación en régimen cerrado, como autor de un delito de violación cometido en perjuicio de víctima menor de catorce años. El hecho ocurrió en el curso del año 2007. La defensa solicitó la aplicación de la prescripción gradual prevista en el artículo 103 del Código Penal, petición desechada por el TOP: *“...por oponerse a ello el artículo 369 quáter del Código Penal, que expresamente prescribe que en ‘los delitos previstos en los dos párrafos anteriores –entre ellos el de violación impropia en donde se afecta a menores de catorce años de edad, como es el caso– el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla dieciocho años’, situación que no aún no sucede en la especie, por cuanto el ofendido solo cuenta con doce años de edad”.*

La defensa cuestionó la preeminencia del artículo 369 quáter del Código Penal por sobre el artículo 5° de la Ley 20.084, mediante un recurso de nulidad en contra de la sentencia del TOP. Afirmó el recurrente que entre los hechos y la formalización de la investigación habían transcurrido más de tres años, debiendo aplicarse la norma del artículo 103 del Código Penal.

Sostuvo la defensa que el artículo 369 quáter no resultaba aplicable, por tratarse de hechos anteriores a su entrada en vigencia. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo del recurso, rechazó esta afirmación, por considerar que: *“...entró a regir el 31 de agosto de 2007 y el tribunal a quo dio por establecido que el delito fue cometido en carácter de reiterado durante el curso del referido año, lo que constituye un hecho inamovible...”* (considerando séptimo).

Agrega el fallo del Tribunal de alzada, que la norma del artículo 369 quáter *“no resulta incompatible con la regla sobre prescripción prevista en el artículo 5° de la ley 20.084, en el sentido de que si un menor de 18 años comete alguno de los delitos previstos en la primera norma citada, los plazos especiales de prescripción establecidos en la ley de responsabilidad penal juvenil empezarán a regir para el menor que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”* (considerando octavo).

La sentencia ahonda, en el considerando noveno, en las finalidades de la Ley 20.207 para fundamentar su decisión, refiriendo: “...la regla incorporada al Código Penal...ha tenido por finalidad proteger a los menores de edad que han sido víctimas de delitos de connotación sexual, con el objeto de que puedan ejercer sus derechos procesales, denunciar o querellarse, a partir del momento de cumplir 18 años de edad, actuando por sí mismos en juicio, esto es, sin esperar o requerir el concurso o intermediación de un tercero que obre en su representación, pues como se lee en la historia de la ley 20.207... el legislador tuvo en cuenta que muchas veces el delito se encuentra prescrito al momento que la víctima cumple 18 años y adquiere la capacidad suficiente, de la que antes carecía, para obrar por sí misma. Y la situación de desprotección en que se encuentran los menores víctimas de tales delitos, se presenta tanto cuando el victimario es un adulto como cuando lo es un menor de edad, pues en ambos casos la víctima no puede valerse por sí misma para impetrar justicia, quedando entregada a la decisión de sus protectores, que en muchos casos no denuncian los hechos por ser ellos mismos los agresores, o por consideraciones de carácter social o familiar que conducen en definitiva al ocultamiento del delito cometido”.

Corte de Apelaciones de Talca, 21 de junio de 2012, Rol N°211-2012 RPP, RUC N°0900387828-4

Este Tribunal de alzada dio aplicación a la norma del artículo 369 quáter en el caso de un imputado adolescente, condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TOP) de Linares, como autor de delitos reiterados de violación de víctimas menores de catorce años, a la pena mixta de dos años y un día de internación en régimen cerrado y tres años de internación en régimen semi-cerrado. Los hechos ocurrieron en el curso de los años 2008 y 2009, siendo el imputado menor de edad, pero mayor de dieciséis años.

En contra de la sentencia, la defensa interpuso un recurso de nulidad alegando la errónea aplicación del artículo 102 del Código Penal, por cuanto la formalización de la investigación habría tenido lugar después de haber transcurrido más de la mitad del plazo necesario para la prescripción de la acción penal (dos años y seis meses) y el TOP –sostuvo la defensa– así debió declararlo, rebajando la pena a aplicar en conformidad a la fórmula del artículo 103 del Código Penal.

La Corte rechazó el recurso, razonando del modo siguiente: “Primero: Que la prescripción “supone una renuncia por parte del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aglutinadas por el transcurrir del tiempo, que incide en que aquel considere extinguida la responsabilidad criminal y, por consiguiente, el delito y la pena” (Morillas Cueva, Derecho Penal, Parte General...). En efecto, se trata de una renuncia del estado a ejercer su potestad penal cuando ha transcurrido un determinado período desde la comisión del delito, siendo la regla general que el plazo se cuente desde el día en que se cometió el respectivo delito, de

*acuerdo lo consagra el artículo 95 del Código Penal, y que corra, por regla general, respecto de toda clase de delitos, incluidos aquellos contra la integridad sexual.*

*Segundo: Que el artículo 103 del Código Penal consagra lo que se ha llamado prescripción gradual o media prescripción, que implica que en el caso de que el responsable del delito se presente o sea habido antes de completar el plazo de prescripción, pero habiendo transcurrido a lo menos la mitad de éste, el Tribunal debe considerar el hecho como si estuviera revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante. De esta manera, aplicando lo mencionado al caso de autos, habiendo sido habido el responsable una vez transcurrido más de la mitad del plazo de prescripción desde la comisión del delito, debería concluirse que le sería aplicable el beneficio de media prescripción.*

*Tercero: Que, sin embargo, con la promulgación de la ley 20.207 de 31 de agosto de 2007, que incorporó el nuevo artículo 369 quáter del Código Penal, debe entenderse que en el caso de delitos sexuales, específicamente en el caso de delitos contenidos en las disposiciones de los párrafos 5° y 6° del Título VII del Libro II del Código Penal, entre ellos la violación impropia del artículo 362, cuando se cometan en contra de menores de edad, la regla de prescripción se modifica, no operando la renuncia estatal a la persecución penal...*

*De esta manera, el legislador ha establecido una nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad, “congelando” dicho plazo hasta el momento en que estas alcancen la mayoría de edad (Oliver Calderón Guillermo...).*

*Cuarto: Que este efecto involucra un aumento del plazo de prescripción de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, que se justifica por la naturaleza del bien jurídico protegido por tales delitos, así como por los inconvenientes que plantea la inmadurez intelectual y emocional de las víctimas, quienes no denuncian los hechos dada su minoría de edad, además del contexto en que se cometen estos ilícitos, lo que da lugar a que el hecho comúnmente salga a la luz cuando la acción penal ya ha prescrito. Estos mismos fundamentos han sido compartidos en Derecho comparado...*

*Quinto: Que, de esta manera, el precepto legal del artículo 369 quater del Código Penal debe aplicarse preferentemente al artículo 103 del mismo Código, de modo de lograr una persecución penal efectiva, razón por la cual esta Corte es de parecer que la media prescripción es una institución inaplicable al caso de autos, de manera que no ha empezado a correr ni un día siquiera de la prescripción en favor del acusado, desde que las menores víctimas no han cumplido 18 años...”*

Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 25 de febrero de 2014, RUC N°0900169061-K, RIT N°401-2013<sup>27</sup>

El TOP condenó al acusado como autor de un abuso sexual (hecho Uno, ocurrido en julio de 2005, siendo el imputado menor de edad) a dos años de libertad asistida especial y por un segundo abuso sexual (hecho Tres, cometido el 18 de septiembre de 2007, siendo el imputado mayor de edad) a cuatro años de presidio. Su defensa pidió la rebaja de la pena, por aplicación de la media prescripción, solicitud rechazada por el TOP, con los siguientes argumentos: “a) *La prescripción que contempla el artículo 5° de la Ley 20.084 es una prescripción especial y excepcional, con plazos diversos y menores a los indicados en el Código Penal, de manera que debe ser entendida como una prescripción de **corto tiempo**, porque precisamente rebaja ostensiblemente los plazos del Código Penal (tanto es así que respecto de los simples delitos la prescripción es tan sólo de dos años).*

*b) El artículo 103 del Código Penal, que contempla precisamente la denominada “media prescripción”, que es aplicable a la prescripción según los plazos del Código Penal, señala en su inciso final que esta regla de la media prescripción “no se aplica a las prescripciones... especiales de corto tiempo”.*

*... Finalmente, y sólo a mayor abundamiento, no está demás recordar el artículo 369 quáter del Código Penal que prescribe que en este tipo de delitos “el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”. Es así como la víctima al momento de denunciar en febrero de 2009 tenía tan solo 15 años de edad, y sólo cumplió su mayoría de edad el 20 de mayo de 2012, pues nació el 20 de mayo de 1994, (según consta de su certificado de nacimiento, acompañado por la Fiscalía). Si se parte de la base que dicha norma es un estatuto especial que debe ser entendido preponderantemente a favor de la ofendida, según lo sostiene la Fiscalía, teniendo presente al respecto el bien jurídico vulnerado, resultaría por este motivo plenamente aplicable in actum, de manera que en nada se opondría a la normativa constitucional y penal vigente, teniendo presente que “Tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena corren a favor y en contra de toda clase de personas” (Art. 101 del Código Penal). Por tanto, según esta especial interpretación, en febrero de 2009, fecha de la denuncia, **el plazo de prescripción de la acción penal aún no se iniciaba**, y tampoco al 2 de mayo de 2012, fecha de la formalización de la investigación del imputado J.L.H., pues aún la víctima J.D.L.I. no tenía 18 años”.*

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 10 de marzo de 2014, Rol N°28-2014, RUC N°1100642228-6

El TOP de Puerto Montt, por decisión de mayoría, contenida en la sentencia de 21 de enero de 2014, condenó al acusado a la pena de cuatro años de

27 La sentencia no fue objeto de recurso de nulidad.

presidio, como autor de dos delitos de violación de víctima menor de catorce años de edad, cometidos en fecha no determinada del verano de los años 2004 y 2005. Los hechos habían sido denunciados en el curso del año 2011. La defensa dedujo un recurso de nulidad contra la sentencia, por errónea aplicación del derecho. Sostuvo que se había infringido lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, toda vez que no se había aplicado la institución de la media prescripción; además, estimó infringido el artículo 11 del Código Procesal Penal, debido a que la sentencia dio aplicación al artículo 369 quáter del Código Penal, pese a que los hechos ocurrieron antes de su entrada en vigencia.

La Corte rechazó el recurso, haciendo suyos y reproduciendo los argumentos del fallo del TOP. Señala la sentencia de la Corte (considerando segundo): *“Que para resolver causal del recurso, en lo concerniente a la norma que se dice infringida en recurso de nulidad impetrado, es necesario expresar que en la consideración décimo octava de la sentencia impugnada, el Tribunal recurrido, con todo detalle expone los motivos legales que se tuvo en cuenta para bien decidir acerca de la improcedencia de los planteamientos de la defensa acerca de la concurrencia de la denominada media prescripción respecto de su representado; argumentos que por ser de tal contundencia jurídica y en los que se hace cargo de todas y cada una de las alegaciones contenidas en la acción de nulidad antes descritos en esta sentencia, a continuación se reseñan y replican, haciéndolos suyos esta Corte, y en los que la decisión de mayoría al respecto certeramente concluyó que: “no hace lugar a la solicitud de la defensa en orden a declarar concurrente en el caso que nos ocupa la media prescripción, denominada también prescripción gradual, parcial o incompleta, instituto que se encuentra consagrado en el artículo 103 del Código Penal, teniendo para ello únicamente presente lo dispuesto en el artículo 369 quáter del Código Penal, agregado por el artículo único de la Ley 20.207 publicada en el diario oficial de 31 de agosto de 2007 que prescribe: “en los delitos previstos en los dos párrafos anteriores el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años.”...*

*Pues bien, lo relevante del artículo 369 quáter del Código Penal, agregado por el artículo único de la Ley 20.207 publicado en el diario oficial de 31 de agosto de 2007, conforme la historia fidedigna de su establecimiento, es que, en caso de existir abusos o violaciones sexuales u otros delitos de ese tipo contra menores de edad, el período de prescripción empieza a contarse desde que los afectados cumplan 18 años, cual es el caso de autos, norma excepcional y especialísima, que prevalece por sobre la norma general, la cual dispone que la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.*

*El artículo 369 quáter del Código Penal, agregado por el artículo único de la Ley 20.207 publicada en el diario oficial de 31 de agosto de 2007 establece una excepción a las reglas generales de prescripción, estableciendo perentoriamente que dicha prescripción se suspenderá en el caso de víctimas de delitos sexuales hasta que cum-*

*plan la mayoría de edad, momento a partir del cual comenzarán a correr los respectivos plazos.*

*Que en consecuencia y en concordancia con lo antes expuesto, si bien los hechos que nos ocupan se perpetraron respectivamente en fecha no determinada del verano del año 2004 y en fecha no determinada del verano de 2005, el plazo de prescripción se encontraba suspendido en favor de la menor hasta el 17 de junio de 2013, fecha en que la menor afectada cumplió los 18 años de edad.*

*Que la alegación de la defensa en orden a que no correspondería aplicar la norma en cuestión en el caso concreto que nos ocupa, puesto que de aplicarla significaría dar un efecto retroactivo a la ley penal, toda vez que la del artículo 369 quáter del Código Penal fue agregado por el artículo único de la Ley 20.207 publicada en el diario oficial de 31 de agosto de 2007, norma dictada con posterioridad a la fecha de comisión de los delitos que nos ocupan, se rechaza, teniendo para ello como fundamento, que la norma en cuestión no se encuentra en las situaciones previstas en el artículo 18 del Código Penal, muy por el contrario, estamos en presencia de una norma que modifica otra, en lo pertinente, en favor de un principio constitucional incorporado en nuestro ordenamiento jurídico proteccional a través de la Convención de los Derechos del Niño. Estamos en presencia de una norma proteccional que cede en favor de la víctima y no de cualquier víctima sino de una VÍCTIMA MENOR DE EDAD. La norma protege un principio básico y superior, el interés Superior del Niño, principio que prima por sobre cualquier otro principio incluso en Indubio Pro Imputado. Estamos en presencia de una norma especialísima y excepcional y así quedó establecido en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, norma protectora de una víctima menor de edad frente a los abusos de carácter sexual de que son objeto siendo menores de edad, valga la redundancia, víctimas que no han alcanzado la madurez emocional y el desarrollo cognoscitivo necesario para evaluar el contenido, intencionalidad y consecuencias de actos de esta naturaleza y que por el temor a la persona de su agresor, que por lo general son parte del grupo íntimo y cercano, no informan oportunamente, develándose éstos tardíamente tomando conocimiento algún adulto responsable transcurridos años desde su ocurrencia. Y, es precisamente lo que aconteció en el caso de marras...”.*

Corte de Apelaciones de San Miguel, 14 de julio de 2014, Rol N°997-2014, RUC N°1200660326-0

Se trata de un recurso de apelación, interpuesto por la defensa contra la resolución del Décimo Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, que no dio lugar al sobreseimiento definitivo de un imputado adolescente. Declara la Corte, en el considerando cuarto del fallo, que resultan aplicables al caso tanto el artículo 5 de la Ley N°20.084, como el artículo 369 quáter del Código Penal, por cuanto los plazos de prescripción de la acción penal para los adolescentes imputados de delito se establecen en el artículo 5 de la Ley de RPA, mientras que el artículo 369 quáter del Código Penal establece la oportunidad en que

comienza a contabilizarse dicho plazo. Por ello, comparten en el considerando séptimo, el criterio del Juzgado de Garantía en cuanto a que *“en el presente caso, el plazo de prescripción de la acción penal aún no ha empezado a correr”*.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 20 de julio de 2014, RUC N°1200467624-4, RIT N°22-2014<sup>28</sup>

El acusado, mayor de edad, fue condenado a seis años de presidio como autor de un delito continuado de violación de menor de catorce años de edad, cometido entre abril de 2004 y marzo de 2009; y a la pena de 541 días de presidio como autor de un delito de estupro, cometido este último entre abril de 2009 y marzo de 2012. Los hechos habían sido denunciados en el curso del año 2012. La defensa pidió se declarara la prescripción o la media prescripción de los delitos y, en todo caso, que no se aplicara el artículo 369 quáter del Código Penal a hechos anteriores a su entrada en vigencia. La sentencia del TOP niega lugar a las peticiones de la defensa, por diversos argumentos contenidos en el considerando trigésimosegundo: *“...En segundo lugar porque de optar el tribunal por la aplicación del artículo 369 quater del Código Penal, norma especial y de excepción que fue introducida por el artículo único de la ley 20.207, publicada en el diario oficial el 31 de agosto de 2007, que a la letra reza “en los delitos previstos en los dos párrafos anteriores el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”, se trata de una norma de protección a una víctima menor de edad, frente a las agresiones sexuales, que al no tener el desarrollo cognitivo necesario para evaluar contenido, intencionalidad y consecuencias de los actos de esta naturaleza que los afectan, se produce una develación tardía de los mismos”, como aconteció precisamente en los hechos sometidos a decisión judicial; la norma en cuestión no contraviene en ningún caso lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, pues se trata de dar prevalencia a un principio superior, como es el “Interés Superior del Niño” y prima sobre cualquier otro incluso sobre el in dubio pro imputado, y de acuerdo a la historia fidedigna de la ley se garantiza no solo el derecho del menor, sino también del imputado, pues no se merma en absoluto su derecho a defensa, pudiendo resistir en todo caso la acción que se dirija en su contra”*.

Corte de Apelaciones de Copiapó, 23 de octubre de 2015, Rol N°277-2015, RUC N°1400643320-1

Conociendo de la apelación interpuesta por la defensa del imputado adolescente, en contra de la resolución del Juzgado de Garantía que había negado su petición de sobreseimiento por prescripción de la acción penal, la Corte estima que la norma del artículo 369 quáter no es aplicable a imputados adolescentes, razonando del siguiente modo en el considerando sexto: “...

<sup>28</sup> La sentencia no fue objeto de recurso de nulidad.

*no puede olvidarse que el artículo 369 quáter del Código Penal establece una regla de cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal que se integra en el contexto más general de un régimen de responsabilidad penal de adultos, por ello una interpretación del artículo antes señalado que lleve a negar su aplicabilidad para el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley 20.084 no es otra que una interpretación fundada en el principio de especialidad del régimen jurídico-penal aplicable respecto de personas menores de edad una de cuyos estándares de concreción está representado por el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva...*

*En un una misma línea argumentativa, la Excma. Corte Suprema entrega el alcance de recurrir sin hacer un estudio comprensivo y acabado de las normas del Código Penal en relación al cuerpo legal de adolescentes al referir en el mismo considerando 7° que “será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N°20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente, ya sea que se hallen en la propia Ley N°20.084, o en la Constitución o en algún Tratado internacional. Tal ejercicio hermenéutico podrá llevar a decidir que determinadas instituciones, pese a no ser expresamente desarrolladas ni proscritas por la Ley N°20.084, no pueden integrar el sistema que ella consagra, sencillamente porque éste no tiene las carencias o vacíos en el aspecto que gobierna ese instituto, en pocas palabras, la norma dubitada le es asistemática” (sic)<sup>29</sup>.*

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, 9 de diciembre de 2015, RUC N°1300861093-7, RIT N°46-2015<sup>30</sup>

Se trata de una causa seguida contra un acusado, adolescente a la época de los hechos, como autor de delitos de abuso sexual y violación impropia. Fue condenado sólo por este último ilícito, cometido entre 2010 y 2011 en perjuicio de la víctima nacida en 1999. La denuncia tuvo lugar en el año 2013 y la formalización en 2015. El Tribunal cuenta el plazo de prescripción desde la fecha de ocurrencia de los hechos, por estimar aplicables las disposiciones de la Ley 20.084 por sobre las generales del Código Penal. Estima que la regla especial del artículo 369 quáter no opera en el caso, por haber mediado denuncia oportuna de la madre de la víctima, indicando: **“TRIGESIMO QUINTO:** ... *la defensa solicitó en subsidio, la aplicación de la prescripción gradual o media prescripción que contempla el artículo 103 del Código Penal, aduciendo que a la época*

29 La sentencia citada en el fallo fue dictada por la Corte Suprema en la causa 4419-2013, referida a la posibilidad de considerar, para efectos de configurar la agravante de reincidencia, sentencias dictadas en contra del acusado cuando este era adolescente.

30 La sentencia del TOP no fue objeto de recurso de nulidad.

de la denuncia, y en especial de la formalización de cargos, había transcurrido más de la mitad del plazo de prescripción de la acción penal, que comenzó a correr desde la perpetración del delito; mientras que el Ministerio Público se opuso igualmente a dicha pretensión, sustentando su planteamiento en la aplicación del artículo 369 quater del Código Penal que constituye a su juicio una norma especial en favor de los menores de edad, víctimas de delitos sexuales, que debe prevalecer en este caso por la minoría de edad del afectado, y además por aplicación del principio del interés superior del niño... Para resolver la controversia planteada, es preciso destacar que, tal como se indicó previamente, la regla general en materia de prescripción de la acción penal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 95 del Código Penal es que el plazo respectivo, empieza a correr el día que se hubiese cometido el delito; regla que se modificó en materia de delitos sexuales en contra de menores de edad con la dictación de la ley 20.207 de 31 de agosto de 2007, que introdujo en el Código Penal, el artículo 369 quáter, que establece que “En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”.

De acuerdo al tenor literal de dicha norma, ésta se aplica a los delitos contenidos en las disposiciones de los párrafos 5 y 6 del título VII del libro II del Código Penal, entre los que se encuentra, el de violación de menor de 14 años, que el tribunal ha tenido por concurrente en el presente caso; desprendiéndose también de su redacción que el propósito del legislador ha sido brindar protección a los menores de edad que han sido víctimas de alguno de los delitos sexuales comprendidos en los párrafos precitados, otorgándole como beneficio exclusivo la posibilidad de contar a su respecto el inicio del plazo de la persecución penal desde el momento en que cumplan los dieciocho años de edad, con la finalidad de permitirles que puedan actuar y ejercer por sí mismos los derechos procesales necesarios para impetrar justicia, sin necesidad de esperar o requerir la intervención de terceros que lo representen, como ocurre durante el periodo en que detentan la calidad de menores de edad, lapso durante el cual la decisión queda entregada a parientes o protectores aquellos, que muchas veces y por diversas razones, no denuncian los hechos de manera oportuna, durante el plazo de prescripción, frustrando con ello la posibilidad de la víctima de accionar procesalmente.

**TRIGÉSIMO SEXTO:** *Que, conforme a lo expuesto, y si bien no existe aún un criterio asentado en doctrina y jurisprudencia respecto al alcance que debe atribuirse a dicha norma, parece razonable entender que este plazo ampliado establecido en beneficio exclusivo de los menores de edad víctimas de delito sexuales, cuya prescripción solo empieza a correr cuando cumpla los 18 años, sólo tendrá aplicación en la medida que no se hubiese formulado denuncia alguna por parte de terceros antes que la víctima alcance la mayoría de edad y dentro de los plazos de prescripción de la acción penal, que en este caso, dispone el artículo 5 de la Ley 20.084, atendida la calidad de adolescente que detentaba el encartado a la época de comisión de los hechos; por cuanto en el evento de existir una denuncia oportuna, como ha ocurrido en la especie, la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad penal*

*del hechor, sea adulto o infractor adolescente, debe ajustarse a las reglas que dispone la normativa vigente, y en el caso de los adolescentes, como el encartado ..., a las disposiciones de la Ley 20.084, que contempla un régimen jurídico, cualitativamente diferenciado del de los adultos, que asegura el pleno ejercicio y respeto de los derechos que asisten al encartado adolescente, y también a la víctima menor de edad.*

*En ese entendido, cabe concluir en el caso que nos ocupa, que habiendo mediado denuncia por parte de la madre de la víctima, con fecha 30 de agosto de 2013, es decir, dentro del plazo de prescripción correspondientes, lo que permitió la investigación y juzgamiento oportuno del ilícito que afectó al menor víctima, no resulta aplicable el plazo extendido que prevé el artículo 369 quater del Código Penal, pues los derechos procesales fueron ejercidos en este caso por su representante legal; por lo que rigen las reglas que prevé el artículo 5° de la Ley 20.084 y las generales que contempla el Código Penal en la materia, que se aplican supletoriamente conforme a lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.*

*De lo expuesto se desprende, que debe acogerse en favor del encartado..., en su calidad de infractor adolescente a la época de ocurrencia de los hechos, la aplicación del instituto de la prescripción gradual que contempla el artículo 103 del Código Penal, ya que a la época en que la madre de la víctima denunció el hecho, esto es, el 30 de agosto de 2013, y también al 15 de enero de 2015, fecha de la formalización de cargos, había transcurrido más de la mitad del plazo de cinco años que el artículo 5 establece para la prescripción de la acción penal tratándose del delito de violación de menor que nos ocupa, que comenzó a correr desde el día 31 de diciembre de 2010, tal como lo exige la norma precitada, por lo que en consecuencia, el tribunal considerará el hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante...”.*

## Conclusiones

- Las reglas generales que el Código Penal entrega en materia de prescripción admiten, a contar de la dictación de la Ley 20.207, importantes excepciones toda vez que, tratándose de los delitos sexuales aludidos en el artículo 369 quáter del Código Penal, el plazo de prescripción de la acción penal empieza a correr, para el menor de edad que fue víctima de tales hechos, desde que cumpla dieciocho años.
- La norma implica un aumento indirecto e indeterminado del plazo de prescripción en favor de tales víctimas, existiendo diversas posturas en la doctrina nacional acerca de la naturaleza jurídica del mecanismo que se incorpora al Código Punitivo. Pese a los argumentos de parte de la doctrina en tal sentido, no nos parece equiparable esta institución a la suspensión reglada en el Código Penal.
- En cuanto a la naturaleza de la acción penal (pública inicialmente) a partir del momento en que pervive sólo para la víctima que ha alcanzado la

mayoría de edad, el efecto producido por la norma, como igualmente los términos en que quedó definitivamente redactada, parecen avalar la tesis de que se trata, a partir de tal momento, de delitos de acción pública previa instancia particular.

- Algunos autores se muestran abiertos a la posibilidad de negar aplicación a la norma cuando no se den, en el caso concreto, las situaciones consideradas por el legislador para justificarla, o cuando se acredite que el hecho trascendió, fue conocido, antes de cumplir la víctima los dieciocho años. Según ya se ha señalado, esta interpretación puede limitar severamente la aplicación del artículo 369 quáter, cuya correcto espíritu, así como las obligaciones del Estado de Chile en la materia, se oponen a la reducción de la norma.
- En cuanto a la aplicación de la norma a imputados adolescentes, existen pronunciamientos jurisprudenciales que han ido en direcciones diversas, siendo nuestro parecer que el momento de inicio del plazo de prescripción es una materia no reglada en la Ley 20.084, por lo que resulta plenamente aplicable a los imputados adolescentes el artículo 369 quáter del Código Penal.
- La doctrina parece reacia a la aplicación de la norma a hechos ocurridos antes de su incorporación al Código Penal, pese a lo cual existen pronunciamientos jurisprudenciales que admiten tal posibilidad, fundados en la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

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

---



## INVESTIGAR EN LA WEB: POSIBILIDADES Y FORMAS DE UTILIZAR LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN REDES SOCIALES

*Aldo Vidal Neira<sup>1</sup>*

---

Hoy en día las redes sociales son una fuente de información muy utilizada para cualquiera que quiera conocer el comportamiento cotidiano de los ciudadanos. Cada vez es más común que exista un correlato digital de las acciones y actividades que realizamos en el mundo real. Y en este sentido estas plataformas se vuelven un lugar de interés dentro del ámbito de la investigación penal, siendo posible encontrar información relevante, tales como documentos digitales, declaraciones, mensajes, datos de contexto, referencia o contraste respecto de los sujetos imputados o sus relacionados. En el presente artículo se analizará la forma en que se produce este contenido, las motivaciones de los usuarios, las preguntas sobre la privacidad y la posibilidad de extraer esta información de ellas particularmente en el caso de Facebook. Además algunas características, interesantes de pensar respecto a la búsqueda de información, por ejemplo cómo las redes de contacto de los usuarios pueden ser una muy buena área de información. Finalmente, algunos casos específicos respecto a cómo los Tribunales nacionales han evaluado e incorporado esta información.

### Contexto general

Durante las últimas dos décadas Internet ha transformado la vida cotidiana de gran parte del planeta. Su introducción en el mundo tecnológico es responsable de grandes cambios en los paradigmas de las comunicaciones tradicionales. En un período de tiempo muy corto, la web ha incubado nuevas formas de comunicar y poco a poco los límites establecidos entre lo público y lo privado se van difuminando.

Las “redes sociales” son un ejemplo de este fenómeno. Cuando pensamos en ellas, rápidamente se vienen a la cabeza conceptos como Facebook, amigos, juegos, twitter. Internet, celular. Y es que estas nuevas plataformas ya son parte de nuestro imaginario cotidiano. En la televisión nos invitan a visitar

---

1 Periodista, analista de información Unidad de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

páginas de Facebook<sup>2</sup>, la prensa publica opiniones aparecidas en twitter<sup>3</sup> y fotos sacadas de Instagram<sup>4</sup>.

Cada uno de estos sitios parece estar cada vez más imbuidos en nuestro que-hacer diario. Lo interesante es que casi sin darnos cuenta, estos sitios producen y acumulan información respecto a nuestras actividades más personales. Hoy por hoy, nuestras cuentas en redes sociales son un reflejo de nuestra vida.

Algunos podrán discutir si se trata de un retrato fiel o de una manipulación para exhibir sólo ciertos aspectos a nuestra conveniencia. Sin embargo independientemente de este debate, lo cierto es que cada usuario entrega muy variada información sobre sí mismo, de sus gustos, sus amigos y familiares, sus opiniones, más allá del análisis que podamos hacer sobre la intención de este acto.

Sandra Crucianelli, experta en investigación en la web, define a las redes sociales como comunidades virtuales. Es decir, plataformas de Internet que agrupan a personas que se relacionan entre sí y comparten información e intereses comunes. Luego agrega que “pertenecer a una red social le permite al usuario construir un grupo de contactos, que puede exhibir como su ‘lista de amigos’. Estos amigos pueden ser amigos personales que él conoce, o amigos de amigos. También es muy común integrar a personas que sólo se conocen por la misma red social o Internet”<sup>5</sup>.

En el portal educativo ISFTIC señalan que las redes sociales como las conocemos “concebidas con el propósito de interconectar usuarios que comparten aficiones, amistades, ideas, fotografías, videos y elementos multimedia de todo tipo, han crecido hasta la hipertrofia, engullendo una buena parte del tráfico de información en la Red. Aplicaciones como YouTube<sup>6</sup>, MySpace<sup>7</sup>, Flickr<sup>8</sup>,

- 
- 2 Red social creada por Mark Zuckerberg que permite conectar a amigos o contactos en internet.
  - 3 Un servicio de microblogging que nació para publicar pequeños comentarios de 140 caracteres. Hoy permite publicar fotos, videos, ubicación, etc.
  - 4 Nació como una aplicación para smartphones que permite compartir fotografías con filtros y retoques digitales. Hoy es una red social con uno de los mayores crecimientos de la web.
  - 5 CRUCIANELLI, Sandra. Herramientas digitales para periodistas. Centro Knight para el periodismo en las Américas. Segunda edición 2013. Disponible en <https://knightcenter.utexas.edu/books/HDPP.pdf>
  - 6 Sitio Web en el que los usuarios pueden subir y compartir videos. Fue creado por tres antiguos empleados de PayPal en febrero de 2005. En octubre de 2006 fue adquirido por Google Inc. a cambio de 1.650 millones de dólares, y ahora opera como una de sus filiales.
  - 7 Una de las primeras redes sociales, ha evolucionado siendo utilizada hoy como medio para promocionar, comercializar y distribuir música de manera fácil.
  - 8 Es un sitio web que permite almacenar, ordenar, buscar, vender y compartir fotografías y videos en línea.

Orkut<sup>9</sup> o Facebook, además de ocupar el ranking absoluto de los lugares más visitados de Internet, constituyen un auténtico fenómeno de masas<sup>9,10</sup>.

El público más joven es el que más rápidamente ha incorporado estas nuevas herramientas a su vida cotidiana. Es lógico si consideramos que los menores de 18 años nunca han conocido un mundo sin internet. Mientras la generación que bordea los 24 años comenzó su educación primaria en un mundo en red, una distinta a la actual, pero red al fin y al cabo.

De todas formas, viviendo en un mundo 2.0, no sólo las nuevas generaciones se han vuelto más exhibicionistas y multitareas (dos características de esta nueva era), sino también aquellos que se han ido incorporando de a poco al mundo digital. Por ejemplo, lo que hace dos décadas era un diario personal o una conversación privada, ahora se ha convertido en un blog o unos mensajes publicados en una red social.

En Chile el uso de este tipo de plataformas es generalizado y ya forma parte de las prácticas más naturalizadas y cotidianas. Basta mirar algunas estadísticas para confirmar lo extendido del fenómeno. Según el último Informe Mundial sobre el Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación, elaborado por el Foro Económico Mundial, Chile se convirtió en el primer país en uso de tecnologías de Latinoamérica<sup>11</sup>.

Respecto a las redes sociales las cifras son igual de contundentes. En el caso de Facebook, el país contaba con casi 11 millones de usuarios en 2014. Otra red popular es LinkedIn, donde las personas entregan su historial profesional y académico para encontrar nuevas oportunidades laborales. En Chile existen cerca de 500.000 perfiles en esta red social<sup>12</sup>.

La pregunta que surge, considerando este contexto, es si estamos aprovechando este caudal de información para fines investigativos, como también cómo abordar toda esta información a la hora de incorporarla en una investigación penal. En este punto vale la pena analizar la forma en cómo se produce esta información, cuáles son las reglas en que se mueven los usuarios de las redes sociales, para así reflexionar sobre cuáles son las posibilidades de obtener y utilizar este tipo de datos.

---

9 Comunidad online con enfoque en la vida social. Su principal nicho es Brasil donde tiene gran popularidad.

10 CASALES MARTÍNEZ, Antonia. "Presentaciones on-line y redes sociales educativas". En: Revista Electrónica de Tecnología Educativa, Edutec, Número 38, Barcelona, España, Diciembre 2011, págs. 5-10.

11 BEÑAT BILBAO, OSORIO. SOUMITRA DUTTA, Bruno. Editors. The Global Information Technology Report 2014 [en línea], Geneva, World Economic Forum. 2014. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalInformationTechnology\\_Report\\_2014.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalInformationTechnology_Report_2014.pdf) [fecha de consulta: 10 de enero de 2016].

12 Idem.

## El “yo” digital

La identidad se define en términos generales, como “la concepción y expresión que tiene cada persona acerca de su individualidad y acerca de su pertenencia o no a ciertos grupos”<sup>13</sup>. Cada ser humano elabora su identidad sobre la base de elementos como su historia personal, su lugar de origen, sus gustos, etc.

La socióloga holandesa Saskia Sassen afirma que hoy en día “las nuevas tecnologías nos imponen tener una identidad digital”<sup>14</sup>. Lo interesante es que a diferencia de la identidad “analógica”, nuestro perfil en la web no necesariamente podría coincidir con la vida real.

“Estar en el ciberespacio significa tener una representación de uno mismo, una identidad digital que se va construyendo a partir de la propia actividad en Internet y de la actividad de los demás”<sup>15</sup>.

En internet la identidad se construye a partir de fragmentos diseminados en las distintas plataformas y redes disponibles. Lo que decimos en foros o sitios webs, las fotos que publicamos, los link que visitamos, todo es susceptible de ser visto por otros usuarios y configuran nuestros rasgos y hábitos digitales. De esta se forma, permitimos que nos identifiquen a través de los datos que compartimos en nuestras redes, como Facebook, Twitter, LinkedIn etc.

Podemos decir entonces que la unidad básica de una identidad online es un perfil de usuario, el que cada uno construye en distintas comunidades o sitios web. Algunos utilizan nombres reales, otros nombres de fantasía o seudónimos.

En este punto conviene clasificar los tipos de redes sociales existentes para así entender la naturaleza de los datos compartidos y cómo estos pueden configurar una identidad online. Dentro del universo de internet hay varias clasificaciones para las redes sociales. Por ejemplo podemos decir que existen “las redes personales” en las que el énfasis está puesto en la comunicación con amigos o familiares. En este caso, Facebook es el mejor y más popular ejemplo.

13 Definición de Identidad [en línea]. Disponible en: <http://definicion.de/identidad/#ixzz3wwtBrBrf> [fecha de consulta: 11 de enero de 2016].

14 ROMERO, Pablo. “Nuevas tecnologías y el poder de los sin poder” [en línea], Madrid, España. El Mundo.es, 2005. Disponible en: <http://www.elmundo.es/navegante/2004/05/18/entrevistas/1084872101.html>

15 GIONES-VALLS, Aina. SERRAT-BRUSTENGA, Marta. La gestión de la identidad digital: una nueva habilidad informacional y digital [en línea], Barcelona, España, BID. Disponible en: <http://bid.ub.edu/24/giones2.htm> [fecha de consulta: 11 de enero de 2016].

También existen “redes de actualización de estado”, donde la idea es transmitir información de forma instantánea. En este caso Twitter y Tumblr son las más destacadas. También hay “redes de ubicación”, vinculadas principalmente a las posibilidades que otorgan los teléfonos móviles con GPS y cuya función es compartir tu ubicación en tiempo real, ya sea al público general como ocurre en Foursquare<sup>16</sup>, o a usuarios específicos para contactarse directamente como es el caso de Tinder<sup>17</sup>.

Otra gran categoría serían las “redes de intercambio de contenido”. Estas son plataformas diseñadas para compartir contenidos como música, fotografías y vídeo. Dentro de los más conocidos se encuentran Youtube, Flickr e Instagram. Finalmente, también podemos mencionar las “redes de interés compartido” que se construyen en torno a un ámbito o tema específico, por ejemplo LinkedIn, una red creada para difundir tu experiencia profesional y encontrar nuevas oportunidades. Dentro de este escenario, podríamos decir que cada usuario deja constantemente “huellas digitales”, datos que pueden rastrearse y configurar tu “información pública”. El debate que surge en este contexto se refiere a cuáles son los límites de la privacidad en red.

Aunque siempre la responsabilidad es de cada usuario como señala Leonel Erlichman: “Las tecnologías nos proporcionan las herramientas, las personas proporcionamos la información, el contenido, etc.”<sup>18</sup>.

## La privacidad en red

En términos sencillos lo que hace la mayoría de las personas en cualquier red social es entregar y recibir información. Se trata con mucha frecuencia de momentos íntimos, cotidianos, familiares: celebraciones, viajes, cumpleaños, etc. Lo que para cualquier observador puede configurar un cuadro respecto a la vida de una persona en particular.

En este punto aparece la pregunta sobre la privacidad. El límite entre lo público y lo privado. Según la RAE privacidad se define como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”<sup>19</sup>. En internet, en cambio el concepto da muestra de un matiz sutil, pues se trata de la capacidad de controlar quién puede y quién no, acceder a un determinado contenido.

---

16 Servicio basado en localización web aplicada a las redes sociales.

17 Aplicación geosocial que permite a los usuarios comunicarse con otras personas con base en sus preferencias para charlar y concretar citas o encuentros.

18 ERLICHMAN, Leonel. *Sobreexposición personal en la Red: de lo privado a lo público*. Madrid, España, Bubok Edición Digital, 2012.

19 RAE [en línea]. “Privacidad”. Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=privacidad> [fecha de consulta: 12 de enero de 2016].

Esta es la paradoja de las redes sociales, pues fueron creadas para compartir información, no para restringirla. Por lo tanto quienes interactúen en ellas, deben estar dispuestos a compartir ciertos datos, aunque sea con grupos reducidos. Siguiendo está lógica cuando un contenido comienza a circular, incluso entre grupos pequeños y confiables, es muy difícil asegurar que no se rompa la esfera de “privacidad” y la información no salga hacia el resto de la red.

Ningún usuario puede controlar la forma de comportarse de sus contactos respecto a un contenido que publique. Cualquiera puede copiar y republicar la información, etiquetarla en otros foros. Por eso las redes sociales explicitan en sus políticas de uso que es responsabilidad del dueño de la cuenta con quien comparte su información, aludiendo a este tipo de riesgos.

Lo anterior, tiene una importancia práctica muy relevante en materia de investigaciones penales, ya que no existen justificaciones plausibles para sostener que la información obtenida de redes sociales, no pueda ser utilizada por un fiscal, siendo que esta información fue proporcionada directamente por el imputado, habiendo confirmado expresamente las políticas de uso de la red social.

Bajo esta premisa habría que recordar una sentencia muy clara: “Si algo es público no es privado”. Y un contenido que se difunda en internet, un lugar en el que hoy por hoy la mayoría está de acuerdo, es el espacio donde el anonimato desaparece, difícilmente podrá ser privado.

“En internet la privacidad depende del tipo de actividad que el individuo realice. Las actividades que de antemano un individuo puede suponer son privadas en realidad no lo son, no existe ninguna actividad ni configuración de equipos o servicios en línea que garanticen la absoluta privacidad de los usuarios y de su información”<sup>20</sup>, señala Leonel Erlichman.

“Prácticamente todo lo que se transmite por internet puede archivar, incluso los mensajes, los archivos que consulta y las páginas que se visitan, mediante dispositivos como cookies, los navegadores y los sistemas de analítica web. Los proveedores de acceso a internet así como los sitios web tienen la capacidad de recopilar dicha información”<sup>21</sup>.

Cesar Hidalgo, profesor del Media Lab del Massachusetts Institute of Technology, afirma que: “La gente tiene que aprender que las expectativas de privacidad dependen del medio y del mensaje. Si hablas por teléfono, mandas un correo electrónico, esas expectativas son altas si posteas algo en Facebook son bajas. Y en este caso no se trata de un diario íntimo que guardas debajo

20 ERLICHMAN, Leonel. “Sobreexposición personal en la Red: de lo privado a lo público”. Madrid, España. Bubok Edición Digital, 2012.

21 Ídem.

de un botón. Cuando escribes algo en Facebook sabes que hay una opción que dice compartir”<sup>22</sup>.

Ya lo dice Facebook en sus políticas de uso: “Decidir hacer pública tu información significa exactamente eso: que todos podrán verla, incluidas las personas que no pertenecen a Facebook. (...) Decidir hacer pública tu información significa también que esta información puede asociarse contigo (es decir, tu nombre, fotos del perfil, fotos de portada, biografía, identificador de usuario, nombre de usuario, etc.), incluso fuera de Facebook”<sup>23</sup>.

En síntesis, uno podría señalar que al subir información a Facebook las personas no pueden pretender una mínima expectativa de privacidad, ya que están subiendo la información a una red social que está estructurada para compartir y difundir dicha información.

## Producir información

Desde esta perspectiva se puede señalar que hay dos tipos de información producida por los propios usuarios de internet. Las que ellos mismos comparten y entregan de forma voluntaria, y la información que es obtenida o recopilada a través de métodos de seguimiento electrónico.

Dentro del primer tipo, ocurre muy frecuentemente que los usuarios no se dan el tiempo de revisar la configuración de privacidad y un contenido que ellos creen es sólo para sus “amigos” o usuarios autorizados, en realidad es público para cualquiera incluso fuera de la red social.

Este tipo de publicaciones aparecen en diversos formatos como fotos, mensajes, ubicación, edad, sexo, datos biográficos, historial laboral etc. Respecto a estas categorías cada usuario define qué será “público” y cuál estará disponible para usuarios específicos (amigos, grupos etc.), como ocurre en el caso de Facebook.

Sin embargo, de acuerdo a las políticas de uso de la mayoría de las redes sociales, nunca es posible restringir del todo los datos. Hay categorías de información que siempre son públicas. Esto sin considerar que las políticas de uso y privacidad están en constante actualización.

Un ejemplo de esta situación ocurrió con Google que hace un par de años decidió unificar todos sus productos en una sola cuenta. Antes cada una requería una identificación y clave, ahora todas se acceden desde la misma

---

22 Entrevista. “Si digo una tontera en twitter, es culpa mía no de twitter”. La Segunda 18-01-16 [en línea]. Disponible en: <http://impresa.lasegunda.com/2016/01/18/A/fullpage#slider-16> [fecha de consulta: 18 de enero de 2016].

23 Facebook, políticas de datos. Disponible en: <https://es-es.facebook.com/about/privacy/> [fecha de consulta: 14 de enero de 2016].

cuenta. Mail, red social, nube, blog y un largo etcétera centralizados en una sola cuenta.

La segunda forma de obtener información de cuentas de redes sociales es a través del seguimiento electrónico. Muchos sitios consiguen datos muy concretos de sus usuarios a través de la utilización de “cookies”. “Estos dispositivos siguen los pasos que un usuario da en la red entre un sitio y otro y los acumulan para elaborar perfiles sobre su comportamiento en la red”<sup>24</sup>. Muchos de estos sitios advierten a sus usuarios antes de ingresar que la plataforma cuenta con “Cookies” y que aceptan navegar dentro de él, asumen también la presencia de estas herramientas que vigilarán sus pasos para luego traspasar esa información a publicistas u otras empresas.

“En el contexto de las redes sociales, también vale la pena mencionar las aplicaciones de terceros, programas que interactúan en las redes sociales sin ser parte de ellas. Estas aplicaciones toman muchas formas, pero incluyen algunas típicas y populares como juegos, encuestas o software de diverso tipo para agregar funcionalidades a los usuarios”<sup>25</sup>.

Un último punto en este aspecto sería la posibilidad inversa. Un usuario que decida que quiere participar de las redes pero no identificarse ni compartir su información. La posibilidad del anonimato es una fórmula que muchos usuarios intentan practicar utilizando nombres ficticios y entregando datos falsos.

En este sentido hay dos grandes modelos respecto a esta situación dentro de las redes sociales y que podemos ejemplificar en dos redes: Facebook y 4Chan respectivamente. Mark Zuckerberg, dueño y fundador de Facebook, defiende la idea de transparencia y ha instaurado varias modificaciones para exigir que sus usuarios utilicen sus identidades reales, pues para él promueve un mejor uso de la red. Su buena intención sin embargo ha traído errores no forzados como borrar cuentas de artistas o personajes cuyo nombre de fantasía es parte de su identidad analógica.

En la otra esquina está Christopher “Moot” Poole, creador de 4chan<sup>26</sup>, una red que se ha hecho conocida por ser utilizada por hackers y espías, y que defiende el derecho del usuario a no mostrarse, lo que para “Moot” Poole redundaría en mayor libertad de expresión y creatividad.

24 ERLICHMAN, Leonel. “Sobreexposición personal en la Red: de lo privado a lo público”. Madrid, España. Bubok Edición Digital, 2012.

25 Ídem.

26 Sitio social donde cualquier usuario puede postear diferentes formatos de información (fotos, vídeos, textos) de forma anónima.

## Amigos digitales

Un aspecto interesante a la hora de analizar un perfil de usuario, desde el punto de vista de la información relevante respecto a la vida “real” de un sujeto, es su red de contacto. ¿Quiénes conforman sus amigos, es posible identificar lazos familiares, labores, etc.? Muchas veces sí, ya que varias redes sociales permiten hacer clasificación.

Este es un aspecto que varios estudiosos del mundo de las redes y del comportamiento social, han investigado y analizado esta función. La premisa de varias de las investigaciones apunta a que efectivamente, nuestro círculo social en red, puede decir muchas cosas sobre nosotros. Se puede decir, que en este tipo de plataformas funciona el viejo refrán “dime con quién andas y te diré quién eres”.

Por ejemplo, un estudio realizado en el Reino Unido por una fundación dedicada a combatir la fibrosis quística, encontró que una persona tiene el doble de amigos en las redes sociales que en el mundo real y que tiende a ser más abierta, confiada y sincera con sus amigos virtuales que con los reales<sup>27</sup>.

Siguiendo esta premisa un trabajo presentado en la Universidad de Maryland<sup>28</sup> aborda cómo alguien interesado en recopilar información, puede explotar una red social en línea con una mezcla de perfiles de usuarios públicos y privados para predecir los atributos personales de estos.

Los autores de ese estudio lograron demostrar en varios sitios sociales reconocidos (el trabajo analiza entre otros Flickr y Facebook) que es posible fácilmente y con un nivel de exactitud importante, recuperar información privada de los perfiles de los usuarios a través de sus amigos. Se concluyó que los lazos de “amistad” pueden ser portadores de información significativa.

Por ejemplo se intentó predecir el género (sexo) del usuario y su filiación política, utilizando tres fórmulas: mixtas, sólo por enlaces de amistad, o por grupos de pertenencia. El resultado alcanzado fue de un 77% de acierto en género y un 58% de acierto en filiación política<sup>29</sup>.

En este mismo sentido, otro estudio realizado en la universidad de Texas, llamado “inferring Private Information Usin Social Network Data”<sup>30</sup>, basán-

27 ERLICHMAN, Leonel. “Sobreexposición personal en la Red: de lo privado a lo público”. Madrid, España. Bubok Edición Digital, 2012.

28 Protección online.com “Los peligros de ser adictos a las Redes Sociales”. Disponible en: <http://www.protecciononline.com/tecnologia/tecno-adiccion-los-peligros-de-ser-adictos-a-las-redes-sociales> [fecha de consulta: 14 de enero de 2016].

29 Ídem.

30 HEATHERLY Raymond, KANTARCIOGLU, Murat. “Inferring Private Information Using Social. Network Data” Texas, USA [en línea]. Disponible en: <http://www.utda->

dose en el hecho de que los usuarios cada vez utilizan más las redes sociales y comparten en ellas todo tipo de información personal, concluye que cualquier organización, utilizando diferentes algoritmos, puede prever o inferir información personal no divulgada directamente por el usuario.

Ambas investigaciones dejan patente que los “amigos” y contactos de un usuario, pueden ser una fuente alternativa a la hora de intentar conocer su comportamiento en línea, con la perspectiva que probablemente sus actitudes y hábitos cibernéticos se replican en la vida real.

### ¿Herramienta investigativa?

La idea de que este tipo de plataformas puede ser una herramienta para combatir el crimen y la delincuencia lleva circulando varios años en distintos países y con diferentes enfoques. La práctica ha demostrado que efectivamente puede ayudar a identificar delincuentes o ayudar a resolver casos. Desde este punto de vista, y pensando que es posible acceder de forma pública, sin intervenir de forma indebida, a un perfil sólo visitándolo y analizando los datos que comparte libremente, ¿cómo utilizar esta información?

Un ejemplo de esta práctica es el Departamento de Policía de Nueva York, que formó una unidad específica para vigilar las redes de comunicación social como forma de intentar adelantarse y combatir más eficazmente la criminalidad. “Su objetivo es atrapar a los criminales que usan Facebook y Twitter principalmente, anunciando sus planes para violar la ley o alardeando de los crímenes que cometieron”<sup>31</sup>.

La idea que subyace a unidades de este tipo, es que a través de las redes sociales es posible rastrear información sospechosa, y anticiparse a situaciones que puedan resultar violentas o peligrosas.

El investigador español Juan Carlos Ruiz Padriño, desarrolla el concepto de “ciberpatrullaje” en relación a la necesidad de las policías de focalizar esfuerzos de investigación también en la web para combatir los delitos. “El uso de la tecnología en las legítimas tareas de investigación por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no es en absoluto algo novedoso, sino el resultado de una continua evolución paralela al propio desarrollo de la humanidad”<sup>32</sup>, señala.

---

llas.edu/~muratk/publications/www09pp242-lindamood.pdf [fecha de consulta: 15 de enero de 2016].

31 ERLICHMAN, Leonel. “Sobreexposición personal en la Red: de lo privado a lo público”, ob. cit.

32 RUIZ PRADILLO, Juan Carlos. *La investigación del delito en la era digital*. Estudios de Progreso, Fundación alternativas, 2013.

## El difuso mundo cibernético

Sin embargo, una vez obtenida información que puede ser relevante, aparece el problema acerca de los parámetros para evaluarla o utilizarla en un proceso judicial. En este sentido, el nuevo escenario que significan las interacciones virtuales y la falta de normas específicas de comportamiento, hacen de las redes sociales un lugar en que los códigos aún están “en construcción” y donde por ahora lo que impera es el sentido común y la inteligencia colectiva.

Por eso a la hora de evaluar la comisión de un delito o la utilidad de un dato extraído de estas plataformas, las referencias sean difusas.

Un ejemplo interesante, respecto a los desafíos que presentan este tipo de casos, ocurrió en Colombia en el año 2009. El caso comenzó cuando Nicolás Castro, un joven de veintitrés años, fue acusado de crear un grupo en Facebook titulado “Me comprometo a matar a Jerónimo Uribe hijo de Álvaro Uribe”. La página describía al grupo “para aquellos que quieran vengarse del bellaco tirano, gobernante ilegítimo, masacrador, genocida, cobarde, monstruo llamado Álvaro Uribe Vélez, asesinando a su no menos criminal, y no menos bárbaro hijo Jerónimo Uribe”<sup>33</sup>.

El grupo fue creado en el mes de marzo de 2009 por un usuario de Facebook registrado como “El cuervo del salado”. Esta información permaneció en el ámbito propio de la red social sin mayor repercusión, hasta la mañana del 9 de julio de 2009, cuando un periodista de Caracol Radio, informó a la opinión pública de la existencia del referido grupo. Ese mismo día el grupo fue eliminado.

Enterado de la noticia, en horas de la noche, Nicolás Castro cerró su perfil en Facebook, sin embargo fue identificado, capturado y privado de la libertad el 2 de diciembre de 2009. La Fiscalía Nacional de Colombia le imputó cargos por “instigación para delinquir con fines terroristas”.

Nicolás estuvo 139 días preso, y después de casi dos años fue absuelto. “Si bien se acreditó la materialidad del hecho investigado, no ocurrió lo mismo en relación con la responsabilidad de Castro”<sup>34</sup> señaló el fallo.

Al momento de emitir su veredicto, el tribunal se pregunta: “¿En qué momento el usuario Nicolás se convirtió en Nicolás Castro? Y de ser ese el caso, por qué se afirma que fue éste quien creó el grupo, cuando del mismo informe y del dicho de los policiales que lo presentaron, se concluye que se

33 UPEGUI MEJÍAS, Juan Carlos. “Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal”. En: *Revista Derecho del Estado*, n°25, diciembre de 2010, págs 159-192 [en línea]. Disponible en: <http://docplayer.es/10788203-Libertad-de-expresion-redes-sociales-y-derecho-penal-estudio-del-caso-nicolas-castro.html>

34 Ídem.

trata de un perfil diferente al del creador y administrador ‘Cuervo del salado’, pues únicamente aparece relacionado por publicar un comentario en el muro de éste, además de que ni siquiera se le señale como uno de sus 12 miembros”, señala el juzgado. ¿Por qué no se investigó a los otros 12 miembros del grupo?...”<sup>35</sup>.

El fallo reflexiona sobre las actividades en la red social de Nicolás, sus posteos y la relación con los otros integrantes del grupo. El juzgado consideró que los elementos materiales de prueba y evidencia obtenida mediante investigaciones, búsqueda selectiva en base de datos, allanamientos, incautaciones de equipos de cómputo y USB, entre otros, “no se logró establecer que el autor de la incitación pública a matar fuera el procesado, a través de una cuenta llamada ‘Cuervo del salado’”.

## Casos en Chile

En Chile la discusión sobre cómo se utiliza y que implicancias tiene la información producida en redes sociales aún no está del todo resuelta. La mayoría de los casos donde aparece este debate ocurre en recursos de protección, que han sido analizados por diferentes cortes de justicia a lo largo del país, cada uno con criterios diferentes.

Un ejemplo interesante ocurrió en septiembre del 2010 cuando la Corte de Apelaciones de San Miguel dictó una sentencia en que considera a Facebook como un medio de comunicación social y no una página privada para efectos de ejercer libremente el derecho a opinar.

La causa se produjo porque una ex voluntaria de la Segunda Compañía de Bomberos Arturo Prat de Talagante presentó un recurso de protección en contra del Consejo Superior de Disciplina de la institución por “haber incurrido en el acto ilegal y arbitrario de expulsarme de la Institución por un período de 5 años”<sup>36</sup>.

La voluntaria se enteró que cerrarían la Guardia Nocturna de la Segunda Compañía, a la cual ella pertenecía. A raíz de eso, hizo comentarios en Facebook, según ella señaló “una página de Internet privada para comunicarse con amigos y familiares”.

La mujer agrega que el día 13 de mayo de 2010 fue citada para presentarse ante el Consejo Superior de Disciplina del Cuerpo de Bomberos de Talagante, sin haber tenido conocimiento “de qué hechos, conductas u omisiones constituían dichas infracciones”, hasta que se presentó ante el Consejo. El cargo por el que fue expulsada de la institución fue “difundir por Facebook

35 Ídem.

36 Corte de Apelaciones de San Miguel, 25 de septiembre de 2010, Rol N°140-2010.

comentarios de las resoluciones disciplinarias, expresiones de insolencia hacia los Oficiales Generales de la Institución”.

La contraparte señaló que al realizar comentarios y cuestionamientos a una decisión adoptada por los oficiales del Cuerpo y sus instituciones, estaba incumpliendo los Estatutos y Reglamento de la institución que impiden hacer declaraciones públicas sin autorización.

La Corte concluyó que “es público y notorio que ‘Facebook’ es un medio de comunicación masiva, al cual adscriben millones de personas en todo el mundo, y mal puede ser calificado como página de Internet privada para comunicarse con amigos y familiares, como pretende la recurrente”<sup>37</sup>. Con esta argumentación el recurso fue descartado.

Otro ejemplo interesante, en relación a cómo la justicia ha evaluado la información disponible en Facebook, ocurrió en julio del 2014 cuando la Corte de Apelaciones de Valparaíso falló en relación al uso sin autorización por parte de un canal de televisión de imágenes personales de un usuario publicadas en Facebook.

El conflicto se inició debido a un reportaje del programa de Canal 13, Bienvenidos, quien realizó un reportaje sobre el pastor de una iglesia en Valparaíso. Si bien el pastor aludido se negó a dar entrevistas, los reporteros utilizaron las imágenes disponibles en su cuenta de Facebook para identificarlo en el reportaje.

En primera instancia la Corte de Apelaciones le dio la razón al pastor y consideró que se estaba vulnerando el derecho al respeto y protección a la vida privada y de su familia. Sin embargo al acudir a la Corte Suprema, esta consideró que aunque las imágenes estaban dentro un perfil personal, el hecho que no estuvieran restringidas para ningún usuario permitía su uso fuera de la red.

“Independiente de cuál haya sido la finalidad con que fueran conseguidas las fotos, lo cierto es que las imágenes captadas del actor no se obtuvieron en forma oculta, ya que se trata de imágenes que siempre estuvieron a disposición de quien quisiera verlas, en cuanto el actor las tenía incorporadas en su perfil de Facebook sin ningún tipo de restricción en cuanto a quienes pueden acceder a ella, por lo que una vez que las referidas fotografías fueron publicadas en una red social abierta al público no puede pretenderse una exclusividad sobre ellas, configurándose, en consecuencia, la existencia de un interés público real, el cual constituye un límite expresamente reconocido por el legislador respecto del derecho constitucional a la propia imagen” (Corte Suprema, considerando 7°)<sup>38</sup>.

---

37 Ídem.

38 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 15 de julio de 2014, Rol N°21499-2014.

Finalmente, una última sentencia que confirma la vigencia de las discusiones presentadas anteriormente es el caso analizado por la Corte de Apelaciones de Temuco, de la que se extrae un dato interesante, pues el recurrente reconoce que la información expuesta en Facebook fue obtenida por comentarios de terceros.

Esta causa aborda el conflicto entre un carabinero que fue dado de baja por proferir amenazas hacia su jefe en Facebook.

El carabinero en cuestión cuenta que sus comentarios en la red social “fue solo una manera de descargar la rabia, molestia e impotencia por los malos tratos recibidos hacia su persona, agregando que se debió obtener autorización judicial para intervenir cuenta privada”.

“Ante la pregunta de la Corte manifestó que lo expuesto en la red social Facebook se había obtenido por comentarios de terceras personas hacia los superiores y no por el hecho de que la Institución o el recurrido hubiera obtenido alguna clave para ingresar al Facebook del actor (...) actor a través de su red social expone a un número determinado de personas sus comentarios sin que exista prohibición de que aquellos terceros que lo reciben puedan comentarlo con otras personas”<sup>39</sup>.

Es interesante señalar que en esta causa, al momento de ser revisada por la Corte Suprema, se produjo un debate interno que terminó con dos votos en contra de la ratificación de la sentencia. Entre los votos disidentes estaba el ministro Muñoz quien argumentó:

“Cabe precisar que Facebook es un sitio web que permite a sus usuarios el poder comunicarse e intercambiar opiniones entre ellos, para lo cual el interesado debe solicitar autorización expresa a un tercero para incorporarlos en sus contactos y dicho tercero solo se integrara a los mismos luego de consentir expresamente en ello, de lo que se desprende que sólo entre quienes así han consentido la información y sus comunicaciones es pública, no existiendo habilitación para que dicha información sea utilizada por otras personas”<sup>40</sup>.

De todas formas su opinión fue minoritaria y la sentencia terminó ratificada y en favor del argumento de que la información publicada en un perfil de Facebook puede ser reproducida y extraída de la red social sin expresa autorización de su autor.

---

39 Corte de Apelaciones de Temuco, 28 de junio, 2012, Rol N°684-2012.

40 Ídem.

## La Fiscalía y Facebook

En la actualidad, la Fiscalía de Chile no ha quedado aislada a la utilización de este tipo de información. En el caso de la investigación penal, hay dos ejemplos interesantes respecto a la forma en que estos datos pueden ser útiles para una investigación: los casos “Eterna” y “Montoya”.

En la primera causa se investigó a una banda dedicada al robo de cajeros automáticos integrada por adolescentes. El punto es que estos jóvenes publicaban en sus perfiles de Facebook, fotos con dineros y autos sustraídos y también con el poder de fuego y armas que tenían.

A lo largo de la investigación la policía comenzó a monitorear las cuentas y pudo comprobar ciertas actividades y contrastarla con las escuchas. En su declaración el inspector José Acuña explica la forma en que obtuvieron la información:

“Se realiza primero una consulta sobre apodos y nombres en Google, que arrojó resultados en Facebook, en donde existía información sobre perfiles de las personas integrantes de la banda y de imágenes útiles a esta investigación. Facebook es normalmente un medio de comunicación que usan estos jóvenes para comunicarse entre ellos, con su familia y también para posicionarse entre grupos de individuos existentes en las poblaciones. Tratan de demostrar en la red algún tipo de liderazgos y son perfiles a los que cualquier persona puede acceder desde algún otro perfil de Facebook. Se reunió la información solicitada y fue entregada al Ministerio Público”<sup>41</sup>.

Las declaraciones hechas por los imputados, sus fotografías y contactos, sumados a otras fuentes de información sirvieron para determinar y comprobar su participación en los delitos investigados.

La segunda causa, aborda un escenario más complejo. En el contexto de una investigación por delitos terrorista se detiene a un sospechoso de colocar una bomba incendiaria y en el marco de la flagrancia se le incauta el celular y se revisa.

A partir de ese dispositivo se accede a la cuenta personal de Facebook del detenido y se obtiene información que se considera relevante para la imputación. El fiscal luego solicita una orden para periciar el celular y las cuentas a las que se puede acceder desde el aparato. La discusión radica en la licitud de la información obtenida en primer lugar. Durante el proceso el fiscal argumenta que todas estas acciones eran perfectamente válidas dentro del contexto de la investigación.

41 Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 30 de junio del 2014, Rit 23-2014.

“Al respecto agregó que se había tratado de desacreditar ese medio de prueba, y en particular desacreditar la licitud y legalidad del proceso por el cual se obtiene ese medio de prueba; sin embargo –refutó– el testigo M. dio razón de su dichos en orden a que entendía que se contaba con una orden judicial para acceder a ese teléfono incautado al detenido en situación de flagrancia, lo que no era menor pues en situación de flagrancia se podía efectuar esas revisiones, pero además era importante señalar que con posterioridad y dentro de la audiencia a la cual compareció la propia defensa se solicitó autorización para realizar pericias a esos aparatos, entre ellos el teléfono, y acceder a sus archivos, el tribunal dio la autorización correspondiente, la defensa no se opuso a ello ni las diligencias anteriores, pero además de eso se realizaron otras diligencias que llevaron al mismo resultado, es decir nuevamente se ingresó al Facebook, se estamparon esas pantallas de la comunicación todo ello con la respectiva autorización judicial”.

Sin embargo, el TOP desestimó las pruebas obtenidas a partir del perfil de Facebook por infringir garantías constitucionales, pues “funcionarios policiales, sin autorización judicial revisaron conversaciones privadas que constaban en un soporte electrónico; sin que pudiere sanarse a posteriores tal infracción constitucional<sup>42</sup>”.

“Muy a posteriori, en audiencia del día 13 de diciembre de 2013 se obtuvo autorización judicial, pero ello no podía sanear el vicio ya provocado en la obtención de esta prueba por expresa disposición del artículo 160 que lo proscribía el saneamiento de vicios que afecten Derecho y Garantías reconocidos en la Constitución. Tampoco resulta aquí pertinentes las reglas de la detención en situación de flagrancia del artículo 134 del Código Procesal Penal la facultad de registro se limita a las vestimentas, el equipaje, y el vehículo; y nada se agrega sobre soportes electrónicos<sup>43</sup>”, señala la sentencia.

Este tipo de situaciones abren una interesante discusión respecto al alcance de las órdenes de incautación, de los procedimientos en estos casos, y cómo abordar las pericias a nuevos dispositivos electrónicos que comúnmente no contienen datos sino accesos a plataformas virtuales remotas.

## Conclusiones

En términos generales las redes sociales son una fuente de información que crece cada día, alimentada por sus propios usuarios. La tendencia en el mundo y en Chile en particular, es a su uso masivo, por lo que existe múltiple información circulando en la web.

42 Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, 15 de junio de 2014, Rit 24-2014.

43 Ídem.

Los usuarios construyen una identidad digital a partir de la información que despliegan en diferentes sitios de esta naturaleza. Teniendo esto en cuenta, dentro de una investigación judicial puede ser relevante la búsqueda y análisis de esta identidad cibernética para contrastarla con fuentes más tradicionales que respecto a la identidad “analógica” del sujeto.

Al revisar las políticas de uso de la red más utilizada, Facebook, es posible afirmar que cualquier usuario es consciente que no restringir la información compartida permite a cualquier cibernauta, incluso fuera de la red social, revisar estos datos. Además muchas veces estas plataformas permiten a través de los contactos del usuario conocer información de éste. De esta forma, la investigación dentro de estas plataformas sería relativamente sencilla y correcta.

Considerando lo anterior, la información de naturaleza pública (determinada así por los propios usuarios que la comparten) puede ser utilizada en investigaciones penales. Aún más, dentro de la lógica de una fiscalía moderna, este tipo de plataformas no deberían ser espacios extraños sino fuentes de consulta regulares, en la medida que puedan enriquecer o iluminar aspectos de la investigación de delitos.

Dentro de esta dinámica, la Fiscalía ha creado durante los últimos años manuales y guías<sup>44</sup> respecto a la forma de utilizar y aprovechar estas nuevas plataformas. Se hace recomendable que las nuevas unidades de análisis criminal cuenten con herramientas y profesionales que puedan utilizar estas redes sociales como un vehículo para complementar las investigaciones de forma más integral.

Aunque en la etapa siguiente, el debate sobre cómo se interpretan estos datos aún es reciente y poco claro en muchos aspectos, los tribunales nacionales han abierto la puerta a la utilización de este tipo de información, ponderando la dinámica propia de las redes sociales versus las alegaciones de violación al derecho a la privacidad. En este sentido, la tendencia se ha inclinado hacia la idea de que el sujeto no puede tener una alta expectativa en este sentido si publica información en este tipo de plataformas sociales .

Si bien aún es pronto para zanjar la discusión, pues hay pocos datos al respecto dentro de juicios orales, y el caso a caso sigue siendo la filosofía más frecuente, varios fallos dan luces de que una interpretación plausible y razonable, de parte del Ministerio Público, es que las redes sociales serían fuentes

---

44 Desde el 2012, ULDDCO actualiza anualmente la guía “Redes sociales y otras herramientas para la investigación”, donde se detallan las distintas plataformas existentes y la información que se puede extraer de ellas. Disponible en: [http://mpintra/ulddco/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=311&limit=15&limitstart=0&order=name&dir=DESC&Itemid=159](http://mpintra/ulddco/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=311&limit=15&limitstart=0&order=name&dir=DESC&Itemid=159)

de libre acceso, en la medida que el usuario no las restrinja, considerándolos, incluso, no sitios personales y privados, sino medios de comunicación masiva. Bajos estos conceptos la revisión de este tipo de sitios debería ser frecuente y podría otorgar luces en muchos sentidos para cualquier tipo de investigación que realice la institución.

## BREVE SÍNTESIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE RECHAZA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 12 TRANSITORIO DE LA LEY N°20.720

Verónica Rosenblut Gorodinsky<sup>1</sup>

### I. Antecedentes

Con fecha 1° de octubre de 2015, el Tribunal Constitucional rechazó una acción de inaplicabilidad interpuesta en contra del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720<sup>2</sup>, por un imputado que fue acusado por el Ministerio Público como autor de diversas hipótesis de quiebra culpable y fraudulentas contempladas en los artículos 219 y 220 del Libro IV del Código de Comercio, con la finalidad de evitar que dicho precepto fuera aplicado en el proceso penal del cual el imputado era objeto, e impedir que el órgano persecutor pudiera preparar el juicio oral a que daría lugar la acusación formulada en su contra.

El precepto legal impugnado, parte de la referida ley N°20.720 que entró en vigencia en el mes de octubre de 2014 y mediante la cual se modificó por completo el régimen concursal chileno, dispone que: *“Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.”*

El actor fundó su requerimiento, en que la aplicación en la gestión pendiente del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720, infringía las garantías constitucionales aseguradas por el artículo 19, N°s 2° y 3°, inciso octavo, de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 18 del Código Penal, esto es, el principio de reserva legal y tipicidad, así como la excepción a la irretroactividad de la ley penal, cuando la nueva ley favorece al afectado.

Para estos efectos, el requirente sostuvo que la nueva legislación concursal de la Ley N°20.720 sustituyó integralmente la legislación anterior, derogándola y reformulando los delitos concursales, con lo cual se eliminaron las conductas típicas contenidas en los antiguos artículos 219 y 220, por las cuales fue acusado, correspondiendo en consecuencia, conforme lo dispuesto en el artículo

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Rol N°2673-14-INA.

19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, aplicar la excepción a la irretroactividad de la ley penal, cuando la nueva ley es más favorable al afectado.

Pero contradiciendo la norma de excepción a la irretroactividad penal prevista en la Constitución, el precepto legal impugnado dispone, según señala el requirente, que las normas de la nueva ley son aplicables sólo a hechos perpetrados con posterioridad a su vigencia, manteniendo vigentes los delitos de la ley antigua para conductas consumadas con anterioridad, consignando únicamente la retroactividad de la pena si ésta es más favorable; en circunstancias que la disposición constitucional invocada exigiría que en casos como el de la especie, en que la conducta delictiva anterior ha sido suprimida y no puede subsumirse en una de las nuevas conductas típicas, también se aplique la retroactividad respecto de los delitos y no únicamente en relación con las penas, ya que de lo contrario se vulnerarían también los principios de legalidad y tipicidad penal.

Finalmente, el actor señaló también que, en el caso concreto, se conculcaría también su garantía de la igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19, N°2, pues por aplicación de la norma transitoria impugnada algunas personas serán perseguidas por delitos y presunciones que en la ley nueva ya no existen, sin que sea procedente a su entender esta aplicación de estatutos jurídicos diferenciados ante los mismos hechos.

## II. Razonamiento empleado por el Tribunal para los efectos de rechazar el requerimiento

Para los efectos de analizar la constitucionalidad de la aplicación del precepto impugnado, el Tribunal comienza en su fallo por circunscribir el conflicto constitucional, señalando que aquello que corresponde determinar, es si la norma cuestionada desconoce o no, como expresa el actor, la aplicación íntegra de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de legalidad, restringiendo la interpretación del artículo 19, N°3°, inciso octavo, del texto constitucional (excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, cuando una nueva ley, *lex mitior*, favorece al afectado) sólo al ámbito de la pena.

Para los efectos de dilucidar este conflicto, el Tribunal plantea como fundamental, atender a la finalidad de la norma impugnada y preguntarse si se trata de una regla de derecho transitorio entre una y otra legislación, de una que tiene por principal propósito asegurar la aplicación *preteractiva* de las normas penales derogadas, o si se está frente a una norma carente de razonabilidad y que debería en consecuencia ser declarada inaplicable.

Razonando sobre el punto, el Tribunal afirma de manera a nuestro juicio acertada, que la norma impugnada dice relación con la comprensión que nuestro

ordenamiento constitucional tiene sobre la vigencia y aplicabilidad de la ley, aclarando que los problemas de aplicabilidad de la ley son distintos a los de su vigencia y se presentan en nuestro ordenamiento, ya sea, a consecuencia del resultado concreto de inconstitucionalidad en la gestión de una norma legal, caso en que dicho problema debe ser resuelto por la Magistratura Constitucional, o, bien, ante los jueces de fondo, conforme a las reglas y principios propios del sistema jurídico que reglan los cambios legislativos que pueden sobrevenir entre la ocurrencia de unos determinados hechos y su juzgamiento, de tal suerte, que la decisión que en el primer escenario se adopte en sede constitucional, “*no afecta la validez ni la vigencia de la ley, sino sólo su aplicabilidad para la gestión concreta que motiva el requerimiento*,”<sup>3</sup>

Que en este contexto, al analizar la posible vulneración que la aplicación de la norma impugnada implicaría respecto del principio de irretroactividad de la ley penal, el Tribunal señala, aludiendo a la doctrina nacional, que “*en términos penales “la palabra irretroactividad sólo debe ser usada para aludir a lo único que puede alcanzar su campo semántico, esto es, a la prohibición de que la ley se aplique a los hechos anteriores al comienzo de su vigencia.”*”, agregando que, “*La ultractividad, en cambio, opera cuando un hecho resulta “sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente en el momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento”; es decir, cuando se aplica una ley a un hecho acaecido –en términos de Bascañán Rodríguez– con posterioridad al término de su vigencia...”*”, reservándose el término “*preteractividad de la ley penal, para hacer alusión a la ley penal derogada para ser aplicada por una sentencia judicial posterior a su derogación, mientras que el concepto de actividad de la ley se refiere a la aplicación de la ley a un hecho acaecido durante su vigencia, y la retroactividad, a la aplicación de la norma a un hecho acaecido con anterioridad a su entrada en vigencia (Bascañán Rodríguez, Antonio. La preteractividad de la ley penal. En Van Weezel, Alex. Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury. Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 166)*,”<sup>5</sup>

Precisados los conceptos anteriores, el tribunal aclara que a lo que el requirente alude en este caso es precisamente a la preteractividad de la ley penal, al señalar que la posible aplicación de normas penales derogadas a hechos ocurridos durante su vigencia, produciría a su respecto, un resultado inconstitucional.

Para los efectos de analizar la proposición que en relación con la vulneración del principio de la irretroactividad penal plantea el requirente, el Tribunal recuerda que las reglas del derecho intertemporal chileno que deben respetarse en este caso, son aquellas establecidas en los artículos 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución y, complementariamente, en el artículo 18

3 Considerando VIGÉSIMONOVENO

4 Considerando TRIGESIMOTERCERO.

5 Considerando TRIGÉSIMO CUARTO.

del Código Penal, según las cuales, *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”* (texto de la norma constitucional y del inciso 1° del artículo 18 del Código Penal), y *“Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.”* (inciso 2° del artículo 18 del Código penal).

Pero en este contexto, el Tribunal señala que además de las normas generales mencionadas que dan cuenta del derecho intertemporal, en sus distintos ámbitos, el legislador se ve compelido, a veces, a dictar el derecho transitorio para resolver la adecuación entre la legislación derogada y la nueva, planteando excepciones al derecho intertemporal o llenando sus vacíos. En ese sentido, sus normas constituyen derecho especial frente al derecho intertemporal vigente<sup>6</sup>, concluyendo el Tribunal, que el artículo duodécimo transitorio de la ley N°20.720 constituye precisamente una representación de dicho derecho transitorio.<sup>7</sup>

En relación con este derecho transitorio, según señala el Tribunal, si bien la jurisprudencia y la doctrina chilena reconocieron inicialmente la aplicación de leyes sancionatorias derogadas frente a leyes penales posteriores desfavorables para el acusado, conforme al artículo 18 del Código Penal, esta situación se vio modificada cuando, a partir de 1987, la Corte Suprema acogió la doctrina de Luis Cousiño MacIver, conforme con la cual la derogación formal de una ley contenía como excepción su subsistencia para el caso en que la ley posterior conservara la punibilidad establecida por la ley derogada.<sup>8</sup>

Esta doctrina, habría guiado, según se explica en el fallo constitucional, a la jurisprudencia de la Corte Suprema e incidido en cambios legales como los introducidos a la Ordenanza de Aduanas (Ley N°19.738), a la regulación del tráfico de estupefacientes (Ley N°20.000) y en la regulación antimonopolios (Ley N°20.361); al introducirse en dichas legislaciones, normas transitorias semejantes a la del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720, siendo el caso más claro –que dispuso, además, la aplicación de leyes preteractivas desfavorables–, el artículo 9° transitorio de la Ley N°19.738, sobre “Normas para combatir la evasión tributaria”, de 19 de junio de 2001.<sup>9</sup>

Por esta misma razón, no es de extrañar que, tal como da cuenta la Historia de la ley del artículo 12 transitorio de la Ley N°20.720, y como se ocupa de señalarlo el fallo en análisis, su antecedente legislativo se encuentre en

6 Considerando QUINCUAGÉSIMOPRIMERO.

7 Considerando QUINCUAGÉSIMOSEGUNDO.

8 Considerando QUINCUAGÉSIMOTERCERO y QUINCUAGÉSIMOCUARTO.

9 Considerando QUINCUAGÉSIMOQUINTO.

la regla que fue introducida durante la discusión particular del proyecto de ley en la Sala del Senado, en los siguientes términos: *‘Artículo duodécimo. Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.’*; regla que fue concebida, inicialmente, como una norma que debía hacer excepción al principio de *lex mitior*, *Para evitar cualquier confusión acerca de la posibilidad de que se aplique la retroactividad de la ley en los casos que sean más favorables a la persona condenada y con la finalidad de distinguir un delito de otro, por cuanto, han surgido interpretaciones judiciales que dan a entender que, fundándose en el principio pro reo y al cambiar la tipificación de los delitos, ellas quedarían liberadas de su responsabilidad penal*, dejándose constancia en la discusión parlamentaria, que *Con el objeto de evitar esto último se propuso utilizar la misma norma que hemos empleado en otros cuerpos legales*, tomando como modelo el artículo 1° transitorio de la Ley N°20.000.<sup>10</sup>

Sin embargo, como apunta el Tribunal, a diferencia de la norma que en definitiva fue incorporada como artículo 12 transitorio en la Ley N°20.720, la norma originalmente propuesta, no era redundante respecto del artículo 18 del Código Penal, por cuanto mientras la norma impugnada no hace excepción a la regla general de aplicación del Derecho intertemporal, la propuesta del Senador pretendía excluir la aplicación retroactiva de normas de la Ley N°20.720 que fueran más favorables al acusado.

Ello, como explica el fallo constitucional, habría sido “corregido” posteriormente durante la tramitación legislativa, hasta arribar a la vigente disposición. De hecho, habría sido la Superintendencia de Quiebras la que sugirió establecer que los delitos de quiebra fraudulenta y culpable continuaran “vigentes” para la persecución de los delitos perpetrados con anterioridad a la dictación de la nueva ley; propuesta que en concepto del Constitucional, pretendía dar una aplicación preteractiva a las normas anteriores derogadas, introduciéndose recién en Segundo Trámite Constitucional, ante la H. Cámara de Diputados la oración final de la norma impugnada, según la cual: *“sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”*.<sup>11</sup>

En vista de lo anterior, la Magistratura Constitucional sostiene que la norma impugnada no difiere de la utilizada en el artículo 59 de la Ley N°19.366, afirmando incluso que las consecuencias prácticas serían las mismas, no sólo por el alcance que cabe dar al artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, sino también porque la disociación entre la determinación de la calidad del delito, conforme a la ley derogada, y la determinación de la pena, no excluye la disminución de la pena por la ley posterior más favorable, ni puede

10 Considerandos QUINCUAGÉSIMONOVENO y SEXAGÉSIMO.

11 Considerando SEXAGÉSIMO TERCERO.

implicar necesariamente la despenalización de todos los hechos. La disposición duodécimo transitoria de la Ley N°20.720, afirma de forma rotunda el Constitucional, *es una norma redundante (Bascuñán Rodríguez) cuya única función práctica es garantizar la aplicación preteractiva de leyes derogadas ante un cambio legal desfavorable.*<sup>12</sup>

A mayor abundamiento, el Tribunal expone su convicción de que como se manifiesta de su propio texto, la norma del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720 no es una de aquellas cuya finalidad sea el establecimiento de nuevos tipos penales, sino una mera aplicación del principio general que inspira al constituyente en el artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución y que el Código Penal desarrolla en su artículo 18, y que, por lo mismo, **la mención que la norma impugnada realiza al artículo 18 del Código Penal no se contradice con una interpretación amplia del artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, ni le impide al juez aplicar la excepción a la irretroactividad que la Carta Fundamental consagra.**<sup>13</sup> (El subrayado es nuestro).

Pero haciéndose cargo de los restantes extremos del requerimiento, en el fallo en comento los Magistrados señalan, que al no ser la norma impugnada más que una norma redundante que remite a la aplicación de los criterios generales del derecho intertemporal, no puede señalarse que la derogación efectuada por la nueva ley de quiebras afecte el principio de igualdad ante la ley, configurando delitos a los que se apliquen distintos criterios de punibilidad, ni tampoco afirmarse de manera abstracta una afectación del criterio de tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales, puesto que la excepción establecida en el artículo 19, N°3°, inciso octavo, es amplia y permite perfectamente la aplicación de criterios emanados de la retroactividad benigna y del principio *pro reo*, en su caso. Del mismo modo, según se afirma en el fallo, la norma impugnada no es contraria al principio de legalidad penal. No se afecta el principio de ley previa, estricta y cierta, ni el principio de reserva legal. Las normas legales que sancionan los delitos son, por lo demás, claras y están perfectamente tipificadas, sin que presenten en su regulación problemas de ambigüedad, ni en la ley anterior ni en la posterior derogatoria y si, en algunos casos, las presentara en su aplicación, ese es un problema de interpretación legal que debe ser resuelto por quien corresponda.<sup>14</sup>

12 Considerando SEXAGÉSIMOQUINTO.

13 Considerando SEXAGÉSIMOSÉPTIMO.

14 Considerandos SEPTUAGÉSIMO y SEPTUAGÉSIMOPRIMERO.

### III. Razonamiento empleado por los Magistrados que concurrieron con su voto en contra del fallo de mayoría y estuvieron por acoger el requerimiento

Para los efectos de delimitar el conflicto constitucional planteado por el requirente, los Magistrados disidentes señalan que en el caso sometido a consideración del Tribunal, se está imputando a una persona la comisión de ciertos tipos delictivos concursales del Libro IV del Código de Comercio, en circunstancias que la Ley N°20.720, de enero de 2014, sustituyó el régimen concursal del Código antes mencionado por un sistema de reorganización y liquidación de empresas y personas insolventes, e implicó una derogación (formal) de los tipos penales de quiebra contemplados en el Título XIII del Libro IV del Código de Comercio, pasando ahora, en su mayoría, a estar contenidos en el Código Penal.

El problema, como se indica en el voto de minoría, es que dado que uno de los delitos o hipótesis de quiebra que se le ha imputado al requirente ha dejado de ser considerado por voluntad legislativa como uno digno de reproche penal – en el caso específico, la del artículo 219 N°4 del Libro IV del Código de Comercio-, la norma transitoria impugnada efectivamente limitaría la plena aplicación del artículo 18 del Código Penal y, con ello, de la norma constitucional relevante, ya que aún cuando en ese caso se constataría que el nuevo régimen penal establecido por la Ley N°20.720 sí establece hipótesis de leyes penales más favorables, por cuanto ha desincriminado una conducta, la aplicación del precepto legal impugnado podría generar al requirente un agravio incompatible con la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N°3 inciso 8° de la carta Fundamental.

La despenalización de la hipótesis delictiva antes mencionada, consistente en que el deudor calificado no haya solicitado su quiebra, habría quedado en evidencia en la discusión del proyecto de la Ley N°20.720, a partir de la intervención del profesor Nelson Contador señaló “(...) *que el proyecto sanciona conductas que no están contempladas en la normativa vigente, a la vez que elimina las que están obsoletas, como perder fuertes sumas de dinero en los juegos de azar, que hoy es causal de quiebra culpable, o no solicitar la quiebra dentro del plazo de quince días contado desde la fecha en que se ha cesado en el pago de una obligación mercantil, en circunstancias que tal vez nadie la pueda pedir por carecer de título ejecutivo.*”, y de lo señalado por la Superintendente de Insolvencia y Reempadamiento de la época, quien recordó que “ (...) *no parece adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, sancionar por no acudir oportunamente al sistema concursal.*”.

Pero además, en opinión de estos Magistrados, la aseveración de que el precepto legal impugnado limita (parcialmente) el beneficio del artículo 18 del Código Penal y, por consiguiente, el inciso octavo del artículo 19, N°3°, de la

Constitución se fundamentaría, en primer lugar, en la historia de la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita y, en segundo lugar, en el entendimiento de que no puede partirse de la base de que la disposición legal reprochada sea meramente redundante, careciendo, por ende, de todo efecto útil y, por lo mismo, de todo efecto agravante para el requirente.

En cuanto al fundamento histórico, el voto en contra señala que durante la tramitación parlamentaria, la Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento de la época, explicó que la redacción inicial de la norma impugnada ante el Tribunal “(...) establece una excepción al principio *in dubio pro reo*. Relató que cuando se votó el proyecto en la Sala del Senado, se incorporó esta norma, en el entendido de que al eliminarse las presunciones de quiebra culpable y fraudulenta, podría ocurrir que un condenado según la ley vigente pueda solicitar, apelando a dicho principio, su absolución, por la inexistencia del delito.”, lo que coincidiría con lo manifestado por el entonces H. Diputado Felipe Harboe, en el sentido de que “(...) aquellas personas que se encuentren condenadas por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta podrían invocar el principio *in dubio pro reo*, para solicitar su absolución, en atención a que el delito dejó de existir. Señaló que esta disposición puede ser cuestionada desde el punto de vista de su constitucionalidad, sobre todo si se considera que el principio *in dubio pro reo* está consagrado en la Carta Fundamental.” (Historia de la Ley N°20.720, p. 2376).

Frente a ello, la solución adoptada por la Comisión de Constitución de la Cámara, que dio origen a la normativa impugnada en autos, habría sido, en concepto de los Magistrados disidentes, la de agregar al artículo transitorio la frase “sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”, con el fin de explicitar la excepción al principio de ley penal más favorable y así, conseguir “que los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos, que hayan sido perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley.” (p. 2377).

En base a los razonamientos anteriores, los Magistrados que suscribieron el mencionado voto en contra, concluyeron que el precepto legal impugnado tiene un sentido restrictivo, impidiendo la posibilidad de aplicar en toda su extensión la regla constitucional y legal (una es reflejo de la otra) de la ley más favorable al imputado, en la medida que atendido que uno de los delitos imputados al requirente no se encuentra penalizado, sí existiría la posibilidad de que éste pudiera beneficiarse, en toda su magnitud, de la garantía de la ley más favorable, lo que podría no ocurrir de aplicarse el precepto legal objetado, posibilidad que en su concepto bastaría para afirmar la incompatibilidad del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720 con el inciso octavo del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

**Texto Completo**

Santiago, primero de octubre de dos mil quince.

**VISTOS:****Requirente.**

A fojas 1, con fecha 12 de junio de 2014, Roberto Fredes Besoain ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720, nueva ley de quiebras, en los autos criminales de que conoce el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el Rit N°199-2009, Ruc N°0910000486-8.

**Preceptiva legal cuya aplicación se impugna.**

El precepto legal impugnado dispone que:

*“Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.”*

**Gestión pendiente.**

En cuanto a la gestión judicial en que incide la inaplicabilidad deducida, indica el actor que la sociedad BAGSA CHILE S.A., dedicada a

la fabricación de artículos de plástico y bolsas industriales, y de la cual el señor Fredes era administrador y representante legal, fue declarada en quiebra por sentencia del 19° Juzgado Civil de Santiago, de 3 de enero de 2007.

En dicho proceso judicial, entre otros, verificó créditos la Sociedad Petroquim S.A., que posteriormente, con fecha 8 de junio de 2009, en los autos en que incide la presente acción de inaplicabilidad pendientes ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, dedujo querrela criminal en contra del señor Fredes, en su calidad ya aludida, por los delitos de quiebra culpable y fraudulenta.

Luego, el 20 de abril de 2011 y el 12 de septiembre de 2012, fue formalizado y reformatizado por el Ministerio Público, y, el 25 de junio de 2013, el Órgano Persecutor formuló acusación fiscal en su contra por los mismos delitos de quiebra culpable y fraudulenta, sobre la base de diversas conductas consignadas en los artículos 219 y 220 del Libro IV del Código de Comercio.

Posteriormente, el 10 de julio de 2013, Petroquim formuló acusación particular en los mismos términos, esto es, por los delitos contemplados en los referidos artículos 219 y 220 de la Ley N°18.175, antigua Ley de Quiebras que luego pasó a ser Libro IV del aludido Código, preceptos que establecen cuándo se presume culpable o fraudulenta la quiebra, imputándosele al efecto al señor Fredes conductas culpables tales como haber pagado a otros acreedo-

res en perjuicio de la masa; no llevar libros de contabilidad; haber ejecutado dolosamente operaciones para disminuir su activo o aumentar su pasivo, y no haber solicitado su propia quiebra, pidiéndose la aplicación de penas de 5 y 10 años de presidio por quiebra culpable y fraudulenta, respectivamente.

A continuación, el 18 de octubre de 2013, se inició la audiencia de preparación del juicio oral pendiente, suspendiéndose la misma por acuerdo de los intervinientes, a la espera de la promulgación de la nueva normativa de quiebras, indica el requirente.

En seguida, luego de promulgada la nueva ley de quiebras (30 de diciembre de 2013) y publicada en el Diario Oficial (9 de enero de 2014), con fecha 14 de abril de 2014, el señor Fredes solicitó al Juzgado de Garantía el sobreseimiento definitivo por entender derogados en la nueva normativa los delitos contenidos en las acusaciones, petición que fue rechazada por el Tribunal, aplicando al efecto la norma legal impugnada de inaplicabilidad.

### **Conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión de este Tribunal Constitucional**

En cuanto al conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura, indica el actor que la aplicación en la gestión pendiente del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720 infringe sus derechos asegurados por el artículo 19, N°s 2° y 3°, inciso octavo, de la

Carta Fundamental, en relación con el artículo 18 del Código Penal.

Así, en la especie se conculcaría el principio de reserva legal y tipicidad, así como la excepción a la irretroactividad de la ley penal, cuando la nueva ley favorece al afectado.

Indica que la nueva legislación concursal de la Ley N°20.720 sustituyó integralmente la legislación anterior, derogándola y reformulando los delitos concursales, con lo cual se eliminaron las conductas típicas contenidas en los antiguos artículos 219 y 220, por las cuales fue acusado.

Indica que, junto con bajarse las penas, al eliminarse las presunciones, la obligación de solicitar la propia quiebra, la diferencia entre quiebra culpable y fraudulenta, y los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales por los cuales fue acusado, dichas conductas han dejado de ser antijurídicas, sin que a su respecto pueda aplicarse la analogía.

Luego, conforme a lo dispuesto en el artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, se permite aplicar la excepción a la irretroactividad de la ley penal, cuando la nueva ley es más favorable al afectado.

Sin embargo, el precepto legal impugnado dispone que las normas de la nueva ley son aplicables sólo a hechos perpetrados con posterioridad a su vigencia, manteniendo vigentes los delitos de la ley antigua para conductas consumadas con anterioridad y consignando únicamente la retroactividad de la pena si ésta es más favorable; en circunstan-

cias que la disposición constitucional invocada exigiría que en casos como el de la especie, en que la conducta delictiva anterior ha sido suprimida y no puede subsumirse en una de las nuevas conductas típicas, también se aplicara la retroactividad respecto de los delitos y no únicamente en relación con las penas, efectuándose una aplicación integral de la nueva ley y de la retroactividad de la ley penal que favorezca al afectado. Lo contrario, además, vulneraría los principios de legalidad y tipicidad penal.

Por otro lado, estima el actor que, en el caso concreto, se conculcaría su garantía de la igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19, N°2°, constitucional, pues por aplicación de la norma transitoria impugnada algunas personas serán perseguidas por delitos y presunciones que en la ley nueva ya no existen, sin que sea procedente a su entender esta aplicación de estatutos jurídicos diferenciados ante los mismos hechos.

### **Admisión a trámite y admisibilidad del requerimiento**

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 18 de junio de 2014 (fojas 41), acogió a tramitación el requerimiento, ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente y, previo traslado al Ministerio Público y a Petroquim, por resolución de 10 de julio del mismo año (fojas 209) lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno, la presente acción de inaplicabilidad fue puesta en conocimiento de los órga-

nos constitucionales interesados y se confirió un plazo de veinte días a las demás partes aludidas para que formularan sus observaciones acerca del fondo del asunto.

### **Observaciones del Ministerio Público**

Por presentación de 8 de agosto de 2014, a fojas 222, el Ministerio Público formuló dentro de plazo observaciones, instando por el rechazo del requerimiento, en virtud de las siguientes consideraciones:

Indica que la acusación fiscal en contra del requirente fue formulada con anterioridad a la promulgación y publicación de la Ley N°20.720, la cual, conforme al período de vacancia establecido en su artículo primero transitorio, recién entró en vigencia el 10 de octubre de 2014. Esta nueva normativa actualiza los tipos penales concursales manteniendo la protección de los acreedores.

Luego el actor, argumentando que la nueva ley volvía atípicos los hechos por los cuales se le persigue penalmente, solicitó el sobreseimiento definitivo, lo cual fue rechazado por el Juez de Garantía. Ante ello el señor Fredes apeló y dicha apelación fue declarada abandonada por la Corte de Apelaciones de Santiago. En consecuencia, el propio requirente estimó que el conflicto acerca de la supuesta atipicidad de los hechos debía ser resuelto por la justicia ordinaria, y dicho incidente se encuentra concluido en la instancia judicial, atendido el abandono de la apelación.

Agrega que el artículo duodécimo transitorio impugnado establece una regla de derecho penal intertemporal, de transición, con remisión expresa al artículo 18 del Código Penal y en concordancia con la Constitución, para el evento de que la pena en la ley nueva sea más favorable al afectado; fórmula ya empleada por el legislador con anterioridad, por ejemplo, en la Ley 20.000, siendo el problema de la aplicación temporal de la ley penal, así como la calificación de lo favorable o desfavorable al acusado, un asunto de resorte exclusivo del juez del fondo.

Añade que la regla general contenida en el artículo 19, N°3°, inciso octavo, constitucional, consiste en la irretroactividad de la ley penal, salvo que la nueva ley favorezca al afectado. Sin embargo, el actor argumenta en gran medida sobre la base de una crítica a la configuración de los tipos penales de los artículos 219 y 220 de la Ley N°18.175, que no impugnó de inaplicabilidad, de suerte tal que no corresponde a este Tribunal Constitucional determinar el contenido del tipo penal.

En cuanto a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, ello procede cuando la nueva ley exige al hecho de toda pena o rebaja la pena, cuestión que la norma transitoria de la Ley 20.720 impugnada sí permite, al hacer remisión expresa al artículo 18 del Código Penal, por lo que del tenor literal de la misma norma cuestionada no se aprecian los impedimentos en la aplicación retroactiva de la ley más benigna que el requirente esgrime.

Tampoco se aprecia infracción alguna al principio de igualdad ante la ley, pues el actor la funda en que supuestamente la norma transitoria impugnada impediría a su respecto la aplicación del artículo 18 del Código Penal, lo que ya se descartó. Además, acorde con la Constitución, existen razones de fuerza para aplicar la Ley 18.175 a los delitos concursales perpetrados durante su vigencia, pues el principio rector es la irretroactividad de la ley penal, sin perjuicio de que el juez del fondo pueda aplicar la ley nueva en cuanto favorezca al afectado.

En fin, todas las alegaciones del actor en cuanto a la derogación de los tipos penales de la ley antigua o la eliminación de la antijuridicidad de ciertas conductas, son cuestiones que, precisamente, debe resolver el juez del fondo, sin que se pueda a través de la acción de inaplicabilidad impugnar lo resuelto por dicho juez.

### **Observaciones de Petroquim S.A.**

Por presentación de 8 de agosto de 2014, a fojas 242, Petroquim S.A. formula observaciones dentro de plazo, instando asimismo por el rechazo del requerimiento, conforme a los siguientes argumentos:

Luego de indicar que comparte los argumentos del Ministerio Público, señala que el actor apeló de la resolución que negó lugar al sobreseimiento definitivo, declarándose el abandono del recurso, por no presentarse el abogado defensor a la vista de la causa. Así, en la gestión criminal pendiente, la defensa del

señor Fredes ha agotado todas las instancias procesales para evitar el juzgamiento de los delitos contenidos en la ley aplicable a la época de la comisión de los hechos, esto es, la Ley N°18.175. Incluso solicitó en la gestión *sublite* que se esperara a la promulgación de la Ley 20.720, para poder solicitar el sobreseimiento definitivo, admitiendo así el actor por sus propios actos que la discusión se circunscribe a la determinación de la ley aplicable en el tiempo y a la tipicidad de las conductas, reconociendo así el mismo requisito que ello es de resorte exclusivo del juez de garantía.

Luego, ante un resultado desfavorable en la instancia procesal pertinente y ante su negligencia, que determinó el abandono de la apelación, decidió recurrir a esta Magistratura Constitucional, intentando confundir cuestiones de legalidad con supuestos y artificiales asuntos de constitucionalidad.

Agrega que en la resolución que rechazó la solicitud de sobreseimiento definitivo, el juez de garantía entendió que respecto de los tipos penales debía aplicarse la Ley 18.175, no obstante que, de establecerse en la Ley 20.720 penas más bajas, debe aplicarse esta última, no apareciendo así contradicción alguna entre el artículo duodécimo transitorio de esta última ley y los artículos 18 del Código Penal y 19, N°3°, de la Carta Fundamental.

Añade que si bien la ley nueva sustituyó a la anterior, no tuvo por objeto despenalizar, sino modernizar la

regulación concursal, siendo inadmisibles que el actor pretenda que la ley nueva lo deje impune. Además, la misma disposición transitoria impugnada permite materializar el cambio de la legislación en forma ajustada a la Constitución, al garantizar expresamente el principio pro reo.

Tampoco se infringe la igualdad ante la ley, pues el marco normativo se aplica de manera igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica. Precisamente el precepto cuestionado evita que a unas personas se les aplique la ley antigua y a otras la nueva, ni se infringe el principio de tipicidad, pues las conductas punibles están debidamente descritas en la ley, debiendo el juez del fondo en definitiva determinar si la conducta es o no típica. En fin, si el señor Fredes estima que su conducta no se circunscribe en el tipo penal, y fuera condenado por ello, puede recurrir de nulidad.

Por último, sostiene Petroquim que, de acogerse la inaplicabilidad impenetrada, se afectaría su garantía constitucional de la igualdad ante la ley, así como la certeza jurídica y, en definitiva, perdería sus derechos como víctima de hechos delictivos contemplados en la ley.

### Vista de la causa y acuerdo

Por resolución de 13 de agosto de 2014 se ordenó traer los autos en relación y el día 11 de septiembre de 2014 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados representantes del

requirente, del Ministerio Público y de Petroquim S.A.

Con fecha 21 de octubre de 2014, la causa quedó en estado de acuerdo.

## Y CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que, como se ha expresado en la parte expositiva, la presente acción interpuesta por el requirente ROBERTO ALEJANDRO FREDES BESOÁIN contiene la pretensión de que se declare la inaplicabilidad del artículo 12° transitorio de la Ley N°20.720, promulgada el 20 de diciembre de 2013, que “sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo”;

### I.- La disposición impugnada.

**SEGUNDO:** Que la disposición impugnada señala lo siguiente: “*Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.*”;

II.- El resultado inconstitucional de la norma impugnada, invocado por el requirente.

**TERCERO:** Que, como consta en el expediente, el Tribunal de Garantía aplicó la norma impugnada al rechazar la solicitud del actual requirente para ser sobreseído definitivamente de los delitos de quiebra culpable, previstos y sancionados en el artículo 219, N°s 1, 4 y 9, del Libro IV del Código de Comercio, y del delito de quiebra fraudulenta, del artículo 220, N°s 11 y 16, del mismo Libro IV del Código de Comercio (conforme a la entonces vigente Ley N°18.175, de Quiebras), en atención a que, a su juicio, la nueva normativa de la Ley 20.720 habría derogado los hechos típicos considerados en la acusación, los que habrían dejado de ser delitos por aplicación del artículo 250, letra a), del Código Procesal Penal;

III.- Las normas constitucionales infringidas.

**CUARTO:** Que el accionante ha señalado que la norma impugnada resulta contraria al artículo 19, números 2° y 3°, de la Constitución Política de la República;

IV.- El conflicto constitucional PLANTEADO.

**QUINTO:** Que, en consecuencia, nos corresponderá dilucidar si la norma impugnada desconoce o no, como expresa el actor, la aplicación íntegra de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de

legalidad, restringiendo la interpretación del artículo 19, N°3°, inciso octavo, del texto constitucional (excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, cuando una nueva ley, *lex mitior*, favorece al afectado) sólo al ámbito de la pena;

**SEXTO:** Que, en efecto, la Ley N°20.720, de fecha 9 de enero de 2014, vino en sustituir los procedimientos concursales de la Ley N°18.175 y del Libro IV del Código de Comercio, estableciendo un conjunto amplísimo de normas de distinto carácter y, entre ellas, las referentes a sanciones penales y administrativas;

**SÉPTIMO:** Que, en sede de inaplicabilidad, el conflicto se plantea en atención a que con fecha 9 de enero de 2014 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.720, que “sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo”;

**OCTAVO:** Que el artículo 344 de la Ley N°20.720 dispuso: “Artículo 344. Derógase la Ley N°18.175, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 20) del artículo 347 y en los artículos primero y duodécimo transitorios.”;

**NOVENO:** Que el requirente observó en estrados que el viejo estatuto jurídico penal concursal, concebido sobre la base de presunciones, merecía el reparo del legislador y de la dogmática penal por inadecuado, estigmatizante y además inconstitucional; en cambio, a su jui-

cio, el nuevo estatuto se regiría por la responsabilidad penal concebida sobre la base del tipo objetivo y de elementos normativos claramente descritos, eliminándose las presunciones, lo que constituiría un cambio radical en la materia. Por ello es que el requirente se pregunta acerca de la justificación y razonabilidad del legislador al mantener en el tiempo dos regímenes penales concursales: uno, sobre la base de presunciones (muy criticado) y, otro, moderno y acotado a las conductas personalísimas del autor. En su opinión, la aplicación de la nueva normativa hace inaplicables las normas de la Ley N°18.175, por mucha exégesis que se quiera hacer, por lo que postula su derogación en bloque, sustituida por tipos penales distintos, habiendo quedado claramente derogados los anteriores;

**DÉCIMO:** Que el problema básico para el requirente es que una posterior aplicación del artículo impugnado por el Juez de Garantía lo obligará a dictar el “auto de apertura de juicio oral” para plasmar las acusaciones que deberán ser objeto del juicio (artículo 277 del Código Procesal Penal), donde deberá incluir “una relación circunstanciada de los hechos atribuidos al imputado y su calificación jurídica”, como, asimismo, expresar “los preceptos legales aplicables”, conforme al artículo 259 del Código del ramo. Por su parte, agregó en su alegato que el Tribunal Oral en lo Penal, por mandato legal, deberá además referirse al contenido de esa acusación en conformidad al principio de congruencia, acudiendo

precisamente a las disposiciones derogadas de la Ley N°18.175;

**DECIMOPRIMERO:** Que, para el requirente, la propia historia del establecimiento de la norma es una expresión palmaria de que esa disposición infringe los derechos constitucionales mencionados, toda vez que, como señalara la Superintendencia de Quiebras durante su tramitación, “los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos que hayan sido perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley”. En efecto, la Superintendente explicó que mediante esta iniciativa legal se trasladan las conductas punibles al Código Penal, donde se tipifican y se les asigna una sanción específica, sin eliminar el artículo 219, que establece las presunciones de quiebra culpable, ya que éstas igualmente se trasladan al mencionado Código como conductas delictivas. Así, por ejemplo, no llevar libros de contabilidad, que hoy es una presunción de quiebra culpable, es una omisión que se tipifica en dicho cuerpo legal, donde se distinguirá entre las conductas dolosas y culposas, asignando una pena menor a estas últimas.

En relación con el principio *in dubio pro reo* a que hizo referencia el Diputado señor Harboe, comentó que el artículo duodécimo transitorio del proyecto establece una excepción en esta materia al prescribir que “*las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.*” (Informe de la

Comisión de Constitución, Cámara de Diputados. Fecha 11 de septiembre, 2013. Cuenta en Sesión 80. Legislatura 361. En Historia de la Ley 20.720, pág. 1970);

**DECIMOSEGUNDO:** Que, dado que el requirente supone que la declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada producirá como consecuencia la plena e íntegra aplicación de la Ley N°20.720, será necesario indagar cuál habría de ser el efecto de una tal declaración y si dicho supuesto es correcto;

**DECIMOTERCERO:** Que, en atención a que de la misma argumentación se deduce que el requirente plantea que declarada la inaplicabilidad de la norma, la consecuencia procesal sería la obtención de un sobreseimiento definitivo o su absolucón, será necesario indagar tanto la naturaleza del instituto de la derogación y sus efectos, como si dicha consecuencia ha sido acreditada o no para los fines procesales constitucionales que conciernen a esta Magistratura;

**DECIMOCUARTO:** Que, para dilucidar el conflicto, resultará fundamental atender a la finalidad de la norma impugnada y preguntarse si se trata de una regla de derecho transitorio entre una y otra legislación, de una que tiene por principal propósito asegurar la aplicación *preteractiva* de las normas penales derogadas, o si se está frente a una norma carente de razonabilidad y que debería en consecuencia ser declarada inaplicable;

**DECIMOQUINTO:** Que para el Tribunal resulta, en consecuencia, imprescindible determinar: (i) los criterios interpretativos a utilizar para resolver el conflicto planteado, para lo cual (ii) deberá razonar en torno al alcance que pueda tener en la gestión pendiente la disposición del artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución y sus destinatarios; y, de este modo, dilucidar (iii) si la aplicación concreta de la norma impugnada afecta los principios de legalidad penal, de tipicidad y de igualdad ante la ley. Finalmente, nos pronunciaremos sobre (iv) la razonabilidad de la norma y su carácter relevante o no para los fines del presente requerimiento, de modo de concluir con la resolución del asunto sometido a nuestra decisión;

V.- Materias a las que, no obstante, no nos referiremos.

**DECIMOSEXTO:** Que este Tribunal estima innecesario, atendidas las circunstancias del caso, pronunciarse respecto a los aspectos interpretativos referentes a las voces “promulgada” y “perpetración” que utiliza el artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, al igual que el artículo 18 del Código Penal, y que son debatidos en la doctrina nacional, por considerar que no forman parte de su competencia específica;

**DECIMOSÉPTIMO:** Que tampoco enfocaremos la resolución del caso desde el punto de vista de las antinomias, ya que éstas se producen entre normas igualmente aplicables; y lo que aquí se plantea es la inapli-

cabilidad de la disposición duodécima transitoria de la ley impugnada. En consecuencia, la cuestión a resolver no es de aquellas (ajenas a este tribunal) destinadas a resolver la primacía o no de la ley posterior sobre la anterior;

**DECIMOCTAVO:** Que, en lo que dice relación con la naturaleza y efectos de la derogación efectuada por el legislador de la Ley N°20.720, el Tribunal sólo puede pronunciarse limitadamente y en el marco de la competencia que el constituyente le ha otorgado de modo expreso para conocer de la acción de inaplicabilidad; lo mismo respecto a sus efectos que, desde luego, son diversos a los efectos derogatorios a que se refiere el artículo 94, inciso tercero, de la Constitución;

VI.-Criterios interpretativos.

**DECIMONOVENO:** Que, como bien ha sostenido el requirente, corresponde al Tribunal Constitucional hacer efectivo el **principio de supremacía constitucional** consagrado en el artículo 6° de la Constitución, tarea que debe cumplir en el ámbito de sus competencias específicas, garantizando, en esos términos, la *vis* expansiva de la Norma Fundamental;

**VIGÉSIMO:** Que, si bien no corresponde en esta sede que el Tribunal realice una interpretación de la norma impugnada, tarea que es propia de la judicatura o, en su caso, del propio legislador, el contraste entre dicha norma y su posible resultado inconstitucional en la gestión

obliga a resolver la compatibilidad o incompatibilidad de la misma con el texto de la Constitución, aplicando tanto los principios generales de interpretación de la ley, en la medida que se ajusten a la naturaleza de las normas constitucionales, como los criterios doctrinarios y jurisprudenciales a los que modernamente acude el Derecho Constitucional. Entre los primeros, **la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se considera infringida;**

**VIGESIMOPRIMERO:** Que, estando en juego, además, la aplicación del **principio de irretroactividad de la ley penal** y su denominada “excepción”, no es irrelevante recordar que dicho principio constituye una de las principales fuentes históricas de la formación del Derecho Público Constitucional. Es necesario, sin embargo, tener presente que tanto dicho principio como su excepción exhiben matices en el Derecho Comparado, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho transitorio o intertemporal del Estado y que, tratándose de la excepción a la irretroactividad, ella encuentra su fundamento tanto en el principio de legalidad, respecto a la prohibición de retroactividad, como en el **principio de razonabilidad y de proporcionalidad**, respecto del mandato de retroactividad, tratándose de leyes penales favorables;

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que, en el presente asunto, la norma impugnada dice relación con la comprensión que nuestro ordena-

miento constitucional tiene sobre la **vigencia y aplicabilidad** de la ley y la necesidad de contrastar dicha normativa con sus leyes de desarrollo en el ámbito penal, conforme al mandato del artículo 19, N°26°, de la Constitución;

**VIGESIMOTERCERO:** Que el requirente acusa lo que en doctrina constitucional se denomina un “**déficit de interpretación**” de la **norma constitucional infringida**, especialmente en lo referido a la aplicación de la ley penal más favorable, principio que no podría reducirse, a su juicio, sólo a la aplicación de la pena más benigna. Este supuesto de conflicto se configuraría en la doctrina ante la interpretación inadecuada por el juez ordinario de una norma de derecho fundamental;

**VIGESIMOCUARTO:** Que, en efecto, hay “déficit de interpretación” cuando un tribunal ordinario reconoce la aplicabilidad de un derecho constitucional, pero, no obstante, no valora bien su significado o alcance; es decir, no comprende correctamente su ámbito normativo, sus funciones o sus límites, como ha sido recalcado, por ejemplo, en la doctrina alemana, por Hans Peter Schneider (Ver en Hans Peter Schneider. *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, págs. 65 y ss);

**VIGESIMOQUINTO:** Que, en sistemas comparados como el que acabamos de mencionar, la intervención correctora del Tribunal Constitucional se justifica cuando el Tribunal actúa, dentro de sus com-

petencias, en sede de amparo, caso en el cual es posible también aplicar la corrección por déficit de ponderación, en caso de aplicación incorrecta del derecho fundamental en el marco de la concordancia práctica del Derecho ordinario, o tratándose de déficits de procedimiento. Pero, sin embargo, es discutible que esta forma de intervención pueda *sin más* extrapolarse a una acción, tan específica y propia de nuestro ordenamiento, como lo es la acción de inaplicabilidad;

**VIGESIMOSEXTO:** Que, por otra parte, el Tribunal ha aplicado muy a menudo **el principio de interpretación conforme**. De acuerdo a dicho principio, el Tribunal ha establecido, como criterio para no declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, que existiendo al menos una interpretación que se adecúe a la Constitución, la norma debe entenderse afín a ella. (Ver SSTC roles 479/06, c. 3º; 1337/09, c. 9º; 1951/11, c. 29º; 2651/14, c.8º);

## VII.- ACLARACIÓN DE CONCEPTOS BÁSICOS.

*-Sobre la derogación y vigencia de la ley.*

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que, por cierto, la petición del requirente se vincula a los problemas de vigencia, derogación y aplicabilidad de la ley, y a sus relaciones.

Como sostiene la doctrina, y Bascuñán Rodríguez, entre otros autores, **la derogación expresa es una declaración de cancelación de la vigencia de**

*una norma por otra norma –la norma derogatoria–, la cual produce ese efecto cancelatorio desde el momento que ella entra en vigencia.* El estatuto regulatorio de la vigencia de la ley se encuentra contenido en los artículos 6º, 32, N°1, 8º, 72, 73, 64, inciso final, 75 y 77, incisos primero y octavo, de la Constitución Política; mientras que su desarrollo legislativo, en los artículos 1º, 6º, 7º, 8º y 52 del Código Civil. De otra parte, no puede confundirse, como es sabido, **la validez de una norma** con su **vigencia fáctica**. Mientras la primera alude a la determinabilidad o vinculatoriedad de una exigencia de conducta o de una pauta por la que la conducta humana tiene que ser medida, la vigencia fáctica se vincula a su eficacia o posibilidad de lograr imponerse (Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1994, pág. 184);

**VIGESIMOCTAVO:** Que los problemas de aplicabilidad de la ley, en cambio, son distintos a los de su vigencia y se presentan en nuestro ordenamiento, ya sea, a consecuencia del resultado concreto de inconstitucionalidad en la gestión de una norma legal (como le corresponde determinar a esta Magistratura); o, para el caso de los jueces de fondo, conforme a las reglas y principios propios del sistema jurídico (que no son las de vigencia), que reglan los cambios legislativos que pueden sobrevenir entre la ocurrencia de unos determinados hechos y su juzgamiento. Tratándose del Derecho Penal y del Derecho Público, lo que corresponde es aplicar, con criterio de pertinencia (en razón de mate-

ria, espacio y tiempo), las normas del ordenamiento jurídico respectivo (*lex fori*), que se encuentran vigentes al momento de su publicación (*lex praesens*), conforme a la regulación propia del derecho intertemporal internacional o del Estado (Bascuñán Rodríguez, *passim*);

**VIGESIMONOVENO:** Que, en ese sentido, el resultado de la decisión de este Tribunal no afecta la validez ni la vigencia de la ley, sino sólo su aplicabilidad para la gestión concreta que motiva el requerimiento;

VIII.- El alcance de la disposición infringida. El principio de irretroactividad de la ley penal y la vigencia de la ley anterior.

**TRIGÉSIMO:** Que el principio de irretroactividad de la ley penal es una expresión, *ratione materiae*, del principio general de irretroactividad de la ley contenido en los títulos preliminares de los códigos civiles, que en el proceso de codificación hicieron referencia, en esa parte, a diversos aspectos propiamente constitucionales. Así, por ejemplo, el artículo 9° del Código de Napoleón fue pionero en este punto al disponer que la ley sólo puede disponer para el futuro y que no tendrá jamás efecto retroactivo (*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*), criterio que reconoció como fuente el principio romano: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta proeterita revocari*. El Código Civil español, en su artículo 2°, apartado tercero, señala igualmente que las

leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario;

**TRIGESIMOPRIMERO:** Que, en el aspecto antes señalado, es el artículo 9° del Código Civil el que sirve de base en nuestro ordenamiento, al señalar que la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo;

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Que, sin embargo, a poco andar fue necesario, al no ser suficiente este criterio, dictar en 1861 la “Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes”, para resolver los problemas de la aplicación de la ley en el tiempo en el ámbito civil; o, dicho en otros términos, esa ley constituye el sustrato de lo que la doctrina reconoce como el derecho intertemporal privado chileno;

*-Aclaración previa de algunos conceptos, con especial relevancia al caso. Irretroactividad, retroactividad, actividad, ultra actividad, preteractividad y el derecho intertemporal en el ámbito penal.*

**TRIGESIMOTERCERO:** Que, como señala la doctrina, en términos penales “*la palabra irretroactividad sólo debe ser usada para aludir a lo único que puede alcanzar su campo semántico, esto es, a la prohibición de que la ley se aplique a los hechos anteriores al comienzo de su vigencia.*” La **ultraactividad**, en cambio, opera cuando un hecho resulta “*sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente en el momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento*”; es decir, cuando se aplica una ley a un hecho acaecido

—en términos de Bascuñán Rodríguez— con posterioridad al término de su vigencia (ver también: Oliver Calderón, Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Colección de Ciencias Penales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 63 y 64);

**TRIGESIMOCUARTO:** Que, en la doctrina se ha acuñado el concepto de *preteractividad* de la ley penal, para hacer alusión a la ley penal derogada para ser aplicada por una sentencia judicial posterior a su derogación, mientras que el concepto de *actividad* de la ley se refiere a la aplicación de la ley a un hecho acaecido durante su vigencia, y la *retroactividad*, a la aplicación de la norma a un hecho acaecido con anterioridad a su entrada en vigencia (Bascuñán Rodríguez, Antonio. *La preteractividad de la ley penal*. En Van Weezel, Alex. Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury. Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 166);

**TRIGESIMOQUINTO:** Que, a lo que el requirente alude en este caso es precisamente a la preteractividad de la ley penal, al señalar que la posible aplicación de normas penales derogadas a hechos ocurridos durante su vigencia puede producir un resultado inconstitucional en la gestión, que, desde luego, le afecta. Ese sería, no obstante, de una manera algo atípica, el papel a cumplir por el artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720;

IX.- Las reglas del Derecho intertemporal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el orden interno del Estado.

a) *En el Derecho Internacional.*

**TRIGESIMOSEXTO:** Que las normas del Derecho Internacional “intertemporal” se reflejan en diversas disposiciones de carácter internacional, entre ellas:

- El artículo 9°, N°2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, que dispone: *“A nadie se le podrá imponer una pena mayor que la aplicable al tiempo en que el delito fue cometido.”*
- El artículo 15, N°1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que prescribe: *“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*
- El artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala: *“Artículo 9. Principio de Legalidad y Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplica-*

*ble. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”;*

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que el principio de irretroactividad y su excepción de retroactividad benigna, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, forma parte del principio de legalidad penal o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio emanado del siglo de las luces y previamente enunciado por Montesquieu y Beccaria, para ser definitivamente acuñado, en su expresión latina, por Feuerbach. Dicho principio incluye, en un sentido amplio: (1) el principio de irretroactividad, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; (2) la prohibición de la analogía, *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; (3) el principio de certeza o de “máxima taxatividad legal”, *nullum crimen, nulla poena sine lege certa o the principle of certainty*; y (4) el principio de reserva legal, *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta o the prohibition against uncodified* (Ver Claus Kress. “*Nulla poena nullum crimen sine lege.*” Max Planck Encyclopedia of Public International Law- 2010);

**-Fundamentos teóricos del principio de legalidad penal.**

**TRIGESIMOCTAVO:** Que, mientras en el Reino Unido el principio de legalidad tiene una evolución lenta desde la Carta Magna (artículo 39) hasta una más precisa

aplicación, desde mediados del siglo XVII, acompañada de la fundamentación teórica de autores como Locke o Blackstone, en el Derecho continental europeo, que nos inspira, se ha basado en distintos fundamentos no enteramente suficientes por sí mismos y, por ello, no excluyentes; tales como: la garantía de las libertades individuales contra la arbitrariedad del Estado, la necesidad de justicia en el Derecho Penal (como criterio legitimador), el principio democrático y la separación de poderes (tarea del legislador), objetivos de política de prevención general negativa o positiva y, finalmente, entendiéndolo como prerequisite de punibilidad que asegura la retribución ante una conducta prohibida (ver Claus Kress en obra citada);

**TRIGESIMONOVENO:** Que, evidenciando la evolución del derecho internacional, el Derecho Penal Internacional, a través del Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente desde el año 2002, ha codificado el derecho consuetudinario en sus artículos 6 a 8 (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), y excluye en la actualidad, en sus artículos 11 y 24, su aplicación retroactiva. No obstante lo anterior, el artículo 24 (2) considera que en caso de un cambio de la ley aplicable al caso, antes del juzgamiento, debe aplicarse la ley posterior más favorable. El Estatuto de la Corte prohíbe a su vez explícitamente a los jueces aplicar la ley por analogía, en perjuicio del acusado, y exige que las ambigüedades sean resueltas en favor del mismo (artículo 22 (2) del Estatuto de Roma). La jurisprudencia

cia de la Corte Penal Internacional, por lo demás, ha manifestado este mismo criterio en el caso *Prosecutor v Lubanga Dyilo* (Decisión sobre confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06, de 29 de enero de 2007, párrafo 303). Asimismo, la exclusión de la retroactividad constituye un principio general de derecho internacional, de conformidad al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia;

**CUADRAGÉSIMO:** Que, como puede observarse, el estándar internacional hace hincapié en el principio de legalidad de la pena, insistiendo en la necesidad de que las condenas estén basadas en la existencia de una ley previa. Sin embargo, el imperativo de razonabilidad en la aplicación de las mismas ha obligado también a reconocer la aplicación retroactiva de leyes penales, en observancia del principio *in dubio pro reo*, como una garantía de excepción;

**b) En el Derecho interno.**

**CUADRAGESIMOPRIMERO:** Que, en el ordenamiento jurídico chileno, las reglas del derecho intertemporal penal del Estado se enuncian en los artículos 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución y, complementariamente, en el artículo 18 del Código Penal;

**CUADRAGESIMOSEGUNDO:** Que la primera de estas normas señala que: “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.*” El Código

Penal, a su vez, de una manera semejante, y que sirvió de inspiración al constituyente, dispone:

*“Artículo 18. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*

*Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.*

*Si la ley que exima del hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.*

*En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.”;*

**X.-El rango jerárquico del derecho intertemporal.**

**CUADRAGESIMOTERCERO:** Que, revisado el conjunto de normas regulatorias del derecho intertemporal, cabe señalar que su jerarquía normativa es de rango legal, siendo el legislador el convocado a establecerlo. Por ello, el derecho transitorio, colocado en igual jerarquía, tiene respecto de aquél el carácter de ley especial. Sin embargo, tratándose del derecho intertemporal sancionatorio,

algunas de sus normas tienen carácter constitucional, como es el caso del artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Carta y las disposiciones de los tratados, en cuanto a la exigencia de ley previa. El principio de *lex mitior* establecido en dicha norma constituye, a su vez, una garantía explícita del principio de legalidad (ver Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Décima edición, Santiago de Chile, 2011, pág. 227);

**CUADRAGESIMOCUARTO:**

Que, no obstante, ambas garantías operan de un modo diverso. En el caso de la garantía de ley previa, ésta opera de manera generalmente más precisa, sin perjuicio de que sea necesario muchas veces que el juez de fondo determine aspectos dificultosos, como, por ejemplo, establecer qué parte de la nueva ley es favorable y cuál no. En lo demás, se trata de que la ley penal posterior no puede aplicarse retroactivamente a los hechos, si sus consecuencias son desfavorables para el acusado. Tratándose del principio de *lex mitior*, en cambio, el aspecto central de su operatividad reside en que su fundamento se encuentra en la prohibición del exceso que emana del principio de proporcionalidad (ver Antonio Bascañán Rodríguez, "La aplicación de la ley penal derogada", Revista del Abogado, del Colegio de Abogados de Chile, Temas, pág. 11);

**XI.- Los destinatarios de la norma del artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución.**

**CUADRAGESIMOQUINTO:**

Que, en el sentido antes mencionado, tratándose de la *lex mitior* entendida como regla de valor constitucional (léase artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución), debe entenderse que el destinatario de la norma es el legislador, para quien rige una prohibición de doble estándar, en cuanto le es prohibido establecer diferencias arbitrarias, como las que se producirían si manifiesta al mismo tiempo dos medidas distintas de merecimiento y necesidad de la pena; ante lo cual debe prevalecer la menos lesiva a los derechos fundamentales;

**CUADRAGESIMOSEXTO:**

Que, en este ámbito, tiene el legislador, como es evidente, un amplio margen de regulación, en la medida que se justifique el trato punitivo diferenciado entre la ley antigua y la nueva; aspectos estos últimos que el requirente debió acreditar para hacer viable la inaplicabilidad de la norma impugnada;

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO:**

Que, de una manera diferente, cuando el imperativo del principio es de rango legal, esto es, en cuanto constituye la regla del artículo 18, incisos segundo y tercero, del Código Penal, entonces el destinatario es el juez, que tiene en este caso un margen de apreciación mucho más reducido; el juez no podrá sino aplicar retroactivamente la ley posterior, si ella y sus consecuencias son favorables para el acusado;

**XII.- Alcance de la misma norma constitucional.**

**CUADRAGESIMOCTAVO:**

Que, aclarado lo anterior, debemos determinar cuál es el alcance de la norma del artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, en torno a la cual debemos posteriormente pronunciarnos respecto a la infracción de los principios de igualdad, tipicidad y de reserva legal;

**CUADRAGESIMONOVENO:**

Que, desde el punto de vista de la historia del establecimiento de la norma, la retroactividad benigna, que sólo había tenido en nuestro ordenamiento reconocimiento legal en el artículo 18, inciso segundo, del Código Penal, fue incorporada al texto de la Constitución, a consecuencia de la propuesta formulada por el profesor Miguel Schweitzer, en la Sesión N°112 de la Comisión Constituyente; sesión en la cual, como han mencionado los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, *“hizo presente la aparente contradicción entre el precepto constitucional (de la Constitución de 1925) y el precitado artículo del Código punitivo.”* (M. Verdugo, E. Pfeffer y H. Nogueira, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 220);

**QUINCUAGÉSIMO:** Que, si bien esa Comisión no era depositaria del Poder Constituyente, es conveniente tomar en consideración el acuerdo a que llegó en el debate, el que puede sintetizarse en las siguientes expresiones del Presidente de la misma: *“El señor Ortúzar (Presidente) señala que si le parece a la Comisión, entonces, se mantendría el inciso final del número tres en los mismos términos en*

*que fue aprobado, facultando a la Mesa para que, con la asesoría del profesor Schweitzer, introduzca en este precepto, dándole categoría constitucional, los conceptos del artículo 18 del Código Penal, relativos a la retroactividad de la ley penal cuando exima de toda pena o cuando rebaja la pena. -Acordado.”* (Sesión 112 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, pág. 14, celebrada con fecha 8 de abril de 1975);

**XIII.- Derecho transitorio, derecho temporal y la norma impugnada.**

**QUINCUAGESIMOPRIMERO:**

Que, además de las normas generales mencionadas que dan cuenta del derecho intertemporal, en sus distintos ámbitos, el legislador se ve compelido, a veces, a dictar el derecho transitorio para resolver la adecuación entre la legislación derogada y la nueva, planteando excepciones al derecho intertemporal o llenando sus vacíos. En ese sentido, sus normas constituyen derecho especial frente al derecho intertemporal vigente;

**QUINCUAGESIMO SEGUNDO:**

Que el derecho transitorio se diferencia, además, de las leyes temporales, en que éstas son promulgadas mientras subsistan determinadas circunstancias que motivan su dictación (v/gr., una sequía o epidemia) o para regir durante un tiempo predeterminado en ellas, que lo hacen operar con las características de una ley especial, para prevalecer de ese modo frente a las leyes generales existentes. El problema, como señala Cury, es si respecto de

ellas debe aplicarse el artículo 18 del Código Penal, en sus incisos segundo y tercero, “de suerte que al hecho cometido mientras se encontraba en vigor la ley temporal habría de castigárselo con arreglo al derecho común si la sentencia de término es pronunciada después de que aquélla cesó de regir, o, supuesto que el fallo se dicte vigente todavía la ley temporal, habría que modificarlo luego de que dicha norma termine de imperar.” La respuesta de la doctrina suele ser negativa. El delito perpetrado durante la vigencia de esa ley debe ser castigado conforme a ella, sin atender al tiempo de dictación de la sentencia y sin que pueda ella ser posteriormente modificada. (Enrique Cury, op.cit, págs. 232 y 233. En el mismo sentido véase: Mario Garrido Montt. Derecho Penal, Tomo I, Parte General, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, págs. 113 y 114). El artículo duodécimo transitorio de la ley N°20.720 pertenece, en cambio, a la primera de las categorías mencionadas;

**QUINCUAGESIMOTERCERO:** Que, tratándose de leyes sancionatorias derogadas, la jurisprudencia y la doctrina chilena reconocieron inicialmente la aplicación de leyes sancionatorias derogadas frente a leyes penales posteriores desfavorables para el acusado, conforme al artículo 18 del Código Penal;

**QUINCUAGESIMOCUARTO:** Que esta situación se vio modificada cuando, a partir de 1987, la Corte Suprema acogió la doctrina de Luis Cousiño MacIver, conforme con la

cual la derogación formal de una ley contenía como excepción su subsistencia para el caso en que la ley posterior conservara la punibilidad establecida por la ley derogada;

**QUINCUAGESIMOQUINTO:** Que la doctrina del profesor Cousiño ha guiado a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha incidido en cambios legales como los introducidos a la Ordenanza de Aduanas (Ley N°19.738), a la regulación del tráfico de estupefacientes (Ley N°20.000) y en la regulación anti-monopolios (Ley N°20.361); criterio que una parte de la doctrina penal considera erróneo porque pretendería que la derogación formal de una ley contiene como excepción su subsistencia si la ley posterior conserva su punibilidad, confundiendo vigencia con aplicabilidad (Bascañán Rodríguez). Se ha sostenido que la aplicación jurisprudencial de la doctrina se ha hecho sobre la base de una comparación abstracta entre la ley derogada y la nueva para acreditar su continuidad;

**QUINCUAGESIMOSEXTO:** Que en las leyes mencionadas en el considerando anterior, se han introducido normas transitorias semejantes a la del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720, siendo el caso más claro –que dispuso, además, la aplicación de leyes preteractivas desfavorables–, el artículo 9° transitorio de la Ley N°19.738, sobre “Normas para combatir la evasión tributaria”, de 19 de junio de 2001. La mencionada norma señala que: “*Los delitos de fraude y contrabando cometidos con*

*anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley N°2 del Ministerio de Hacienda, de 1997.”;*

#### **XIV.- In dubio pro reo y lex mitior.**

##### **QUINCAGESIMOSÉPTIMO:**

Que, al decir del profesor Cury Urzúa, “una nueva ley es más favorable para el procesado no sólo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa.” (Ver Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal*. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, Santiago, 2005, pág. 229.) El indubio pro reo, en cambio, es una manifestación del principio de inocencia, como lo ha expresado este Tribunal en la STC Rol N°739/2007, c. 8°, como una regla de juicio o de valoración de la prueba “en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado”. Esto es, en la duda, la decisión definitiva debe ser la más

favorable al acusado, incluyendo, por cierto, su absolución (Cfr. XII Congreso Internacional de Droit Penal, 1979, Actes du Congrès, págs. 554 y 556; véase también la Sentencia 31/1981, de 28 de julio de 1981, del Tribunal Constitucional español, en el voto particular del Magistrado Angel Escudero). Esta Magistratura también ha señalado que *la norma legal que establece que determinadas sentencias criminales se cumplirán sin que rija, a su respecto, el beneficio dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal, viola el principio de derecho penal “pro reo” que establece el artículo 19, N°3°, inciso penúltimo, de la Constitución (STC Rol 78, c. 29°);*

#### **XV.- Si el artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720 es una norma dictada con infracción de criterios de razonabilidad.**

*-Historia del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720.*

##### **QUINCAGESIMOCTAVO:**

Que la norma impugnada tiene su antecedente en la regla introducida durante la discusión particular del proyecto de ley en la Sala del Senado, en los siguientes términos: “Artículo duodécimo. Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.”;

##### **QUINCAGESIMONOVENO:**

Que la norma impugnada fue concebida, inicialmente, como una norma que debía hacer excepción al principio de *lex mitior*, así, el Senador Patricio Walker expresó que: “La actual Ley de Quiebras contiene

normas penales que tipifican delitos concursales para las figuras de quiebra culpable y quiebra fraudulenta. En este ámbito el proyecto deroga la normativa vigente y crea nuevas figuras penales, que se incorporan en un nuevo Título dentro del Código Penal, las que tienen por objeto sancionar las conductas ilícitas cometidas en relación con la nueva ley. **Para evitar cualquier confusión acerca de la posibilidad de que se aplique la retroactividad de la ley en los casos que sean más favorables a la persona condenada y con la finalidad de distinguir un delito de otro,** se propone un nuevo artículo transitorio, del siguiente tenor: “Artículo 14 transitorio.- Las disposiciones penales de la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia”. (Historia de la Ley N°20.720, pág. 1686).

El Senador Larraín, por su parte, indicó que: “En segundo lugar, también se planteó introducir un nuevo artículo transitorio para evitar un problema. El proyecto incorpora una mirada distinta acerca de los delitos de fraude y de quiebra fraudulenta o culpable.”

En la actualidad hay personas que se encuentran condenadas por tales ilícitos. Y han surgido interpretaciones judiciales que dan a entender que, fundándose en el principio *pro reo* y al cambiar la tipificación de los delitos, ellas quedarían liberadas de su responsabilidad penal.

Con el objeto de evitar esto último se propuso utilizar la misma norma que hemos empleado en otros cuerpos legales y establecer lo siguiente:

“Artículo 12 transitorio.- Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.”.

Esta norma -me parece que ya la usamos en la Ley de

Drogas- nos permitirá impedir que personas que han sido declaradas culpables del delito de quiebra fraudulenta puedan sentirse eximidas de responsabilidad penal en virtud del principio *pro reo*.

Tal vez podría no aplicarse, pero como hay casos en que sí se ha hecho nos parece imprescindible incorporar este artículo transitorio.” (Historia de la Ley, págs. 1709 a 1710);

**SEXAGÉSIMO:** Que la introducción de estas reglas tuvo como modelo, según expresara el senador Larraín, el artículo 1° transitorio de la Ley N°20.000: “Esta ley -señala dicha disposición- sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la Ley N°19.366, el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar y el artículo 193 del Código Aeronáutico continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las reglas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.”;

**SEXAGESIMOPRIMERO:** Que, no obstante pudiera pensarse que la disposición transitoria anterior, antecedente de la norma impugnada,

alude a que la aplicación del artículo 18 del Código Penal sea procedente para los efectos de determinación de la pena, ello carece de importancia, porque la redacción de la norma transitoria anterior de la Ley N°19.366, de Drogas (artículo 59), no daba lugar a tal reduccionismo. La norma señalaba:

“Artículo 59.- Derógase la ley N°18.403. Con todo, la ley N°18.403 continuará vigente para los efectos de la sanción de los delitos en ella contemplados y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, en cuyo caso la pena se regulará, además, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal. La tramitación de los respectivos procesos, la prueba y la apreciación de la misma, se regirán, sin embargo, por las normas de esta ley. Toda referencia legal o reglamentaria a la ley N°18.403 debe entenderse hecha a esta ley.”;

**SEXAGESIMOSEGUNDO:** Que, del mismo modo, la exención de pena efectuada por el legislador respecto a un hecho contiene en sí la norma relativa a la pena máximamente favorable;

**SEXAGESIMOTERCERO:** Que, sin embargo, a diferencia del artículo 12 transitorio del proyecto de ley que culminó en la Ley N°20.720, propuesto inicialmente por el senador Larraín, y reproducido más arriba, el artículo 1° transitorio de la Ley N°20.000 no es redundante respecto del artículo 18 del Código Penal, por cuanto mientras esta norma no hace excepción a la regla general de apli-

cación del Derecho inter-temporal, la propuesta del Senador pretendía excluir la aplicación retroactiva de normas de la Ley N°20.720 que fueran más favorables al acusado. Ello fue “corregido” posteriormente durante la tramitación legislativa, hasta arribar a la vigente disposición, contradictoria en lo literal, del artículo duodécimo transitorio de esta última ley. Fue la Superintendencia de Quiebras la que sugirió establecer que los delitos de quiebra fraudulenta y culpable continuaran “vigentes” para la persecución de los delitos perpetrados con anterioridad a la dictación de la nueva ley, pero en realidad de lo que se trataba era de la aplicación preteractiva de las normas anteriores derogadas (Historia de la Ley N°20.720, pág. 2.377);

**SEXAGESIMOCUARTO:** Que la oración final de la norma impugnada: “*sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal*”, fue introducida a sugerencia del profesor de la Universidad Católica, Juan Luis Goldenberg, durante el segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados (Ibíd., Historia de la Ley N°20.720, págs. 2.377 y 2.689 a 2.690);

**SEXAGESIMOQUINTO:** Que, en vista de lo anterior, esta Magistratura sostiene que la norma impugnada no difiere de la utilizada en el artículo 59 de la Ley N°19.366. Las consecuencias prácticas son las mismas, no sólo por el alcance que cabe dar al artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, sino también porque la disociación entre

la determinación de la calidad del delito, conforme a la ley derogada, y la determinación de la pena, no excluye la disminución de la pena por la ley posterior más favorable, ni puede implicar necesariamente la despenalización de todos los hechos. La disposición duodécimo transitoria de la Ley N°20.720 es una norma redundante (Bascañán Rodríguez) cuya única función práctica es garantizar la aplicación preteractiva de leyes derogadas ante un cambio legal desfavorable;

**SEXAGESIMOSEXTO:** Que, sin embargo, la determinación de si ese cambio es o no desfavorable, no es algo que pueda resolver de manera abstracta este Tribunal. Corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción poco feliz por el legislador de la norma que se impugna, realizar dicha determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, pudiendo presentarse –como resultado de esa comparación– distintas posibilidades; entre ellas: la posible despenalización de conductas antes ilícitas, la aplicación más favorable al acusado de las normas contenidas en la nueva ley por observancia de la *lex mitior*; la aplicación del *indubio pro reo*; la subsunción de hechos constitutivos de la quiebra culpable o fraudulenta en disposiciones de la nueva ley y la aplicación de la ley más favorable, o la aplicación preteractiva de las normas derogadas; aspectos todos que sólo pueden ser determinados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarlas (véase Antonio Bascañán Rodríguez. "La aplicación

de la ley penal derogada", Revista del Abogado, N°17, del Colegio de Abogados de Chile, Temas, pág. 12);

**SEXAGESIMOSÉPTIMO:** Que, como se manifiesta de su propio texto, el Tribunal ha llegado a la convicción de que la norma del artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720 no es una de aquellas cuya finalidad sea el establecimiento de nuevos tipos penales, sino una mera aplicación del principio general que inspira al constituyente en el artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución y que el Código Penal desarrolla en su artículo 18;

**SEXAGESIMOCTAVO:** Que la mención que la norma impugnada realiza al artículo 18 del Código Penal no se contradice con una interpretación amplia del artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución, ni le impide al juez aplicar la excepción a la irretroactividad que la Carta Fundamental consagra;

**SEXAGESIMONOVENO:** Que idéntico criterio ha sido utilizado por el legislador, a vía ejemplar, a propósito de las modificaciones de la Ley N°20.000, que "sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" (artículo 1° transitorio.- Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la ley N°19.366, el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar y el artículo 193 del Código Aeronáutico continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos

contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal. Asimismo, la tramitación de los respectivos procesos, la prueba y la apreciación de la misma, se regirán por las normas de dichos cuerpos legales.

En el caso de los procesos que, una vez en vigencia esta ley, se continúen tramitando conforme a las leyes procesales penales anteriores a la entrada en vigor del Código Procesal Penal, la autorización a que se refiere el artículo 9° no se concederá a los acusados y se suspenderá respecto de quienes se dicte auto de procesamiento. Asimismo, se denegará respecto de los procesados la inscripción en el registro especial a que se refiere el Título V y se suspenderá la que ya se hubiere practicado respecto de quienes sean sometidos a proceso. Y en la ley modificatoria de la Ordenanza de Aduanas (D.F.L. N°213, de 22 de julio de 1953, Ministerio de Hacienda (Texto refundido: D.F.L. N°30, de 18 de octubre de 2004 - Ministerio de Hacienda). Se trata del artículo 9° transitorio de la Ley N°19.738, sobre "Normas para combatir la evasión tributaria", de 19 de junio de 2001: "Artículo 9°.- Los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto

con fuerza de ley N°2 del Ministerio de Hacienda de 1997." Este artículo dispuso la aplicación preteractiva de una ley penal desfavorable. Por eso Bascuñán sostiene que no es una norma redundante, como la del artículo 12 transitorio, sino una auténtica regla especial de preteractividad, dado su carácter de ley especial;

**XVI.- Si cabe al tribunal pronunciarse sobre la razonabilidad de esa norma y, en caso de hacerlo, en qué sentido.**

**SEPTUAGÉSIMO:** Que, al no ser la norma impugnada más que una norma redundante que remite a la aplicación de los criterios generales del derecho intertemporal, no puede señalarse que la derogación efectuada por la nueva ley de quiebras afecte el principio de igualdad ante la ley, configurando delitos a los que se apliquen distintos criterios de punibilidad (véase, entre otras: SSTC roles N°s 784, cc. 19° y 20°; 1138, c. 24°; 1140, c. 19°; 1170, cc. 13° y 15°; 1340, c. 30°; 1365, c. 29°; 1448, c. 37°; 1584, c. 19°; 365, c. 36°; 2437, c. 35°; 2664, c. 25°; 2702, cc. 6° y 7°; 986, c. 30°). El legislador ha tenido una finalidad constitucional legítima para efectuar el cambio de legislación y ha respetado los principios de congruencia y de proporcionalidad. Como ya hemos señalado, no estamos frente a dos cuerpos de normas que no dialoguen entre sí para la observancia de los derechos que el requirente estima lesionados. Simplemente lo que ocurre es que será el juez ordinario el llamado a determinar las distintas posibilidades de punibilidad o de exención

de ella en que se puede encontrar el requirente (ver SSTC roles 503/06, c. 9°, y 784/07, c. 14°). Es perfectamente posible, por lo demás, que el juez pudiera considerar que unos supuestos de hecho tipificados como ilícitos en la ley anterior puedan eventualmente también serlo bajo la nueva normativa. La norma en este sentido es inocua desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad. De otra parte, no puede afirmarse de manera abstracta una afectación del criterio de tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales, puesto que la excepción establecida en el artículo 19, N°3°, inciso octavo, es amplia y permite perfectamente la aplicación de criterios emanados de la retroactividad benigna y del principio *pro reo*, en su caso;

**SEPTUAGESIMOPRIMERO:**

Que, del mismo modo, la norma impugnada no es contraria al principio de legalidad penal. No se afecta el principio de ley previa, estricta y cierta, ni el principio de reserva legal. Las normas legales que sancionan los delitos son, por lo demás, claras y están perfectamente tipificadas, sin que presenten en su regulación problemas de ambigüedad, ni en la ley anterior ni en la posterior derogatoria y si, en algunos casos, las presentara en su aplicación, ese es un problema de interpretación legal que debe ser resuelto por quien corresponda. La norma impugnada, a su vez, no tipifica delitos de ninguna clase (véase: SSTC roles N°s 1432, cc. 26° y 28°; 1443, c. 23°; 244, cc. 9° y 10°; 480, c. 5° y 6° a 8°; 479, cc. 6° a 8° y 20°; 1017, c. 12°; 786, c. 28°;

2022, c. 24°; 46, c. 18°; 1423, cc. 5° y 6°; y 1499, cc. 5° y 6°);

**SEPTUAGESIMOSEGUNDO:**

Que el requirente, por su parte, no acreditó ante el Tribunal dos aspectos muy importantes. Por una parte, no demostró que la regulación preteractiva de la norma de la Ley N°18.175 le sea desfavorable; ni tampoco realizó el ejercicio de acreditar que la aplicación retroactiva de las nuevas normas pudiere favorecerle; manifestando de este modo una insuficiencia en la argumentación. De otra parte, la estimación de que una declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada pudiera derivar en la plena aplicación de la Ley N°20.720 también es incorrecta, ya que declarada inaplicable esta norma de derecho intertemporal especial (artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720), retomaría plena fuerza la aplicación general de la norma del artículo 18 del Código Penal, es decir del derecho intertemporal general, pudiendo ser perfectamente aplicable al requirente la norma penal más favorable en toda la intensidad que sea admisible;

**SEPTUAGESIMOTERCERO:**

Que el requirente ha planteado que la aplicación integral de la Ley N°20.720 debería conducir al inmediato sobreseimiento definitivo de la causa; pero esta situación lleva al absurdo, por cuanto en Chile la derogación expresa de una norma penal no resuelve automáticamente el problema de la determinación de cuál es la ley aplicable. Una norma penal derogada puede ser eventualmente aplicable, como también la

nueva ley si ella produce efectos favorables, cualesquiera que sean, para el acusado. En otras palabras, opera el derecho intertemporal general del artículo 18 del Código Penal. De otra parte, como ha sostenido Bascuñán Rodríguez, lo derogado son normas y no delitos (véase también: Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G, en *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 127);

#### **SEPTUAGESIMOCUARTO:**

Que, finalmente, el requirente no hizo cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 219 y 220 de la Ley 18.175, ni del artículo 344 de la Ley N°20.720, que es la norma derogatoria. A su vez, se constata de los antecedentes que la apelación de la resolución que denegó su sobreseimiento definitivo fue declarada abandonada.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N°6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

#### **SE RESUELVE:**

**Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.**

**Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 41. Oficiese al efecto al Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.**

**No se condena en costas al requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.**

**Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado señora María Luisa Brahm Barril previenen** que concurren a la sentencia, pero sin compartir sus considerandos 19° a 26° y 72° a 73°.

Así, entre otras cuestiones expresadas en dichos considerandos, no comparten lo que se alude como “principio de interpretación conforme”, toda vez que la competencia del Tribunal Constitucional no corresponde en determinar si alguna posible interpretación de la ley que pudiera efectuar el juez de fondo, conforme a sus facultades, se ajustaría al texto constitucional y otra no, y conforme a ello rechazar un requerimiento; sino precisamente y al contrario, la competencia constitucional de esta Magistratura –en armonía con el efecto negativo de sus sentencias– consiste en declarar que el juez del fondo no puede hacer aplicación del precepto legal impugnado, o bien de alguna de las posibles interpretaciones del mismo que genere efectos inconstitucionales.

Tampoco comparten que, como argumento para el rechazo de un requerimiento de inaplicabilidad, se esgrima que el requirente no ha acreditado ante este Tribunal Constitucional lo favorable o desfavorable de la aplicación de la norma a su respecto, pues ello constituye una cuestión de mérito, que escapa de un examen de constitucionalidad

de preceptos legales y, además, no es exigido por la Carta Fundamental para accionar de inaplicabilidad ante esta Magistratura.

En consecuencia, todos los considerandos aludidos en este voto particular no forman mayoría en el Tribunal Constitucional, que integra la presente sentencia.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Juan José Romero Guzmán**, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, en virtud de las siguientes argumentaciones:

#### **I.- CONTEXTO JURÍDICO GENERAL DEL CASO CONCRETO.**

1°. Que, en el caso sometido a consideración de este Tribunal, se está imputando a una persona la comisión de ciertos tipos delictivos concursales del Libro IV del Código de Comercio. La Ley N°20.720, de enero de 2014, sustituyó el régimen concursal del Código antes mencionado por un sistema de reorganización y liquidación de empresas y personas insolventes.

Más específicamente, la Ley N°20.720 significó la derogación (formal) de los tipos penales de quiebra contemplados en el Título XIII del Libro IV del Código de Comercio, pasando ahora, en su mayoría, a estar contenidos en el Código Penal. Algunos de ellos todavía son penados por la ley, pero uno en particular ya no constituye delito: el delito de quiebra culpable, cometido por el

deudor calificado que no solicita su propia quiebra (artículo 219, N°4, del Libro IV del Código de Comercio).

Dado que el delito que se le ha imputado al requirente ha dejado de ser considerado por voluntad legislativa como uno digno de reproche penal, éste busca que se haga efectiva la regla constitucional de la ley más favorable al afectado (artículo 19, N°3°, inciso octavo). Para tal efecto, el actor en esta sede solicita que este Tribunal declare la inaplicabilidad de una norma legal transitoria que, como se explicará, produce el efecto de restringir la aplicación del derecho constitucional aludido, vulnerando, por ende, la Constitución;

#### **II.- SÍNTESIS DE LAS CONSTATAACIONES.**

2°. Que en lo sucesivo se explicarán las diversas etapas que fundamentan la argumentación de este voto disidente. En este sentido, la primera constatación de importancia consiste en que la regla constitucional consagrada en el inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 constituye una disposición que versa sobre la aplicación de normas legales en el tiempo, la cual tiene como destinatario no sólo al juez, sino también al legislador, quien, por ende, se encuentra afecto a una limitación en sus potestades normativas.

La segunda constatación reside en que el alcance de la regla constitucional aludida y, por lo tanto, de los beneficios susceptibles de proporcionar al imputado, coincide con lo desarrollado en el artículo 18 del Código Penal, norma que

servió de base para la disposición constitucional.

La tercera constatación radica en que la norma transitoria impugnada en autos limita la plena aplicación del artículo 18 del Código Penal y, con ello, de la norma constitucional relevante. Tanto la historia de la ley como el supuesto lógico de que no puede partirse de la base de que el precepto legal objetado es una norma meramente redundante, permiten sostener la inspiración y carácter parcialmente restrictivo de la misma.

La cuarta constatación dice relación con que el nuevo régimen penal establecido por la Ley N°20.720 sí establece hipótesis de leyes penales más favorables. En el caso concreto, uno de los delitos imputados al requirente ha sido despenalizado, todo lo cual permite concluir que la aplicación del precepto legal impugnado le podría generar un agravio incompatible con la garantía constitucional en comento;

### III.- TENOR Y OBJETIVO DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO.

3°. Que la norma cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se solicita dispone lo siguiente:

*“Artículo duodécimo.- Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos*

*a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.”.*

Dicho artículo busca, en primer lugar, evitar la aplicación retroactiva de la ley penal, declarando en su primera frase que los nuevos tipos penales de la Ley N°20.720 no se aplicarán a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

Para cumplir dicho objetivo, la segunda frase del artículo impugnado busca mantener subsistentes normas penales que son derogadas por aplicación de los artículos 344 y 347, N°20, de la misma Ley N°20.720. Dichas normas señalan lo siguiente:

*“Artículo 344.- Derógase la ley N°18.175, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 20) del artículo 347 y en los artículos primero y duodécimo transitorios.”*

*“Artículo 347.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código de Comercio:*

*20) Derógase el Libro IV, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 344 y en los artículos primero y duodécimo transitorios.”*

En consecuencia, esta segunda frase busca producir el efecto de evitar la derogación del artículo 38 y del Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, “para todos los

*efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.”;*

#### **IV.- SENTIDO Y ALCANCE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A BENEFICIARSE DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL IMPUTADO.**

##### **1. ¿Qué dice la regla constitucional?**

4°. Que el artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución señala que “[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. Esta garantía consiste en que, si durante el período que media entre la perpetración del hecho y la condena, cambia favorablemente la penalidad asociada a un acto considerado previamente como delictivo (lo que puede ir desde una rebaja de pena a una despenalización completa, si se descriminaliza el hecho), el juez debe aplicar la nueva ley promulgada y el legislador, como se explicará, no puede limitarlo. Tal como se reconoce en el considerando 70° del fallo, la regla constitucional “es amplia y permite perfectamente la aplicación de criterios emanados de la retroactividad benigna y del principio pro reo”;

##### **2. ¿A quién va dirigido el mandato constitucional?**

###### **1. Mandato para el juez.**

5°. Que la disposición constitucional citada, por sí y a través de la norma legal que la despliega (artículo 18, incisos segundo y tercero, del Código Penal), constituye un mandato para el juez. En efecto, si en el período que media entre la perpetración del hecho y la condena cambia favorablemente la penalidad asociada a un acto considerado previamente como delictivo, el juez estará obligado a aplicar la nueva ley desde su promulgación.

Lo anterior no obsta al hecho de que es al juez a quien le corresponde determinar en el caso concreto si existe o no un hecho punible de responsabilidad del imputado y, si este último es el caso, cuál es su penalidad (en cuyo caso debe evaluar si la nueva ley promulgada establece, para el asunto sometido a su conocimiento, condiciones más favorables). Pero, como se afirmó, si ése es el caso, la Constitución obliga al juez a aplicar la regla de la ley más favorable;

###### **2. Mandato para el legislador.**

6°. Que, independiente de que el mandato constitucional vaya dirigido al juez, también debe estimarse como obligatorio para el legislador. Tal como se reconoce en el considerando 45° del fallo, “tratándose de la lex mitior entendida como regla de valor constitucional (léase artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución), debe entenderse que el destinatario de la norma es el legislador”.

Es cierto que la determinación de la aplicación de las leyes en el

tiempo suele ser una materia a ser resuelta por los jueces del fondo. Sin embargo, y de forma excepcional, el inciso octavo del artículo 19, N°3°, de la Constitución constituye, en sí mismo, un precepto que regula la aplicación de la ley (penal) en el tiempo. Por consiguiente, el legislador no puede dictar una ley penal que evite la aplicación de condiciones más favorables por la vía de diferir su vigencia o excluir su aplicación a conductas acaecidas con anterioridad, pero que, sin embargo, no hayan sido aún objeto de una sentencia judicial.

En otras palabras, deben destacarse tres ideas: (i) el legislador tiene libertad para cambiar el contenido material del régimen penal de lo que se conocía como quiebra, lo que consta en el articulado permanente de la Ley N°20.720; (ii) ese régimen distinto puede ser más favorable o desfavorable que el anterior; pero (iii) lo que no puede hacer el legislador es establecer que los imputados que no han sido condenados carecen de la posibilidad de beneficiarse en toda la magnitud permitida por la regla constitucional en comento. La norma impugnada viola, en lo que se refiere a esto último, el mandato constitucional;

#### **V.- EFECTO POTENCIALMENTE AGRAVIANTE PARA EL REQUIRENTE QUE SE DERIVA DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA IMPUGNADA.**

7°. Que, sin perjuicio de que es el juez del fondo quien debe resolver si el imputado ha cometido delito o no,

lo concreto es que, dadas las imputaciones que se le hacen, es posible constatar que no todas se encuentran penalizadas en la nueva ley. Por consiguiente, y tal como se explicará, el análisis sobre la compatibilidad del precepto legal impugnado con la regla constitucional pertinente puede resultar determinante para el requirente.

Así, cabe destacar, en primer lugar, que el nuevo régimen penal consagrado por la Ley N°20.720 establece hipótesis de leyes penales más favorables que aquellas contempladas en el cuerpo legal modificado.

Y, en segundo lugar, debe advertirse que el precepto legal impugnado tuvo por objeto limitar o evitar la aplicación de los eventuales beneficios derivados de la regla constitucional, lo cual implica un potencial agravio para el requirente;

#### **1. ¿Establece el nuevo régimen sancionatorio de la Ley N°20.720 hipótesis de leyes penales más favorables?**

8°. Que, en términos generales, la Ley N°20.720 modificó la normativa penal existente en el Libro IV del Código de Comercio, a través de la derogación de algunos delitos, la modificación de las penas de otros y la creación de nuevos ilícitos.

No obstante lo anotado precedentemente, la verificación de si la nueva Ley N°20.720 establece hipótesis de situaciones penales más favorables en relación a la regulación legal previa depende de si existe una nueva valoración penal de conductas que implique la descriminalización de

un determinado tipo de comportamiento antes penado o de si, no existiendo una descriminalización, las penas para el mismo tipo de conductas sean más favorables bajo el nuevo régimen.

Siguiendo la lógica recién expuesta, no existiría necesariamente una ley penal más favorable por el solo hecho de la derogación de un tipo penal. Debe analizarse si hay algún tipo penal – vigente al momento de la comisión del delito o incluso posterior – que mantenga la punibilidad de la conducta descrita en el artículo derogado. Si la respuesta es positiva, podemos estar frente a una sistematización penal que en caso alguno puede considerarse como una descriminalización (aun cuando sí podría verificarse la subsistencia de la punibilidad pero bajo una hipótesis más benigna). Si la respuesta es negativa – es decir, la conducta típica de la ley derogada ya no se encuentra penada –, entonces estamos en presencia de un caso donde debe primar la favorabilidad de la descriminalización actual;

**9°.** Que, en el caso concreto, la acusación del Ministerio Público y la acusación particular del querellante le imputan al requirente la comisión de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable de los artículos 219, N°s 1, 4 y 9, y 220, N°s 11 y 16, del Libro IV del Código de Comercio. **Si se analizan los delitos imputados a la luz de la nueva regulación penal establecida por la Ley N°20.720 es posible advertir, como se explicará a continuación, que en cuatro de los cinco no existe descriminaliza-**

**ción y que, por el contrario, hay un delito. La excepción la constituye el artículo 219, N°4, del Libro IV del Código de Comercio, que reprocha una conducta que ha dejado de valorarse como una digna de sanción penal, es decir, hay un caso de descriminalización con efectos potencialmente más favorables para el requirente;**

**10°.** Que, profundizando en el análisis precedentemente expuesto, el artículo 219, N°1, señala que constituye quiebra culpable el hecho que el deudor haya pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos. Esta hipótesis en particular del delito de quiebra no está contemplada expresamente dentro de los nuevos tipos penales que aprobó la Ley N°20.720, toda vez que – como apuntaba el profesor Ortiz Quiroga en su informe remitido a las Comisiones de Constitución y Economía del Senado, Unidas, durante la discusión parlamentaria – la ley eliminó las figuras penales del artículo 219. Sin embargo, el nuevo artículo 463 del Código Penal sanciona la ejecución de “(...) *actos o contratos que disminuyan el activo o aumenten el pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a los acreedores.*”, de lo cual podemos desprender que los actos de disposición de bienes en perjuicio de los acreedores concursales continúan siendo ilícitos. El profesor Varela, invitado a la discusión del proyecto de ley, apunta en este mismo sentido al decir que “(...) *hay más bien un cambio de nombre de las figuras, manteniéndose las conductas sancionadas.*” (Historia de la Ley

N°20.720, p. 1970, disponible en <http://www.bcn.cl>).

Luego, el artículo 219, N°4, sanciona como delito que el deudor calificado no haya solicitado su quiebra, lo cual no se contempla como ilícito en la nueva ley concursal. Durante la discusión del proyecto de ley, el profesor Nelson Contador señaló “(...) *que el proyecto sanciona conductas que no están contempladas en la normativa vigente, a la vez que elimina las que están obsoletas, como perder fuertes sumas de dinero en los juegos de azar, que hoy es causal de quiebra culpable, o no solicitar la quiebra dentro del plazo de quince días contado desde la fecha en que se ha cesado en el pago de una obligación mercantil, en circunstancias que tal vez nadie la pueda pedir por carecer de título ejecutivo.*” (Historia de la Ley N°20.720, p. 1971). Posteriormente, el mismo académico ha comentado que “[e]sta modificación era necesaria porque en una economía moderna no se puede sancionar con penas de cinco años de prisión, al deudor mercantil (calificado) que no solicite su propia quiebra, dentro de los quince días siguientes al hacer cesado en el pago de una obligación comercial, como lo establecía el artículo 219, N°4, en relación con el artículo 41 del Libro IV del Código de Comercio.” (Contador, Nelson (2015): *Procedimientos concursales*). En el mismo sentido, la actual Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento recordó, durante la tramitación de la actual Ley N°20.720, que “ (...) *no parece adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, sancionar por no acudir oportunamente al sistema concursal.*” (Historia de la Ley N°20.720,

p. 1966). En suma, **a diferencia de los otros casos, en la actualidad no existe norma ni de la Ley N°20.720, ni en el Código Penal, que sancione al deudor que no solicite su propia quiebra.**

El artículo 219, N°9, por su parte, presume la culpabilidad del deudor calificado que no tuviere libros o inventarios, o que, teniéndolos, no hubieran sido llevados con la regularidad exigida, de tal manera que no manifestaren la verdadera situación de su activo y pasivo. Aunque la calificación de deudor calificado ya no existe en la legislación concursal, la figura penal se mantuvo de forma similar en el nuevo artículo 463 ter del Código Penal, para los deudores sometidos a procedimientos concursales de reorganización o liquidación.

En relación con las presunciones dolosas del artículo 220 que se imputan al deudor, el numeral 11 establece que se presume fraudulenta la quiebra si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél. Esta figura, en el caso del procedimiento concursal de reorganización o liquidación, está contemplada como delito en el nuevo artículo 463 ter del Código Penal.

Por último, el artículo 220, N°16, del Libro IV establece como presunción de quiebra fraudulenta la ejecución dolosa de una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo. Dicho tipo penal es simi-

lar al delito del nuevo artículo 463 del Código Penal, por lo que claramente la voluntad del legislador no ha sido despenalizar esta conducta.

En consecuencia, y a diferencia de lo que se afirma en el considerando 11° del fallo (voto de mayoría), de las cinco conductas delictuales que se le imputan al requirente bajo el amparo de la antigua ley hay una que, de acuerdo a la nueva ley, se ha descriminalizado y, por lo tanto, constituye –en términos abstractos– una hipótesis de ley penal más favorable;

**2. ¿Limita o excluye la nueva ley la posibilidad de que los jueces apliquen los eventuales beneficios derivados de la regla constitucional?**

**11°.** Que debido a que la nueva Ley N°20.720 contempla, al menos en algún caso –tal como se demostró–, una hipótesis más favorable desde el punto de vista penal que lo previsto en la antigua ley (Código de Comercio), se discutió la necesidad de limitar la regla de la ley más favorable al imputado, lo cual, como se explicará, finalmente ocurrió.

La vía por la cual se materializa la restricción legislativa a la regla constitucional referida al beneficio de la ley más favorable al imputado es a través de la limitación a la plena aplicación del artículo 18 del Código Penal (incisos segundo y tercero), el cual se identifica con la disposición constitucional de la que se desprende el beneficio aludido. En efecto, el estudio de la génesis de la referida disposición constitucional muestra de manera nítida que ésta no es más que la consagración a nivel constitu-

cional de la norma legal antes referida. Véase, al respecto, la Sesión 112 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, pág. 14, celebrada con fecha 8 de abril de 1975, cuya transcripción parcial es aportada, precisamente, por el considerando 50° del fallo del cual disintimos. Valga, a modo de confirmación, lo señalado por el considerando 49° del mismo fallo: “desde el punto de vista de la historia del establecimiento de la norma, la retroactividad benigna, que sólo había tenido en nuestro ordenamiento reconocimiento legal en el artículo 18, inciso segundo, del Código Penal, fue incorporada al texto de la Constitución”. En otras palabras, existe evidencia no controvertida de que el artículo 18 del Código Penal refleja el sentido y alcance del artículo 19, N°3°, inciso octavo, de la Constitución;

**12°.** Que, incluso más, la estrecha conexión entre el artículo 18 del Código Penal y la recién mencionada disposición constitucional se desprende de lo sentenciado por esta misma Magistratura. En efecto, el considerando 57° de este fallo reconoce, igualmente, la pertinencia del considerando 29° de la sentencia Rol N°78, el cual plantea que una disposición legal que limite de manera absoluta la aplicación del inciso tercero del artículo 18 del Código Penal es inconstitucional por violar el artículo 19, N°3°, inciso penúltimo, de la Constitución. Sostenemos que así como una limitación total de la referida disposición del Código Penal es inconstitucional, también lo es una limitación de carácter parcial que, en último término, restringe la posibili-

dad de aplicar en toda su extensión la regla de la ley más favorable.

La aseveración de que el precepto legal impugnado limita (parcialmente) el beneficio del artículo 18 del Código Penal y, por consiguiente, el inciso octavo del artículo 19, N°3°, de la Constitución se fundamenta, en primer lugar, en la historia de la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita y, en segundo lugar, en el entendimiento de que no puede partirse de la base de que la disposición legal reprochada es meramente redundante, careciendo, por ende, de todo efecto útil y, por lo mismo, de todo efecto agravante para el imputado requirente en autos;

#### 1. La historia legislativa del precepto impugnado da cuenta de su propósito restrictivo.

13°. Que en la discusión en la Sala del Senado del proyecto de ley, el senador Patricio Walker planteó la necesidad de aprobar una normativa transitoria que no permitiera aplicar la ley penal más favorable: “(...) *La actual Ley de Quiebras contiene normas penales que tipifican delitos concursales para las figuras de quiebra culpable y quiebra fraudulenta. En este ámbito el proyecto deroga la normativa vigente y crea nuevas figuras penales, que se incorporan en un nuevo Título dentro del Código Penal, las que tienen por objeto sancionar las conductas ilícitas cometidas en relación con la nueva ley. Para evitar cualquier confusión acerca de la posibilidad de que se aplique la retroactividad de la ley en los casos que sean más favorables a la persona condenada y con la finalidad de distinguir*

*un delito de otro, se propone un nuevo artículo transitorio, del siguiente tenor: “Artículo 14 transitorio.- Las disposiciones penales de la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia”.* (Discusión en Sala, Primera Trámite Constitucional, Senado, p. 1684).

En la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, la Superintendente de Quiebras – actual Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento – explicó que la redacción inicial de la norma impugnada ante este Tribunal “(...) *establece una excepción al principio in dubio pro reo. Relató que cuando se votó el proyecto en la Sala del Senado, se incorporó esta norma, en el entendido de que al eliminarse las presunciones de quiebra culpable y fraudulenta, podría ocurrir que un condenado según la ley vigente pueda solicitar, apelando a dicho principio, su absolución, por la inexistencia del delito.*” (Historia de la Ley N°20.720, p. 2376). A continuación, el entonces diputado Felipe Harboe expresó su aprensión acerca de la disposición propuesta en razón de que limitaría el derecho constitucional comentado: “(...) *aquellas personas que se encuentren condenadas por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta podrían invocar el principio in dubio pro reo, para solicitar su absolución, en atención a que el delito dejó de existir. Señaló que esta disposición puede ser cuestionada desde el punto de vista de su constitucionalidad, sobre todo si se considera que el principio in dubio pro reo está consagrado en la Carta Fundamental.*” (Historia de la Ley N°20.720, p. 2376).

La solución adoptada por la Comisión de Constitución de la Cámara, que dio origen a la normativa impugnada en autos, fue agregar al artículo transitorio la frase “sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”, con el fin de explicitar la excepción al principio de ley penal más favorable y así, conseguir *“que los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos, que hayan sido perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley.”* (p. 2377).

En consecuencia, es posible aseverar que la norma legal transitoria que se impugna en autos limita la posibilidad de aplicar en toda su extensión la regla de la ley más favorable;

2. El precepto legal impugnado no es redundante, tiene un efecto útil y, consiguientemente, limita la posibilidad de aplicar en toda su extensión el beneficio constitucional.

14°. Que una manera de eludir la constatación de inconstitucionalidad de la norma impugnada consiste en sostener que ésta carece de efecto útil, debido a que sería una declaración legislativa meramente redundante y, por lo mismo, carecería de la aptitud para perjudicar al imputado. En el sentido recién anotado el considerando 70° del fallo dice que “al no ser la norma impugnada más que una norma redundante que remite a la aplicación de los criterios generales del derecho intertemporal...”. Afirmamos que contraría toda

lógica interpretativa sostener que una disposición legal cuya génesis fue el resultado de una larga discusión y reflexión sea una repetitiva o redundante.

En otras palabras, si la alusión al artículo 18 del Código Penal implicara la plena aplicación del mismo y, por ende, transformara al artículo duodécimo transitorio del nuevo régimen legal en una norma meramente redundante en virtud de la incompatibilidad existente entre la primera y segunda parte del mismo, habría que concluir, más allá de toda lógica, que el precepto legal impugnado carecería de todo sentido y utilidad práctica. Lo lógico es partir de la base de que la primera y segunda parte del artículo impugnado son conciliables entre sí, lo cual necesariamente lleva a la conclusión de que el artículo 18 no pueda aplicarse, de ser el caso, con la plenitud de sus posibilidades en beneficio del imputado.

El punto que conviene ser reiterado, utilizando el lenguaje del fallo, es que no obstante que los criterios generales del derecho intertemporal (léase el artículo 18 del Código Penal) identifican el sentido del inciso octavo del artículo 19, N°3°, de la Constitución, el artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720 limita el alcance potencial del beneficio de la ley más favorable. Esta limitación (parcial) de dicho derecho se encuentra reconocida en el mismo fallo. En efecto, el considerando 72° manifiesta que “declarada inaplicable esta norma de derecho intertemporal especial (artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720),

retomaría plena fuerza la aplicación general de la norma del artículo 18 del Código Penal, es decir del derecho intertemporal general, pudiendo ser perfectamente aplicable al requirente la norma penal más favorable en toda la intensidad que sea admisible” (énfasis agregado);

## VI.- CONCLUSIONES.

15°. Que de las consideraciones precedentes es posible afirmar que el precepto legal impugnado tiene un sentido restrictivo, impidiendo la posibilidad de aplicar en toda su extensión la regla constitucional y legal (una es reflejo de la otra) de la ley más favorable al imputado.

En efecto, el sentido restrictivo del precepto legal impugnado se desprende tanto de la historia de la ley como del criterio interpretativo consistente en asumir que dicha norma no es una meramente redundante y, por ende, inocua. A su vez, dado que uno de los delitos imputados al requirente no se encuentra penalizado, sí existiría la posibilidad de que éste pudiera beneficiarse, en toda su magnitud, de la garantía de la ley más favorable, lo que podría no ocurrir de aplicarse el precepto legal objetado.

Por tanto, en consideración a lo manifestado con anterioridad en este voto disidente y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, N°6°, y undécimo, de la Constitución, así como en

los preceptos pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, estimamos que, en el caso concreto, el artículo duodécimo transitorio de la Ley N°20.720 es incompatible con el inciso octavo del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

Redactó la sentencia el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers; la prevención, los Ministros que la suscriben, y la disidencia, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

### **Rol N°2673-14-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente), señora Marisol Peña Torres, señores Hernán Vodanovic Schnake, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril, y por el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Hernán Vodanovic Schnake concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse con licencia y haber cesado en el cargo, respectivamente.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y DELITOS VIOLENTOS

---



## LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES

Rodrigo Fernández Moraga<sup>1</sup>

### I. Introducción

El procedimiento que regula las medidas de seguridad en nuestro Código Procesal Penal tiene una aplicación residual en relación con los ingresos generales del Ministerio Público, habiéndose utilizado en 11.225 oportunidades desde el año 2005<sup>2</sup>, generándose constantes dudas en relación a algunos aspectos procedimentales.

Es frecuente que la práctica enfrente dificultades que la doctrina no ha procurado zanjar, pues detrás de las alegaciones relativas a una posible enajenación mental, aparecen ciertas dificultades en cuanto a: los efectos que genera la suspensión del procedimiento; la posibilidad de nombrar como curador ad litem al defensor del individuo; hasta qué momento procesal se puede discutir la inimputabilidad y quién debe conocer de esta discusión.

El presente artículo pretende dar respuesta a algunos aspectos que generan constante cuestionamiento en la tramitación de este procedimiento especial, a través de la revisión de la normativa nacional, doctrina y de lo establecido en el Oficio FN N°286/2010<sup>3</sup>, que contiene la Instrucción General del Fiscal Nacional que imparte criterios de actuación para los procedimientos especiales.

### II. Antecedentes

Las medidas de seguridad están contenidas en el Título VII del Libro IV del Código Procesal Penal, que regula el procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad para los *enajenados mentales*.

Estas medidas nacen en Europa durante el siglo XIX, momento hasta el cual la pena era la única respuesta posible ante la comprobación de la participación de una persona en la comisión de un hecho delictual. Los juicios tenían, sea cual fuere el procedimiento, la finalidad de comprobar la existencia del

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Información extraída y procesada desde la base de datos del Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF), por la División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión (sobre la base de casos ingresados que desde el 01 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2015 suman un total de 13.067.520 ingresos).
- 3 Disponible en línea URL: [<http://bit.ly/24SDyKK>].

hecho y la participación culpable, sobre la base de la cual se aplicaba una sanción penal. Gracias al desarrollo de la criminología, se incorporó un nuevo concepto estructurado a partir de la peligrosidad, derivada de ciertos estados psicológicos del sujeto entendiéndose por tal la potencialidad de un individuo determinado de volver a delinquir<sup>4</sup>.

De este modo, las medidas de seguridad nacen con la finalidad por una parte de corregir y por otra anular el riesgo que determinadas personas representan. Desde la perspectiva de los fines de la pena, aun cuando estimamos que las medidas de seguridad no constituyen pena<sup>5</sup>, pues no contienen un componente de *aflicción* como consecuencia de un juicio de *reproche penal*, sino más bien lo entendemos justificado en *finés sanitarios*<sup>6</sup>, es dable reconocer que en general persiguen un fin *preventivo especial*, diverso a lo que sucede con la aplicación general de las penas que persiguen -en términos generales- la *retribución*, sin perjuicio de otras finalidades que se le atribuyen a las penas.<sup>7</sup>

En ese contexto -en Europa el siglo XIX- correspondía aplicar medidas de seguridad ante la sola presencia de determinados *estados peligrosos* de un sujeto. En efecto, España y Chile registraban normativa en ese sentido, sin que siquiera mediara participación delictiva, las controvertidas *medidas de seguridad pre delictuales*.

Chile heredó esta institución penal, las medidas de seguridad *pre delictuales*, de España por la vía de la Ley N°11.625, sobre *estados antisociales* y la incorporó con poco éxito desde mediados del siglo pasado (1954). Bajo dicha normativa se sancionaba -por ejemplo- a los que no tenían hogar fijo, y carecían de medios lícitos de subsistencia, los que pedían limosna -sin licencia para ello- en lugares públicos, mediante la aplicación de medidas de seguridad consistente en internación en casas de trabajo o colonias agrícolas por tiempo indeterminado, que no podría exceder de 5 años<sup>8</sup>.

- 
- 4 TAPIA, Patricia. “Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española”. En: *Política criminal*, Vol. VIII, N°16, Diciembre 2013 [en línea]. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf)
- 5 Entendemos el debate que genera sustentar una u otra postura. Al respecto, vid. MALDONADO, Francisco. “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”. En: *Política criminal*, Vol. VI, N°12, Diciembre 2011 [en línea]. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_06/n\\_12/Vol6N12A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A5.pdf)
- 6 Entendido como medidas que propenden a la restauración de la salud mental de un sujeto.
- 7 Un análisis más profundo en esta materia puede observarse en LLANCAS, Juan Pablo. “Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad post delictuales”. *Revista Jurídica del MP* N°62, marzo 2015. [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1WbKQ6f>
- 8 LLANCAS, Juan Pablo. “Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad post delictuales”. *Revista Jurídica del MP* N°62, marzo 2015. [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1WbKQ6f>

Esta normativa permaneció en vacancia legal, sin lograr tener aplicación práctica, a diferencia de España, donde era usual terminar estas causas en el Tribunal Constitucional apelando a su inaplicabilidad quien resolvía reconociendo que dichas medidas vulneraban el principio de legalidad penal previsto en el artículo 25.1 de la Constitución española<sup>9</sup>.

Luego de la derogación de esta polémica *Ley de estados antisociales*, a través de la Ley N°19.313 de 1994, hoy no cabe lugar a dudas el reconocimiento del principio de legalidad que ampara también las medidas de seguridad, las que sólo tienen cabida luego de cometido un hecho delictual en que un sujeto calificado como *peligroso* (para sí o para terceros) ha tenido participación como autor.

### III. Concepto

Analizados algunos elementos históricos, corresponde ahora realizar una aproximación conceptual que permita generar un desglose de los términos. Desde ese punto de vista utilizaremos dos definiciones.

Por una parte se ha señalado que las medidas de seguridad constituyen la “(...) *consecuencia jurídica del delito, distinta de la pena, consistente en la privación o restricción de bienes jurídicos, fundada en la peligrosidad criminal del sujeto, con exclusiva función de prevención especial*”<sup>10</sup>.

Por otro lado hay aquellos que las conciben como un “(...) *mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa*”<sup>11</sup>.

Ambas nociones difieren por cuanto la primera plantea que es la consecuencia única, distinta de la pena derivada de un delito; la segunda da cabida a que las medidas de seguridad sean complementarias de una pena, esto es, que pudiesen aplicarse conjuntamente. Dado lo anterior, se ha planteado si es justificable o no la aplicación conjunta de medidas de seguridad y penas<sup>12</sup>.

---

ly/1WbKQ6f.

- 9 TAPIA, Patricia. Las medidas de seguridad. Pasado, presente y ¿futuro? de su regulación en la legislación chilena y española. En: *Política criminal*, Vol. VIII, N°16, Diciembre 2013 [en línea]. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A7.pdf), p. 581.
- 10 FALCONE, Diego. “Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile”. En: *Revista de Derecho*, XXIX, 2° Semestre de 2007, p. 237.
- 11 SANZ MORÁN, Ángel. *Las Medidas de Corrección y de Seguridad en el Derecho Penal*, Editorial Lex Nova, año 2003.
- 12 MALDONADO, Francisco. “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho

Actualmente en Chile las medidas de seguridad conviven con las penas, tal como sucede en Alemania, Austria y Suiza<sup>13</sup>, donde sujetos imputables reciben adicionalmente a la pena una medida de seguridad. En Chile, tal es el caso del agresor familiar y del adolescente con consumo problemático de alcohol o drogas y la aplicación de la medida de sometimiento a un tratamiento. Ello tiene plena lógica considerando las obligaciones adquiridas por los Estados, al ser parte de instrumentos internacionales como en el caso de las mujeres la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>14</sup> donde los Estados se comprometen a adoptar las medidas tendientes a eliminar la discriminación, así los tratamientos para agresores buscan erradicar por la vía de la educación y en casos de adolescentes, la Convención de los derechos de los niños<sup>15</sup> desde que los Estados firmantes reconocen el derecho del niño a la salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

#### IV. Principios que rigen las medidas de seguridad

Indefectiblemente la aplicación de medidas de seguridad constituye una intromisión en el ámbito de las libertades de un individuo que pertenece a un segmento especialmente vulnerable, por tanto requieren de un sistema de garantías reforzadas que operen en su favor, como contrapeso del poder que detenta el Estado<sup>16</sup>.

##### a) Principio de legalidad (Art. 457 CPP)

Este fue uno de los principales conflictos que enfrentaba la aplicación de las medidas *pre delictuales*, toda vez que carecía, en caso de los internamientos, de un fundamento para la restricción de derechos, fundándose únicamente en la *peligrosidad*.

La libertad y posibilidad de trasladarse, puede limitarse de acuerdo a la ley, para el caso de los enajenados mentales, cuando un Juez determine que es necesaria para preservar la seguridad del ofendido o de la sociedad, así la garantía constitucional del artículo 19 N°7, se puede ver limitada del modo que lo refiere el artículo 457 del Código Procesal Penal, que establece los requisitos y modalidades de las medidas de seguridad, los que básicamente

---

objetivo". En: *Revista de Política Criminal*, Vol. VI, N°12, Chile, Diciembre 2011.

13 FRISCH, Wolfgang. Las Medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal. Año 2007 [en línea], p. 6. Disponible en: <http://bit.ly/1T0GfID>.

14 Artículo 2 b) CEDAW. [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/234aJdo>

15 Artículo 24 N°1 [en línea]. Disponible en: <http://bit.ly/1cMtpsC>

16 FALCONE, Diego. "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile". En: *Revista de Derecho*, XXIX, 2° Semestre de 2007, págs. 246-247.

se reducen a un juicio previo (o proceso contradictorio para la internación provisoria en los adolescentes), Juez imparcial y fundamentación de las resoluciones.

Chile sólo establece dos posibilidades de medidas de seguridad: La internación en un establecimiento psiquiátrico y la custodia, sujeta a tratamiento.

#### b) Principio de jurisdiccionalidad

Este principio se encuentra reconocido por el artículo 1° del Código Procesal Penal, al señalar que la imposición y ejecución de una medida de seguridad debe ser aplicada mediante una sentencia debidamente fundamentada, aplicada por un Tribunal imparcial que ha reconocido en su tramitación todas las Garantías.

#### c) Principios de proporcionalidad y necesidad

Resulta claro que la duración e intensidad de la medida que se adopte debe obedecer a un límite que le otorgue legitimidad, no bastando, como sucedía con la *Ley de estados antisociales*, con la mera limitación antojadiza que fije una norma. Nuestra legislación utiliza dos elementos para fijar los límites temporales máximos de aplicación. Por una parte, la persistencia del estado de peligrosidad del sujeto, y por la otra, el límite temporal de la pena asociada a la conducta delictual que converge en este procedimiento especial.

Así, el artículo 481 del Código Procesal Penal es el encargado de proveer los parámetros de proporcionalidad y necesidad, señalando que estas medidas duran mientras subsisten las condiciones que las hubieren hecho necesarias, haciendo referencia al estado de peligrosidad. Sin embargo, dejar sólo en manos de este baremo la vigencia de la medida podría hacer perenne su mantención, es por ello que se genera un parámetro de proporcionalidad que se articula sobre la base de la pena asociada al delito.

En efecto, dos son los límites a las medidas de seguridad en cuanto a la proporcionalidad:

- i) No pueden ser mayores que la pena que hubiere podido imponérsele (pena en concreto);
- ii) No pueden ser mayores que el tiempo mínimo de privación de libertad para el delito (pena mínimo en abstracto).

El resultante de dicho ejercicio fijará proporcionalmente la temporalidad de la medida, salvo en el caso que el enajenado mental cese su estado de peligrosidad, instante en que debiese prescindirse de la aplicación de la medida.

Al respecto, MALDONADO sostiene que la proporcionalidad sustituye, al nivel de los presupuestos de legitimidad, a la función que la culpabilidad cumple en la pena como parámetro definitorio de lo tolerable<sup>17</sup>.

Si bien la norma se preocupa del respeto del principio de proporcionalidad y necesidad, nace inmediatamente un cuestionamiento que se vuelve la principal crítica: los límites temporales fijados para una pena, no son siquiera semejantes a los que la ciencia médica destina a la recuperación de un enajenado mental, entonces, ¿qué sucede cuando el tiempo no alcanza a satisfacer la recuperación dentro del período fijado por el Tribunal? Ante este conflicto parece que lo óptimo sería que el tratante -ahora por motivos exclusivos de recuperación-, mantenga la internación en un establecimiento o se mantenga el sometimiento a tratamiento ambulatorio, según sea el caso.

### La situación de la peligrosidad

Una mención especial merece la cuestión de la *peligrosidad*, pues de ella depende la aplicación de las medidas de seguridad, es decir, sólo podrá aplicarse en la medida que en un juicio se haya acreditado la existencia del hecho, la participación en *calidad de autor del enajenado mental*<sup>18</sup> y que además se acredite la peligrosidad, de ahí que estos procedimientos sean conocidos también como *juicios de peligrosidad*<sup>19</sup>.

En una etapa posterior -de ejecución- la situación de peligrosidad es relevante para mantener la medida.

Recordemos que este *juicio de peligrosidad*, no tiene dentro de sus etapas el *juicio de reproche* o de culpabilidad, en otros términos, como señala FRISCH, no resulta decisiva la culpabilidad del autor, sino alcanzar el éxito del tratamiento o la desaparición de la peligrosidad<sup>20</sup>.

Lo importante entonces es fundamentar de mejor modo la peligrosidad, la que debe entenderse como la probabilidad que el sujeto incurra nuevamente en estas conductas. Especialmente debe considerarse la incidencia en el mismo tipo de conductas habida consideración del historial penal o clínico del sujeto, del mismo modo el modus operandi, el tipo de delito, pero fundamentalmente, ello radica en la función del perito psiquiatra que declara la inimputabilidad, pues es quien mejores herramientas detenta para proyectar

17 MALDONADO, Francisco, ob. cit., p. 391.

18 La calidad de autor del enajenado mental, se desprende de lo expresado por el Art. 455 del CPP, de otro lado no parece lógico imputar otro grado de participación respecto de quien no puede realizarse un juicio de reproche.

19 FALCONE, Diego. "Una mirada crítica a la regulación de las medidas de seguridad en Chile". En: *Revista de Derecho*, XXIX, 2° Semestre de 2007, p. 249.

20 FRISCH, Wolfgang, ob. cit., p. 5.

el grado de peligrosidad. No es una obligación del perito hacer una prognosis matemática -en cuanto al grado porcentual en que el individuo podría ser peligroso-, sino que en base a la patología, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.

Para el profesor GARRIDO “*Se considera enajenado mental peligroso aquel que como consecuencia de su enfermedad pueda atender contra sí mismo o contra otras personas, según prognosis médico legal*”, y agrega que “*todo informe psiquiátrico que se evalúe deberá hacer constar esta circunstancia. Los enfermos que no cumplan tales características serán considerados no peligrosos*”<sup>21</sup>.

Respecto de la distinción entre “curable” e “incurable”, no tratándose de un problema de orden legal, queda sujeto a lo que dictaminen los especialistas médicos; por ello todo informe psiquiátrico debe dejar constancia de la situación del sujeto en cuanto a su posible recuperación, además de su peligrosidad.

## V. Fases procesales

Reconociendo desde ya que el procedimiento presenta una serie de vacíos legales, resulta útil hacer uso de la estructura utilizada por el oficio FN N°286/2010 que establece una serie de criterios de actuación en la materia, delimitando las etapas de investigación, intermedia, de juicio y obligaciones del Ministerio Público.

### 1. Etapa de investigación

#### 1.1. La detención

Ante la existencia de indicios de enajenación mental de un sujeto detenido, deberán adoptarse medidas para mantenerlo separado del resto de los detenidos, solicitar audiencia de control dentro del más breve plazo posible, intentando que la declaración que preste sea preferentemente ante el Fiscal adjunto.

#### 1.2. Los primeros indicios de inimputabilidad

Ante una enajenación mental evidente, el Fiscal solicitará directamente la confección del informe psiquiátrico para evaluar la inimputabilidad o se allanará al que solicite la defensa o el que disponga el propio Juez de Garantía; solicitará la suspensión del procedimiento en tanto no se confeccione dicho informe y en caso que existan otros imputados no enajenados mentales, solicitará la separación de investigaciones.

21 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal General*, 2ª ed., Santiago, Chile, Ed. Jurídica, año 2001, T. II, p. 219.

Respecto del informe psiquiátrico habrá que tener especial cuidado en que contenga, además de las menciones requeridas por el artículo 315 del CPP, el diagnóstico psiquiátrico, la relación del trastorno con el hecho punible, relacionar el trastorno mental con posibles atentados (donde específicamente se debe ahondar en la *peligrosidad* del sujeto) y un pronunciamiento sobre la posibilidad de mejoría del trastorno.

Acto seguido, al momento de debatir sobre la procedencia o no de las medidas cautelares personales, se genera el primer conflicto en relación con la medida cautelar que ha de solicitarse respecto del individuo, pues el Art. 464 CPP incurre en un vacío legal, toda vez que plantea que la cautelar se solicita teniendo a la vista el informe psiquiátrico, cuestión que es del todo imposible. En estos casos, es de suprema importancia la visión del Fiscal adjunto, pues como lo señala el OF. FN N°286/2010, deberá ponderarse si se solicita internación provisional o directamente se solicita prisión preventiva u otra cautelar que proceda según los antecedentes. En esta parte es necesario tener a la vista que la capacidad se presume y que el procedimiento de medidas de seguridad es un procedimiento especial, que se inicia en tanto existan *antecedentes concretos*. De lo contrario, será necesario actuar conforme a las reglas generales, según mandata el oficio del Fiscal Nacional, mientras no exista respuesta del perito. Sin embargo creemos, desde la óptica objetiva, mandatada constitucionalmente, que debe entenderse implícita una limitación al criterio, cuando exista una enajenación mental de tal magnitud que sea claramente perceptible por los sentidos, caso en el cual se podrá instar por la internación provisional u otra de menor entidad, según sea el caso, atendido la regulación de las medidas de seguridad.

### 1.3. Suspensión del procedimiento

De acuerdo lo dispone el artículo 458 del Código Procesal Penal, el procedimiento será suspendido por el Juez de Garantía hasta que sea remitido el informe que evalúe la enajenación mental del sujeto formalizado.

Frente a esta suspensión se ha generado algún grado de confusión en torno a las posibilidades que tiene el investigador en tanto no llegue la información técnica.

Ante las dudas que pudiesen generarse en relación a qué hacer -o no hacer- en tanto no se encuentre recepcionado el informe psiquiátrico, es relevante tener a la vista la sentencia de la Corte Suprema, Rol N°28.370-15, de 24 de noviembre de 2015, la que al conocer una apelación de acción de amparo, establece en el considerando segundo que la suspensión “*no importa una paralización absoluta del procedimiento, por cuanto dicha suspensión sólo tiene por objeto evitar que se produzcan en el interin actos de investigación o jurisdiccionales en los que, de ser efectiva la enajenación, el imputado no podría participar o, al menos, no podría hacerlo ejerciendo adecuadamente su derecho de defensa.*”

*El propósito de esa norma es prevenir la materialización de actos condicionados a la expresión válida de voluntad del imputado, sobre todo aquellos que suponen la renuncia a derechos, como a guardar silencio o a un juicio oral, tal como ocurre, respectivamente, en la “declaración voluntaria del imputado” de que trata el artículo 194 del Código Procesal Penal, y en la suspensión condicional del procedimiento que regla el artículo 237 y en el juicio abreviado que trata el artículo 406.”*

#### 1.4. El curador ad litem

Conforme lo previene el artículo 459 del Código Procesal Penal, cuando existan antecedentes acerca de la enajenación de un sujeto imputado, el Juez debe designar una persona que represente sus derechos.

El curador ad litem, es un sujeto que el Tribunal ha designado, para que represente los derechos de un sujeto que adolece de plena capacidad de ejercicio, en el desarrollo de determinado negocio. Sobre la designación se ha suscitado conflicto en cuanto a si este cargo puede ser ejercido por el mismo defensor que se hace cargo del proceso de investigación y juzgamiento penal.

Algunas defensas estiman que no puede ser desempeñado este el rol de curador ad litem por el propio defensor, pues constituirían funciones incompatibles entre sí, habida consideración que el primero da las líneas de acción en el lugar de la víctima y el segundo sólo las ejecuta en el desempeño de su cargo, pudiéndose presentar inconsistencias tales como que el curador no esté de acuerdo en la estrategia de defensa que sugiere el defensor.

Cabe señalar que no observamos este grado de incompatibilidad.

De la historia legislativa del establecimiento del Código Procesal Penal se puede percibir que el proyecto original propuso un artículo 530, que señalaba: *“Derechos imputado enajenado mental. Existiendo antecedentes acerca de la enajenación mental del imputado, sus derechos serán ejercidos por un curador designado al efecto, sin perjuicio de la intervención del defensor que ya hubiere sido nombrado. Si careciere de éste, se le designará inmediatamente un defensor público”*<sup>22</sup>.

Durante el estudio de la norma en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se sostuvo que el nombramiento lo hace el Juez de la causa de acuerdo a las reglas generales del Código Civil. En cuanto a la referencia al defensor se estimó innecesaria, porque el curador podrá nombrarlo o mantener al que esté desempeñándose, todo lo cual se rige por las reglas generales de designación del defensor.<sup>23</sup>

22 Historia de la Ley N°19.696, p. 187 de 2479. Mensaje presidencial.

23 Historia de la Ley N°19.696, p. 1580 de 2479. Segundo informe comisión constitución.

Como se puede observar, el sentido que originalmente tenía la norma, es cautelar los derechos reforzadamente para el enajenado mental, concibiéndose que el propio defensor pueda ejercer la función de curador ad litem.

A mayor abundamiento, el procedimiento de aplicación de medidas de seguridad no es un proceso en el que se realice un juicio de reproche, sino exclusivamente un juicio de peligrosidad, buscando inocuizar a quien ha tenido participación en un hecho delictual, siendo peligroso para sí o terceros, por lo que no se divisa algún grado de incompatibilidad, o puesta en peligro de los derechos del imputado si quien lo representa judicialmente en materia penal, puede adoptar decisiones estratégicas.

A nivel de doctrinal, HORVITZ y LÓPEZ sostienen que “(...) *Existiendo antecedentes acerca de la enajenación mental del imputado, sus derechos deberán ser ejercidos por un curador ad litem designado al efecto (art. 459 CPP). La ley no exige que se haya declarado su inimputabilidad; basta, en consecuencia, cualquier antecedente grave y serio que dé cuenta de su enfermedad para que se le designe un curador que tutele y represente sus derechos en el procedimiento. Esta norma obedece a la necesidad de garantizar los derechos del imputado tan pronto consten indicios relevantes de su enajenación mental*”<sup>24</sup>.

De lo señalado se desprende nuevamente que la función específica del curador ad litem es la necesidad de garantizar los derechos del imputado y por tanto no existe óbice para que dicho cargo lo asuma el defensor.

En consecuencia, para aquellos casos en que la familia no sea hábil para representar los derechos de los inimputables, como curador, estos pueden ser representados por el defensor penal público o particular, pues es quien tiene por función exclusiva tutelar, representar y proteger los derechos en el procedimiento penal, y de ese modo se garantiza el derecho a la defensa técnica del imputado.

Es preciso tener presente que Chile no cuenta con una institucionalidad creada que se encargue de los enajenados mentales, en tanto el Servicio Nacional de la Discapacidad, en la Ley N°20.422, que lo regula, establece en su artículo 9°: “*El Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar a las mujeres con discapacidad y a las personas con discapacidad mental, sea por causa psíquica o intelectual, el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su dignidad, el derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva*”.

24 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*, Santiago, Chile, Ed. Jca., 2004, Tomo II, p. 567.

En esta parte, la Defensoría Penal Pública, dependiente del Ministerio de Justicia, constituye uno de los brazos del Estado que no puede desconocer los principios en pro de los discapacitados.

Finalmente así lo ha entendido nuestra Corte Suprema al sostener que “[...] lo cierto es que se le designó otro (curador ad litem) al hechor, recayendo tal nombramiento en el propio defensor penal, quien pasó a revestir las dos calidades sin formular reparo alguno, lo que no provoca ningún cuestionamiento de índole procedimental, desde el momento que es perfectamente posible que sean ejercidas ambas aptitudes por la misma persona, ya que por un lado la curatela vela por la protección y custodia de la persona o bienes del inimputable, lo que en modo alguno afecta la actuación del defensor técnico en lo que atañe a su representación y defensa jurídica, por lo que se trata de aspectos diferentes, de tal forma que el requerido en ningún momento dejó de tener defensor ni curador”<sup>25</sup>.

Si bien el fallo acoge el recurso deducido por la defensoría penal pública, que había recurrido por una infracción sustancial de garantías constitucionales, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia pues se había realizado el juicio en ausencia del requerido y su curador ad litem, la Corte reconoce que el cargo de defensor penal y curador no son incompatibles.

#### 1.5. La Internación provisional y aplicación del procedimiento para adolescentes.

Haciéndonos cargo de lo señalado en el OF FN N°286/2010<sup>26</sup>, estimamos al igual que la jurisprudencia<sup>27</sup> nacional que este procedimiento especial es plenamente aplicable a los sujetos adolescentes.

25 Sentencia de la Corte Suprema, de fecha veinte de octubre de dos mil nueve, Rol N°5203-09.

26 Procederá una vez que es evacuado el informe psiquiátrico, sólo cuando sea estrictamente necesario, teniendo en cuenta especialmente la proporcionalidad con el delito cometido.

La cautelar de internación provisional en un establecimiento asistencial, podrá solicitarse sin perjuicio que existan medidas cautelares decretadas con anterioridad, siendo necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Antecedentes que justifican la existencia del delito que se investiga.
- b) Antecedentes que permitieren presumir fundadamente la participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.
- c) Antecedentes calificados que permitieren al Tribunal considerar que la internación provisional es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.
- d) Que el informe psiquiátrico practicado al imputado señale que éste sufre un trastorno mental grave (alteración o insuficiencia en sus facultades mentales), que hiciere temer que atentará contra sí o contra otras personas.

27 Sentencias de fecha veinte de julio de dos mil cinco en causa RUC 0400297100-9; veintiséis de diciembre de dos mil ocho en causa RUC: 0800287168-9; veintiséis de sep-

Estimamos que la ley que establece el sistema de responsabilidad penal adolescente no se basta a sí misma. En efecto, los artículos 27 y 1 inc. 2° de la ley realizan sendos reenvíos al procedimiento general y a la ley penal respectivamente para estos casos.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que las medidas de seguridad respecto de los adolescentes, dicen relación con el interés superior del niño, en los términos establecidos por el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, se ha señalado por el 3er Tribunal Oral en lo Penal de Santiago “*Otra razón [...] es el interés superior del niño. En efecto, a todas luces, resulta mucho más adecuado prevenir que el joven infractor de ley vuelva a cometer nuevos delitos, adoptando la medida de seguridad que corresponda, que dejar las cosas sin solución, dictando una sentencia absolutoria que no se sostiene en el tiempo, pues implica desentenderse del futuro inmediato del menor, en una actitud indiferente que pugna con el rol preventivo de la medida de seguridad*”<sup>28</sup>.

## 1.6. Salidas alternativas

Conforme lo previene el inciso 2° del artículo 461, no procederá respecto de un imputado enajenado mental la suspensión condicional del procedimiento, como tampoco un procedimiento abreviado, no obstante, se podría acceder a la luz del reseñado Oficio FN 286/2010, que el enajenado mental, representado por su curador ad litem, pueda convenir un acuerdo reparatorio con la víctima que ponga término al proceso penal, cuando ello sea procedente conforme al artículo 241 y siguientes del Código Procesal Penal.

## 2. Etapa intermedia

### 2.1. El cierre de la investigación

Cerrada la investigación, dentro del plazo de diez días, el Fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa.

Cuando concurra cualquiera de las causales previstas por el artículo 250 CPP, salvo la de la letra c), esto es artículo 10 N°1 CP. Sólo podrá decretarse el sobreseimiento definitivo amparado en esta causal cuando *no existieren antecedentes calificados* que permitieren presumir que el sujeto atentará contra sí mismo o contra otras personas.

---

tiembre de dos mil nueve en causa RUC: 0800916908-4; siete de julio de dos mil nueve en causa RUC: 0800514189-4; veintinueve de abril de dos mil nueve en causa RUC: 0800765956-4 y de fecha veintiocho de noviembre de dos mil once en causa RUC: 1000078765-0.

28 Considerando decimotercero, sentencia 3° TOP Santiago, RUC 1000078765-0.

Por su parte, habrá mérito para solicitar el sobreseimiento temporal cuando concurra cualquiera de las causales previstas en el artículo 252 del Código Procesal Penal, esto es, encontrarse pendiente una cuestión civil previa; que el imputado ha sido declarado rebelde y *cuando después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental*, instancia en la que habrá que tener claro qué tipo de enajenación mental presenta el sujeto -temporal o permanente-.

Se entiende por enfermedad mental duradera o permanente aquella que implica la incapacidad para comprender el injusto o para actuar conforme a dicha comprensión, correspondiendo a este grupo los trastornos psicóticos, entre los que se pueden mencionar la esquizofrenia, paranoia, trastorno mental bipolar y el retraso mental profundo y grave (antiguas oligofrenias), siempre que sean de una entidad tal que impidan razonar o auto determinarse.<sup>29</sup> Las neurosis y las psicopatías, entonces, sólo podrían atenuar la capacidad para efectos del reproche penal, en los términos del artículo 11 N°1 CP.

En relación a la enajenación temporal, acudiendo a la definición entregada por el profesor CURY, *“Es la incapacidad temporal para comprender lo injusto del actuar y autodeterminarse conforme a esa comprensión, debida a una causa exógena o endógena. Para que tal situación determine la inimputabilidad del sujeto es preciso, además, que su origen sea independiente de la voluntad de aquél”*<sup>30</sup>.

En cuanto a la embriaguez, provocada por alcohol, como la alteración que se genera por consumo de drogas o gases o cualquiera otra alteración en que el sujeto se pone voluntariamente *-actio liberae in causa-*, no alteran su imputabilidad.

Excepcionalmente podrá configurarse la imputabilidad disminuida o incluso la inimputabilidad fundada en esta causa, respecto de quienes consumen crónicamente, los que podrían desarrollar un trastorno mental duradero inducido por el consumo, como sucede con los *delirium tremens*, caso en el cual podríamos estar en presencia de una inimputabilidad conforme al artículo 10 N°1 del Código Penal. Así lo reconoce la doctrina. Como ha señalado el profesor GARRIDO, *“En las hipótesis de pérdida total de la razón quedan comprendidas distintas causas en cuanto a su fuente. Una impresión intensa, un traumatismo violento, substancias químicas como los fármacos, el licor, los alucinógenos, pueden ser causas de ese estado”*<sup>31</sup>.

29 El descriptor de estas patologías es el *DSM-V, Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales*, 5ª ed., Asociación Americana de Psiquiatría, marzo 2014.

30 CURY, Enrique. *Derecho Penal General*, 7ª ed., Santiago, Chile, Ed. Universidad Católica, año 2005, p. 409.

31 GARRIDO, Mario. *Derecho Penal General*, 2ª ed., Santiago, Chile, Ed. Jurídica, año 2001, T. II, p. 223.

## 2.2. El Requerimiento de medida de seguridad

Si el Fiscal, llegada la etapa de cierre de la investigación, estima que existen antecedentes concretos que dan cuenta de la existencia del hecho y la participación en calidad de autor del sujeto, además mantiene antecedentes que el individuo es peligroso para sí o para terceros, ejercerá la acción penal pública mediante la presentación del requerimiento de medida de seguridad, en caso contrario ejercerá la acción penal de acuerdo al procedimiento regular, al considerarse que el acusado es plenamente capaz de reproche.

El requerimiento tiene la misma estructura y formalidades de una acusación presentada por escrito ante el Juez de Garantía, con las exigencias del artículo 259 del CPP.

Si aun en este estado, el Fiscal mantiene dudas en relación a la enajenación mental del sujeto, puede ejercer la acción penal en su contra mediante una acusación formal, solicitando subsidiariamente una pena y una medida de seguridad, como lo dispone el inciso 3° del artículo 462.

## 2.3. Procedimiento abreviado

En consideración que el enajenado mental no tiene autodeterminación, NO podrá acordarse un procedimiento abreviado según lo dispone el artículo 461 inc. 2° del CPP. Permitir este procedimiento respecto de estos sujetos sería vulnerador de sus garantías, aun cuando cuente con un curador ad litem, en tanto implica reconocimiento de los hechos contenidos en la acusación, respecto de los cuales es posible no se encuentre hábil de comprender.

Conforme lo previene el artículo 462 del CPP, el Juez de Garantía citará a audiencia, donde podrá declarar:

- a) El sujeto es inimputable.
- b) Que el sujeto es imputable y debe presentarse acusación, rechazando el requerimiento.

## 3. Etapa de juicio

De modo previo cabe señalar que se han presentado situaciones en que la defensa intenta reabrir o derechamente plantear la inimputabilidad por enajenación mental, al inicio del juicio oral, situación que no se encuentra prevista en la ley.

En esta fase, el OF. FN N°286/2010 instruye a los Fiscales oponerse a cualquier planteamiento de la defensa que tenga por objeto reabrir o plantear la inimputabilidad en esta instancia.

Lo anterior obedece a que este conocimiento corresponde al Juez de Garantía, quien es el único que está habilitado para declarar la inimputabilidad por enajenación mental. Recordemos que lo que se intenta declarar es que *al momento de desplegar* la conducta típicamente antijurídica se estaba privado de razón -temporal o permanentemente- por motivos ajenos a su voluntad. Las defensas cuentan con un amplio período desde que se formalizó la investigación, hasta la dictación del auto de apertura de juicio oral, para realizar este planteamiento. Así las cosas, lógicamente se puede presumir una maniobra dilatoria.

El rechazo debe fundarse en que la inimputabilidad debe ser declarada por el Juez de Garantía al tenor de lo señalado en el artículo 462 del CPP, en ningún caso el Tribunal Oral, pues en esta instancia sólo queda que el Tribunal colegiado establezca si el sujeto declarado inimputable constituye o no un peligro para sí o terceros. Del modo señalado, tampoco es posible que el Fiscal *adecúe* la acusación solicitando una medida de seguridad.

Cabe alegar razón de texto legal -a fin de inhibir esta discusión en el juicio oral- pues inhabilita a los jueces para conocer posteriormente el juicio, toda vez que al momento de conocer los antecedentes que dan cuenta de la inimputabilidad, deberán conocer hechos y alegaciones de participación, que más tarde deberán observar nuevamente para realizar el juicio de peligrosidad, lo que en definitiva desnaturaliza el proceso.

Finalmente cabe tener presente que es competente para conocer de todo lo relativo a las medidas de seguridad, el juzgado de Garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal, conforme lo dispone el artículo 113 inc. 2° del Código Orgánico de Tribunales.

Con todo, si el Tribunal Oral persiste y estima que debe revisarse la inimputabilidad del sujeto, debe alegarse que esta declaración la realice el Juez de Garantía, quien ciertamente alegará el desasimiento del Tribunal luego de la audiencia de juicio oral, trabándose probablemente una contienda de competencia. En esta circunstancia, creemos debe utilizarse la vía recursiva idónea para buscar el rechazo del argumento del Tribunal Oral.

### 3.1. Audiencia especial del juicio oral

Este, al ser un juicio especial, se limita al conocimiento de la existencia del hecho y la participación que le corresponde en éste al inimputable. Del mismo modo debe acreditarse la peligrosidad del sujeto, cuestión que radica en una buena exposición del perito.

El artículo 463 dispone algunas cuestiones previas a tener en cuenta, tales como que este juicio debe realizarse a puerta cerrada, y no podrá seguirse conjuntamente contra sujetos enajenados mentales y otros que no lo fueren.

Si el imputado cae en enajenación mental después de dictada la sentencia condenatoria, el Tribunal Oral, oyendo al Fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad y dispondrá, según el caso, la medida de seguridad que correspondiere.

El Fiscal sólo solicitará la internación cuando se hubiere impuesto pena privativa de libertad y velará por el inmediato cumplimiento de la resolución.

#### 4. Otras cuestiones relativas a las medidas de seguridad

En términos generales será deber del Ministerio Público:

- a) Recibir información semestral del responsable del recinto psiquiátrico, correspondiente a la jurisdicción territorial de la Fiscalía Regional.
- b) Inspeccionar semestralmente el recinto psiquiátrico, informando al Juez de Garantía sobre las inspecciones y solicitar la adopción de las medidas correctivas en su caso.
- c) Solicitar al Juez de Garantía la suspensión de la medida o la modificación de las condiciones de la misma.
- d) Si la internación o custodia está en algún recinto ubicado en territorio de una Fiscalía Regional distinta de aquella en que se dictó la resolución, deberá comunicarse a esa Fiscalía Regional la circunstancia, quien deberá adoptar las medidas para el cumplimiento de la medida.

## VI. Conclusiones

En relación con los problemas señalados al inicio de este trabajo, es posible concluir lo siguiente:

En cuanto a la aplicación del procedimiento especial para adolescentes.

Sostenemos firmemente, tal como lo reconoce la sentencia del 3° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC 1000078765-0, que el interés superior del niño debe ser un elemento al que debe prestarse atención para resolver este asunto, pues resulta mucho más adecuado prevenir que el joven infractor de ley vuelva a cometer nuevos delitos, que dejar sin atención médica al adolescente, lo que en todo caso constituye en su favor una Garantía de valor supra constitucional, al estar recogida por la Convención de los Derechos del Niño.

En cuanto a los efectos que genera la suspensión del procedimiento.

Como lo ha reconocido la sentencia de la Corte Suprema, recaída en causa Rol N°28.370-15, la suspensión del procedimiento, prevista en la parte final

del artículo 458 del Código Procesal Penal, no importa una paralización absoluta del procedimiento, pues ella sólo tiene por objeto evitar la generación de actos de investigación o jurisdiccionales viciados, en tanto no exista claridad en relación a la imputabilidad o no, entendiéndose que lo pretendido es el refuerzo del proceso en cuanto a cautelar el adecuado derecho de defensa.

Haciéndonos cargo de las argumentaciones de la defensa que rechazan el nombramiento como curador ad litem, creemos, tal como lo ha sostenido la sentencia de la Corte Suprema de fecha veinte de octubre de dos mil nueve, Rol N°5203-09, que no hay incompatibilidad alguna al revestir el defensor penal público las calidades de defensor y curador ad litem, ya que por un lado la curatela vela por la protección y custodia de la persona o bienes del inimputable, lo que en modo alguno afecta la actuación del defensor técnico. Cuestión que viene apoyada por la doctrina.

Finalmente, creemos que la alegación de enajenación mental que puede importar inimputabilidad concibe un límite que es la dictación del auto de apertura del juicio oral, pues hasta ese momento la defensa tuvo todos los espacios procesales, en una facultad que de haber sido detectada abiertamente por el Juez o el Fiscal, pudieron dictar el primero o solicitar el segundo, de modo tal que no cabe renovar esta discusión en la audiencia de juicio oral.

En todo caso, para aquella oportunidad en que el Tribunal Oral esté por aceptar una alegación en dicho sentido, deberá ser el Juez de Garantía quien resuelva la imputabilidad o no del sujeto, pues así se desprende de todas las normas del Código Procesal Penal, como asimismo lo previene el artículo 113 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales y finalmente, por una cuestión de forma, el procedimiento para declarar la inimputabilidad importa conocer los hechos y antecedentes de participación, cuestión que inhabilitaría al Oral para luego conocer el caso y resolver sobre la peligrosidad.

