

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

N°66 - ABRIL 2016

# REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°66 - Abril de 2016

## **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:**

*Carol Donoso Schwarz*

*Andrea González Leiva*

*Soledad Poblete Moya*

*David Opazo Meneses*

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. A partir del año 2016 pasa a tener una periodicidad cuatrimestral. Contenidos: 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: 22965 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.

# INDICE

## PRÓLOGO

### I. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y A TESTIGOS

#### Artículos

- Trece años de discusión sobre la utilización de testigos con reserva de identidad. Análisis de los hitos principales del período 2002 - 2015 9  
*Hernán Ferrera Leiva*

### II. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Sentencias comentadas

- Comentario a sentencia de la Corte Suprema en arista del Caso EFE: reflexiones sobre algunos elementos del fraude al Fisco 25  
*José Luis Cortés Zepeda*
- Comentario a sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas que absuelve a H. Senador de la República y a sus cuñados por negociaciones incompatibles y fraude al fisco 81  
*Alejandro Litman Silberman*

### III. UNIDAD ESPECIALIZADA EN TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

#### Fallos

- Recurso de nulidad rechazado. Titularidad de las garantías infringidas 99  
*Corte Suprema*

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

#### Artículos

- Edad del consentimiento en materia sexual y la persecución penal del delito de violación impropia 111  
*María Angélica San Martín Ponce*
- Análisis de sentencias dictadas por tribunales orales en lo penal, entre los años 2012 y 2014, sobre parricidios de niños, niñas y adolescentes. Clasificación de casos a partir de las diferentes categorías de filicidio 143  
*Roberto Rodríguez Manríquez*

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

### **Artículos**

Acerca del inicio del proceso penal por delitos tributarios: Análisis de la posición del profesor Piedrabuena en relación con las facultades de investigación del Ministerio Público en ausencia de querrela o denuncia del Servicio de Impuestos Internos 179

*Andrés Salazar Cádiz*

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

### **Artículos**

Violencia en los estadios 207

*Renzo Figueroa Aste*

## PRÓLOGO

En este nuevo número de nuestra Revista Jurídica, los lectores podrán encontrar un interesante artículo que aborda la evolución histórica en los últimos catorce años, de un tema de evidente relevancia como es el de las medidas de protección aplicables a los testigos, en especial la reserva de su identidad.

En dicho trabajo se abordan las decisiones adoptadas por la Excma. Corte Suprema en ese período, sin dejar de efectuar las necesarias referencias a lo decidido sobre el particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el ámbito de los delitos funcionarios y relativos a la probidad, se comentan sendas sentencias relativas a fraude al fisco y a la negociación incompatible.

Por su parte, y en relación a un tema que concita actualmente tanto la atención del foro como del ámbito jurídico en general, un artículo de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, se refiere a las facultades de investigación del Ministerio Público frente a la comisión de delitos tributarios y la ausencia de querrela por parte del Servicio de Impuestos Internos.

En relación a una situación que lamentablemente se repite con frecuencia y que resulta de constante preocupación para las respectivas autoridades, también ofrecemos una interesante reseña sobre la regulación legal del fenómeno de la violencia en torno a los partidos de fútbol, así como las sucesivas modificaciones que ha tenido la denominada Ley de Violencia en los Estadios.

Destacamos finalmente entre otros trabajos, un artículo que aborda las sentencias sobre delitos de parricidio cometidos contra menores de edad, y que han sido dictadas por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, entre los años 2012 y 2014.

**JORGE ABBOTT CHARME**  
FISCAL NACIONAL



DIVISIÓN DE ATENCIÓN  
A VÍCTIMAS Y A TESTIGOS

---





## TRECE AÑOS DE DISCUSIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DE TESTIGOS CON RESERVA DE IDENTIDAD. ANÁLISIS DE LOS HITOS PRINCIPALES DEL PERÍODO 2002 - 2015

*Hernán Ferrera Leiva<sup>1</sup>*

### Introducción

El N°6 del entonces “Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público”, correspondiente al mes de octubre de 2001, incluye un comentario de la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena –Rol 94 (T.O.P.)–, escrito por el abogado Luis Emilio Rojas<sup>2</sup>, quien en ese tiempo integraba la División de Atención a las Víctimas y los Testigos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. Dicho fallo, del mismo mes de octubre de 2001, desestimó en votación dividida un recurso de nulidad ejercido por la defensa de una persona condenada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle como autor de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas utilizando, entre otros elementos de convicción, la información aportada por testigos cuya identidad se mantuvo en reserva. Sobre las objeciones que apuntaban a esta última circunstancia, la mencionada Corte de Apelaciones las desestimó afirmando que el aspecto criticado se desenvolvía en el ámbito de la apreciación probatoria y no en el de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que invocó el recurrente, que admite la revisión judicial del fallo en el ámbito de la aplicación del derecho y no en la determinación de los hechos que se tiene por acreditados. El voto disidente, en lo que aquí interesa, estuvo por invalidar de oficio tanto el juicio oral como la sentencia condenatoria, considerando concurrente la causal del artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal, que resguarda el cumplimiento de las exigencias sobre publicidad y continuidad del juicio, dado que se había permitido declarar en juicio a personas cuya identidad se mantuvo en reserva.

Tiempo después, en el N° 18 del mismo “Boletín del Ministerio Público”, de marzo del año 2004, se recoge otro comentario, esta vez de una sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta –Ingreso N° 323-2003–, que decidió sobre un recurso de nulidad que incluía la protesta por la reserva de identidad de testigos utilizados en un juicio por homicidio, rechazándolo.

1 Abogado de la Unidad de Recursos Procesales, Jurisprudencia y Biblioteca, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 ROJAS, Luis Emilio, “Reserva de Identidad y Principio de Publicidad”. En: *Boletín del Ministerio Público*, N° 6, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2001, págs. 71-75.

La reseña escrita por Diego Villa Vega<sup>3</sup>, por entonces abogado de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, repasa los aspectos principales del veredicto afirmando, principalmente, la procedencia de la medida cuando se trata del juzgamiento de delitos para los que no existe una regla especial que la autorice.

La utilización de testigos con reserva de su identidad no ha dejado de ser una materia discutida durante todos estos años, antes bien, ha sido terreno de arduas disputas representativas de la tensión entre dos grandes fuerzas que se debaten actualmente al interior del proceso penal, esto es, el derecho defensivo a interrogar los testigos de cargo orientado a la desacreditación de su aporte informativo y los intereses y derechos de los testigos, denominación que para efectos del presente trabajo abarca tanto a terceros como a la víctima u ofendido por el delito.

A diferencia del clásico conflicto entre garantía y eficacia, central en el proceso penal, aquí la eficacia resulta en alguna medida puesta detrás –sin desaparecer del todo por supuesto– de los intereses y derechos de aquellos a quienes corresponde hacer un aporte esclarecedor al proceso, que han adquirido un grado de autonomía que, si bien no corta los vínculos que evidentemente posee con la persecución de los delitos, les permite medirse por sí solos con otras fuerzas.

El reconocimiento explícito de estos intereses y derechos, en la Constitución, en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y en el Código Procesal Penal, no es sino el reflejo de un movimiento que ha conmovido especialmente al proceso penal, y que hoy en día compromete al Estado con su promoción y protección.

El objetivo del presente trabajo es repasar los acontecimientos sobresalientes del conflicto que compromete, como se ha dicho, aspectos relevantes del derecho a defensa y derechos e intereses también relevantes de las personas que intervienen como testigos en los procesos penales, buscando signos de estabilización en los parámetros de ponderación de ambos extremos.

## Hitos principales del período 2002 – 2015

El primer episodio relevante en el período se remonta al año 2002, y lo entrega el sistema Interamericano.

Ese año, en efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo público su “Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos”<sup>4</sup>, cuyo párrafo

3 VILLA, Diego, “Reserva Judicial de Identidad en Delitos Comunes. Fallo de Recurso de Nulidad en Caso RUC N° 0200070382-9”. En: *Boletín del Ministerio Público*, N° 18, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2004, págs. 148-157.

4 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, 22 de octubre de 2002 [en línea]. Disponible en: <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm>

251, en lo que aquí interesa, señala: “251. Análogamente, el derecho del acusado a interrogar o a que se interrogue los testigos presentados en su contra podría en principio estar sujeto a restricciones en instancias limitadas. Debe reconocerse a este respecto que los empeños por investigar y procesar los delitos, incluidos los vinculados con terrorismo, pueden en algunas instancias generar amenazas contra la vida e integridad de los testigos y, de esa manera, plantear aspectos complejos vinculados a la forma en que esos testigos pueden ser identificados durante el proceso penal sin comprometer su seguridad. Estas consideraciones nunca pueden servir de base para comprometer las protecciones inderogables de un acusado respecto del debido proceso y cada situación debe ser detenidamente evaluada en sus propios méritos dentro del contexto del sistema judicial particular de que se trate. Sujeto a estas consideraciones, podrían, en principio, diseñarse procedimientos conforme a los cuales se pueda proteger el anonimato de los testigos sin comprometer los derechos del acusado a un juicio imparcial. Los factores que deben tenerse en cuenta al evaluar la permisibilidad de estos procedimientos incluyen el tener suficientes razones para mantener el anonimato de un determinado testigo, y la posibilidad de que la defensa sea, no obstante, capaz de impugnar las pruebas del testigo e intentar sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus declaraciones, por ejemplo, mediante el interrogatorio por parte del abogado defensor. Otras consideraciones pertinentes incluyen que el propio tribunal conozca la identidad del testigo y pueda evaluar la confiabilidad de la evidencia del testigo y la importancia de las pruebas en la causa contra el acusado, en particular, si la condena podría basarse únicamente, o en grado decisivo, en esa prueba”.

No obstante estar incorporado al informe centrado en la problemática asociada al terrorismo, el párrafo se extiende a la investigación y juzgamiento de los delitos en general, y no sólo de aquellos pertenecientes a dicha categoría. Asimismo, plasma un conjunto de criterios que, como se verá, han sido recogidos en diversas decisiones que en esta materia ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la necesidad de la reserva, el resguardo del derecho a sembrar dudas sobre la confiabilidad del testimonio –por medio del interrogatorio de la defensa como medio paradigmático–, el conocimiento de la identidad de los testigos por los Jueces y el peso de a prueba en cada caso. La influencia decisiva que en el informe tienen las decisiones de la Corte de Estrasburgo, es una cuestión que se hace destacar con la nota puesta al pie del párrafo 251, pues en ese lugar se hace referencia a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recaída en el caso “Doorson c. Países Bajos”, del año 1996, que es, sin duda, una de las sentencias más relevantes de dicho Tribunal sobre la materia.

El fallo del caso “Doorson” venía precedido de diversos pronunciamientos que declararon la violación del artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, derivada de la utilización de testigos con reserva de identidad, en los que se remarcaba el hecho que la defensa de los acusados no pudo interrogar ni contradecir los dichos de estos últimos (Caso

Kostovski contra Holanda, 1989; Caso Windisch contra Austria, 1990; Caso Lüdi contra Suiza, 1992). Revirtiendo esa tendencia, el veredicto mencionado desestimó la denuncia por violación del Convenio, poniendo de relieve que los intereses tanto de víctimas como de testigos, si bien no eran explícitamente recogidos en el artículo 6° de dicho instrumento internacional, sí recibían acogida en otras de sus disposiciones, de manera tal que los Estados debían organizar sus procedimientos evitando ponerlos en riesgo innecesariamente. En ese marco, en lo que es probablemente el punto central de la decisión, las reglas del juicio justo exigían, en concepto del Tribunal de Estrasburgo, sopesar los intereses de la defensa junto con los de víctimas y testigos, admitiendo en determinados casos la reserva de las identidades de estos últimos. El párrafo del informe del año 2002, que se viene analizando, también hace referencia en sus citas al pie, al Capítulo V, Párrafos 124 a 126, del “*Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*”, del año 1999, aludiendo a las reservas de ese organismo sobre la utilización de testigos con reserva de identidad. En dicho informe se dice:

*“123. El acusado tampoco puede realizar interrogatorio efectivo alguno de los testigos de cargo. El derecho de contrainterrogar a los testigos es sumamente importante pues ofrece al acusado la oportunidad de cuestionar la credibilidad de los testigos y su conocimiento de los hechos. El acusado no puede examinar debidamente a los testigos si no posee ninguna información en relación con sus antecedentes o motivaciones y no sabe cómo los testigos obtuvieron información sobre los hechos en cuestión. Por lo tanto la “justicia sin rostro” también da lugar a la violación del artículo 8(2)(f) de la Convención Americana, que garantiza el derecho del acusado a examinar a los testigos.*

*124. Estos peligros, intrínsecos de un sistema penal que ofrece el anonimato a sus protagonistas centrales, ha tenido efectos reales en el sistema de justicia regional de Colombia. Las disposiciones que permiten el anonimato de los testigos han dado lugar a anomalías particularmente graves”<sup>5</sup>.*

El informe de 2002, vale la pena destacarlo, venía precedido de diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien no zanjaban derechamente el conflicto aquí tratado, sí abordaban en términos más generales el derecho a interrogar a los testigos presentes en el Tribunal, del artículo 8.2.f. En este ámbito es siempre citada la sentencia recaída en el caso “*Castillo Petruzzi y otros contra Perú*”, del año 1999. La Corte dice en su sentencia:

5 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Tercer Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*”, 26 febrero de 1999 [en línea]. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

*“153. La Corte considera que la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, tal como ha sido consignado (supra 141), la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial.*

*154. Tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”<sup>6</sup>.*

Con todos estos antecedentes, el informe de 2002 resulta ser una pieza importante para la observación del debate en torno a la reserva de identidad de los testigos, que recoge fundamentalmente los parámetros utilizados en el sistema Europeo para hacer compatibles la utilización de dicha reserva con el derecho a interrogar testigos del artículo 8.2.f. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En nuestro país, el sistema de enjuiciamiento regido por el Código Procesal Penal, entró progresivamente en vigencia a partir del año 2000, y ya el año 2003 la Excma. Corte Suprema revisó, en el marco de las nuevas reglas procedimentales, un recurso de nulidad por el que se cuestionaba la utilización del mecanismo de protección de la identidad de los testigos. En efecto, la sentencia recaída en el recurso de nulidad ingreso N° 4423-2003<sup>7</sup>, de quince de diciembre de dos mil tres –que años más tarde será parte del examen hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile”–, resolvía el punto en su consideración tercera, de la siguiente manera:

*“Tercero: Que en relación a la infracción a los derechos y garantías asegurados por la Constitución Política y Tratados Internacionales el recurso del imputado Pichún reclama del debido proceso al no poder rendir prueba sobre la falta de idoneidad moral del testigo reservado N° 1 al no conocerse su identidad, y que se permitió una nueva prueba a la parte acusadora. Por su parte, el recurso del imputado Norín reclama que se ha violado el principio de imparcialidad e inocencia, alterándose el onus probandi, condenándosele por su origen racial y por una responsabilidad colectiva apartándose del principio de culpabilidad, y por no revelar la identidad de los testigos reservados, lo que le ha impedido una adecuada defensa. En cuanto a la identidad reservada del testigo, que según dicen los recurrentes afecta el debido proceso y al principio de igualdad ante la ley, cabe expresar que lo que se reclama*

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”, 30 de mayo de 1999.

7 Corte Suprema, 15 de diciembre de 2003, Rol N° 4423-2003.

*ha sido autorizado por el legislador en los artículos 15 y 16 de la ley 18.314 dada la peligrosidad que lleva envuelta el delito terrorista. En relación a la nueva prueba de los acusadores, como fue la presentación de un documento en que consta la inscripción de un arma, en nada afecta a la defensa ya que fue desechada como prueba en el Motivo 24° de la sentencia recurrida”.*

La dificultad del asunto resultaba moderada en este caso por el hecho de tratarse de medidas adoptadas en el marco de una ley especial que explícitamente consagraba la reserva de la identidad como un mecanismo de resguardo admitido, como ocurría con la Ley N° 18.314.

Más tarde, ya en 2011, la Excma. Corte Suprema rechazaba otro recurso dirigido contra la sentencia condenatoria impuesta a cuatro personas como autores de robo con intimidación, homicidio frustrado y lesiones graves. El reclamo, esta vez, hacía fuerza en que si bien la causa se refería a delitos terroristas, la condena particularmente impuesta a los acusados no lo fue por algún delito que tuviere dicho carácter, sino por ilícitos comunes. El fallo, que hizo lugar en parte a los cuestionamientos de la defensa en aspectos relativos a la correcta aplicación del derecho, desestimó las objeciones sobre la utilización de testigos con identidad reservada, apoyando sus argumentaciones en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, afirmando la validez de dicho proceder aun cuando se trata de delitos no regidos por leyes especiales.

Dicha sentencia, primeramente, asienta la posibilidad de utilizar la medida de protección tantas veces aludida, en el marco del código procedimental común, recogiendo en su análisis la forma en que la Ley especial, N° 18.314, se remite a dicho cuerpo normativo, como se expresa en el considerando 29°:

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

*El artículo 308 en tanto, regula expresamente la protección de los testigos y habilita al tribunal para que “...en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario.” En el inciso segundo se añade que el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, de igual forma, adoptará las medidas necesarias para conferir al testigo antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección.*

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

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

*El artículo 16 de la misma ley consiente al tribunal para decretar la prohibición de revelar de cualquier forma la identidad de testigos o peritos protegidos, o los antecedentes que conduzcan a su identificación, incluido el impedimento de fotografiarlos o captar su imagen a través de cualquier medio y el artículo 17 estatuye que de oficio o a petición del interesado, “durante el desarrollo del juicio, o incluso una vez que éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el Ministerio Público o el tribunal otorgarán protección policial a quien la necesitare, de conformidad a lo prevenido en el artículo 308 del Código Procesal Penal”.*

*Similares salvaguardias adoptan los artículos 30 a 35 de la Ley N° 20.000, de dos mil cinco, sobre tráfico de sustancias estupefacientes y drogas, por lo que semejantes medidas no son exclusivas ni novedades de la vilipendiada ley terrorista y no se sabe de alguien que pretexto ilegalidades o excesos en la legislación genérica y común”<sup>8</sup>.*

Más adelante, el mismo veredicto ratifica la validez de la sentencia y el juicio atacados, afirmando derechamente la procedencia del resguardo de la identidad de testigos, bajo el paraguas de las reglas procedimentales generales. Así se dice en la última parte del considerando 32°:

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

8 Corte Suprema, 3 de junio de 2011, Rol N° 2921-2011, considerando 29°.



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

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

*Desde ya es oportuno aclarar que en esta litis se han aplicado las normas del Código Procesal y las referencias que se han hecho a disposiciones de leyes especiales como la N° 18.314, que se han mencionado, pero ello no importa más que reconocer al Código su carácter de ley general bajo cuyo imperio, no otro, se decide esta Litis<sup>99</sup>.*

En la esfera de actuación del máximo Tribunal, la sentencia analizada afirmó opiniones que se mantienen vigentes en los posteriores pronunciamientos sobre la materia, lo que la vuelve destacable. En dicho sentido, sustentar la validez de la reserva sobre la base de las reglas generales contenidas en el Código Procesal Penal, sin distinciones en torno al delito de que se trate, son aspectos trascendentes que arrancan con este pronunciamiento. Esta línea jurisprudencial fue prontamente ratificada por la misma Corte, en sentencia de 22 de abril de 2013, que recayó en causa sobre delitos de homicidio frustrado, maltrato de obra a Carabinero y daños calificados. Esta sentencia hizo lugar a los recursos ejercidos, pero desestimó las objeciones amparadas en la utilización de testigos con reserva de identidad. Así se lee en el considerando 11°, que es del tenor siguiente:

*“UNDÉCIMO: Que en lo que atañe a la infracción que se reclama al haberse rechazado los requerimientos de las defensas tendientes a conocer la identidad del testigo como su posterior admisión al juicio, cabe destacar que el artículo 308 del Código Procesal Penal, al referirse a las medidas especiales que pueden disponerse en protección de testigos, señala de modo expreso que aquellas durarán el tiempo razonable que disponga el tribunal y que pueden ser renovadas cuantas*

9 Corte Suprema, 3 de junio de 2011, Rol N° 2921-2011, considerando 32°.

veces sea necesario. Se agrega también que el propio Ministerio Público de oficio o a petición del interesado debe adoptar idénticas medidas de resguardo para conferirles protección antes o después de recibirse su declaración.

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

*En esta materia corresponde hacer un distingo entre la imputación anónima, que parece ser lo que ve la defensa, y la de un testigo respecto del cual fundadamente se ha dispuesto una medida especial para su protección; pues en el primer caso se trata de aquel declarante cuya identidad no solo es desconocida para el imputado y su defensa, sino también para el tribunal y los demás intervinientes, cuyo no es el caso, pues la identificación del testigo Clave M331A era perfectamente comprobable, incluso para el tribunal que recibió su relato. Si bien en este caso operó sólo una admitida restricción al principio de publicidad que rige para las sesiones del juicio oral, no hay infracción procesal relevante, pues en presencia del tribunal y de los defensores de las partes se interrogó al testigo y bien pudo desvirtuarse su versión por medio del libre conainterrogatorio, lo que no ha podido acarrear la indefensión de los acusados, pues sus defensores pudieron intervenir en la producción de esa prueba con plena libertad y desvirtuar, incluso, su credibilidad, si de algún modo les pareció que el testigo no dio razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declaró<sup>10</sup>.*

La misma Corte, el 23 de abril de 2013, emitía otro pronunciamiento sobre la materia que, no obstante recaer sobre una causa por ilícitos de la Ley N° 20.000, zanjó el reclamo en el ámbito del derecho que cobija el Código Procesal Penal. Dice esa sentencia:

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

*Tales normas permiten señalar que al autorizarse la medida que se cuestiona no se incurrió en ninguna infracción de norma legal, lo que es significativo porque para que prospere la causal invocada, la del apartado a) del artículo 373 del*

10 Corte Suprema, 22 de abril de 2013, Rol N° 1179-2013, considerando 11°.

*Código Procesal Penal, es imprescindible que la transgresión sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por Tratados Internacionales esté directamente relacionada con las normas de carácter legal que desarrollan el contenido de aquellos derechos y garantías. Esta sola circunstancia es bastante para rechazar el recurso.*

*No obstante es útil agregar que las declaraciones prestadas al Ministerio Público y que fueron proporcionadas a la defensa son suficientes para ejercer la defensa técnica que a este respecto se reclama, y, también, que el recurso no precisa perjuicio alguno desde que de la prueba rendida por la misma defensa aparece que pudo formular las preguntas y contra interrogaciones que estimó del caso”<sup>11</sup>.*

Por último, más recientemente, el 21 de diciembre de 2015, la Excma. Corte Suprema volvió a decidir la materia aquí analizada, en causa sobre delito de homicidio, en los siguientes términos:

*“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*

11 Corte Suprema, 23 de abril de 2013, Rol N° 1504-2013, considerando 6°.

*Finalmente la prueba rendida por la defensa para efectos de acreditar las circunstancias que configurarían la causal de nulidad deducida, no altera lo razonado*<sup>12</sup>.

Como salta a la vista, desde el año 2011 al 2015, la Corte Suprema ha acogido la reserva de la identidad de testigos como una medida válida de protección, cubierta por las normas procedimentales aplicables a delitos comunes.

En este punto del análisis las fechas resultan relevantes. El 29 de mayo de 2014, más de un año antes de la última de las sentencias previamente referidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer el veredicto recaído en el caso *“Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile”*, que zanjaba precisamente la acusación de haber violado el Estado de Chile el derecho consagrado en el artículo 8.2.f. de la Convención Americana de Derechos Humanos, con la utilización de testigos de identidad reservada en dos procesos judiciales.

Cabe recordar que, previamente, en el informe N° 176/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, este organismo afirmaba la violación de diversos derechos en el marco de los casos promovidos por las víctimas, entre ellos, el de interrogar los testigos presentes en el tribunal del artículo 8.2.f. de la Convención. En dicho texto, la Comisión hace referencia a los mismos parámetros utilizados en el informe de 2002, citado al comienzo de este trabajo, lo que quedó plasmado muy claramente en el párrafo N° 240, cuyo contenido es el siguiente:

*“240. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, existen circunstancias en las cuales la investigación y juzgamiento de cierto tipo de delitos, incluidos los delitos terroristas, pueden exponer a quienes participan en la administración de justicia a amenazas serias contra su vida o su integridad personal. No cabe duda de que los Estados también tienen la obligación de prevenir la violencia contra quienes colaboran con la administración de justicia, y de proteger sus derechos a la vida y la integridad. En casos así, la jurisprudencia internacional ha aceptado que se adopten ciertas medidas excepcionales destinadas a proteger a los testigos frente a peligros reales derivados de su colaboración con las causas penales, siempre y cuando dichas medidas excepcionales no afecten las garantías esenciales del debido proceso, lo cual ha de evaluarse en cada caso particular. En los términos de la CIDH, “dichas medidas deben evaluarse caso por caso, aunque siempre disponiendo que su carácter o aplicación no comprometan las garantías inderogables de los encausados a un juicio justo, incluidos su derecho a la defensa y a ser juzgados por un tribunal competente, independiente e imparcial”. Según se explicó en detalle por la CIDH en el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*<sup>13</sup>.

12 Corte Suprema, 21 de diciembre de 2015, Rol N° 21.546-2015, considerando 7°.

13 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Informe N° 176/10, Casos 12.576, 12.611 y 12.612. Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y Otros. Fondo”*, 5 de noviembre de 2010 [en línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.576FondoEsp.pdf>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, examinó los tres procesos que fueron cuestionados en el caso a que se viene haciendo referencia, verificando que en dos de ellos se utilizaron testigos con reserva de identidad, uno bajo las reglas del Código Procesal Penal, y otro sujeto a la preceptiva del Código de Procedimiento Penal.

En el caso correspondiente a los denunciados Norín Catrimán y Pichún Paillalao, sujeto a las nuevas normas procedimentales, como se sabe, la Corte hizo una distinción, estimando que en el caso de Segundo Norín Catrimán no se había violado el derecho del artículo 8.2.f., y que por el contrario, sí se había infringido aquel derecho en lo que concierne a Pascual Pichún Paillalao.

El examen resulta interesante desde que también se apoya sobre los parámetros tomados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, plasmados en el informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión, más allá de las diferencias en la apreciación del caso por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión.

La sentencia de la Corte, de mayo de 2014, dice en sus párrafos 248 y siguientes:

*“248. Seguidamente, la Corte analizará el control judicial ejercido respecto de la adopción de la medida de reservar la identidad de testigos, las medidas de contrapeso adoptadas para contrarrestar la afectación al derecho a la defensa de los procesados y, por último, si esas declaraciones de testigos bajo reserva de identidad, en las circunstancias concretas del proceso, tuvieron grado decisivo en las condenas penales de los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao.*

*249. El control judicial de la reserva de identidad de testigos fue insuficiente. La resolución judicial que la dispuso no contiene una motivación explícita, y se limitó a hacer lugar a una solicitud del Ministerio Público que sólo se refería a la “naturaleza”, las “características”, “circunstancias” y “gravedad” del caso, sin especificar cuáles eran los criterios objetivos, la motivación y las pruebas verificables que, en el caso concreto, justificaran el alegado riesgo para los testigos y sus familias (supra párrs. 232 y 233). La Corte entiende que dicha resolución no constituyó un efectivo control judicial porque no brindó criterios que razonablemente justificaran la necesidad de la medida fundándose en una situación de riesgo para los testigos.*

*250. Las medidas de contrapeso implementadas fueron adecuadas para salvaguardar el derecho de la defensa a interrogar testigos. La defensa tuvo acceso a las declaraciones rendidas por esos testigos en la etapa de investigación, de manera que pudieran ser controvertidas y, en cuanto hubo “testigos de cargo de cuyos testimonios no había constancia en la investigación [ello] motivó una decisión incidental dividida de los sentenciadores, con la prevención de que sus*

*dichos serían considerados en la medida que no afectaran el debido proceso y que se apreciarían con libertad”. La solicitud del Ministerio Público acompañó un sobre sellado con constancia de la identidad de los testigos objeto de la medida de reserva, las declaraciones de los mismos fueron rendidas en la audiencia ante el Tribunal de Juicio Oral con la consecuente inmediación en la recepción de la prueba, los abogados defensores tuvieron la oportunidad de interrogarlos en la audiencia y de conocer su identidad, con la limitación de no informársela a los imputados (supra párr. 234).*

*251. En lo tocante al punto de vital importancia de si las condenas estuvieron fundadas únicamente o en grado decisivo en dichas declaraciones (supra párr. 247), hay diferencias entre cada uno de los condenados:*

- a) con respecto a la condena del señor Norín Catrimán, no se utilizó la declaración de testigos de identidad reservada para fundamentar la declaratoria de responsabilidad como autor del delito de amenaza de incendio terrorista en perjuicio de los propietarios del predio San Gregorio. Si bien la reserva de identidad del testigo se efectuó en la etapa de investigación en ausencia de un efectivo control judicial (supra párr. 249), en el presente caso ello no conlleva una violación de la garantía prevista en el artículo 8.2.f de la Convención, debido a que la declaración de ese testigo no fue utilizada de forma decisiva y, en la etapa de juicio, fueron garantizadas determinadas medidas de contrapeso para que su defensa pudiera interrogar al testigo reservado y controvertir su declaración (supra párrs. 234 y 250).*
- b) En cambio, la condena penal del señor Pichún Paillalao como autor del delito de amenaza de incendio terrorista en perjuicio del administrador y dueños del Fundo Nancahue estuvo fundada en grado decisivo en la declaración de un testigo de identidad reservada (el “testigo protegido N° 1”), pues si bien se hace referencia a otros medios de prueba, éstos por sí solos no hubiesen bastado para llegar a la condena, ya que las otras tres personas que rindieron testimonio solo tenían un conocimiento indirecto. La sentencia hizo además referencia a una carta sobre supuestas amenazas firmada por el señor Pichún, pero sin fecha, y a un cheque firmado por el administrador del Fundo Nancahue a la orden del acusado. También mencionó una declaración testimonial en la que se señaló que la Coordinadora Arauco Malleco es una organización de hecho, de carácter terrorista y que Pichún pertenecía a ella, sin un análisis de su incidencia en la configuración del tipo penal.*

252. *Por las razones expuestas, la Corte concluye que para determinar la condena se otorgó valor decisivo a la declaración de un testigo de identidad reservada, lo que constituye una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pascual Huentequero Pichún Paillalao*<sup>14</sup>.

La sentencia que condena a Chile en un caso y desestima la violación del derecho del artículo 8.2.f. de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el otro, como se aprecia en los párrafos transcritos, se decide sobre la base de un conjunto de elementos que de acuerdo a lo que se ha expuesto precedentemente, estaban presentes en el sistema interamericano a lo menos desde el año 2002. Lo anterior no puede sino considerarse un testimonio de estabilización del juzgamiento, por parte de la Corte, de la materia aquí tratada.

## Conclusiones

En fin, todo lo que se ha dicho permite afirmar ciertos aspectos de la discusión que parecen lo suficientemente estabilizados.

En primer lugar, que es legítimo promover al interior del proceso penal un conflicto entre el derecho a defensa y los derechos e intereses de quienes deben intervenir en aquél como testigos, especialmente el derecho a la vida e integridad física y psíquica.

En segundo lugar, que en el sistema interamericano y bajo ciertos parámetros, son conciliables la reserva de identidad del testigo con el derecho a interrogar a los testigos presentes en el tribunal, del artículo 8.2.f. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tercer lugar, que en el sistema interamericano dichos parámetros apuntan principalmente a verificar la necesidad de la reserva, a asegurar el contrainterrogatorio de la defensa (con el límite puesto sobre el descubrimiento de aquello que ha sido reservado) y controlar la importancia que en cada caso pueda tener la información entregada en esas condiciones.

En cuarto lugar, que en el ámbito nacional la reserva de identidad se ampara en reglas procedimentales comunes, del Código Procesal Penal, sin perjuicio de las reglas especiales contempladas en ciertos cuerpos legales.

Y en quinto y último lugar, que también en el ámbito nacional, la reserva de identidad es una medida utilizable cualquiera sea el delito de que se trate y no sólo aquellos contemplados en leyes especiales, desde que aquella medida se fundamenta en necesidades de resguardo de derechos y no en la sola eficiencia persecutora de ciertas categorías de delitos.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile", 29 de mayo de 2014.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---





## COMENTARIO A SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN ARISTA DEL CASO EFE: REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS ELEMENTOS DEL FRAUDE AL FISCO

*José Luis Cortés Zepeda.<sup>1</sup>*

Sobre el delito de fraude al Fisco han recaído algunos pronunciamientos recientes de la Corte Suprema, entre los cuales se cuenta la sentencia que es objeto de este trabajo<sup>2</sup>, el cual busca analizar el pronunciamiento judicial en cuestión, intentando identificar el alcance de las afirmaciones relativas a este delito y contextualizarlas en la doctrina y la jurisprudencia, para luego emitir algunos comentarios.

### I. Antecedentes de la causa

La resolución en estudio se enmarca dentro de un proceso sustanciado conforme al procedimiento antiguo que recae en una de las aristas del caso conocido como “EFE”, precisamente, porque se indagaron irregularidades que afectaron a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado<sup>3</sup>.

En causa seguida ante el 2° Juzgado del Crimen de Santiago –en que se investigaba la responsabilidad del entonces presidente del directorio por el pago de beneficios a quien a la sazón ocupaba la gerencia general de la empresa estatal– el encartado fue condenado como autor del delito de fraude al Fisco en un fallo pronunciado por el Ministro en Visita Extraordinaria Omar Astudillo Contreras<sup>4</sup>. Apelado para ante la Corte de la misma ciudad,

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

2 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014 (en sala integrada por los señores ministros Milton Juica, Hugo Dolmestch, Carlos Künsemüller, Haroldo Brito y Lamberto Cisternas).

3 Las ramificaciones no estuvieron limitadas únicamente al procedimiento tramitado conforme al Código de 1906 (además de la que aquí nos ocupa, la causa en que recayó sentencia de Corte Suprema, 4 de diciembre de 2012, Rol N° 496-11), sino también se extendieron hasta el nuevo sistema (en el que se pronunciaron resoluciones como sentencia del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 17 de diciembre de 2007, RUC N° 0610008210-K, RIT N° 5391-2006; sentencia 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 19 de diciembre de 2007, RUC N° 0610008210-K, RIT N° 5391-2006; sentencia 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 28 de octubre de 2008, RUC N° 0610008210-K, RIT N° 5391-2006; sentencia 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 30 de octubre de 2008, RUC N° 0610008210-K, RIT N° 5391-2006; sentencia del 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 2 de enero de 2010, RUC N° 0801180575-3, RIT N° 215-2009, relacionada con sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de junio de 2010, Rol N° 650-2010).

4 Sentencia Ministro en Visita (Astudillo), 21 de abril de 2014, Rol N° 191.516, Cuaderno N° 21, “Ductos, Atravesos, Paralelismos y Cruces Particulares”.

una de sus salas confirmó el fallo recurrido<sup>5</sup>. Finalmente, alzada de casación la defensa, el máximo tribunal acogió el libelo impetrado, dictando sentencia de reemplazo en que revocó el pronunciamiento de primera instancia, disponiendo la absolución de imputado, en el fallo en comentario.

Los hechos acreditados –que el tribunal de casación no alteró<sup>6</sup>– decían relación con el pago de remuneraciones al gerente general de esta empresa estatal. Las negociaciones que materializaron la contratación de este ejecutivo fueron conducidas por el presidente del directorio, contando para este propósito con facultades otorgadas por el órgano de administración que encabezaba. No obstante, el presidente debía ajustarse en el ejercicio de su cometido a las recomendaciones impartidas por el Sistema de Empresas Públicas (SEP), las que incluían la de contar con un sistema de evaluación objetiva de desempeño de los ejecutivos. El contrato de trabajo del gerente general contempló una remuneración variable asociada a las metas y objetivos que determinara el directorio, órgano encargado de establecer la forma en que se procedería a su pago. Aproximadamente un año después, el presidente del directorio acordó modificar el contrato, estableciendo metas para un periodo trianual (asociadas al convenio entre la empresa y el SEP), cuya evaluación y cumplimiento no serían ya realizados por el directorio, sino comunicados por su presidente a la gerencia respectiva. Así, el presidente del directorio comunicó que debía liquidarse al gerente general un 83% de la renta variable, lo que se tradujo en un pago de \$23.671.600. Este desembolso se realizó sin que el presidente del directorio tuviera atribuciones para determinar ni evaluar las metas del gerente general (las facultades delegadas al imputado se agotaron con la suscripción del contrato), de suerte que las metas en cuestión fueron fijadas al amparo de una modificación contractual irregular, a lo que ha de agregarse que ellas se establecieron habiendo ya transcurrido parte importante del periodo bajo evaluación, sin que se correspondieran con el convenio entre la empresa y el SEP, cuyos parámetros –por lo demás– no podían servir sin más para medir el desempeño del ejecutivo. Por su parte, la evaluación invocó, como bases, factores confusos e infundados (el balance omitía distinguir dos periodos que debían medirse separadamente y los parámetros carecían de respaldo), pagándose en último término un incentivo aunque los resultados deficientes de la empresa eran de pública notoriedad<sup>7</sup>.

5 Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de octubre de 2014, Rol N° 892-2014.

6 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014 (considerando 13°): “[...] como no se ha podido demostrar la aplicación errónea de la ley atingente a la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, los hechos demostrados en la sentencia resultan inamovibles, de manera que la siguiente sección del recurso, [...], habrá de estarse a ellos para resolver la adecuación típica del hecho inculcado.” Similar, Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014 (considerando 20°).

7 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014 (considerandos 14° y 15°). Más adelante, Sentencia Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-

El máximo tribunal rechazó reproches de naturaleza procesal que la defensa dirige a la sentencia recurrida<sup>8</sup>, luego de lo cual pasó a reseñar el contenido de ésta<sup>9</sup>, entendiendo que, aunque no es posible discutir los reparos administrativos que imputa el libelo, la conducta debe ser constitutiva de la actividad defraudatoria que exige el tipo penal<sup>10</sup>. Así, la Corte Suprema, declarando que no es posible imputar el actuar antirreglamentario a una actuación de defraudación dolosa, concluye que los jueces han calificado como delito un hecho que la ley no considera tal<sup>11</sup>, dictando acto seguido sentencia de reemplazo de carácter absolutoria<sup>12</sup>.

## II. Consideraciones relativas al fraude al Fisco en las sentencias de grado

El máximo tribunal reseña el análisis que hacen las sentencias de grado en relación con el delito de fraude al Fisco. Entre otros aspectos, destaca las siguientes afirmaciones relativas a la interpretación del fraude funcional:

- El fraude al Fisco es una forma especial de estafa.
- Como tal, exige engaño, el que aparece en las descripciones legales mediante referencias a la “defraudación” o al “consentimiento en que otro defraude”, el que debe inducir a error que conduce a una disposición patrimonial inherente al perjuicio, amén de la relación de causalidad.
- El sujeto activo es un empleado público.
- A pesar de su contenido patrimonial, el fundamento del castigo reside en el deber de velar por los intereses del Estado obrando según criterios de eficiencia y economía.

---

2014 (considerando 22° *in fine*) resume la imputación de la siguiente manera: “haber dispuesto con fondos fiscales el pago de un incentivo o remuneración variable al gerente general de EFE que no correspondía, excediendo las facultades regladas que le impedían efectuar dicha asignación y sobre la base de parámetros que no se ajustaban a las reglas dadas sobre la misma materia. Hay que considerar que el imputado revestía la calidad del Presidente del Directorio de EFE, empresa pública del Estado, en la que dicho encartado tenía, luego del mismo Directorio la más alta jerarquía en la que en un primer momento contenía las facultades para ofrecer y pactar las remuneraciones, beneficios y demás condiciones del trabajo”.

8 Ibidem (considerandos 6° al 12°).

9 Ibidem (considerandos 16° al 20° y 22°).

10 Ibidem (considerando 23°).

11 Ibidem (considerandos 26° y 27°).

12 El máximo tribunal mantiene la decisión de acoger la demanda civil (Ibidem, considerandos 29° y 30°), decisión con respecto a la cual hay un voto en contra del ministro Künsemüller.

- Como consecuencia de lo anterior, el tipo penal (al parecer, el engaño típico) está concebido en términos amplios, sin que se requiera una puesta en escena como la estafa común.
- La conducta reprochada atañe a la idea de administración desleal, sin que la conducta sea necesariamente engañosa.
- La víctima es el Estado, porque la posición que ocupa el funcionario le permite incidir en la operación mendazmente.
- El delito exige perjuicio económico, sin que sea necesario un enriquecimiento del funcionario, bastando una pérdida efectiva<sup>13</sup>.
- Acto seguido, la Corte Suprema explica la forma en que los jueces de instancia entendieron concurrentes los elementos del fraude al Fisco:
- La operación es la determinación del incentivo variable del gerente general.
- Relacionado con la presidencia del directorio y el acuerdo que lo facultaba para la contratación del gerente, entiende que el acusado debía intervenir en razón de su cargo, ya individualmente o como parte del órgano colegiado.
- Hace consistir el engaño en haber aparentado facultades inexistentes para modificar el contrato de trabajo y asignarle metas, a lo que se agregan otros factores (condiciones se encontraban cumplidas, invocándose una evaluación que en realidad carecía de contenido). Así se atribuyó apariencia de regularidad para sortear los controles, lo que importa una administración desleal del patrimonio fiscal<sup>14</sup>.
- Entiende concurrente el error y el nexo causal (también el perjuicio, aunque ello no aparece explicitado) en atención a que, gracias a las maniobras, el Fisco realizó un pago sin justificación.
- El dolo aparece fundado en la preparación y conocimientos del acusado acerca de la reglamentación de la empresa, por lo que la infracción de deberes se realizó derechamente y con tal grado de desprecio hacia el patrimonio fiscal que sólo admite haber sido realizada para favorecer a un tercero, por lo que la conducta se ejecutó queriendo y sabiendo<sup>15</sup>.

---

13 *Ibíd*em (considerando 17°).

14 *Ibíd*em (considerando 18°).

15 *Ibíd*em (considerando 19°).

### III. Consideraciones relativas al fraude al Fisco en la sentencia comentada

#### A) Alcance del examen realizado por el tribunal

La Corte Suprema comienza su análisis reiterando su entendimiento relativo a la imposibilidad de “*discutir con motivo de esta causal de invalidación sustancial [...] los reparos administrativos que la sentencia imputa al sentenciado L.V.A.I. y por lo tanto, deben estimarse como concurrentes*”<sup>16</sup>. Ello no obsta a que revise la calificación jurídica realizada por el tribunal, como deja de manifiesto cuando releva que aquella (conducta que no puede “discutir”) “*debe claramente coincidir con el tipo penal que se contiene en el artículo 239 del código punitivo y especialmente determinar si su participación errada y perjudicial a los intereses fiscales es constitutiva de la actividad defraudatoria que exige el texto de dicho precepto*”<sup>17</sup>.

#### B) Aspectos no discutidos

Como aspectos no discutidos (de fondo, debemos entender), la sentencia destaca la calidad de sujeto activo del imputado y, al parecer, la verificación del perjuicio: “*no hay discusión que el encausado en los hechos investigados actuó como empleado público, en los términos del artículo 260 del Código Penal y que con motivo de las operaciones descritas en los considerando precedentes, al pagar una remuneración que no correspondía según reglamento, efectuó un desembolso de \$23.671.600*”<sup>18</sup>.

#### C) Delimitación de las conductas alternativas típicas

##### i. Planteamiento del tribunal

Un primer tema interesante es la distinción formulada en el fallo entre las conductas típicas en el fraude al Fisco: defraudar y consentir en que otro defraude. El máximo tribunal, invocando el propósito de “*delimitar con exactitud la conducta del acusado*”, destaca que la “*actividad benefició a un empleado de la misma empresa en la que el reo era Presidente del Directorio, de modo que no era un particular extraño, sino que el gerente general, beneficiario que revestía también el carácter de empleado público por la función que cumplía, pero que a su respecto no se ejerció acción penal por dicho beneficio pecuniario que se estimó por los acusadores como incorrecto*”. Sobre esta base, la Corte Suprema concluye que su

16 Ibidem (considerando 23°).

17 Ibidem.

18 Ibidem.

labor ha de “*circunscribirse la actividad que se supone ilícita del aludido procesado, sólo a la posibilidad de haber actuado en una defraudación de modo directo y no en la hipótesis de haber consentido que por otro se defraude al Fisco, lo que la doctrina denomina defraudación indirecta*”<sup>19</sup>.

El tribunal parece identificar tres factores que permiten distinguir las dos modalidades que contempla la figura en estudio, a saber, la calidad del sujeto (empleado público o no), el beneficiado por el delito y la situación procesal del copartícipe. Estos factores habrían permitido determinar quién defrauda y quién consiente en que otro defraude.

## ii. Problema jurídico

El tipo penal del fraude al Fisco contempla dos conductas: la de defraudar (defraudación directa) y la de consentir en que se defraude (defraudación indirecta)<sup>20</sup>. Se trata de conductas alternativas<sup>21</sup>, de suerte que basta una cualquiera de ellas, sin que constituya exigencia típica la concurrencia de ambas conductas<sup>22</sup>.

El contenido de ambas modalidades ha sido objeto de aproximaciones dispares. A propósito de la defraudación (directa) volveremos más adelante, centrandó nuestra atención por ahora en el consentimiento en que otro defraude (defraudación indirecta). Particularmente respecto a esta última hipótesis, en términos generales, las distintas posiciones apenas son formuladas por sus

19 *Ibíd*em (considerando 24°). En el mismo sentido, pero con menos claridad, *Ibíd*em, (considerando 25°): “[...] decidido que la operación objetada se produjo en el otorgamiento de una remuneración dispuesta por el Presidente del Directorio de EFE a un empleado subalterno de este órgano, que no correspondía en relación a resultados por la gestión laboral del gerente de la empresa beneficiado, es de rigor concluir que dicha actividad se enmarcó dentro de una relación laboral y no hay intervención de terceros en dicha contratación, que de ello no derivó ningún beneficio pecuniario para el imputado, sino que el incentivo devino a favor de un empleado de la empresa perjudicada, en la que no existe ningún antecedente probatorio que se haya dirigido acción penal en su contra, ni en esta causa es parte denunciada o querellada por estos hechos, de modo que a primera vista no emerge con la claridad suficiente el convencimiento de punibilidad exigido por el artículo 239 del Código Penal, por no aparecer desde luego que el acusado hubiese consentido en la defraudación denunciada [...]”.

20 Esta distinción, que la sentencia atribuye a la doctrina, también en SALAS DONOSO, Pablo E. *El delito de defraudación fiscal cometido por funcionarios públicos*. Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 27 (quien sin embargo le asigna origen jurisprudencial); GARCÍA BILBAO, Juan A. *Defraudación fiscal: aspectos dogmáticos y político-criminales*. Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2009, págs. 60-63.

21 GUZMÁN DALBORA, José Luis. “El tipo de injusto y la continuación criminal en el delito de fraude al Estado y a ciertos entes públicos menores”, en EL MISMO: *Estudios y defensas penales*. 3ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 407; SALAS DONOSO, ob. cit., p. 27.

22 Por los conceptos de delitos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos, véase MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 9ª ed., Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2011, págs. 235-236.

representantes y rara vez se las hace dialogar, sin que en ocasiones parezca advertirse su incompatibilidad, la cual no se verifica siempre, en tanto ellas inciden a veces en diferentes planos.

Por un lado, parte de la doctrina entiende que esta modalidad tiene efectos en materia de **autoría y participación vinculados con la autoría mediata**. Así, para Politoff, Matus y Ramírez, “esta disposición se hace cargo del supuesto en que el funcionario consiente en la defraudación hecha por un tercero, reconociendo así la posibilidad de castigarlo también como autor en un caso que la dogmática moderna consideraría de ‘autoría mediata con agente doloso’”<sup>23</sup>. Referencias de esta clase, insertas en el contexto de un delito especial como el fraude al Fisco, parecieran apuntar hacia las complejas hipótesis de instrumentos dolosos no cualificados<sup>24</sup>. La modalidad de consentir en que otro sustraiga permitiría castigar como autor de fraude al Fisco al funcionario implicado a pesar que quien ha realizado –libre y responsablemente– la defraudación es otro sujeto (agente doloso no cualificado), en atención a la calidad especial que ostenta (*intraneus*)<sup>25</sup>. La modalidad típica en comentario, de esta manera, ahorraría hacer frente a las objeciones dirigidas a quienes entienden que en hipótesis como estas el *intraneus* ha de ser calificado como autor mediato<sup>26</sup>. Sea como

- 
- 23 POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. 2ª ed., reimp. 2007, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 498 (ahora también en MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*. Santiago, Thomson Reuters, 2015, Tomo II, p. 291). Así también RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, p. 419. Con matices, lo entiende sencillamente “autor” y no “autor mediato”, OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena. “Malversación y fraude al fisco”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. I, 2012, n. 16, p. 189, reconociendo que “si no estuviera incluida esta conducta omisiva, algunos casos de los que ella contempla eventualmente podrían haberse considerado, desde la perspectiva tradicional, como supuestos de autoría mediata con agente doloso”.
- 24 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la 7ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 280, luego de poner de relieve que “[I]os supuestos de autoría mediata mediante empleo de un (así llamado) instrumento ‘doloso’ siempre se han encontrado entre los más controvertidos”, distingue tres grupos de casos: “el instrumento doloso no cualificado (I), el instrumento doloso no intencional (II) y el instrumento partícipe doloso (III)”.
- 25 El “ejemplo académico” que invoca ROXIN, *Autoría...*, p. 280 es el de “un funcionario del Registro de la Propiedad (o sea, un sujeto cualificado) [que] determina a un *extraneus* a que realice una anotación registral incorrecta”.
- 26 Por las críticas para calificar al *intraneus* como autor mediato con arreglo al criterio del dominio del hecho, *vid.* ROXIN, *Autoría...*, págs. 281-286. EL MISMO, *ob. cit.*, 746, destaca más adelante que “el entendimiento de que con el principio del dominio del hecho no cabe proceder en este grupo de casos va imponiéndose cada vez más en el debate reciente”.



fuere, se han levantado voces que rechazan esta interpretación, negando que se sancione la intervención en un hecho ajeno<sup>27</sup>.

Como la misma dificultad se ha resuelto echando mano a la teoría de los delitos de infracción de deber, el giro incluso en la disposición podría entenderse como una manifestación de los efectos que dicha teoría atribuye a esta clase de delitos<sup>28</sup>. Para esta propuesta, en los delitos de infracción de deber el sujeto cualificado es autor cualquiera sea la clase de intervención que realice<sup>29</sup>. Infringe el deber de velar por los intereses patrimoniales del Estado en las operaciones en que actúa en su representación tanto el funcionario que directamente realiza la conducta de la que se deriva el perjuicio como aquel que colabora o induce a otra persona a que la realice.

En un plano diferente, se ha planteado que la modalidad de consentir en que se defraude constituye una hipótesis **omisiva**. En esta línea se inserta la opinión de Guzmán Dalbora, para quien estamos ante “dos modalidades de un mismo acto, ‘defraudar’, al que la ley describe primero en su forma activa y, a continuación, en la omisiva de consentir el funcionario que otro defraude”<sup>30</sup>, precisando que “[e]l empleado que consiente que otro defraude

27 Así, GARCÍA BILBAO, ob. cit., págs. 62-63; MAÑALICH RAFFO. Juan Pablo. “Delitos contra intereses colectivos”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, 2005, p. 632. A propósito de una forma similar en el peculado, GUZMÁN DALBORA, José Luis. “La malversación de caudales públicos en el Código penal chileno”. En: EL MISMO, *Estudios...*, p. 358.

Aparentemente en contra BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2007, Tomo IV, p. 170 en cuanto aceptan que “puedan darse casos de verdadera autoría mediata,” destacan “la posibilidad de que, modificando las reglas generales de autoría y participación, se sancione como autoría una conducta de mera participación o de favorecimiento”.

28 Así, OSSANDÓN WIDOW, “Malversación...”, p. 169, sostiene, en referencia a la malversación y el fraude al Fisco, que “la legislación recoge en buena medida esta dimensión de deber [...] ese mismo deber positivo, entiendo, es el que fundamenta la ilicitud de las demás figuras de malversación y por eso la peculiar forma que asume la descripción del peculado: sustraer o consentir en que se sustraiga, dos modalidades de conducta que manifiestan la misma infracción. Algo similar ocurre con el delito de fraude al Fisco”.

29 Así, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”. En: *Política Criminal*, N° 1, 2006, p. 6: “el obligado especial o intraneus va a responder sólo y siempre como autor del delito, con independencia de la entidad de su contribución o del dominio que tenga sobre el hecho”. Como apoyo de esta teoría, ROXIN, *Autoría...*, págs. 391-392 cita disposiciones del StGB similares a la que aquí analizamos. Particularmente semejante es el § 340 que más adelante cita EL MISMO, ob. cit., p. 745: según esta teoría, el “policia [que] instiga a otro a realizar lesiones [...] es tan autor como el ejecutor directo” y, puesto que la citada disposición “menciona como autor expresamente también a aquel que hace o deja cometer unas lesiones (lo que incluye hasta el mero omitir), la opinión contraria resulta incompatible ya con el tenor literal de la ley”.

30 GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, p. 407.

al ente público responde, no por lo que hizo, sino por lo que se abstuvo de realizar: impedir el perjuicio de la Administración”<sup>31</sup>.

La posición anterior ha recibido críticas<sup>32</sup>, dirigidas desde lo que podría considerarse la posición tradicional. Ésta ve también en el giro en estudio una modificación de las **reglas de autoría y participación**, aunque ahora vinculada a la **cooperación**. Para esta tesis, “la forma consistente en ‘consentir en que se defraude’, debe entenderse que es una conducta de cooperación, concertada o no, con el tercero”<sup>33</sup>.

Con todo, las distintas posiciones no son necesariamente contradictorias y, de hecho, no sólo no se presentan como tales a sí mismas, sino que, en ocasiones, se asume simultáneamente más de una<sup>34</sup>.

- 
- 31 GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, p. 412. En el mismo sentido, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Delitos contra intereses colectivos”, p. 632. Le atribuye el carácter de modalidad omisiva, aunque en un contexto general más amplio, OSSANDÓN, “Malversación...”, p. 171. Podrían considerarse próximas a esta postura, aun reconociendo que no son sinónimos, quienes le atribuyen un carácter pasivo a la modalidad, como el caso de ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª ed., reimp. 2010, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, Tomo IV, p. 247. Sin embargo, como se verá no es así.
- 32 GARCÍA BILBAO, ob. cit., págs. 61-62, quien fundamenta su disenso en que “parece una tesis poco sustentable en la realidad” (p. 61), decantándose por la exigencia de alguna forma de colaboración: “debe realizar algo, por insignificante que sea, a favor del tercero [...] para que éste defraude al Estado” (*ibídem*). Con todo, ello parece estar en contradicción con su entendimiento de que en esta hipótesis “el funcionario toma una actitud pasiva, no impidiendo el resultado” (*loc. cit.*, p. 60). Difícil es entender que la sanción por no impedir el resultado no corresponda a la imputación de una omisión. Contribuyen a generar confusión las referencias a la “pasividad” (como la que utiliza en la denominación de “delito de comisión pasivo” que emplea EL MISMO, ob. cit., p. 60 y a la que también recurre ETCHEBERRY, *loc. cit.*, las que en todo caso no importan de suyo una contradicción, en el entendido de que pasividad no es sinónimo de omisión. Sin embargo, amén de evocar a la omisión, la diferencia radica en la posibilidad de omitir realizando acciones distintas de la debida, fundado en “que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta *activa* distinta de la ordenada” (MIR PUIG, ob. cit., p. 315).
- 33 ETCHEBERRY, ob. cit., T. IV, p. 246. Así, además de GARCÍA BILBAO, *loc. cit.*, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 419 (junto con la referencia a la autoría mediata). Similar, LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. 7ª ed. (actualizada por Julio Zenteno Vargas), reimp. 2005, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1983, Tomo II, p. 83 estima “[l]a ley ha considerado expresamente en este caso la coparticipación”. Opinión en contra, MAÑALICH RAFFO, “Delitos contra intereses colectivos”, págs. 631-633.
- 34 Así, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 419 hacen referencia a la autoría mediata con agente doloso y exigen alguna conducta de cooperación. No son contradictorias porque son conductas sin dominio del hecho realizadas por el *intrañeus* las que pretenden erigirse en autoría mediata en las hipótesis agente no cualificado doloso. Recordemos que quienes intervienen sin dominio del hecho son partícipes, categoría que comprende al inductor, pero también al cómplice (vinculado con la cooperación). Tampoco hay contradicción en el planteamiento de OSSANDÓN, “Malversación...”, págs. 189, 171 que ve aquí una manifestación de la teoría de los delitos de infracción de deber y califica la hipótesis como omisiva. Ello porque una de las consecuencias de esta teoría es la equiparación de acción y omisión.

## iii. Comentarios

Expuesto el análisis doctrinal, el primer comentario que puede dirigirse a la sentencia obliga a reprochar que no coincida con los factores delineados en la literatura para distinguir las modalidades de comisión, al menos con dos de ellos.

En primer lugar, no se aviene con ninguno de aquellos criterios entender que sólo defrauda (directamente) el que resulta beneficiado por el delito, pues la **falta de beneficio propio** no puede contraponerse a una omisión ni tampoco con alguna forma “accesoria” de intervención en el delito (autoría mediata o participación). El beneficio constituye un elemento extraño a la estructura típica, como diremos más adelante<sup>35</sup>. Siendo así, mal podría erigirse, por ende, en un elemento diferenciador.

Ahora bien, los otros factores exigen mayores reflexiones. A primera vista, **el estado procesal del copartícipe** (ausencia de imputación al gerente beneficiado) muestra una vinculación con la explicación que ve en la llamada defraudación indirecta una forma de cooperación. Así, supuesto que se consiente en la defraudación realizada por otro cuando se realizan actos de cooperación con éste, entonces enfrentaríamos una forma de participación (del funcionario que da su aquiescencia), que, como tal, es accesoria a la autoría (del tercero que defrauda). Sin embargo, tal identificación no puede realizarse por dos razones. Primero, porque, desde una perspectiva procesal, la exigencia de accesoriadad no condiciona la punibilidad del partícipe a la persecución del autor, en el mismo o en otro proceso, ni menos a su condena. Sólo se requiere que el autor haya realizado una conducta típica y antijurídica, de suerte que tales condiciones, en tanto requisitos de la punibilidad del partícipe, pueden probarse en el proceso sin necesidad de perseguir y condenar también al autor<sup>36</sup>, particularmente si de esta declaración no se derivarán consecuencias perjudiciales para el copartícipe. Nadie dirá que si un sujeto (piénsese en el que accedió carnalmente a la víctima mediante el uso de fuerza) es sobreseído temporalmente por rebeldía, no puede por ello condenarse al otro interviniente (el que indujo a cometer la violación); tampoco que si el tribunal de alzada declara no ha lugar a la formación de causa del primero, por gozar de fuero parlamentario,

35 A propósito de otro pasaje que parece contradecir este aserto, yendo incluso más allá.

36 Con ocasión de la regla diversa que rige entre la responsabilidad de las personas jurídicas y de las personas naturales, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. En: *Política Criminal*, vol. 5, N° 9, julio 2010, p. 222 destaca que “entre los partícipes y el autor [...] basta [...] en este contexto con la constatación de que el sujeto relevante ha realizado un hecho típico y antijurídico con la tendencia requerida, sin necesidad de condena al respecto”.

restará impune su copartícipe<sup>37</sup>. Estas soluciones, que vienen impuestas legislativamente (artículos 101, inciso 4°, y 422 del Código Procesal Penal) sólo reconocen la posible existencia de un hecho injusto en el que es posible participar (eso es lo que debe probarse), sólo que la responsabilidad de los copartícipes (en sentido amplio) no puede perseguirse por razones que estrictamente les atañen a ellos.

Pero, más aún, negar la configuración de la defraudación indirecta por falta de imputación al autor supone desconocer precisamente el propósito y la función que justificaría la modalidad típica expresamente contenida en esta disposición legal: la utilidad de elevar al nivel de autoría una conducta que generalmente es de participación (cooperación) sería –además y por sobre la de exasperar la penalidad– evitar que su punibilidad quede condicionada a la accesoriedad, permitiendo su sanción autónoma<sup>38</sup>. Si se reconociera que el legislador, mediante la modalidad de consentir en la defraudación de otro, elevó una forma de cooperación al nivel de autoría, el juzgador la devolvería al ámbito de la participación, exigiendo la accesoriedad, la que, por lo demás, sería supernumeraria (en cuanto exigiría el juzgamiento del autor).

Finalmente, la calidad de empleado público de los intervinientes podría tener relación con la atribución de contenido a la modalidad de consentir en la defraudación mediante la idea de **instrumentos dolosos no cualificados**. Así, vedaría la aplicación de la defraudación indirecta el carácter de empleado público del beneficiado en tanto aquélla estaría reservada a los casos en que

37 Ello podría predicarse incluso en casos de coautoría, como, por ejemplo, la que se verificaría, soslayando la discusión acerca de si el caso propuesto constituye o no verdadera coautoría, si el primer sujeto sólo accede carnalmente a la víctima y el segundo es el que emplea la fuerza. En este caso, la sanción del segundo sujeto (cuya condena se pretende) estaría condicionada a la efectividad y acreditación de la conducta del primero (cuyo condena no se puede obtener): la conducta del segundo sujeto (acceder carnalmente a otro) no es de suyo delictiva, sino que adquiere relevancia penal gracias a la conducta realizada por el segundo sujeto (uso de fuerza). Como destaca HERNÁNDEZ, Héctor. “Comentario”. En: COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.). *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011, p. 399 “existe bastante consenso en cuanto a que los requisitos de la coautoría son la existencia de un acuerdo de voluntades y un aporte funcional al hecho común”. Además, no ha de olvidarse, como afirma DÍAZ GARCÍA Y CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. 2ª ed., Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas, 2011, págs. 567-568, “el acuerdo en la coautoría permite hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás [...] y el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una *acción conjunta* formada por actos parciales” (notas al pie omitidas y destacados originales).

38 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ob. cit., p. 656: “las razones de merecimiento y necesidad de pena aconsejan que se establezca para ciertos modos de participación un marco penal idéntico al del autor en sentido estricto, siendo la diferencia entre aquéllos y éste la dependencia o no de su responsabilidad respecto de otro interviniente (en el sentido de la accesoriedad limitada: el partícipe sólo será castigado si, realizando su propio injusto, participa en un hecho también injusto del autor)”.

quien ejecuta la defraudación es un particular, permitiendo el castigo del empleado público como autor (autoría mediata con agente doloso). En otras palabras, la defraudación indirecta no puede aplicarse si el copartícipe (en sentido amplio) es también un sujeto cualificado. El pronunciamiento de la Corte sería coherente con esta aproximación: puesto que el copartícipe era empleado público (*intraneus*)<sup>39</sup>, no puede darse aplicación a la defraudación indirecta, conducta que, recogiendo la hipótesis de autoría mediata con instrumentos dolosos no cualificados, supondría que quien defrauda (directamente) es un *extraneus* que pudiera haber sido “instrumentalizado” por el acusado. Así, el carácter de empleado público obligaría a circunscribir el análisis a la defraudación directa.

Con todo, en contra de lo que sugiere la sentencia, debiera considerarse que el gerente general no era un sujeto cualificado y, en consecuencia, podríamos habernos encontrado en el supuesto de aplicación de la defraudación indirecta comprendido como autoría mediata con instrumentos no cualificados. Tal afirmación –que, a primera vista, podría resultar sorprendente– se funda en que el sujeto activo del fraude al Fisco no es cualquier funcionario, antes bien sólo lo es aquel “empleado público [...] en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo”<sup>40</sup>. Puesto que la operación en cuestión era la relación laboral del gerente general, a él no le correspondía intervenir en el ejercicio de su cargo de empleado público representando y velando por los intereses del Estado. Al contrario, el gerente, en su contratación, era la contraparte del órgano estatal y el único llamado a velar por los intereses del Estado era el acusado, en cuanto presidente del directorio<sup>41</sup>. Así las cosas, a pesar de ostentar la calidad de funcionario, el beneficiado por las maniobras

39 Recuérdese que la Corte, sobre la base, entre otros factores, de que “no era un particular extraño, sino que el gerente general, beneficiario que revestía también el carácter de empleado público por la función que cumplía”, concluye su análisis está limitado “a la posibilidad de haber actuado en una defraudación de modo directo” (Sentencia Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014, considerando 24°).

40 Cf. RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 471. Similar, respecto del caso concreto comentado, MAÑALICH RAFFO, “Delitos contra intereses colectivos”, págs. 636-633. En términos más generales, ROXIN, *Autoría...*, p. 386 destaca que “el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida [...] no es la condición de funcionario [...] lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico [...] de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. Otro tanto es válido para los demás delitos funcionarios [...]: por ejemplo, el § 340 (lesiones en el ejercicio de cargo) no abarca toda lesión cometida por funcionario, sino que el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto del ejercicio de cargo [...]”.

41 Destaca este aspecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La administración desleal en el Derecho Penal chileno”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, XXVI, 2005, p. 235; desarrolla esta argumentación, LUSIC NADAL, Yelica. “Propuesta de aplicación del artículo 470 N° 8 del Código Penal”, *passim*, en este mismo volumen.

perjudiciales para el Estado no era un *intraneus*, siendo perfectamente posible que reclamase aplicación la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado y, así comprendida, la defraudación indirecta. Aunque en la lógica de la sentencia (el gerente era un *intraneus*), podría haberse rechazado la aplicación de esta modalidad típica, el punto de partida del razonamiento no nos parece satisfactorio, pues desconoce que no todos los empleados públicos son sujetos activos de fraude al Fisco, sino sólo aquellos cuya intervención se realiza por razón del cargo en operaciones en que representan al Estado. En otras palabras, no correspondía cerrar la puerta a la defraudación indirecta, como hace la sentencia, sobre la base exclusiva del carácter de empleado público del beneficiado, porque, a pesar de ello, éste no era un *intraneus*.

Sea como fuere, desde nuestra perspectiva, la decisión de la sentencia –juzgar los hechos a la luz de la defraudación directa– podría haber sido la correcta, cuestión que dependería de consideraciones fácticas que son, valorativamente, irrelevantes en tanto que, en ambos casos, se habría sancionado como autor, sin que para ello fuera un obstáculo la falta de persecución del otro implicado. En nuestra opinión, sin embargo, sí sería problemático llenar de contenido a la defraudación indirecta únicamente con las hipótesis de instrumentos dolosos no calificados. Esta aproximación se revela muy estrecha, tanto desde las necesidades de protección del bien jurídico como desde los límites gramaticales. No sólo consiente en la defraudación de otro el empleado público que induce al *extraneus* para que despliegue una conducta defraudatoria. También lo hace el que coopera e, incluso, el que a sabiendas no evita el perjuicio pudiendo hacerlo. En todos estos casos, además, el empleado afecta el adecuado desenvolvimiento de la función pública que exigía de él una adecuada supervigilancia de la operación para evitar que de ella se deriven perjuicios para el Estado. Lo mismo puede sostenerse en los casos en que quien perjudica es otro empleado.

Con ello, dirigimos una crítica a la doctrina arriba expuesta (la que tampoco pretende limitar la aplicación de la modalidad a los casos de agentes no cualificados) y ahora pretendemos esbozar una propuesta alternativa: la defraudación indirecta (consentir en que otro defraude) opera cuando la conducta que causa y a la cual es imputable objetivamente el perjuicio estatal no se deja valorar como una infracción de los deberes del cargo del empleado público llamado a intervenir velando por los intereses estatales, sino corresponde a una conducta de un tercero, caso en el cual el sujeto falta –dolosamente– a deberes de vigilancia. Por ejemplo, consentiría en que se defraudara el empleado público encargado de aprobar los estados de pago si, en connivencia con el contratista, da por buenas obras no realizadas (el perjuicio es causado e imputable objetivamente a la conducta mendaz de incluir trabajos no ejecutados, conducta que despliega el particular, faltando el empleado público a su deber de vigilancia); defraudaría, en cambio, si el funcionario ordenase el pago improcedente al contratista que éste no ha solicitado (el perjuicio es causado y es objetivamente imputable a la conducta

del empleado público y el contratista es únicamente el beneficiado). Así entendido, consiente en que otro defraude el empleado público que permite la realización de un perjuicio que está llevando a cabo otro y le es imputable en atención al deber de vigilancia orientado a evitar perjuicios para el Estado en la operación concreta<sup>42</sup>. La conducta, por ende, podría ser una omisión (no explicitar que el estado de pago estaba fundado en obras no ejecutadas), un acto de cooperación (firmar o aprobar el acto, sosteniendo que las obras se habían efectivamente realizado) o un acto de instigación (propuesta al contratista de que incluya obras no ejecutadas en su próximo estado de pago); en todos estos casos el empleado habrá consentido en la defraudación del contratista.

## D) La faz subjetiva del tipo en el fraude al Fisco

### i. Planteamiento de la sentencia

Concluido por los juzgadores que la modalidad típica que ha de servir de parámetro es la conducta de “defraudar”<sup>43</sup>, plantean que *“corresponde determinar, desde el punto de vista jurídico penal [...] si los hechos reputados como irregulares y realizados por L.V.A.I. hacen concurrente la exigencia del tipo de haberlo hecho con la intención positiva de defraudar los intereses fiscales, que es la condición punitiva esencial del precepto en análisis”*<sup>44</sup>. La estructura de estas reflexiones sugiere que, en opinión de los jueces, la conducta de “defraudar” exige “intención positiva”.

Ello parece confirmado y precisado más adelante, cuando, luego de descartar *“que el acusado hubiese consentido en la defraudación”*, así como *“la utilización de un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor”*, la sentencia proclama que *“cabe requerir del autor el dolo directo en su actuar, ya que en este caso, al contrario de lo que ocurre con las malversaciones, no opera la defraudación culposa que debe estar claramente penada por la ley, conforme lo exige el artículo segundo del código punitivo aludido y descartada además por exigencia del tipo la posibilidad de punir el dolo eventual”*<sup>45</sup>.

42 Esta interpretación se aproxima a la que estima que la defraudación indirecta es una hipótesis omisiva y también a la que entiende que es una explicitación de los efectos de atribuir a un hecho punible la calidad de delito de infracción de deber, incluyendo los actos de cooperación e inducción. Más allá de su exacta calificación, lo que se postula es que ellas son compatibles entre sí y no escapan al sentido literal posible de las expresiones legales.

43 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014 (considerando 24°): *“[...] debe circunscribirse la actividad que se supone ilícita del aludido procesado, sólo a la posibilidad de haber actuado en una defraudación de modo directo y no en la hipótesis de haber consentido que por otro se defraude al Fisco [...]”*.

44 Ibídem (considerando 24°).

45 Ibídem (considerando 25°).

La doctrina del máximo tribunal podría resumirse de la siguiente manera: la faz subjetiva del tipo del fraude al Fisco requiere de dolo directo, exigencia que se encuentra, de alguna manera, relacionada con la modalidad de defraudación.

Aquí estriban las razones que fundamentan la absolución: en opinión del tribunal, las conductas constituyen claros incumplimientos de deberes funcionarios, lo que constituye un descuido grave que dañó los intereses fiscales, sin importar un “*designio directo de defraudar en su propio beneficio*”<sup>46</sup>.

## ii. Problema jurídico

La cuestión que aborda el tribunal dice relación con la **faz subjetiva del tipo de fraude al Fisco**, tomando una posición alineada a grandes rasgos con la doctrina. En efecto, en la literatura jurídica, se postula que el tipo subjetivo del fraude al Fisco únicamente se satisface con dolo directo<sup>47</sup>. Sin embargo, podría todavía identificarse un matiz: la doctrina parece hacer extensiva la exigencia de dolo directo a toda forma de defraudación (directa e indirecta)<sup>48</sup> y, aunque el fallo comentado no lo sostiene expresamente, deja un espacio abierto, al vincular la necesidad típica del dolo de primer grado a la modalidad directa de defraudación.

46 *Ibidem*.

47 Referencias al dolo directo, AGUILAR ARANELA, Cristián. *Delitos contra la probidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Editorial Metropolitana, 2011, p. 52; BULLEMORE y MACKINNON, *ob. cit.*, T. IV, p. 170; GARCÍA BILBAO, *ob. cit.*, págs. 74-75; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte especial*. 4ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2010, Tomo III, p. 456; GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, p. 416; MATUS y RAMÍREZ, *ob. cit.*, T. II, p. 290; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 421; SALAS DONOSO, *ob. cit.*, págs. 48-50.

Entienden necesario el dolo sin hacer distinciones, ETCHEBERRY, *ob. cit.*, t. IV; LABATUT, *ob. cit.*, T. II, págs. 83-84.

48 Asocian el dolo directo a la modalidad de consentir en que se defraude de manera más o menos explícita, AGUILAR ARANELA, *ob. cit.*, p. 52; GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. III, p. 456; SALAS DONOSO, *ob. cit.*, p. 50. También ha de contarse en este grupo a GARCÍA BILBAO, *ob. cit.*, págs. 74-75, quien pese a proclamar que en su opinión “el dolo no sólo admite el directo, sino también el eventual”, matiza más adelante diciendo que las hipótesis comisivas, que para este autor incluyen “el fraude *directo*, como el *indirecto* – esto es, cuando el empleado público [...] defraudare o consintiere que se defraudare al Estado–, el individuo tiene que actuar con dolo directo” (destacados en el original); sólo “en la forma omisiva –esto es, cuando se omite una actividad jurídicamente exigida, caso en el cual el hecho de no evitar el resultado lesivo equivale jurídicamente a causarlo– pueden darse situaciones de dolo eventual”.

Otro grupo de autores no requieren dolo directo explícitamente para la modalidad de consentir en que otro defraude. Algunos, empero, dirigen una exigencia indiferenciada de dolo directo (BULLEMORE y MACKINNON, *ob. cit.*, T. IV, 170; GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, p. 416; MATUS y RAMÍREZ, *ob. cit.*, T. II, p. 290); otros limitan a dirigir una exigencia incondicionada de dolo para esta hipótesis, habiendo previamente exigido dolo directo (RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 421).



Otra materia subyacente corresponde a la **naturaleza del dolo** y surge de la relación entre la revisión de su concurrencia que realizan los juzgadores y la declaración previa en cuanto a que el tribunal de casación se encuentra impedido de revisar los hechos (por no haberse impetrado con éxito causales fundadas en la infracción de las leyes reguladoras de la prueba).

Este es un tema particularmente complejo, no obstante lo cual –como orientación panorámica y muy general– es preciso identificar al menos dos aspectos que inciden en la estructuración de las distintas corrientes. Para una de estas, la tradicional, el dolo es entendido como “conocimiento y voluntad de realización del hecho típico”<sup>49</sup>, concepto que responde a una naturaleza psicológica (un fenómeno psíquico a comprobar empíricamente<sup>50</sup>) y a una estructura dual (elemento cognoscitivo y volitivo). Esta tesis queda delineada sobre la base de sucesivas definiciones en dos planos distintos: la naturaleza del dolo y la estructura del mismo.

Por lo mismo, la aproximación tradicional puede ser contradicha en cada uno de ellos, lo que no supone necesariamente una toma de postura en el otro. Esta situación, en abstracto, generaría cuatro combinaciones distintas, pero las voces disidentes tienen a negar ambos planos a la vez<sup>51</sup>. Así, el concepto alternativo de dolo sería esencialmente normativo (una atribución o adscripción<sup>52</sup>) y estructuralmente monista o cognoscitivo (“identifica dolo con conocimiento”<sup>53</sup>).

Para el análisis que se viene haciendo, la discusión arriba esbozada reviste interés, en primer lugar, en cuanto a las proyecciones probatorias de la definición sobre la naturaleza del dolo. Por un lado, la tesis tradicional y mayoritaria<sup>54</sup> (dolo psicológico), conduce a entender que el dolo debe ser

49 HERNÁNDEZ, Héctor. “Comentario”, en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), ob. cit., p. 53.

50 Parafraseando de cerca a HERNÁNDEZ, en HERNÁNDEZ y COUSO (dirs.), ob. cit., p. 79.

51 OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. “La faz subjetiva del tipo de parricidio”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV, 2010, p. 448: “Aunque adherir a la alternativa cognitiva no implica abandonar el concepto psicológico de dolo –que implica que se acredite, como fenómeno psicológico, el efectivo conocimiento por parte del autor–, la mayoría de los autores que la defienden asumen, a su vez, un proceso de normativización de la faz subjetiva del tipo que les permite afrontar de mejor manera las objeciones descritas”.

52 HERNÁNDEZ en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), *op. cit.*, p. 79: “... se va aceptando de modo creciente que el dolo, más que un fenómeno psíquico a comprobar empíricamente, es una atribución, un conocimiento y una voluntad que se atribuyen, es decir, un concepto adscriptivo y no descriptivo”.

53 HERNÁNDEZ en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), ob. cit., p. 78.

54 Así lo constataba, al parecer, HERNÁNDEZ en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), ob. cit., p. 81. Por otra parte, VAN WEEZEL, Alex. “El Dolo eventual como espacio de discrecionalidad”. En: *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 7, Año 2, p. 37 que aunque la “discusión no ha sido abordada explícitamente por la jurisprudencia [...] en ella sí existe una toma de posición vigorosa a favor de una psicologización del dolo”.

objeto de prueba, proceso particularmente complejo, por corresponder a hechos internos<sup>55</sup>, lo que obliga a recurrir a la prueba indiciaria o juicios de inferencia<sup>56</sup>. En cambio, con arreglo a la tesis normativista, “no se exige verificar el dato psicológico sobre lo que efectivamente conocía el autor”<sup>57</sup>.

En segundo lugar, en el plano de la estructura del dolo, también conviene destacar que es “[a] partir de la concepción dual [que] se construye una clasificación del mismo que atiende a si en el caso concreto predomina el elemento intelectual o el elemento volitivo, y que distingue entre dolo directo, dolo de las consecuencias seguras o necesarias y dolo eventual”<sup>58</sup>. Por el contrario, “cuando se parte de la base que el elemento volitivo no cumple una función autónoma en la constitución del dolo en general, donde la afirmación del dolo eventual sólo requiere que el sujeto atribuya a su conducta la capacidad de realizar el tipo penal –que es lo que caracteriza a todas las formas de dolo–, entonces, al parecer pierde sentido la clasificación tripartita”<sup>59</sup>.

### iii. Comentarios

En rigor, el tribunal no concentra sus reflexiones sobre la faz subjetiva del tipo, sino que las entremezcla con referencias a la conducta de defraudación (sobre la que volveremos acto seguido), lo cual es comprensible en la medida en que la exigencia de dolo directo se ha extraído de ella. Incluso, este proceder podría ser reflejo de la comprensión de la idea de defraudación como uno de aquellos conceptos “en los que ya lingüísticamente se entremezclan

55 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”. En: *Revistas de Estudios de la Justicia*, N° 4, 2004, p. 17: “la constatación de estos hechos [subjetivos o psicológicos] resulta especialmente compleja, pues, a diferencia de lo que sucede con la prueba de otros elementos fácticos, el conocimiento ajeno es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial”. Sentencia Corte Suprema, 26 de enero de 2009, Rol N° 5898-08, considerando 45°: “la prueba del dolo [...] es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, ya que su acreditación en un caso concreto pasa ‘por la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica [...] los problemas específicos que envuelven la prueba de elementos subjetivos surgen porque los contenidos mentales de otra persona no son accesibles directamente a la percepción [...]’”.

56 RAGUÉS I VALLÈS, “Consideraciones...”, p. 18: “Tradicionalmente se ha entendido que, para la prueba de los hechos psíquicos, existen dos grandes medios probatorios. En primer lugar, la confesión autoinculpatoria [...] Y, en segundo lugar, la prueba de indicios, es decir, la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados”.

57 OSSANDÓN WIDOW, “La faz subjetiva...”, p. 449. Similar, HERNÁNDEZ en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), ob. cit., p. 79.

58 HERNÁNDEZ en COUSO y HERNÁNDEZ (dirs.), ob. cit., p. 69.

59 VAN WEEZEL, “El dolo eventual...”, p. 26.

indisolublemente elementos objetivos y subjetivos”<sup>60</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, la decisión absolutoria se fundamenta en la dimensión subjetiva de la conducta y, concretamente, en la exigencia de dolo directo. Sólo así se entiende la calificación de la infracción de deberes funcionariales como un mero descuido que no importa designio directo<sup>61</sup>.

Por otra parte, el elemento cognoscitivo del dolo debe recaer sobre los elementos objetivos del tipo penal. Estos dependerán del concepto de defraudación, por lo que volveremos sobre este punto en el acápite siguiente.

La caracterización que utiliza la sentencia para referirse al dolo (“intención positiva”), si bien ajena a la nomenclatura usual en Derecho Penal y propia del ordenamiento privado, no constituye una impropiedad en este contexto. Las razones para entender que el concepto del artículo 44 del Código Civil no resulta aplicable en materias penales residen en que el dolo eventual escapa a la idea de “intención positiva”<sup>62</sup>. Por ende, si la sentencia quiere excluirlo, el concepto se aviene perfectamente a lo que se quería designar.

Puesto que la sentencia rechaza el dolo eventual y acoge el dolo directo, queda abierta la pregunta acerca del dolo indirecto o de las consecuencias seguras.

60 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2ª ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, reimp. 2007, Madrid, Thomson Civitas, 1997, p. 304.

61 También se erige en confirmación de que aquí reside el obstáculo que conduce a la absolución considerar que, a pesar de abrir la conducta a la “comisión fraudulenta de incumplimiento de deberes” –dejando atrás la exigencia de engaño–, de todos modos abona su convicción, invocando “los artículos 1° y 2° del Código Penal, desde un punto de vista del dolo de defraudar”, luego de lo cual destaca también la excepcional punibilidad de la imprudencia: “las situaciones de negligencia o imprudencia propias de la culpa en la que pueden incurrir los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y serán penadas criminalmente en el caso que así lo disponga expresamente la ley, como en la situación del artículo 234 del Código Penal, que no se repite para las situaciones de fraude al Fisco” (Sentencia Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014, considerando 25°). Así también la conclusión del razonamiento: “la conducta antirreglamentaria atribuida al imputado A. que haría suponer la existencia del delito de fraude denunciado solo daría lugar al reproche administrativo funcionario que como empleado público le correspondía al procesado al descuidar claramente sus deberes de cuidado por considerar que un funcionario subalterno tenía derecho a un incentivo económico de cuya disposición no estaba facultado y de conceder y ordenar el pago sin cuidar si las metas se habían efectivamente cumplidos, sin que pueda imputarse esta conducta antirreglamentaria e imprudente como un acto de defraudación doloso que haga posible su reproche penal” (Sentencia Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014, considerando 25°).

62 CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. 10ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 304: “la definición civil sólo puede explicar la naturaleza y estructura del *dolo directo* o de primer grado, porque al exigir una *intención positiva*, excluye toda posibilidad de integrar en ella la noción del *dolo eventual*” (destacados en el original).

La tendencia mayoritaria se decanta, al menos en cuanto a su tratamiento, por asimilarlo al dolo directo, por lo que la respuesta debiera ser afirmativa, aunque las dudas aún subsisten<sup>63</sup>. La sentencia es compatible con esta conclusión entendiéndola “descartada [...] por exigencia del tipo la posibilidad de punir el dolo eventual”<sup>64</sup>, no así el dolo indirecto.

Por último, la discusión acerca de la naturaleza del dolo nos obliga a constatar la latencia de una contradicción en la estructura de la sentencia. Esta contradicción es consecuencia de afirmar que el tribunal de casación se encuentra impedido de modificar los hechos y, al mismo, alterarlos desde una descripción dolosa (que supone conocimiento y voluntad) a una imprudente (que supone ausencia de tales elementos). Podrá contestarse que el tribunal sigue un concepto normativo de dolo y que, por ende, éste escapa a los hechos, por lo que el tribunal no incurrió en falta al sustituir el juicio de atribución del (nivel de) conocimiento que constituye el dolo. Esta respuesta, con todo, no parece satisfactoria, por dos razones. La primera de ellas, consiste en que el concepto normativo de dolo no ha sido acogido por el máximo tribunal, el que ha optado decididamente por la concepción psicológica, destacando la necesidad de prueba<sup>65</sup>. Pero, más aún, la misma sentencia trae a colación la clasificación tripartita, al invocar las especies de dolo directo y eventual, distinción que, si bien no es connatural al concepto psicológico, por lo común coincide con él, en tanto la concepción tradicional sostiene, además, la estructura dual de conocimiento y voluntad que permiten la distinción. A falta de una declaración explícita y una fundamentación detallada, no es plausible entender que aquí el máximo tribunal haya abandonado el concepto tradicional del dolo, entendido como las realidades psíquicas consistentes en el conocimiento y la voluntad de realizar el hecho, las cuales, siendo objeto de prueba, le estaba vedado revisar, según las limitaciones que la misma Corte se impuso.

63 OSSANDÓN WIDOW, M. Magdalena. “La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2, 2011, págs. 112-113: “desde la perspectiva tradicional suele afirmarse que esta clase de dolo se asimila al dolo directo y recibe su mismo tratamiento. De este modo, los tipos penales que exigen dolo directo estarían excluyendo sólo el dolo eventual, no así el indirecto, aunque es una conclusión que no siempre resulta clara, explícita, ni, menos, positivamente justificada”.

64 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014, considerando 25°.

65 Así, sentencia de Corte Suprema, 6 de octubre de 2009 citada por VAN WEEZEL, “El dolo eventual...”, p. 37, en que se destaca su carácter de “conglomerado de hechos internos”, “la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica”. También Corte Suprema, 26 de enero de 2009, Rol N° 5898-08, citada *supra*.

## E) Conducta típica en el fraude

### i. Planteamiento de la sentencia

La exposición armónica de la interpretación que sobre este punto exhibe el fallo –hasta donde ella sea posible– obliga a recurrir a diversos pasajes.

En el plano más general, la sentencia parece adherir a la posición doctrinaria que interpreta el fraude al Fisco como una forma especial de estafa<sup>66</sup>, definición que influye en todos los elementos del tipo penal, pero particularmente en la conducta (engaño). Más adelante el tribunal afirma que el engaño no es tan amplio, negando que se incluya en él toda actuación que importe una administración desleal<sup>67</sup>, con lo cual desliza una afirmación que puede ser entendida como un rechazo a la postura que recientemente le atribuye precisamente esta fisonomía. De manera coherente, el fallo destaca que la conducta exige “ardid” o “engaño”, aunque abriéndose a admitir un relajo en cuanto a su elaboración<sup>68</sup>.

Hasta este punto, la doctrina del fallo conserva rasgos de coherencia: el fraude funcional es una forma especial de estafa y, como tal, exige todos sus elementos, incluido el engaño, el que, con todo, difiere del elemento paralelo en la estafa común. Pareciera que estos matices son de grado, sin afectar la naturaleza del elemento. Así adquieren sentido las referencias a “*un menor margen de engaño*” y a su “*inferior intensidad*”, lo mismo que el rechazo de que el elemento tenga “*un alcance tan amplio que incluy[a] todo tipo de actuaciones que importen en una administración desleal*”<sup>69</sup>.

66 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014 (considerando 24°): “*los autores representantes de la doctrina especializada, en este ilícito penal, lo caracterizan como una ‘estafa que se produce desde dentro de la Administración’ del empleo de un ‘artificio defraudatorio’, de que el ardid debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio (Luis Rodríguez y María Magdalena Ossandón, “Los delitos contra la función pública”, Editorial Jurídica, 2014, págs. 416 y 418)*”.

67 *Ibidem*, (considerando 25°): “[...] *no está en lo cierto la sentencia de primer grado en cuanto [...] le otorga a la voz engaño como elemento del fraude un alcance tan amplio que incluye todo tipo de actuaciones que importen una administración desleal, lo que desborda claramente los supuestos en que se puso la norma del artículo 239 aludido y la verdad es que los actos reprochables que constituirían según la sentencia el engaño, serían las actuaciones administrativas [...], aludiendo a una doctrina que se indica sobre las obligaciones funcionarias, pero que no se refiere categóricamente a cuáles serían éstas, que llegarían a cumplir todos los elementos del tipo*”.

68 Haciéndose cargo en conjunto con la modalidad alternativa de consentir en otro defraude, en su parte pertinente, *ibidem*: “[...] *a primera vista no emerge con la claridad suficiente el convencimiento de punibilidad exigido por el artículo 239 del Código Penal, por no aparecer desde luego que el acusado hubiese consentido en la defraudación denunciada ni tampoco resalta la utilización de un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor, de manera que aún considerando un menor margen de engaño que indica el precepto, de inferior intensidad al exigido por las estafas [...]*”.

69 *Ibidem*.

El tribunal, empero, da un giro sorprendente al introducir un pasaje en que abre y desarrolla las conductas típicamente relevantes: “*si bien no se distingue en la norma punitiva las formas de actuación ilícita en este delito, debe concurrir siempre el engaño, el abuso de confianza o el incumplimiento de deberes y dado que los dos primeros aspectos no se han configurado solo cabe asumir comisión fraudulenta en el incumplimiento de deberes, pero siempre según la [sic] previsto en los artículos 1° y 2° del Código Penal, desde un punto de vista del dolo de defraudar, ya que no se puede perder de vista que siempre el medio de comisión es el engaño, descartando las situaciones de negligencia o imprudencia propias de la culpa en la que pueden incurrir los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y serán penadas criminalmente en el caso que así lo disponga expresamente la ley, como en la situación del artículo 234 del Código Penal, que no se repite para las situaciones de fraude al Fisco*”<sup>70</sup>.

Este pasaje desdibuja la interpretación que comienza configurando el fallo. Asimismo, plantea que la actuación ilícita puede ser engaño, abuso de confianza o incumplimiento de deberes –sugiriendo que fueran cosas distintas– y luego fundamenta la exigencia del dolo, también para la forma de actuación consistente en el incumplimiento de deberes, en que el medio de comisión es “siempre” el engaño. La sentencia, de esta manera, pareciera emplear dos conceptos de engaño: uno en sentido estricto –que puede distinguirse del incumplimiento de deberes– y otro en sentido amplio –una de cuyas especies sería el incumplimiento de deberes–. Aunque la diferencia no es formulada expresamente por el tribunal, en nuestra opinión, es la única manera de entender que, por un lado, se diferencie el engaño de la infracción de deberes y, al mismo tiempo, se diga que el delito siempre lo requiere.

## ii. Problemas jurídicos

Las reflexiones del tribunal en la sentencia en comentario muestran sus consecuencias fundamentalmente en la conducta del fraude al Fisco, concretamente, en su primera modalidad, aquella en que el mismo empleado es el que defrauda (defraudación directa). En esta materia, la literatura especializada se encuentra dividida, siendo posible identificar tres posturas, más allá de los matices presentes en las distintas formulaciones:

- Con arreglo a la posición que podríamos denominar tradicional, el fraude al Fisco comprendería tanto el **fraude por engaño** como **por abuso de confianza**<sup>71</sup>. Esta postura se fundamenta en una comprensión

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> AGUILAR ARANELA, *ob. cit.*, págs. 48-50; ETCHEBERRY, *ob. cit.*, T. IV, p. 247; GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. III, págs. 455-456; URREJOLA GONZÁLEZ, Eduardo. “El incumplimiento de deberes funcionarios como medio idóneo para cometer fraude al Estado”. En: *Revista de Derecho (CDE)*, N° 6, abril, 2002, *passim*. Se abren a esta posibilidad, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, *ob. cit.*, 416. En contra, GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, p. 407; SALAS DONOSO, *ob. cit.*, págs. 31-33.

de la idea de “fraude” como la generación de un perjuicio a través de medios engañosos o del incumplimiento de ciertos deberes<sup>72</sup>. Una primera consecuencia se produce al nivel de la conducta de defraudar: ella no se limitaría únicamente al engaño, sino también se extendería al incumplimiento de deberes funcionarios<sup>73</sup>. La primera alternativa supone que el empleado, para generar el perjuicio, engaña a sus superiores o a otros funcionarios<sup>74</sup>. La segunda hipótesis comprendería el abuso de confianza en tanto éste supone precisamente la infracción de deberes u obligaciones. Por lo demás, el empleado público que infringe los deberes que atañen a la operación en que está llamado a intervenir representando los intereses estatales de un modo idóneo para perjudicarlos, precisamente falta a la confianza (pública) que se ha depositado en él<sup>75</sup>. Bajo esta concepción, el fraude al Fisco no debería ser contado entre las especies de la estafa genérica o, al menos, no lo sería siempre. En los casos que esta figura se extienda al abuso de confianza, no respondería a la estructura típica de aquella; sí lo haría cuando la conducta adoptase la forma de maniobras engañosas<sup>76</sup>.

- La interpretación alternativa, formulada originalmente por Matus y Ramírez, entiende que el delito de fraude al Fisco es una **forma especial de estafa** y, como tal, exige todos sus elementos, el primero de

72 ETCHEBERRY, ob. cit., T. IV, p. 247; GARRIDO MONTT, ob. cit., T. III, p. 455. Con referencias históricas, AGUILAR ARANELA, ob. cit., págs. 48-50; URREJOLA GONZÁLEZ, ob. cit., págs. 100-101.

73 AGUILAR ARANELA, ob. cit., págs. 48-50; GARCÍA BILBAO, ob. cit., págs. 64-65; ETCHEBERRY, ob. cit., T. IV, p. 247. Por su parte, GARRIDO MONTT, ob. cit., T. IV, págs. 455, 456 aunque reconoce las dos modalidades, pareciera vincular el abuso de confianza e infracciones de deberes a la modalidad de consentir en que otro defraude, exigiendo engaño de un tercero.

74 ETCHEBERRY, ob. cit., T. IV, p. 247; GARRIDO MONTT, ob. cit., T. III, p. 454.

75 Además de recurrir a las expresiones indistintamente, GARRIDO MONTT, ob. cit., T. III, págs. 454-454, equipara que “el empleado *abuse de la confianza*” con que “no cumpla con sus funciones.” HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal...”, p. 235 reseñando esta postura, habla de abuso de confianza. En contra, GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, p. 407, sugiere una distinción, declarando su extrañeza porque “un sector de la doctrina chilena califique [...] al tipo que lo describe, como una estructura abierta, a cuyo abrigo cabría toda suerte de incumplimientos de deberes disciplinarios, aunque no existe propiamente engaño ni abuso de confianza, sino sólo una vaga o genérica mala fe en el obrar del infractor”.

76 HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal...”, p. 239 entiende que la postura ahora reseñada “no ha tenido dificultades para subsumir en el art. 239 CP, bajo los rútolos de ‘*abuso de confianza*’ o ‘*infracción de deberes funcionarios*’, hipótesis de administración desleal del patrimonio estatal” (destacados en el original).

los cuales es el (y se limita al) engaño<sup>77</sup>. La conducta, pues, tomaría la forma de una conducta engañosa, de un ardid o de faltas a la verdad, concediendo, eso sí, que en este caso no requiere el grado de elaboración propio de una *mise en scène*<sup>78</sup>. Como elemento de la estafa, la conducta engañosa debe estar dirigida a causar un error en otro que le motive a realizar una disposición patrimonial perjudicial<sup>79</sup>.

- La interpretación más reciente, obra de Hernández Basualto, ve en el fraude al Fisco una hipótesis de **administración desleal**<sup>80</sup>. Esta tesis está construida sobre la base de las críticas a las anteriores interpretaciones: a la primera se le reprocha indeterminación y extensión<sup>81</sup>; a la segunda, se la critica por falta de plausibilidad. En este último ámbito, en primer lugar, se constata que las situaciones estructuralmente compatibles con la estafa, es decir, aquellas en que un “funcionario [...] engaña a otro funcionario que actúa por el Estado y obtiene de éste la realización de una disposición perjudicial de patrimonio estatal [...] será[n] totalmente excepcional[es], 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”<sup>82</sup>. Luego, la

77 Así ya desde MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*. 2ª ed., Talca, Editorial Universidad de Talca, 2002, p. 210; esta posición se ha mantenido en POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 498; MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., T. II, p. 291. En la misma línea, SALAS DONOSO, ob. cit., págs. 28-29; también, aunque se abren al incumplimiento de deberes, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., págs. 416, 418.

78 MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., T. II, p. 291; SALAS DONOSO, ob. cit., p. 29; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 418, aunque se abren a la posibilidad de un incumplimiento de deberes funcionarios; sin referencias a la puesta en escena, BULLEMORE y MACKINNON, ob. cit., T. IV, págs. 169-170. Si bien GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, págs. 410-412 exige “un obrar engañoso” (p. 407), entiende que “existen algunas diferencias entre la sedicente especie y la estafa común” (p. 410). El requisito de la *mise en scène*, por lo demás, en el ámbito de la estafa es discutido, *vid.* HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “Aproximación a la problemática de la estafa”. En: AA. VV. *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003, págs. 160-164.

79 Críticamente, reseñando esta postura, HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal”, p. 235; la exposición también en MAÑALICH RAFFO, “Delitos contra intereses colectivos”, p. 630.

80 HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal...”, págs. 234-239; también, MAÑALICH R., Juan Pablo. “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”. En: *Política Criminal*, vol. 7, N° 14, págs. 372-375. En contra, GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, págs. 411-412; tangencialmente, SALAS DONOSO, ob. cit., p. 33.

81 HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal...”, págs. 235, 239: “válida [...] un grado de determinación difícilmente conciliable con el mandato de certeza” (p. 235); “la postura mayoritaria [...] aboga por una interpretación virtualmente ilimitada” (p. 239).

82 HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal...”, p. 235. Similar, MAÑALICH, “La malversación...”, págs. 372-373, no obstante que ÉL MISMO, “Delitos contra intereses colectivos”, p. 630 parece aprobar, si no la interpretación, la aplicación al caso comentado.



estafa diferiría estructuralmente del fraude al Fisco, destacando que “la norma en verdad 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>83</sup>. Aunque sus contornos permanecen necesitados aún de precisión, la figura quedaría delineada sobre la base de la disposición patrimonial contraria a los intereses estatales realizada por el empleado público llamado a preservarlos<sup>84</sup>.

- Circundante, aparece el tema del rol del beneficio económico que pudiera estar en correlación con el resultado perjudicial en el fraude al Fisco, en general, y en la defraudación directa, en particular. Con el propósito de contextualizar este problema, es posible distinguir tres posibles relaciones:
- El tipo penal exige que el beneficio no sólo sea perseguido por el sujeto, sino que también se llegue a obtener. Así ocurre en el caso del uso de secreto o información privilegiada, figura que sanciona al funcionario que, usando un secreto o información concreta reservada, obtiene un beneficio económico para sí o para un tercero (artículo 247 bis del Código Penal).
- La descripción típica no exige que el beneficio se llegue a concretar, sino que sólo lo requiere en el plano subjetivo, esto es, bastaría que el autor realice la conducta buscando obtener una ventaja. Ello ocurre en los casos en que se exige ánimo de lucro, cuyo ejemplo más paradigmático son las figuras de hurto y robo (artículo 432 del Código Penal)<sup>85</sup>. También puede citarse el caso del cohecho, figura que sanciona a los empleados públicos que solicitan o aceptan un beneficio económico para sí o para un tercero, sin que sea necesario que éste llegue a percibirse (artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal). En estos casos –en que el beneficio se incardina en la estructura típica como un elemento subjetivo distinto del dolo– no es preciso que el lucro o beneficio se llegue a obtener, sino basta que la conducta aparezca inspirada por la intención o el ánimo de obtenerlos.
- Finalmente, el tipo penal pudiera no exigir ninguna relación con el beneficio correlativo al perjuicio, ni siquiera en el plano objetivo ni en el subjetivo.

83 HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal...”, p. 236. Similar, MAÑALICH, “Malversación...”, p. 373.

84 *Vid.* HERNÁNDEZ BASUALTO, “La administración desleal...”, p. 238.

85 Como destaca OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*. Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, 2013, p. 85, este ánimo ha de estar “presente en el agente al momento de realizar la conducta, con independencia de que efectivamente llegue a conseguir su propósito de lucrar”. Por su carácter, *ÉL MISMO, loc. cit.*, págs. 85-86.

- Ejemplo del último grupo es precisamente el fraude al Fisco, alternativa por la cual se decanta la doctrina. La consecuencia que se impone, por ende, es que “el funcionario puede no recibir ningún beneficio y ni siquiera haber actuado con ánimo de lucro, sino que haberlo hecho por amistad, espíritu de venganza o cualquier otra motivación no pecuniaria, pese a lo cual, en cuanto se produzca el perjuicio, el delito se habrá consumado”<sup>86</sup>. La jurisprudencia, por su parte, parece ser vacilante<sup>87</sup>.
- Con todo, la opción de independizar el delito funcionario del potencial beneficio asociado (asumiendo que el fraude al Fisco es el correlato de la estafa común y ésta exija ánimo de lucro<sup>88</sup>) está contenida en una valoración legislativa relativamente reciente. El delito de tráfico de migrantes (artículo 411 bis del Código Penal<sup>89</sup>) sanciona la conducta en que incurre cualquiera cuando ella se realiza “con ánimo de lucro” (inciso 1°). A la vez, se contempla una figura calificada cometida por “funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él”, la que se castiga si éste ha obrado “aun sin ánimo de lucro” (inciso final).
- Las razones que podrían justificar tal diferencia (si es que existe) pueden ser múltiples<sup>90</sup> y su examen habrá de quedar pendiente<sup>91</sup>; lo relevante aquí es destacar que el tipo penal independiza absolutamente el fraude del Fisco del beneficio potencial que del hecho pudiera derivarse.

### iii. Comentarios

La toma de una postura acerca de la **conducta del fraude al Fisco** y su configuración general nos exigiría un desarrollo que en este lugar no estamos

86 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 420.

87 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 420 citan una resolución en contrario. En la misma línea expresada en el texto, sentencia Corte Suprema, 4 de diciembre de 2012, Rol N° 496-11 (considerando 16°).

88 Cuestión discutida, *vid.* HERNÁNDEZ BASUALTO, “Aproximación...”, págs. 188-190.

89 Incorporado por la Ley N° 20.507 (D.O. 8/4/2011).

90 MAÑALICH, “La malversación...”, p. 374 invoca esta independencia en su apoyo: “a favor de la tesis del fraude al fisco como delito de administración desleal habla decisivamente la circunstancia de que ella 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, exigencia a favor de la cual no cabe reconocer argumento alguno tratándose del delito tipificado en el art. 239 del Código Penal”.

91 Los factores que debieran explorarse podrían incluir, entre otros, la elevación del estándar para el funcionario, la lesividad diferenciada por la conexión con la satisfacción de necesidades públicas o eventuales concursos con el cohecho.

en condiciones de realizar. Al respecto, nos limitaremos a expresar dos consideraciones, la primera de carácter general y la segunda referida al fallo.

La argumentación bien fundada y elegantemente construida de la **tesis de la administración desleal**, en primer lugar, la convierten en una propuesta seductora. Ello nos obliga a destacar algunas cuestiones que, en nuestra opinión, debieran requerir clarificación, básicamente desde la dogmática de la administración desleal. La principal se relaciona con el alcance de la limitación al funcionario que dispone en representación del Estado (se encuentra facultado para disminuir el patrimonio ajeno)<sup>92</sup>. La ley no exige que el empleado “disponga” con cargo al patrimonio estatal; antes bien, demanda que el funcionario “intervenga” en una operación en razón de su cargo, intervención que coherentemente se ha identificado con “la determinación o vigilancia de lo que el Estado debe recibir o, si éste está obligado a una contraprestación, de lo que el Estado entrega a los particulares”<sup>93</sup>. En la contratación administrativa, la intervención de distintos empleados es la regla y, no todos ellos, formalmente disponen o representan al Estado. Habrá casos de funcionarios llamados a supervigilar los intereses del Estado que no actúan a nombre del Estado ni lo obligan, sin disponer patrimonialmente, pero cuyas intervenciones persiguen poner a buen recaudo los intereses estatales ante potenciales perjuicios, como sería el caso del integrante de una comisión evaluadora que altera los porcentajes definidos previamente en las bases, para asignarle el puntaje más favorable al proveedor con quien ha acordado repartirse los beneficios que del contrato provengan. En el caso propuesto quien representa formalmente al órgano será el jefe superior que adjudica y no el integrante de la comisión de evaluación.

La reflexión anterior no es un comentario a la sentencia, sino más bien responde a un carácter general, porque el fallo no acoge, sino que rechaza la tesis de la administración desleal. Ahora bien, lo que sí ha de decirse de la sentencia es la **indefinición que incurre en cuanto a la conducta del fraude al Fisco**. Pues, como vimos, primeramente, parece adherir a la tesis del fraude como especie de estafa, para luego hacer un giro hacia la tesis tradicional (atribuyendo a la idea de engaño dos sentidos que no clarifica). Podría decirse que el tribunal está llamado a resolver la cuestión controvertida y no a ofrecer un análisis dogmático. Sin embargo, este proceder no puede pasar inadvertido

92 Ello es particularmente apremiante en el caso de MAÑALICH, “La malversación...”, págs. 366- 371; además de identificar el peculado con la “conservación”, lo distingue de la figura del artículo 235 del Código Penal, identificándola con la “administración e inversión”, declarando que “se ha de tratar de caudales o efectos puestos a disposición del funcionario, esto es, puestos a su cargo para que sean aplicados o utilizados según su destinación a una determinada finalidad pública”.

93 ETCHEBERRY, ob. cit., T. IV, p. 246.

porque, aunque es una cuestión que no se advierte fácilmente<sup>94</sup>, las tesis conducen a resultados diversos. La aplicación coherente de la tesis de la estafa debiera negar la configuración del fraude al Fisco en casos en que falte una persona natural que, erradamente, disponga patrimonialmente. Aunque este podría no haber sido el caso –el gerente que tramitó el pago del beneficio variable improcedente podría haber sido engañado por el acusado en cuanto al cumplimiento de las metas–, la diferencia podría apreciarse en el caso de un empleado público que sencillamente aceptó la factura por un servicio que no fue prestado por el proveedor. En el ejemplo no habría persona engañada, por lo que mal podría haber entonces disposición patrimonial perjudicial motivada en el error. Si se entiende que el fraude funcional es una forma especial de estafa, esta hipótesis escaparía a su ámbito típico.

Otra situación inconveniente, que más bien la sentencia agudiza, es **el carácter vacilante que puede advertirse en la jurisprudencia**. En la jurisprudencia reciente del máximo tribunal, hay casos en que se ha aproximado a la concepción del fraude al Fisco como forma de estafa<sup>95</sup>, hay otros en que

94 Por la doctrina, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 418. Por la jurisprudencia, a vía ejemplar, Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, 30 de diciembre de 2013, RUC N° 1019904111-3, RIT N° 302-2013: por un lado, sostiene que “en esta figura especial del artículo 239 del Código Penal, se reprime una particular forma de estafa o defraudación que se comete dentro de la Administración Pública”, mas, por el otro, declara que “[s]e caracteriza por ende el fraude al Fisco, por la producción de un menoscabo patrimonial al Estado, perpetrado a través del engaño o el incumplimiento de ciertos deberes” (considerando 22°).

95 Corte Suprema, 24 de abril de 2012, Rol N° 2280-10 declara que el fraude fiscal es “una figura especial, en que se reprime una particular forma de estafa o defraudación que se comete dentro de la Administración Pública, donde el sujeto pasivo es el Fisco y cuyo sujeto activo ha de ser un funcionario público”, precisando que “la conducta consiste en defraudar o consentir que se time y como tal requiere tanto del engaño cuanto del perjuicio propio de la estafa, que se traduce en la irrogación de una pérdida” (considerando 3°, reemplazo).

El voto en contra de los Ministros Valdés y Künsemüller en Corte Suprema, 1 de julio de 2015, Rol N° 7699-2015, quienes estuvieron por revocar la sentencia que concedía el desafuero de un parlamentario argumentando que “no aparecen suficientemente acreditados los requisitos objetivos de la figura penal contemplada en el artículo 239 del Código del ramo, entre los cuales destaca, como esencial, el ardid, artificio o maquinación engañosa, ya que se trata de una estafa al Fisco”.

Menos categórico, el voto en contra de los Ministros Dolmetsch y Künsemüller en Corte Suprema, 17 de diciembre de 2015, Rol N° 17.014-2015, en el que se lee, por un lado, “[q]ue 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” (considerando 3°, voto en contra), sin identificar un delito específico, pero después, estableciendo cierta distancia, afirma que “[e]s 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”.

se decanta por la opción tradicional<sup>96</sup> e, incluso, no faltan los que siguen la interpretación de la figura delictiva como una forma de administración desleal<sup>97</sup>. La situación se torna más insatisfactoria si se tiene en cuenta que los fallos rechazan explícitamente las doctrinas que otros defienden<sup>98</sup>. No ofrecemos aquí un estudio sistemático de los pronunciamientos del máximo tribunal; antes bien, nos limitamos a advertir los síntomas de una situación que obstaculiza la legítima expectativa de los justiciables de dirigir su vista hacia la Corte Suprema en busca de certeza jurídica; si hacen tal cosa, en este ámbito al menos, pareciera que encontrarán aún más confusión.

Para el final hemos reservado el comentario relativo al **beneficio** y que se entronca con la **faz subjetiva del tipo**. No hay razón alguna para atribuir responsabilidad por fraude al Fisco sólo al empleado que se benefició, pues esta exigencia no aparece por ningún lado en el tipo, el que se limita únicamente a exigir perjuicio<sup>99</sup>. Por ello, en cuanto la sentencia exige el beneficio, ya no como criterio para delimitar la defraudación directa de la indirecta, sino como elemento del tipo (que debe ser querido o, en palabras de la sentencia, comprendido por el “designio” del agente), está sujetando la potestad punitiva a condiciones que el legislador no ha definido.

La exigencia impropia de beneficio redundante en la decisión de absolución porque extiende el dolo a la obtención del beneficio propio. El conocimiento

96 Corte Suprema, 4 de diciembre de 2012, Rol N° 496-11 declara que el fraude al Fisco es “una figura especial asociada a una forma de defraudación”, aclarando que “[s]e caracteriza por ende por la producción de un menoscabo patrimonial al Estado, perpetrado a través del engaño o el incumplimiento de ciertos deberes, de modo que el empleado puede producir el perjuicio merced a un ardid o bien mediante el incumplimiento de sus obligaciones funcionarias” (considerando 17°).

97 Corte Suprema, 25 de mayo de 2015, Rol N° 32.464-14 razona que “el delito tipificado en el artículo 239 del Código Penal ha de ser conceptualizado como un delito de administración desleal del patrimonio público o más precisamente, de gestión desleal, ello desde que su centro está en el perjuicio patrimonial, más que en el aprovechamiento patrimonial, elemento entonces que permite diferenciarlo claramente de los tipos de estafas” (considerando 10°).

98 A vía ejemplar, el pronunciamiento que aquí se comenta (Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014) sostiene que “no está en lo cierto la sentencia de primer grado en cuanto en la letra b) de su motivo quinto le otorga a la voz engaño como elemento del fraude un alcance tan amplio que incluye todo tipo de actuaciones que importen una administración desleal, lo que desborda claramente los supuestos en que se puso la norma del artículo 239 aludido”. En cambio, algunos meses antes, Corte Suprema, 25 de mayo de 2015, Rol N° 32.464-14 sostuvo que el delito debía “ser conceptualizado como un delito de administración desleal del patrimonio público”. En esta última resolución, por otra parte, afirmó la relación con el aprovechamiento patrimonial “permite diferenciarlo claramente de los tipos de estafas”, en circunstancias que antes hubo afirmado que “requiere tanto del engaño cuanto del perjuicio propio de la estafa” (Corte Suprema, 24 de abril de 2012, Rol N° 2280-10).

99 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, ob. cit., p. 420; SALAS DONOSO, ob. cit., p. 39.

y la voluntad que integran el dolo deben recaer sobre los elementos del tipo objetivo, los que en el caso del fraude al Fisco no alcanzan al hecho de verse beneficiado a consecuencia del hecho. Sea cual fuere la opción que se siga, no es necesario, ni que se obtenga un beneficio, ni que éste se conozca o se quiera, porque el beneficio no integra la estructura del tipo<sup>100</sup>. Por el contrario, bastaba que el sujeto conociera y quisiese desplegar las conductas (engañosas o infractoras de sus deberes), sabiendo que de ellas se deriva perjuicio estatal. Así, la apreciación de imprudencia (descuido) exigiría que los reparos administrativos acreditados en proceso hayan tenido lugar sin que el acusado supiera lo que estaba haciendo ni quisiese realizarlo. Y es difícil que ello haya ocurrido si lo reprochado era *“haber dispuesto con fondos fiscales el pago de un incentivo o remuneración variable al gerente general de EFE que no correspondía, excediendo las facultades regladas que le impedían efectuar dicha asignación y sobre la base de parámetros que no se ajustaban a las reglas dadas sobre la misma materia”*<sup>101</sup>.

---

100 Tampoco conduce a exigir tal beneficio la tesis de la estafa, pues, por un lado, la exigencia de tal requisito es discutido en el ámbito general (véase *supra* n. 87), y, por la otra, el ánimo de lucro se niega para el fraude al Fisco (GUZMÁN DALBORA, “El tipo de injusto...”, p. 410).

101 Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 29.891-2014 (considerando 24° *in fine*). Recuérdese que inmediatamente, al principio del considerando siguiente, el tribunal declara que estos “reparos administrativos” *“no se pueden discutir [...] y por lo tanto, deben estimarse como concurrentes”*.

### Texto Completo de la Sentencia

Santiago, ocho de octubre de dos mil quince.

### VISTOS

En estos autos rol N° 191.516 del Segundo Juzgado del Crimen de Santiago, ingreso N° 29.891-2014 de esta Corte Suprema, se ha dictado sentencia definitiva de primera instancia a fojas 2300, por la cual se condenó a LVAI, como autor del delito de fraude al Fisco, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y accesorias, al pago de una multa equivalente al 20% del perjuicio causado y las costas de la causa. Se aceptó en su beneficio la medida de remisión condicional de la pena, quedando sujeta a la observancia de la autoridad respectiva por el término de la misma.

En el mismo fallo se condenó al aludido acusado a pagar al Fisco de Chile la suma de \$23.671.600, más reajustes, intereses y costas, por concepto de daño emergente, acogiendo de este modo la demanda civil deducida en su contra.

El encausado A. dedujo recurso de apelación, arbitrio que fue conocido por una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que por resolución de fojas 2444 decidió confirmar la sentencia apelada.

En contra de esta última decisión se ha deducido recurso de casación en el fondo, ordenándose traer los autos en relación a fojas 1337.

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que el recurso de nulidad sustancial encuentra su fundamento en las causales previstas en los numerales 3 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo la infracción de los artículos 1, 2, 15 N° 1 y 239 del Código Penal, por el primer motivo de invalidación y vinculados a los artículos 108, 109, 110 inciso primero, 456 bis, 457, 458 y siguientes, 477 y 488 N° 1 y 2 del Código de enjuiciamiento penal y al 1699 del Código Civil que tendrían el carácter de reglas reguladoras de la prueba.

Expone el recurrente que la sentencia impugnada al imponer la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, accesorias y una multa del 20% del perjuicio causado, ha incurrido en error de derecho al aplicar erróneamente las leyes reguladoras de la prueba, a consecuencia de lo cual se dan por establecidos hechos falsos y no demostrados, por lo que la condena impuesta resulta errónea, incurriéndose de ese modo en la causal de casación contemplada en el numeral 3 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal porque se ha condenado al acusado A. por un hecho que no resulta ilícito.

**SEGUNDO:** Que en el primer acápite del recurso de casación en el fondo, fundado en la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, se denuncia la errada aplicación de los artículos 110 inciso primero y 457 del código citado, en tanto en ellos se señalan los medios por los cuales

se comprueba el delito en un juicio criminal; del artículo 488, que establece los requisitos de las presunciones judiciales y el valor probatorio asignada a las mismas; del artículo 459, que indica los requisitos a la valoración de la prueba testimonial; del artículo 472 respecto a la prueba pericial y 477, sobre valor probatorio de los instrumentos públicos, todas normas contenidas en el Código de enjuiciamiento penal, vigente a la fecha del delito.

Refiere que los sentenciadores, en el motivo tercero de la sentencia de primera instancia, hecho suyo por el de segunda, afirmaron que la convicción respecto a la comprobación del delito de fraude al fisco, supuestamente cometido por el condenado, se verifica mediante diversas presunciones judiciales, a partir de las cuales se deja establecido que con motivo de una modificación al contrato de trabajo realizado por el reo, a la fecha Presidente del Directorio de EFE, con el Gerente General de la empresa, sin contar de autorización por ello: “los resultados o puntajes asignados en la evaluación de 31 de marzo de 2005, carecen de respaldo. Son inmotivados e injustificados” y que “se dispone el pago de ese incentivo o remuneración variable por una cuantía elevada para una empresa del Estado y en circunstancias que los deficientes resultados obtenidos por ella eran hechos públicos y notorios”.

En primer lugar se afirma que la sentencia impugnada vulnera el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal que dispone que el dictamen de dos peritos perfec-

tamente acordes, que afirmen con seguridad la existencia de un hecho que han observado o deducido con arreglo a los principios de la ciencia, arte u oficio que profesan, podrá ser considerada como prueba suficiente de la existencia de aquel hecho, si dicho dictamen no estuviere contradicho por el de otro u otros peritos.

En la especie, esboza el recurrente, los sentenciadores dan valor de plena prueba al hecho concluido en el peritaje de fojas 1608 a pesar de no cumplir éste con los requisitos de la norma en comento, tanto respecto a la exigencia de multiplicidad, tanto a que su conclusión no permite afirmar en forma categórica la verificación de un solo hecho determinado, sino que por el contrario, dicho informe propone una posibilidad alternativa.

Plantea, el recurrente, que la afirmación relativa a la falta de justificación de los resultados o puntajes asignados el 31 de marzo de 2005 se basa en el informe pericial de Jorge Castro y lo expresado por la Policía de Investigaciones de Chile en su informe de fojas 1126, sin embargo con el mérito de dichos antecedentes, no pudo, sin violar los artículos 472 y 488 del Código de Procedimiento Penal, establecerse dicho hecho.

En efecto, se sostiene, no concurre la multiplicidad de peritajes, pues el informe policial al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior no constituye, jurídicamente, un informe pericial, sino que solo es la declaración de dos investigadores policiales respecto del trabajo por ellos realizado.



Tampoco concurre la exigencia de existir afirmaciones categóricas, pues del contenido del informe pericial es posible llegar a una propuesta alternativa, cual es que existían metas para el ex Gerente General, y que éstas eran susceptibles de ser evaluadas. De hecho se reconoce, que desde la primera versión de las metas fijadas por el Sistema de Empresas Públicas (SEP) en conjunto con el Plan Trienal de E.F.E., hubo una evolución positiva en cuanto a su medición que queda perfeccionada ya en el año 2005, período este último respecto del cual también se pagó un bono, el que no se encuentra cuestionado.

Refiere el arbitrio, luego de citar y transcribir párrafos del informe pericial emitido por el señor Castro, que la sentencia omite el hecho que el perito aludido al tiempo de prestar declaración rectifica su informe afirmando que matemáticamente sería posible llegar a determinar algún nivel de cumplimiento de las metas y a consecuencia de ello la fijación de un monto del bono de incentivo variable, lo que pone de relieve que existían metas, que estas eran posible de ser medidas, y que no eran otras que las fijadas en los convenios con el SEP y el Plan Trienal 2003 – 2005, todas circunstancias que habilitan, a la parte recurrente, para concluir que el peritaje en cuestión no cumple con las exigencias del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, lo que importa una infracción a los numerales 1 y 2 del artículo 488 del mismo cuerpo legal, pues se ha dado por acreditado un hecho en base a otro que no se funda en hechos rea-

les y probados no existiendo antecedentes múltiples en el proceso, pues las conclusiones a las que arriba sólo se basan en el informe pericial del señor Castro.

La infracción descrita, expone el recurrente, importa que los hechos sobre los cuales se construye el ilícito imputado no resultan ciertos y, de no haberse incurrido en dicho error jurídico, se debió absolver a su parte.

En lo que dice relación con el informe policial de fojas 1126 el arbitrio denuncia la infracción a los numerales 1 y 2 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que ha sido utilizado como base para fundar una presunción judicial, en circunstancias que no da cuenta, por sí solo, de un hecho real y probado.

Afirma el recurso, que el informe policial contiene conclusiones contradictorias, particularmente en lo que dice relación con la existencia de parámetros o formas de cálculo que permitieran evaluar al ex – Gerente General de la empresa estatal, pues por un lado plantean la inexistencia de metas o parámetros, para luego concluir que es posible efectuar cálculos de control de lo que se deriva el cumplimiento de objetivos, llegando incluso a establecer porcentajes de desempeño, que luego lo aumentan en sus declaraciones ratificadorias prestada ante el Ministro Instructor.

A consecuencia de lo anterior es que se afirma que los sentenciadores del grado no pudieron, sin incurrir en clara infracción legal, utilizar los indicios o prueba semi-completa para

fundar las presunciones del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y a consecuencia de ello, establecer la existencia de un ilícito e imputar responsabilidad en el a su parte.

Una tercera infracción, dentro del mismo acápite de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, es la que dice relación con la valoración del Oficio remitido por el Servicio de Empresas del Estado, agregado a fojas 1372, que le permite a los jueces de la instancia afirmar que las metas fijadas para la empresa –E.F.E.– y sus posteriores evaluaciones, no eran parámetros transpolables pura y simplemente a la evaluación de la gestión del Gerente General, pues dicho Servicio, en el oficio en cuestión, informa que los Convenios de Programación no tienen por objeto especial el cálculo de remuneraciones variables o pago de incentivos.

La conclusión reseñada en el párrafo precedente es errada, afirma el arbitrio, pues omite una parte del documento en cuestión, texto que desvirtúa lo afirmado por los sentenciadores, en tanto expresa que “dichos informes de evaluación se emitieron en el marco de las funciones asignadas al SEP, por el Art. 2°, de la Ley N° 19.847, que se trata de la garantía estatal y que establece la obligación para la empresa de suscribir con el SEP anualmente un Convenio de Programación que contempla metas para medir la gestión. Se deja expresa constancia que dichos Convenios de Programación no tienen por objeto especial el cálculo de remuneraciones variables o pago de incentivos”.

Al recoger parcialmente la información contenida en el documento en cuestión los sentenciadores dan carácter distinto al que naturalmente tiene, pues tal instrumento no señala que los Convenios de Programación no tengan por objeto el cálculo de remuneraciones variables, como razonan los sentenciadores del grado, sino que ese no es su objeto especial, lo que no impide que puedan ser utilizado para evaluar el pago de remuneraciones variables, luego la afirmación del SEP no es excluyente.

En consecuencia, sostiene el recurrente, se vulnera el numeral 2 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal al concluir la improcedencia de utilizar los parámetros SEP para la evaluación de la metas a cumplir por el Gerente General.

En el cuarto acápite se denuncia la infracción del artículo 459 en relación a los numerales 1 y 2 del artículo 488, ambos del Código de Procedimiento Penal, en tanto la sentencia ha dado valor probatorio a testimonios que no cumplen con los requisitos que la ley exige y al mismo tiempo no ha ponderado otros que si lo hacen, cuestión que queda de manifiesto desde que valora los testimonios de Guillermo Díaz y Jaime Rebolledo, quienes no dan razón de sus dichos, y se desatienden las declaraciones de los ex - Directores de E.F.E., señores Alvarado, Escobar, Libedinsky y Molina, quienes si lo hacen.

Luego de transcribir las declaraciones de los primeros dos testigos, se asevera en la sentencia recurrida, que

la empresa tuvo malos resultados, conclusión a la que llegó en virtud de afirmaciones que, a la luz del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, no pueden justificarse.

Finalmente se expone la errada aplicación que ha hecho la sentencia de las normas contempladas en los artículos 477 del código de enjuiciamiento penal y el artículo 1699 del Código Civil, en razón de que los juzgadores omiten valorar y ponderar los antecedentes documentales que fueron acompañados en su oportunidad, a saber, Plan Trienal 2003 – 2005 de E.F.E.; Oficio N° 101, de 18 de marzo de 2003, del Presidente del Comité SEP; Convenios de Programación suscritos entre el Servicios de Empresas Públicas y E.F.E. los años 2003 y 2004; e Informes de Evaluación del Convenio de Programación SEP/E.F.E. años 2003 y 2004, en tanto se trata de documentos públicos.

Afirma el libelo que los sentenciadores del grado omitieron darle el valor probatorio de prueba completa que tienen y en consecuencia del hecho de haber sido otorgados, la fecha de los mismos y las partes que intervinieron, generándose de ese modo una omisión que permitió establecer hechos falsos, pues no bastaba con afirmar que se trataba de un hecho público y notorio el mal estado de E.F.E., sino que dicha aseveración debió haber sido acreditada, cuestión que no ocurre.

Como conclusión, afirma el libelo que de no haberse incurrido en las infracciones que se denuncian no se

habrían establecidos hechos falsos, que fueron sobre los que se emitió la calificación jurídica que importó la imposición de la sanción penal.

**TERCERO:** Que el segundo acápite del recurso de nulidad sustancial encuentra su fundamento en el numeral 3° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, infracción que debe ser analizada, argumenta el recurrente, a la luz de lo que establecen los artículos 1, 2, 15 N° 1 y 239 del Código Penal.

Explica que el error de derecho en que incurrieron los sentenciadores respecto a las leyes reguladoras de la prueba, que se tradujo en la determinación de hechos falsos, importó la verificación de un supuesto perjuicio económico para E.F.E., derivado éste del otorgamiento de una remuneración variable ascendente a \$23.671.600 al ex Gerente General, perjuicio que sería consecuencia de un engaño típico ideado y concretado por su representado con el objeto preciso de defraudar el patrimonio de la empresa, configurándose entonces el fraude al fisco por el cual fue condenado, sin embargo, dicha conclusión importa, en concepto del recurrente, una vulneración a las normas sustantivas reseñadas en el párrafo precedente.

Refiere que el tipo penal de fraude al fisco, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, establece lo siguiente: “El empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo, defraudare o consintiere en que se defraude al Estado, a las municipali-

dades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdidas o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

Agrega que el desembolso patrimonial realizado por E.F.E., ascendente a la suma de \$23.671.600, no puede ser considerado un perjuicio a los efectos del artículo 239 del Código Penal, lo anterior en razón de dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, para que exista perjuicio en términos jurídicos penales resulta fundamental que el desembolso patrimonial carezca de razón fáctica y jurídica previamente determinada, en otras palabras, para que exista un perjuicio, el pago de un bono a título de remuneración variable debió de carecer de fundamento desde la perspectiva del contrato de trabajo, como de la óptica del cumplimiento de metas en la empresa, siendo así el primero el fundamento jurídico y el segundo el fundamento material.

En este sentido resulta ser un hecho acreditado la existencia del fundamento jurídico, que no es otro que el contrato de trabajo, suscrito el 24 de marzo de 2003 que contemplaba, en su cláusula tercera, el pago de una remuneración variable asociada a los resultados que obtenga la empresa, según las metas y objetivos que para cada ejercicio determinara el Directorio, fundamento que opera y se mantiene sin perjuicio de la modificación contractual ocurrida en el mes de octubre de 2004.

Así, en el caso de autos concurre el fundamento material necesario para que se gatille y motive el pago de la remuneración variable al ex – Gerente General, cual era el cumplimiento u obtención de ciertas metas, las que se encontraban asociadas a los resultados de la empresa en términos globales, según se expresa en la primera versión del contrato de trabajo, y fundada en los lineamientos previamente fijados por el SEP.

Al verificarse el fundamento material no puede entonces configurarse un perjuicio patrimonial en su sentido penal, sino por el contrario, se trata del legítimo cumplimiento de una obligación laboral asumida por la empresa para con el ex – Gerente General, tal como lo es el pago de una remuneración a cualquiera de los demás trabajadores de la misma.

Concurren, entonces, ambos fundamentos, un contrato y el cumplimiento de las metas, teniendo entonces, el pago, motivación y justificación.

Agrega que la empresa tuvo claros y evidentes resultados positivos de acuerdo a las metas verificadas por el SEP, fijadas en el Plan Trienal 2003 – 2005, por lo que en ningún caso puede señalarse que se trató de evaluaciones inmotivadas e injustificadas.

En segundo lugar, y desde una perspectiva de tipicidad, se argumenta que en cualquier figura penal de fraude resulta fundamental la existencia de una conexión típica entre el engaño realizado por el autor del delito, el desembolso producido por

la empresa y el perjuicio patrimonial que resulta de ésta, elementos que deben estar cubiertos por el dolo defraudatorio, elemento y exigencia que resultan estar ausentes en la conducta del acusado.

Se explica que el tipo fraude al fisco requiere necesariamente la concurrencia de dolo directo en el actuar del autor, cuestión que por lo demás expresamente se recoge en el fundamento quinto del fallo de primera instancia, hecho suyo por el de segunda, reconociendo, además, que un elemento especial del tipo penal en cuestión consiste en que quienes tienen a su cuidado dineros públicos, deben sujetarse a un deber funcionario de velar por los intereses del Estado lo que importa que el empleado público debe sujetar sus actuaciones a criterios de eficiencia y economía, porque está administrando un patrimonio común, dineros que son de todos. Lo anterior se traduce en un tipo penal concebido en términos amplios, que no está restringido o limitado por modalidades específicas de perpetración o engaño, así, las maniobras engañosas se traducen en diversos actos, documentos o resoluciones, flexibilidad que sólo puede ser entendida como una expresión de propósito de extender las barreras de la punición para los funcionarios públicos, de ahí que se sostenga que en estos casos la conducta reprochada atañe a la idea de una administración desleal y no necesariamente engañosa.

Refiere que el fallo de segunda instancia al centrar su análisis en el cumplimiento de deberes funciona-

rios inexplicablemente pretende restar importancia o dar una apariencia de ausencia de ánimo defraudatorio por parte del sujeto activo en el delito de fraude al fisco, olvidando que la vulneración de los criterios de economía y gestión, en tanto deberes normativos sujetos a infracción, exigen de todas formas alguna clase de ardid destinado a causar un perjuicio al patrimonio público, es decir, y como lo plantean los mismos autores citados en el dictamen impugnado, el ardid debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio y no una maniobra que tenga por objeto encubrir una sustracción o disimular una negligencia funcionaria.

Lo anterior se traduce en que el delito en cuestión no admite comisión en forma culposa, pues el descuido, por más dañino que sea, no es una forma de defraudar, siendo la imprudencia estructuralmente incompatible con el engaño. Así, los criterios de eficiencia y economía, que por cierto deben regir toda gestión de recursos públicos, pueden y deben verse vulnerados por aquellos funcionarios públicos que incurrir en el delito de fraude al fisco, pero tal infracción no basta con que sea meramente negligente; requiere necesariamente de dolo directo, manifestado en un ardid y engaño destinado a obtener la disposición patrimonial y el consecuente perjuicio al órgano estatal respectivo.

Se expone que el dolo, en tanto integrado por elementos psicológicos, debe poder apreciarse por una serie de datos que manifiesten la intención querida, los cuales en el

caso de autos, con los hechos debidamente acreditados, no se identifican en el actuar del acusado, en efecto, se agrega, no se identifican actos ni hechos determinados que hayan tenido por objeto engañar a la empresa y al Directorio, con la finalidad de obtener como resultado la defraudación del patrimonio de E.F.E., y beneficiar –injustificadamente y en perjuicio de la empresa– al ex Gerente General.

Corregidos los hechos fijados con infracción a las leyes reguladoras de la prueba, se establece que las metas de evaluación se podía considerar desde las metas globales de la empresa, por lo que los pagos así determinados resultaban ser motivados y justificados, lo que se traduce en la inexistencia del ánimo defraudatorio.

En definitiva, afirma el recurso, la modificación del contrato realizada por su representado, en el que se especifican las metas a cumplir en el ejercicio del cargo de Gerente General y evaluar su grado de cumplimiento, sin contar con un poder expreso otorgado por el Directorio de la empresa, en conjunto con las demás prueba del proceso, no revisten los caracteres suficientes para configurar un ardid elemental en la psique del sujeto activo del delito de fraude al fisco. Además, siquiera podría ser tal, en circunstancias que la disposición patrimonial efectuada por E.F.E. a través del imputado y a favor de su ex Gerente General, no constituye jurídicamente una pérdida o una privación de un lucro legítimo, sino

que, por el contrario, no es sino el cumplimiento de una obligación, concluir lo contrario importa una infracción a los artículos 1, 2, 15 N° 1 y 239 del Código Penal, por lo cual concluye que de no haberse vulnerado las leyes reguladoras de la prueba y las normas sustantivas reseñadas, no se habría dictado sentencia condenatoria respecto de su representado.

**CUARTO:** Que en lo que respecta a la decisión civil de la sentencia se ha deducido recurso de casación en el fondo, planteándose la infracción a los artículos 2314 y 2329 del Código Civil en cuanto da por establecida la responsabilidad civil de su parte, imponiéndole la obligación de pagar, a título de indemnización, la suma de \$23.671.600.

Señala el recurrente que las disposiciones citadas exigen que la conducta cometida por el actor cause perjuicio, requisito que en el caso de autos no concurre en tanto la conducta desempeñada por el acusado no constituye un ilícito, tal como se describiera en el recurso de casación en el fondo en materia penal.

Así, los sentenciadores del grado incurren en un claro error de derecho en la aplicación de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, error que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que impone el pago de una indemnización que resulta no tener causa.

**QUINTO:** Que en cuanto al reproche consistente en la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, esta se hace consistir, en un primer acá-

pite, en la vulneración de los artículos 108, 109, 110 primera parte, 456 bis, 457, 459, 472, 477y 488 N° 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, pero teniendo como vulneración principal la relativa a las presunciones judiciales, que fluiría de antecedentes regulados en las otras normas que en opinión del recurrente no constituyen indicios que den mérito para establecer los hechos signados en las letras g) y h) del considerando tercero del fallo de primera instancia, en cuanto se estima probado que el imputado en su calidad de Presidente del Directorio de E.F.E. realizó una conducta a virtud del cual entregó una remuneración indebida al gerente general de la empresa declarando que los resultados o puntajes asignados en la evaluación del 31 de marzo de 2005, carecen de respaldo por tanto son inmotivados e injustificados, disponiéndose del pago de un incentivo o remuneración variable por una suma elevada para una empresa del Estado y en circunstancias que los deficientes resultados obtenidos por ella eran públicos y notorios.

**SEXTO:** Que en este primer aspecto, consiga la infracción del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, norma que regula el mérito probatorio del informe de dos peritos, el que podrá ser considerado como prueba suficiente de la existencia de aquel hecho, si dicho dictamen no estuviere contradicho por el de otro u otros peritos, se sostiene que la sentencia incurre en error de derecho al dar el valor de plena prueba al hecho concluido por el peritaje de fojas

1608 evacuado por el perito Jorge Castro que no cumple los requisitos de afirmar los hechos que en el fallo se dieron por probados, sino que propone posibilidades alternativas, peritaje que a su vez no se constituye como presunción judicial y no tiene el mérito de la multiplicidad porque tampoco lo mejora el informe policial de fojas 1126 suscrito por dos funcionarios de la PDI, de modo que la afirmación de ser los resultados o puntajes asignados por Ajejo Isasi en la evaluación de 31 de marzo de 2005 de ser inmotivados e injustificados, analizando para ello el recurso el contenido del peritaje y sus conclusiones y el informe policial aludido para contrastar ambos instrumentos con las declaraciones dadas en juicio por los suscriptores de ambos documentos. En resumen, según el recurso el quebrantamiento del artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, derivó en la infracción de los números 1 y 2 del artículo 488 del mismo cuerpo de leyes. Sin embargo del tenor del mismo recurso en la parte analizada, este pierde consistencia por el hecho que reconoce que el peritaje cuestionados fue practicado por un perito, de manera que por esa consideración no cabría considerarlo como prueba completa, ya que la norma exige que el dictamen sea efectuado por dos peritos, de manera que esa singularidad deriva que ese peritaje sólo contenga el valor probatorio que le asigna el artículo 473 del mismo código, y que es el que aplicó el juez de la causa en la sentencia impugnada considerando dicha prueba con el mérito de una

presunción judicial, según se lee del considerando tercero y tomando como referencia los elementos de juicios indicados en el fundamento anterior como indicios, los que por reunir los requisitos legales, son suficientes para tener por establecido los hechos imputados al acusado A. El mismo libelo consigna en motivación de su recurso que dichos elementos son más de dos con lo cual se cumple con la multiplicidad requerida por la ley y por su gravedad y fortaleza se fundan en hechos reales y probados, de manera que en esta parte el recurso no tiene la razón y debe ser desestimado, del mismo modo que lo será cuando sostiene el arbitrio en cuestión, el mismo error en cuanto al mérito que le asignó la sentencia recurrida a un informe policial evacuado por los subcomisarios Guajardo y Hernández los cuales en su conjunto no podrían constituir presunciones bastantes para dar por configurado el delito de fraude materia de la acusación, precisamente porque la aludida resolución no consideró el informe y las declaraciones aludidas como prueba completa y las derivó como indicios que en conjunto con otros antecedentes hacen sobradamente concurrente las condiciones que permiten constituir la presunción en discusión, aparte que los posibles errores en la determinación de las cifras que darían cumplimiento o no a las metas de gestión no alcanzan en todo caso a superar la que estaba fijada como obligatoria para la obtención del beneficio otorgado;

**SÉPTIMO:** Que en cuanto a la infracción a los artículos 108, 109 y 110 del Código de Procedimiento Penal, ha de señalarse que estas normas contienen disposiciones que no revisten el carácter de ser reguladoras de la prueba sino que entregan pautas a la actividad indagatoria del juez sumariante que conducirá al establecimiento de los hechos. Se trata de preceptos que entregan condiciones que sirvan para aquilatar el mérito de los antecedentes y probanzas rendidas para los fines del sumario como etapa preparatoria del antiguo sistema procesal penal de forma que es imposible sostener el quebrantamiento de dichas normas para el sostenimiento de un recurso de casación en el fondo, como lo ha sostenido invariablemente esta Corte Suprema, de manera que en esta parte el arbitrio no puede ser atendido.

**OCTAVO:** Que con respecto de la vulneración del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, también invocado en el arbitrio como norma reguladora de la prueba, ha de señalarse que como se explica en el Mensaje de ese cuerpo legal, éste precepto consigna “como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo. En cambio, para condenar necesita fundar su convicción en alguno de los seis medios probatorios que la ley le indica”. La doctrina señala,



en relación al artículo 456 -hoy 456 bis-, que la ley deja al juez la decisión final, es él quien interpreta los hechos para inclinarse por la condena o la absolución. Así una decisión absolutoria debe basarse en la convicción íntima del juzgador, pero para condenar es forzoso que esa convicción se apoye en los medios de prueba legal y que el valor de cada uno de ellos autorice dar por probados los hechos en que se basa la condena. (Waldo Ortúzar Latapiat, Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal, Edit. Jurídica, 1958, pp. 478 y s.s.).

Esta Corte Suprema, por lo demás, en reiterada jurisprudencia, ha concluido que el precepto en análisis no señala una regla reguladora de la prueba ni contiene una disposición de carácter decisorio litis, sino que se limita a consignar una norma encaminada a dirigir el criterio o conciencia del tribunal respecto al modo como debe adquirir la convicción de que realmente se ha cometido un hecho delictuoso y de que ha cabido en él participación al enjuiciado y, en tal virtud, sancionarlo con arreglo a la ley. En concordancia con esta tesis, se ha resuelto que dada la condición de dicha norma, su posible infracción no puede ser invocada para un recurso de casación en el fondo, pues si así fuese, ello significaría rever la apreciación de la fuerza de convicción que los jueces con sus facultades privativas atribuyen a las diversas probanzas que suministra el proceso, lo que llevaría a desnaturalizar el recurso de casación en el fondo, cuyo objeto y finalidad le impiden remover los

hechos del pleito. (Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T.II, Art. 456 bis, p. 179).

En lo que respecta al artículo 457 del Código de Procedimiento Penal éste se limita a señalar los medios probatorios válidos para demostrar los hechos en el juicio criminal, sin dar norma alguna que importe regulación de dichos elementos, de modo que también carece de la calidad que se le pretende atribuir por el recurso.

Finalmente y en lo que atañe a la prueba testimonial, el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal también carece de la calidad requerida para sustentar el motivo de nulidad en examen, toda vez que sólo faculta al tribunal para otorgar a la declaración de testigos el valor de demostración suficiente del hecho sobre el cual atestiguan, es decir, no constituye un imperativo para el proceder de los jueces del grado sino que sólo tiene por objeto indicar al tribunal un criterio determinado para ponderar los dichos aportados por los deponentes y en cuya valoración los jueces obran con facultades privativas. En efecto, corresponde a los magistrados del fondo apreciar soberanamente los asertos de los testigos y hacer un examen estimativo y comparativo de ellos, estando autorizados discrecionalmente para considerar o no como suficiente prueba de un hecho los atestados que reúnan las calidades intrínsecas que determina el mencionado artículo.

**NOVENO:** Que el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal fija el marco normativo de las presuncio-

nes judiciales, sin embargo, es pertinente dejar en claro que conforme ha expresado la jurisprudencia reiterada de este tribunal, sólo una parte de la aludida norma legal -no su integridad- reviste el carácter de ley reguladora. Es así como sólo dos de los presupuestos descritos por el artículo pueden situarse dentro de tales parámetros, a saber: el N° 1°, relativo a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2°, en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples, dado que las mismas envuelven restricciones a la facultad de apreciación del juez que quedan al margen de su ponderación personal e intrínseca de la prueba. Por el contrario, el elemento de la gravedad inserto en el mismo ordinal y los restantes que se contienen en los otros guarismos de dicho precepto, permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque por sus características, se comprenden en las prerrogativas exclusivas de los jueces del grado a cuyo solo criterio ha de quedar sujeto evaluar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la demostración de los hechos punibles que de ellos se procura deducir, por lo que escapa por completo al conocimiento del tribunal de casación, dado que se trata de un asunto de hecho que debe ser apreciado por los falladores de la instancia.

De lo que hasta ahora señalando se desprende que un correcto y competente análisis la infracción a los numerales 1° y 2° del artículo 488

del Código de Procedimiento Penal importa respetar la prohibición que tiene este tribunal de adentrarse en un nuevo análisis de la ponderación realizada por los jueces del grado, pues dicho ámbito escapa al control de esta magistratura, pues de realizarlo se volvería a examinar y ponderar los antecedentes probatorios que ya fueron justipreciados, además de revisar las conclusiones a que éstos arribaron, lo que está vedado, pues desnaturaliza el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en temas de derecho.

Como se ha señalado ya, los jueces del fondo son soberanos en lo que atañe al establecimiento de los hechos y a la valoración de la prueba que obra en la litis con arreglo a las leyes rectoras, sin que la distinta apreciación que de esta última pueda hacer el compareciente conforme a la cual arriba a una conclusión diversa, como queda en evidencia del análisis de su presentación, faculte a esta Corte para revisar la decisión, por no quedar tal devenir dentro de la esfera de control de este Tribunal de Casación.

**DÉCIMO:** Que es en el contexto referido en el motivo anterior en el que deben analizarse las alegaciones formuladas por la defensa del acusado A.I., toda vez que la infracción al mérito probatorio de las presunciones judiciales se produce al restar mérito de ellas en relación a las normas contenidas, principalmente en los artículos 459 y 472 del Código de Procedimiento Penal que no siendo prueba completa para determinar los hechos fijados por la

sentencia, incidentalmente tampoco derivarían en indicios demostrativos de esos mismos hechos.

**UNDÉCIMO:** Que las alegaciones formuladas respecto del informe pericial evacuado por el señor Jorge Castro dicen relación, por un lado con la falta de multiplicidad y el contener conclusiones alternativas. Pero lo cierto es que el planteamiento reseñado confunde el ámbito de la construcción de las presunciones con el contorno propio del informe pericial. En efecto, se cuestiona la circunstancia de que con un solo informe pericial se construyan los hechos por los que se le condena. Sin embargo, dicha afirmación no se condice con el obrar de los sentenciadores, pues justamente al momento de establecer los hechos tuvieron en consideración múltiples elementos probatorios, que por lo demás se encuentran descritos y reseñados en el motivo tercero de la sentencia de primera instancia, hecho suyo por el de segunda, lo que pone de manifiesto la inexactitud de la alegación formulada.

En lo que dice relación a que el informe pericial contiene conclusiones alternativas, baste señalar que a dicha aseveración se llega luego de analizar y ponderar el informe mismo, examen que como se dejó establecido en el fundamento sexto de la presente sentencia, se encuentra fuera del ámbito de competencia de este tribunal.

**DUODÉCIMO:** Que el reproche formulado respecto del informe emitido por la Brigada de Delitos

Económicos de la Policía de Investigaciones de Chile, agregado a fojas 1126, reseñado en el motivo segundo de la presente sentencia, debe ser desestimado, pues dicha imputación no es sino una conclusión a la que se arriba luego de efectuar una ponderación de dicho elemento de cargo, ámbito que queda excluido de la competencia que otorga a esta Corte el recurso en análisis.

A la misma conclusión ha de arribarse frente a las alegaciones referidas respecto del Oficio SEP, agregado a fojas 1372, a los planteamientos realizados con relación a la prueba testimonial y a los antecedentes documentales individualizados, pues justamente lo que se cuestiona son las conclusiones a las que llegan los sentenciadores del grado, es decir, lo que se rechaza por el recurrente no son sino las deducciones a las que llegan los jueces de fondo.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, como consecuencia de lo sostenido y como no se ha podido demostrar la aplicación errónea de la ley atingente a la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, los hechos demostrados en la sentencia resultan inamovibles, de manera que la siguiente sección del recurso, extendido a la causal contemplada en el artículo 546 N° 3 del Código de Procedimiento Penal, habrá de estarse a ellos para resolver la adecuación típica del hecho incriminado.

**DÉCIMO CUARTO:** Que conforme lo señalado en el motivo precedente es conveniente señalar los hechos que el tribunal de la instancia

declaró como probados y en ellos se establece lo siguiente:

1.- Que por Oficio, de 18 de marzo de 2003, el Presidente del Comité “SEP” (Sistema de Empresas Públicas) impartió pautas en materia de política de selección, designación, evaluación, remuneraciones e indemnizaciones de los ejecutivos de todas las empresas públicas, definiendo en concreto que el Directorio de la respectiva empresa estatal debía contar con un sistema objetivo de evaluación de desempeño para todos los ejecutivos; que correspondía al Directorio efectuar la evaluación del Gerente General; y, que las remuneraciones de los ejecutivos y sus eventuales modificaciones tenían que ser definidas y aprobadas por el Directorio.

2.- Que el día 7 de marzo de 2003, luego de un proceso de selección, el directorio de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (E.F.E.) acordó contratar a Eduardo Castillo como Gerente General, facultándose al Presidente para ofrecer y pactar las remuneraciones, beneficios y demás condiciones de trabajo. Asimismo le otorgó facultades para suscribir el contrato de trabajo, señalando que debía hacerlo “ajustándose a las recomendaciones impartidas por el SEP”.

3.- Que el 24 de marzo de 2003, actuando a nombre de E.F.E., el Presidente de su Directorio suscribió el contrato de trabajo con Eduardo Castillo, pactándose en la cláusula 3ª que la remuneración variable del Gerente General estaría asociada a

los resultados de las metas y objetivos que para cada ejercicio determine el Directorio y que se procedería a su pago, en la forma que estableciera el mismo.

4.- Que con fecha 6 de mayo de 2003 el Presidente del Directorio, en sesión ordinaria, informa que ha recibido el Oficio N° 101 del Comité SEP, sobre pautas para selección, designación, evaluación, remuneraciones e indemnizaciones de los ejecutivos de las empresas públicas, indicando que se han cumplido dichas pautas respecto de las contrataciones recientes.

5.- Que el 20 de octubre de 2004, el Presidente del Directorio de E.F.E. pactó una modificación del contrato de trabajo del Gerente General, estableciéndose que las metas, para todo el ejercicio del Plan Trienal 2003-2005, no serían las que determinara el Directorio sino las pactadas en el Convenio de Programación suscrito entre E.F.E. y SEP, agregando además que la evaluación de desempeño y el grado de cumplimiento de cada uno de esos objetivos tampoco quedarían a cargo del Directorio sino que sería comunicado anualmente por el Presidente del Directorio a la Gerencia de Recursos Humanos para la correspondiente liquidación de dicho incentivo.

El motivo tercero del fallo de primer aduce que estas circunstancias fácticas se relacionan directamente con las circunstancias y condiciones de la contratación del gerente general de EFE, en el período en

que el imputado A. lo hacía como presidente del Directorio de dicha empresa.

**DÉCIMO QUINTO:** Que en el mismo motivo la sentencia determina otros hechos sobre las circunstancias relativas a la determinación y pago del incentivo 2003/2004 del gerente general Eduardo Castillo Aguirre, estableciendo:

1.- Que por medio de oficio de 31 de marzo de 2005, el Presidente del Directorio de E.F.E., aludiendo al balance auditado de los resultados de la empresa, indicó al Gerente de RRHH que la evaluación del ejercicio 2003/2004, correspondiente a Gerente General, había arrojado un puntaje total de 83 puntos, haciendo los desgloses respectivos en relación a objetivos y evaluación de desempeño instruyéndolo para que liquidara igual porcentaje de la renta variable, en razón de ello es que se materializa un pago de \$23.671.600 el día 27 de octubre de 2005.

2.- Que el pago de la mencionada suma de dinero se verificó bajo las siguientes circunstancias:

a.- El Presidente del Directorio de EFE no tenía atribuciones para determinar las metas del ejecutivo, ya que los poderes de administración corresponden exclusivamente al Directorio de la Empresa, lo que es concordante con las instrucciones impartidas por el SEP en la materia y con el propio contrato de trabajo originalmente suscrito con el ex Gerente General de EFE. Consecuentemente, cualquier definición sobre las metas a cumplir, su modi-

ficación o medición y el modo de determinar la cuantía del incentivo o remuneración variable requerían de la aprobación del Directorio, siendo del caso precisar que las facultades delegadas en el acuerdo de 7 de marzo de 2003 se habían agotado con la extensión del contrato de trabajo de 24 de marzo de ese año;

b.- Por la misma razón, el Presidente aludido tampoco estaba facultado para evaluar por sí solo el desempeño del gerente general de EFE, toda vez que ello corresponde a una atribución exclusiva del Directorio de la Empresa;

c.- El establecimiento de metas para los años 2003/2004 se verificó a través de una modificación contractual de 20 de octubre de carácter irregular, porque no fue sometida a la aprobación del Directorio de EFE y, en cualquier caso, se llevó a cabo más de un año después de haberse completado uno de los períodos a medir (2003) y cuando ya había transcurrido gran parte del lapso siguiente (2004), lo que es contraproducente con cualquier mecanismo de evaluación de objetivos;

d.- En cualquier caso, los objetivos o metas señalados en el oficio de 31 de marzo de 2005 (documento de fs. 842) asumieron denominaciones o nomenclaturas que ni siquiera tienen correspondencia con las metas contenidas en los convenios de programación suscritos entre EFE y el SEP, las que habrían sido las que, supuestamente, se tomaron en cuenta;

e.- Como quiera que haya sido, lo cierto es que las metas fijadas para

la empresa y sus posteriores evaluaciones, no eran parámetros, transpolables pura y simplemente a la evaluación de la gestión del gerente general. A fs. 2372, el SEP informó que los Convenios de Programación “no tienen por objeto especial el cálculo de remuneraciones variables o pagos de incentivos”; que las evaluaciones efectuadas por ese organismo se llevaban a cabo a partir de la información que EFE le proporcionaba, y que, en todo caso, sus informes de evaluación, para los períodos 2003/2004 no contenían “una expresión de medición cuantitativa” del cumplimiento del convenio sino estados de avance o porcentajes de cumplimiento. En semejante sentido, en el informe pericial de fs. 1608, se dictamina que los indicadores contenidos en los convenios SEP no son idóneos para determinar el pago de un incentivo o renta variable del ex Gerente General de EFE;

f.- En el citado oficio de 31 de marzo de 2005 se alude al “Balance auditado de los resultados de la empresa” como si ello validara las evaluaciones realizadas, lo que no era efectivo y se procede de manera tal que se fusionan, hasta confundirse, dos períodos que debían ser objeto de medición separada;

g.- Los resultados o puntajes asignados en la evaluación de 31 de marzo de 2005, carecen de respaldo. Son inmotivados e injustificados; y

h.- En fin, se dispone el pago de ese incentivo o remuneración variable por una cuantía elevada para una empresa del Estado y en circuns-

tancias que los deficientes resultados obtenidas por ella eran hechos de pública notoriedad.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, a su vez, la sentencia de segundo grado, recurrida de casación en el fondo, afirmando los razonamientos del juez de primera instancia, afirma que el acusado era la máxima autoridad de EFE y más que nadie debía poner especial acento en resguardar los intereses patrimoniales que estaban a su disposición en esa empresa conforme a criterios de economía y eficiencia, pues sabía del mal estado económico por el que atravesaba la empresa cuya dirección le fue asignada, situación que por lo demás era un hecho público y notorio a esa época, aparte que ya había desempeñado cargos de similar naturaleza, por lo que no podía menos que conocer las obligaciones y deberes que derivaban de esa especial condición funcionaria, una de las cuales fue la de firmar la modificación del contrato de trabajo con el gerente general, al margen de toda autorización delegada por el Directorio, como lo afirman los directores de dicho órgano, aseverando que el acusado se preocupó personalmente de identificar y evaluar las mentadas metas de cumplimiento, sin darlas a conocer al Directorio, las que se pagaron. Lo que coloca al enjuiciado no solo en un incumplimiento flagrante de sus deberes funcionarios, sino también en la persistencia para que ingentes recursos financieros de la empresa pública quedaran en manos del gerente general, sin que el Directorio de EFE haya tomado

debido conocimiento de toda esa operación.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que la sentencia de primera instancia, confirmada por la que se recurre de nulidad sustancial, estimó que los hechos descritos en los motivos anteriores encuadran en la figura del delito de fraude al Fisco que contempla y sanciona el artículo 239 del Código Penal (considerando cuarto). Sostiene más adelante, que dicho fraude se identifica como una forma especial de estafa, en la que el elemento engaño se contiene en las descripciones “defraudare o consintiere que se defraude”, inductivo del error que conduce a la disposición patrimonial, inherente del perjuicio y de la relación de causalidad. Se reconoce en todo caso que en lo que atañe al elemento típico “engaño”, sus particularidades pueden plantearse en determinados términos, precisando al efecto la exigencia de un sujeto activo empleado público, a la existencia del engaño que se contiene en la expresión defraudar, sosteniendo que el delito compromete los aspectos patrimoniales evidentes, pero las razones subyacentes de su castigo están determinados por el deber funcionario de velar por los intereses del Estado, lo que significa que el empleado tiene que sujetarse en sus actuaciones a criterios de eficiencia y economía, lo que se traduce que el tipo penal está concebido en términos amplios, sin necesidad de la existencia de una puesta en escena, propio de la estafa común, sosteniendo que la conducta reprochada atañe a la idea de una administración desleal y no necesariamente

engañoso, por lo que es posible que un mismo hecho importe engaño para los fines del fraude, pero que no alcance a constituirlo para la estafa atribuible a los particulares. En lo que se refiere a la víctima, se expresa en el motivo quinto en análisis, del fallo de primera instancia, que es el Estado y según la posición que ocupa el funcionario que le permite incidir en la operación que es objeto de la maniobra mendaz y finalmente, en el aspecto dogmático de dicho dictamen, el sentenciador se preocupa del perjuicio económico y sostiene que no es necesario el enriquecimiento correlativo del funcionario público, ya que el tipo penal no lo exige, bastando que el Fisco experimente una pérdida efectiva.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, el fallo de primer grado, confirmado en segunda instancia, en su motivación sexta, razona en el sentido de que con la confrontación de la norma atinente al caso y los parámetros que se expresaron en el considerando anterior y con los hechos establecidos por los jueces de la instancia, concurrirían todos los elementos del tipo para configurar el ilícito del artículo 239 del Código Penal. En este aspecto, concede que la “operación” corresponde al caso con la determinación del llamado incentivo variable o la remuneración de carácter variable asociada a los resultados que obtenga la empresa, según las metas y objetivos que para cada ejercicio determine el Directorio al que hacía referencia el contrato de trabajo del ex gerente general de EFE Eduardo Castillo Aguirre. Agrega que dicha operación estuvo

relacionada con la Presidencia del Directorio en la que éste había acordado “facultar al Presidente, Sr. LAI, para ofrecer y pactar con el señor Castillo las remuneraciones, beneficios y demás condiciones de trabajo y suscribir el contrato de trabajo, ajustándose a las recomendaciones impartidas por el SEP.” En suma, se reflexiona, podía considerarse que dicho personero estaba llamado a intervenir en la operación “por razón de su cargo”, ya sea individualmente o formando parte del colectivo, como correspondía en derecho. En cuanto al engaño, se razona que éste existe, porque se aparentaron facultades inexistentes para modificar el contrato de trabajo, con el propósito de asignar metas al Gerente General de EFE, asociándolas a las que con otros fines, se habían establecidos a la empresa, infringiendo el artículo 16 de la Ley Orgánica de EFE, que asigna al Directorio la administración de la empresa y las instrucciones impartidas por el SEP. Se agrega que esa modificación se efectuó más de un año después de haber transcurrido uno de los períodos a medir y cuando ya se había completado gran parte del lapso siguiente. Además, se asumieron atribuciones que no se tenían para evaluar tanto el desempeño como el cumplimiento de los supuestos objetivos y se hizo valer una evaluación que generaba la impresión de respaldo y justificación para ese pago, pero que, en los hechos, se presentaba vacía de contenido. En resumen se sostiene en el fallo, en esta parte, que se ejecutaron actos que dieron una apariencia de regularidad conducente a sortear los

controles respectivos y que importan una administración desleal del patrimonio fiscal.

**DÉCIMO NOVENO:** Que continuando la sentencia recurrida con el análisis de la correspondencia entre el artículo 239 del Código Penal y las conductas reprochadas al imputado A., se agrega que en la especie concurren el error y el nexo causal puesto que, a merced de esas maniobras el Fisco de Chile experimentó una pérdida de \$23.671.600, porque se ejecutó un pago que carecía de justificación verdadera o que solo era aparente, sin que existan cifras ni procedimientos fidedignos para validar ese monto, en términos que cualquiera fijación resulta especulativa y se entregó un incentivo que puede considerarse elevada y para una empresa que había evidenciado resultados deficientes. En cuanto al dolo, la sentencia aludida expresa que éste solo puede asentarse por prueba indirecta, merced a inferencias y así, se agrega, es dable atribuirle al acusado una preparación y un conocimiento cierto de la reglamentación que rige en la empresa donde cumple sus funciones, porque eso es lo mínimamente esperable para un cargo de primer orden, sosteniendo que existiendo deberes que fueron derechamente quebrantados en lo que hace a las modificaciones contractuales y a los actos que le siguieran y dichos actos se ejecutaron con un grado tal de desprecio por el patrimonio fiscal que la única aplicación posible para esa conducta es que se quiso favorecer a un tercero, sosteniendo que la conducta ilícita se ejecutó sabiendo y queriendo.



**VIGÉSIMO:** Que esclarecido según las motivaciones anteriores que en el presente caso no se han producido infracciones a las leyes reguladoras de la prueba, ha de tenerse como hechos establecidos en la causa, aquellos que por medio de la causal N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal reprocha el recurso en estudio, en cuanto a la manera como la sentencia recurrida determinó la existencia del delito previsto en el artículo 239 del Código Penal, concluyendo tal dictamen que en la especie se daban todos los supuestos del tipo. Se recordará que por dicha causal se reclamó el que se haya declarado como probado que: “los resultados o puntajes asignados en la evaluación de 31 de marzo de 2005, carecen de respaldo. Son inmotivados e injustificados”, además, “se dispone el pago de ese incentivo o remuneración variable por una cuantía elevada para una empresa del Estado y en circunstancias que los deficientes resultados obtenidos por ella eran hechos públicos y notorios.” Y, cuando establece el fallo censurado que las metas fijadas para la empresa y sus posteriores evaluaciones: “no eran parámetros transpolables pura y simplemente a la evaluación de la gestión del gerente general.” De este modo, sin perjuicio de la calificación jurídica que habrá de efectuarse a continuación, los hechos antes aludidos no pueden modificarse y habrá que aceptarlos como debidamente probados.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que entrando al análisis de la causal de invalidación contenida en el N° 3

del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dicho motivo de nulidad sustancial se produce cuando la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal. El recurso, aún cuando estima que la concurrencia del vicio reclamado, para los efectos de la tipificación del delito de fraude que se le imputa al acusado A. se sostiene en parte porque el fallo recurrido estableció hechos falsos que no pueden considerarse y en lo que no tiene razón el recurrente, como se dijo en el motivo precedente, se basa, además, en el quebrantamiento denunciado en los artículos 1, 2, 15 N° 1 y 239 del Código Penal, principalmente porque no concurren los elementos del tipo de esta última norma punitiva, puesto que las acciones reprochadas al imputado no constituyen conductas penadas por la ley ya que sólo serían actuaciones antirreglamentarias no sancionadas por ese código. Así, el recurrente afirma la inexistencia del perjuicio porque al otorgar el bono cuestionado al gerente general de EFE existía una razón fáctica y jurídica previamente determinada, pero principalmente se alega que no está demostrado como lo exige la ley el ánimo defraudatorio echando de menos el dolo directo en el actuar del agente, agregando que los criterios de economía y gestión en que se basa la decisión condenatoria expresada en el fallo de segundo grado exigen de todos modos alguna clase de ardid destinado a causar un perjuicio al patrimonio público y sosteniendo lo que autores han afirmado en esta materia, en cuanto a la exigencia del

dolo directo, que impide la comisión en forma culposa, pues el descuido, por más dañino que sea al interés público, no es una forma de defraudar, agregando que la imprudencia es estructuralmente incompatible con el engaño. Se agrega en apoyo de la tesis del recurso, lo que la jurisprudencia que cita ha dictaminado en casos similares, en torno al dolo señala que éste está compuesto de dos elementos: uno determinado por el conocimiento y otro formado por la voluntad. Ambos destinados a la realización de los elementos típicos del delito: defraudar al fisco, engañándolo, faltando a claros deberes de gestión y eficiencia, y todo ello con el objeto último y final de producirle un perjuicio, también buscado y querido por su autor.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que la sentencia recurrida, al hacer suyo el fallo de primera instancia y confirmarlo, determinó como hechos necesarios para la debida calificación del delito que se le imputa al acusado A. lo siguiente: que a la fecha de los hechos incriminados este imputado tenía la calidad de Presidente del Directorio de EFE y se encontraba sujeto a las directrices de dicho organismo y además a las impertidas por el SEP por ser aquella una empresa del Estado. Que el mismo directorio designó a Eduardo Castillo Aguirre gerente general de EFE, facultándose a su presidente (A.) para ofrecer y pactar las remuneraciones, beneficios y demás condiciones laborales, con facultades de suscribir contratos de trabajo ajustándose a las recomendaciones impartidas por el SEP. Se declaró

que el 24 de marzo de 2003 el Presidente de EFE suscribió el contrato de trabajo con Castillo y se estipuló que la remuneración variable del gerente general estaría asociada a los resultados de las metas y objetivos que para cada ejercicio determine el Directorio y que se procedería a su pago en la forma que lo establezca el mismo órgano. El 6 de mayo de 2003 el acusado informó el recibo de un oficio de SEP sobre pautas para selección, designación, evaluación, remuneraciones e indemnizaciones de los ejecutivos de las empresas públicas indicando el cumplimiento de dichas pautas en las contrataciones recientes. Un año y medio después, el Presidente del Directorio de EFE, asegurando que actuaba facultado, pactó una modificación del contrato de trabajo del gerente general, en el sentido que las metas de ese ejecutivo se alteraban en el sentido de aplicar las del Convenio de Programación entre EFE y SEP y que sería comunicado anualmente por el Presidente del Directorio a la Gerencia de Recursos Humanos para la correspondiente liquidación de dicho incentivo. En este entendido para el ejercicio 2003/2004 el imputado comunicó que el gerente general cumplió las metas al 83% instruyendo para que se liquidara por Recursos Humanos igual porcentaje de la renta variable, lo cual derivó en un pago de la empresa al gerente general de \$23.671.600, sin que tuviera atribuciones el acusado para determinar las metas objetadas, porque las facultades delegadas que lo permitían se habían agotado a la fecha de la extensión del contrato

de 24 de marzo de 2003, lo que le impedía además evaluar por sí solo el desempeño del gerente general de EFE, por ser una atribución exclusiva del Directorio, agregándose que la modificación contractual de 20 de octubre era irregular al no ser aprobada por el mismo Directorio y que las metas no tenían correspondencia con las contenidas en convenios de programación y que los indicadores contenidos en los convenios SEP no son idóneos para determinar de un incentivo o renta variable al ex gerente general, afirmando finalmente, en lo que interesa, que los resultados o porcentajes carecen de respaldo, son inmotivados e injustificados y no se condicen con el estado financiero de la empresa ya que sus deficientes resultados eran hechos de pública notoriedad.

En resumen, se le atribuye al acusado A. la conducta de haber dispuesto con fondos fiscales el pago de un incentivo o remuneración variable al gerente general de EFE que no correspondía, excediendo las facultades regladas que le impedían efectuar dicha asignación y sobre la base de parámetros que no se ajustaban a las reglas dadas sobre la misma materia. Hay que considerar que el imputado revestía la calidad del Presidente del Directorio de EFE, empresa pública del Estado, en la que dicho encartado tenía, luego del mismo Directorio la más alta jerarquía en la que en un primer momento contenía las facultades para ofrecer y pactar las remuneraciones, beneficios y demás condiciones del trabajo.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que sin perjuicio de que no se pueden discutir con motivo de esta causal de invalidación sustancial -N° 3 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal- los reparos administrativos que la sentencia imputa al sentenciado A. y por lo tanto, deben estimarse como concurrentes, dentro de la complejidad que resultó determinar exactamente las facultades y el uso que de ellas efectuó aquel imputado, es lo cierto que dicha conducta debe claramente coincidir con el tipo penal que se contiene en el artículo 239 del código punitivo y especialmente determinar si su participación errada y perjudicial a los intereses fiscales es constitutiva de la actividad defraudatoria que exige el texto de dicho precepto. Al efecto, la norma señala que el empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo defraudare o consintiere que se defraude al Fisco, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, será sancionado con las penas que el citado artículo indica. Para los fines prácticos, no hay discusión que el encausado en los hechos investigados actuó como empleado público, en los términos del artículo 260 del Código Penal y que con motivo de las operaciones descritas en los considerando precedentes, al pagar una remuneración que no correspondía según reglamento, efectuó un desembolso de \$23.671.600.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que no es ocioso consignar, para delimitar con

exactitud la conducta del acusado A., que su actividad benefició a un empleado de la misma empresa en la que el reo era Presidente del Directorio, de modo que no era un particular extraño, sino que el gerente general, beneficiario que revestía también el carácter de empleado público por la función que cumplía, pero que a su respecto no se ejerció acción penal por dicho beneficio pecuniario que se estimó por los acusadores como incorrecto, de manera que debe circunscribirse la actividad que se supone ilícita del aludido procesado, sólo a la posibilidad de haber actuado en una defraudación de modo directo y no en la hipótesis de haber consentido que por otro se defraude al Fisco, lo que la doctrina denomina defraudación indirecta. De este modo, lo que corresponde determinar, desde el punto de vista jurídico penal, es si los hechos reputados como irregulares y realizados por A. hacen concurrente la exigencia del tipo de haberlo hecho con la intención positiva de defraudar los intereses fiscales, que es la condición punitiva esencial del precepto en análisis.

Cabe tener en cuenta que los autores representantes de la doctrina especializada, en este ilícito penal, lo caracterizan como una “estafa que se produce desde dentro de la Administración” del empleo de un “artificio defraudatorio”, de que el ardid debe ser el medio por el cual se causa el perjuicio (Luis Rodríguez y María Magdalena Ossandón, “Los delitos contra la función pública”, Editorial Jurídica, 2014, pp. 416 y 418).

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que decidido que la operación objetada se produjo en el otorgamiento de una remuneración dispuesta por el Presidente del Directorio de EFE a un empleado subalterno de este órgano, que no correspondía en relación a resultados por la gestión laboral del gerente de la empresa beneficiado, es de rigor concluir que dicha actividad se enmarcó dentro de una relación laboral y no hay intervención de terceros en dicha contratación, que de ello no derivó ningún beneficio pecuniario para el imputado, sino que el incentivo devino a favor de un empleado de la empresa perjudicada, en la que no existe ningún antecedente probatorio que se haya dirigido acción penal en su contra, ni en esta causa es parte denunciada o querellada por estos hechos, de modo que a primera vista no emerge con la claridad suficiente el convencimiento de punibilidad exigido por el artículo 239 del Código Penal, por no aparecer desde luego que el acusado hubiese consentido en la defraudación denunciada ni tampoco resalta la utilización de un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor, de manera que aún considerando un menor margen de engaño que indica el precepto, de inferior intensidad al exigido por las estafas de todos modos cabe requerir del autor el dolo directo en su actuar, ya que en este caso, al contrario de lo que ocurre con las malversaciones, no opera la defraudación culposa que debe estar claramente penada por la ley, conforme lo exige el artículo segundo del código punitivo aludido y descartada además por

exigencia del tipo la posibilidad de punir el dolo eventual. En el presente caso, es evidente que por lo que se sanciona a A. es una conducta que revela claros incumplimientos a sus deberes funcionarios al no respetar el límite de sus facultades delegadas y al excederse en autorizar el pago de un incentivo laboral que no correspondía sin haber verificado previamente el cumplimiento de metas de trabajo que autorizaban su existencia y pago. Se trata entonces, de un descuido grave, que dañó intereses fiscales pero la conducta reprochada no importa el designio directo de defraudar en su propio beneficio. De modo que no está en lo cierto la sentencia de primer grado en cuanto en la letra b) de su motivo quinto le otorga a la voz engaño como elemento del fraude un alcance tan amplio que incluye todo tipo de actuaciones que importen una administración desleal, lo que desborda claramente los supuestos en que se puso la norma del artículo 239 aludido y la verdad es que los actos reprochables que constituirían según la sentencia el engaño, serían las actuaciones administrativas que se indican en el motivo sexto de la misma sentencia, especialmente en los literales del N° 3 de dicho considerando, aludiendo a una doctrina que se indica sobre las obligaciones funcionarias, pero que no se refiere categóricamente a cuáles serían éstas, que llegarían a cumplir todos los elementos del tipo. Cabe añadir que si bien no se distingue en la norma punitiva las formas de actuación ilícita en este delito, debe concurrir siempre el engaño, el abuso

de confianza o el incumplimiento de deberes y dado que los dos primeros aspectos no se han configurado solo cabe asumir comisión fraudulenta en el incumplimiento de deberes, pero siempre según lo previsto en los artículos 1° y 2° del Código Penal, desde un punto de vista del dolo de defraudar, ya que no se puede perder de vista que siempre el medio de comisión es el engaño, descartando las situaciones de negligencia o imprudencia propias de la culpa en la que pueden incurrir los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y serán penadas criminalmente en el caso que así lo disponga expresamente la ley, como en la situación del artículo 234 del Código Penal, que no se repite para las situaciones de fraude al Fisco.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que en consecuencia, en el parecer de esta Corte, la conducta antirreglamentaria atribuida al imputado A., que haría suponer la existencia del delito de fraude denunciado solo daría lugar al reproche administrativo funcionario que como empleado público le correspondía al procesado al descuidar claramente sus deberes de cuidado por considerar que un funcionario subalterno tenía derecho a un incentivo económico de cuya disposición no estaba facultado y de conceder y ordenar el pago sin cuidar si las metas se habían efectivamente cumplidos, sin que pueda imputarse esta conducta antirreglamentaria e imprudente como un acto de defraudación doloso que haga posible su reproche penal, de manera que aparece evidente la infracción de ley que los jueces de la instancia han come-

tido al condenar al acusado por un hecho que no cumplía los requisitos del tipo dispuesto por la ley, lo que conllevó además a la vulneración de los artículos 1, 2 y 15 N° 1 del Código Penal que también se han estimados quebrantados.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que en este entendido, aparece de manifiesto que la sentencia impugnada ha calificado como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, lo que hace concurrente la causal de invalidación a que se refiere el N° 3° del Artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en lo que se refiere a la sanción criminal que se le impuso al recurrente A. motivo por el cual dicho fallo deberá ser invalidado en dicha parte, aceptándose, en lo que se ha dicho, el recurso del acusado.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, como se ha señalado precedentemente el querellado A. interpuso recurso de casación en el fondo en la parte de la sentencia que acogió la demanda civil del Fisco y lo condenó a pagar a éste la suma de \$23.671.600 a título de indemnización de perjuicios. Señaló como infringidos los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. Alega que las normas aludidas exigen la existencia de un perjuicio, por lo que en la especie no hay daño que indemnizar toda vez, se sostiene, que como se ha calificado como delito un hecho lícito no cabe indemnización alguna, si ha de absolverse al enjuiciado del delito que se le imputa, agregando que no hubo en todo caso un desembolso infundado, ya que el pago del incentivo reprochado fue justificado.

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que es efectivo, como se ha reseñado en los motivos precedentes que la sentencia incurrió en error de derecho el aplicar a un caso que no correspondía el artículo 239 del Código Penal, puesto que la conducta atribuida al imputado A., en lo que se refiere al elemento engaño, elemento básico para considerar un ánimo de defraudar por tal delito, no fue demostrado, puesto que los hechos solo constituían incumplimientos de obligaciones funcionarias y de falta de cuidado en el manejo de su funciones y que se han mantenido como hechos probados pero con distinta connotación jurídica-culpa en vez de dolo- por lo que no cabe duda que la conducta del demandado A. de todos modos resulta ilícita civilmente y de este modo, opera la aplicación en el presente caso de la norma del artículo 2314 del Código Civil, la que resulta plenamente aplicable en la especie puesto que dicha disposición dispone claramente que el que ha cometido un delito o un cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena que ha de corresponder al delito o cuasidelito. En el presente caso, es claro que el cuasidelito, o sea el hecho culposo existió, no ha sido sancionado criminalmente porque la ley penal no otorga punibilidad expresa a dicha conducta, pero la existencia de la culpa, el daño consiguiente y la relación causal pertinente no pueden desconocerse conforme a los hechos establecido y que este tribunal los ha reconocido. Y si se ha calificado la conducta de A. como negligente, es

obvio que hace aplicable su actividad a lo que dispone como regla general el artículo 2329 del código citado en cuanto a que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, por lo que tampoco se entiende vulnerada la norma cuando los jueces del fondo estiman que la conducta permisiva y culpable de A. es suficiente motivo para imponer el resarcimiento de los perjuicios que su conducta provocó a los intereses fiscales.

**TRIGÉSIMO:** Que lo anterior no hace oposición a lo previsto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil que manda que las sentencias que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo, sólo producirán cosa juzgada en materia civil, basada en la no existencia del delito o del cuasidelito que ha sido materia del proceso. Porque la excepción de cosa juzgada es aquella que corresponde oponer en un juicio distinto a aquel en que se dictó la sentencia absolutoria, pero que además en el presente caso, si bien se determinó la absolución del imputado por la falta del requisitos del tipo, especialmente porque se estimó la conducta como culposa y no dolosa, esa declaración hace la diferencia para desvirtuar cualesquiera cosa juzgada si se atiende, además que dicha excepción se plantea como una situación excepcional de modo que el caso del N° 1 del artículo 179 aludido hay que interpretarlo restrictivamente, de manera que fijada la existencia de la imprudencia o culpa en el fallo no opera este factor de cosa juzgada,

motivo por el cual el recurso de casación en la parte civil será desestimado y se mantendrá finalmente la condena civil que se dictó en contra del mismo A.

Por estas consideraciones y normas legales citadas y, lo dispuesto en los artículos 535, 546 N° 3, 7 e inciso final del artículo 546, 547 y 549 del Código de Procedimiento Penal, se declara que se **acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto a fs. 2453 y siguientes, en representación del acusado LAI, en contra de la sentencia de veintidós de octubre de dos mil catorce, escrita de fs. 2.444 a 2.448, en la parte penal de dicho fallo, el que se invalida, por lo que se procederá a dictar acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia que se conforme a derecho. Se desestima el mismo recurso en cuanto éste se dirigió contra la parte civil del dictamen discutido, por lo que en dicha parte no es nulo.

Acordada, en cuanto se rechaza en la parte civil el libelo interpuesto, con el **voto en contra** del Ministro señor Carlos Künsemüller, quien estuvo por acogerlo también en ese segmento y rechazar la demanda indemnizatoria de perjuicios, por cuanto en este fallo se absuelve de la acusación penal al inculpado y demandado y aun cuando se afirme que su conducta habría configurado una modalidad culposa- no punible como delito en este caso- tal reproche jurídico no se materializa en una condena penal por la comisión del cuasi delito, que permita hacer aplicable el artículo 2314 del Código Civil.

En concepto de este disidente, la disposición del numeral 7° del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, deja en claro que las indemnizaciones posibles de acordar en una sentencia regulada por esa normativa, son las que tienen como fuente el o los delitos perseguidos y por el cual o por los cuales se ha condenado al o los procesados, lo que no ocurre en la especie con respecto al comportamiento ilícito que fundamenta la decisión que no se comparte.

Regístrese.

Redactó el Ministro Sr. Juica y el voto en contra su autor.

Rol N° 29.891-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.}

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a ocho de octubre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

### **Sentencia de Reemplazo**

Dando cumplimiento a ordenado por la sentencia de casación precedente se dicta la siguiente resolución de reemplazo.

Santiago, ocho de octubre de dos mil quince.

### **VISTOS:**

Del fallo apelado de fs. 2300, se eliminan los considerandos cuarto, quinto, sexto, octavo, décimo, duodécimo, décimo tercero, y décimo quinto, reproduciéndolo en lo demás.

De la sentencia de casación precedente, se reproducen los considerandos, vigésimo a trigésimo.

### **Y se tiene además presente:**

**PRIMERO:** Que los hechos establecidos en el motivo tercero de la sentencia de primera instancia, según se fundamentó en la sentencia de casación antes aludido, no logran constituir el ilícito que prevé el artículo 239 del Código Penal ya que no se cumplen todas las exigencias del tipo establecidas para la punibilidad de la defraudación directa que se le atribuye al encausado A., según se le acusó, puesto que siendo elemento básico el engaño, propio de cualquier fraude, éste no se ha tenido por establecido, según se explica en los motivos vigésimo quinto y vigésimo sexto del fallo de casación, no siendo suficiente el mero incumplimiento de deberes funcionarios para configurar la estafa al Fisco.

**SEGUNDO:** Que, de esta manera, al haber concluido éstos sentenciadores que en el proceder del acusado no hubo una maniobra defraudatoria - dolosa por esencia- y sólo un mero descuido, resulta totalmente ajeno al mérito de la causa y a esa conclusión mantener la condena impuesta.

**TERCERO:** Que en consecuencia, al no ser culpable de fraude al Fisco



el sentenciado y como nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue, haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley, aquél debe ser absuelto.

**CUARTO:** Que, no obstante lo decidido anteriormente, pero establecida la conducta culposa en los hechos atribuidos a A., a través de incumplimientos funcionarios que revelan un descuido en el manejo relacionado con el contrato que suscribió con el Gerente General de EFE y la concesión de un estipendio que no le correspondía, tal como se señaló en el fallo de casación citado, debe dicho demandado responder de los perjuicios que su acto negligente causó a los intereses del Fisco.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 456 bis, 500 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se **REVOCA** la sentencia apelada de veintiuno de abril de dos mil catorce, escrita a fs. 2.300 y siguientes, en la parte que condenó penalmente a LVAI como autor del delito de fraude al Fisco y en su lugar

se declara que se le **ABSUELVE** de dicho cargo.

Se confirma, la aludida sentencia en la parte que acogió la demanda civil, en cuanto hizo lugar a la acción indemnizatoria demandada por el Fisco de Chile.

Acordada, la decisión confirmatoria, con el voto en contra del Ministro Señor Carlos Künsemüller, conforme a la razón expresada en el fallo de casación que antecede.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redactó el Ministro Sr. Juica.

Rol N° 29.891-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a ocho de octubre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

## COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUNTA ARENAS QUE ABSUELVE A H. SENADOR DE LA REPÚBLICA Y A SUS CUÑADOS POR NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES Y FRAUDE AL FISCO

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

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

Durante los meses de noviembre y diciembre del año 2015 se realizó, ante el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, el juicio oral seguido en contra del H. Senador CBC (en adelante, el Senador) por los delitos de negociación incompatible y fraude al Fisco, ambos en carácter de reiterado, así como en contra de sus cuñados, VRE y JRE, por el delito de fraude al Fisco.

En forma previa y mediante sentencia de fecha 5 de junio de 2015, la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas había acogido la solicitud de desafuero del Senador presentada por el Ministerio Público<sup>2</sup>, resolución que fue confirmada por el Pleno de la Excm. Corte Suprema con fecha 1 de julio de 2015<sup>3</sup>.

Asimismo, con fecha 17 de julio de 2015, la defensa del Senador interpuso ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo respecto de los artículos 239 y 240 del Código Penal<sup>4</sup>, el que fue declarado parcialmente admisible (sólo respecto del artículo 240, incisos primero, tercero y final) mediante resolución de fecha 28 de julio de 2015. Finalmente, dicho requerimiento fue rechazado unánimemente con fecha 6 de noviembre de 2015.

La defensa del Senador sostenía que la aplicación del artículo 240 del Código Penal, sustento legal de la figura de negociaciones incompatibles (y uno de los delitos por lo que se le había acusado), infringía el artículo 62 de la Carta Fundamental pues constituía una interferencia inconstitucional de la ley en

- 1 Abogado de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 48-2015-RPP, acoge desafuero, de fecha 5 de junio de 2015.
- 3 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, N° Ingreso 7699-2015, que confirma sentencia apelada, de fecha 1 de julio de 2015.
- 4 Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol INAP-2868-2015, presentado por CBC respecto de los artículos 239 y 240, incisos primero, tercero y final, del Código Penal, en el marco del proceso penal Rit N° 2017-2013, seguido ante el Juzgado de Garantía de Punta Arenas.

la autonomía e independencia del Congreso Nacional. Precisaba que esa disposición, al establecer que los “...*diputados y senadores percibirán como única renta una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado incluidas todas las asignaciones que a éstos correspondan*”, lo que hacía era asegurar la separación de poderes y la garantía de su autonomía e independencia, siendo ello extensivo al presupuesto del Poder Legislativo, en cuanto a la dieta y asignaciones de los Diputados y Senadores, sin restricción alguna.

Manifestaban que el artículo 62 equipara la dieta con las “asignaciones parlamentarias” en cuanto a la autonomía presupuestaria que tiene el Congreso respecto de ambas, siendo el Poder Legislativo quien determina libremente y a través de sus órganos internos el destino de éstas, sin que pueda el artículo 240 del Código Penal limitar o restringir el uso de asignaciones en el marco de la función parlamentaria, bajo amenaza de pena, pues ello vulnera la separación de poderes garantizada por la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional resolvió por unanimidad que el artículo 240 no infringe la autonomía financiera del Congreso Nacional ni la autonomía del parlamentario,

Si bien reconoce que, en el marco de los artículos 62 y 67 de la Constitución y de los principios financieros que rigen su propio presupuesto, el Congreso Nacional tiene libertad de configuración para determinar las asignaciones parlamentarias como una remuneración equivalente a la de un Ministro de Estado, manifiesta que no todas estas asignaciones generan una discrecionalidad tal en cada parlamentario que las haga estar exentas de limitaciones en su uso definidas por las propias leyes.

Agrega que no sería razonable entender que la autonomía del parlamentario contendría una discrecionalidad financiera que alcanzase las asignaciones institucionales que corresponden a la ejecución de esa función en su circunscripción senatorial.

Por último, el Tribunal Constitucional expresó que el tipo de conflicto de interés referido a negociaciones entre parientes que plantea el artículo 240 del Código Penal y las maneras de resolver esos conflictos respecto de contratos (artículo 4° de la Ley N° 19.886) o actos unilaterales (artículo 12 de la Ley N° 19.880) son asuntos de mera legalidad, por lo que corresponde al juez de fondo determinar la integración normativa aplicable al caso.

En su sentencia definitiva de fecha 18 de diciembre de 2015<sup>5</sup>, el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas determinó, por mayoría, absolver al Senador de todos los cargos formulados en su contra.

5 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 76-2015, RUC 1300410940-0, de fecha 18 de diciembre de 2015.

Respecto de los cuñados, el tribunal oral determinó, por unanimidad, absolver a ambos acusados de los cargos formulados en su contra.

El voto en contra estuvo por condenar al Senador sólo por un delito de fraude al Fisco, estimando acreditada su comisión en concurso aparente de ley penal con un delito de negociación incompatible, desestimando la reiteración.

Tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado dedujeron recursos de nulidad en contra de la sentencia definitiva<sup>6</sup>, los que fueron rechazados por la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas con fecha 16 de febrero del año 2016<sup>7</sup>.

## I. Antecedentes

Los hechos que fueron objeto de este juicio se remontan al 31 de marzo del año 2006, fecha en la cual el Senador celebró un contrato de arrendamiento de un inmueble ubicado en la ciudad de Punta Arenas con el objeto de utilizarlo como sede parlamentaria.

Dicho inmueble era de propiedad de una comunidad hereditaria compuesta por la suegra del Senador, su cónyuge y sus dos cuñados. El contrato fue suscrito por el Senador como arrendatario y por su suegra como arrendadora<sup>8</sup>.

Por el inmueble en cuestión, que tenía una superficie aproximada de 39 metros cuadrados, se pactó un canon de arriendo mensual de \$850.000 (ochocientos cincuenta mil pesos), monto que se reajustó anualmente de acuerdo a la variación del IPC, llegando a la suma de \$1.000.298 (un millón doscientos noventa y ocho pesos) en noviembre del año 2010.

Conforme a los antecedentes allegados a la investigación, consistentes en evidencia documental y testimonial de la evolución histórica del valor de arriendo del inmueble en cuestión y de pericias comparativas del valor de arriendo de propiedades circundantes, el monto de arriendo pactado por el Senador y sus parientes superaba en forma notoria y evidente el de

6 El querellante particular se adhirió al recurso de nulidad formulado por el Ministerio Público, el que fue declarado admisible por la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

7 Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol N° 166-2015, de fecha 16 de febrero de 2016.

8 Ya avanzada la investigación y realizadas las pericias de rigor, fue posible determinar que la firma de la suegra del Senador puesta en el contrato fue, en realidad, realizada por su hijo, cuñado del Senador. Si bien este hecho no formó parte de la acusación fiscal, el tribunal lo tuvo por demostrado en juicio, pero manifestó que carecía de relevancia jurídico-penal pues "...no forma parte de ardid alguno para algún fin reprochable, en los términos en que las acusaciones se encuentran formuladas" (considerando decimocuarto).

inmuebles de similares o superiores características, evidenciando un claro sobreprecio respecto del valor promedio del mercado inmobiliario de la ciudad de Punta Arenas durante todo el tiempo de vigencia del contrato de arriendo.

Este arriendo era pagado por el Senado de la República con cargo a la asignación “Gastos para Oficina” que correspondía a cada senador. Entre los meses de abril del año 2006 y septiembre del año 2009 el Senado emitió y giró los respectivos cheques directamente a nombre del Senador, correspondiéndole a éste realizar efectivamente los pagos a sus arrendadores, la referida comunidad hereditaria. Dicha situación se mantuvo, incluso, una vez fallecida la suegra del Senador, lo que ocurrió el 27 de enero del año 2009.

A partir del mes de octubre del año 2009, con motivo de las modificaciones realizadas por la Comisión de Régimen Interior del Senado respecto del sistema de pago de oficinas parlamentarias, y producto de la nueva composición de la comunidad hereditaria, tales pagos comenzaron a ser realizados directamente a la cuñada del Senador, para lo cual éste presentó ante el Senado un anexo del contrato de arrendamiento en cuestión, suscrito entre él y su cuñada, y en el cual se indicaba que ella asumía el cobro del valor del arriendo luego del fallecimiento de su madre, acompañándose además copia de la solicitud de posesión efectiva intestada y cartas poder de los otros dos comuneros, la cónyuge y el cuñado del Senador, quienes la autorizaban a percibir tales rentas a su nombre.

Posteriormente, en el mes de agosto del año 2010, el inmueble en cuestión fue adjudicado a la cuñada del Senador, por lo que desde esa época y hasta noviembre del año 2010 los pagos realizados por éste fueron en su beneficio personal.

Estos hechos fueron calificados jurídicamente por el Ministerio Público como constitutivos de los delitos de negociación incompatible (artículo 240 del Código Penal) y de fraude al Fisco (artículo 239 del Código Penal).

Mientras al Senador se le atribuyó participación en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal, ambos en carácter de reiterados, a sus cuñados se les atribuyó participación en calidad de autores del artículo 15 N°s 1 y 3 del Código Penal sólo en el delito de fraude al Fisco (al cuñado en carácter de reiterado).

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

En el considerando noveno de la sentencia el Tribunal señala los hechos y circunstancias que estimó suficientemente acreditados con la prueba documental, pericial, testimonial y material rendida en juicio:

“1.- CBC ejerció el cargo de H. Senador de la República de Chile, por la 19° Circunscripción electoral, entre el día 11 de marzo del año 2006 y 10 de marzo del 2014.

2.- Que el día 31 de marzo del año 2006, habiendo ya asumido CBC como Senador de la República de Chile celebró un contrato de arrendamiento, en calidad de arrendatario, de una parte de la propiedad ubicada en calle Ignacio Carrera Pinto N° 822 de Punta Arenas, también signada indistintamente con los N°s 824-A y 824 B, para ser destinada a oficina o sede parlamentaria.

3.- Se estableció que el lleno manuscrito del mismo, así como la firma puesta en él, no obstante figurar como compareciente, en calidad de arrendadora, doña FEA, correspondieron en definitiva a la suplantación efectuada por su hijo don JRE.

4.- Que a la fecha del contrato, la propiedad en comento pertenecía a una comunidad hereditaria quedada al fallecimiento de don JRV, integrada por doña FEA, cónyuge sobreviviente; además, de sus tres hijos, BRE, VRE y JRE.

5.- Que en la fecha indicada, doña FEA era suegra del Senador; a la vez que BRE era su cónyuge; en tanto que, VRE y JRE eran cuñados del mismo.

6.- La superficie de la oficina arrendada como sede parlamentaria del Senador era de aproximadamente 39 metros cuadrados, en regular estado de conservación.

7.- El canon de arrendamiento pactado era la suma de \$850.000.- mensuales, a partir del mes de abril del 2006, reajustables anualmente según la variación del I.P.C.

8.- El contrato de arrendamiento así pactado, tuvo vigencia desde el 1° de abril del año 2006 hasta el 30 de noviembre del año 2010.

9.- Todas las rentas de arrendamiento durante su vigencia, fueron canceladas con fondos provenientes del Senado de la República.

10.- Los pagos mensuales de arriendo por el Senado fueron realizados mediante cheques nominativos, a nombre de CBC entre abril del 2006 y septiembre del 2009 y a nombre de VRE entre octubre del 2009 y noviembre del 2010.

11.- VRE, en septiembre del 2009, extiende un documento en el que informa asumir el cobro de las rentas de arrendamiento, debido al fallecimiento de su madre FEA, para ser remitido al Departamento de Finanzas del Senado de la República, a petición del gabinete del Senador.

12.- Que el inmueble así arrendado y mientras tuvo vigencia, fue siempre destinado como sede parlamentaria del H. Senador.

13.- Los montos mensuales utilizados por el Senador de la asignación parlamentaria denominada “gastos de oficina” nunca excedieron el monto total asignado a ese ítem.

14.- *El Senado de la República de Chile, adoptó un Acuerdo en el sentido que, a partir del mes de octubre del año 2009, los pagos de arriendo de sedes parlamentarias debían hacerse directamente al arrendador.*

15.- *El Senado de la República, en el año 2006, carecía de reglamentación que prohibiera a un Senador celebrar contratos entre parientes o fijara límites de monto para el arriendo de alguna sede parlamentaria.*

16.- *El Senador no tiene la representación legal de la Corporación Senado de la República de Chile*<sup>9</sup>.

### III. Calificación jurídica

En opinión del voto de mayoría “...no obstante los hechos que se establecieron en el juicio a los cuales se ha aludido precedentemente, la narración de los que se contienen en las acusaciones del Ministerio Público, Consejo de Defensa del Estado y querellante particular, a juicio del tribunal, **no son suficientes para satisfacer los tipos penales de los artículos 239<sup>10</sup> y 240<sup>11</sup> del Código Penal**”<sup>12</sup> (el subrayado es nuestro).

Los siguientes son algunos de sus fundamentos para arribar a dicha conclusión:

- No advierte cual sería la infracción de deber, engaño, ardid u ocultación de acciones en que habría incurrido el Senador al suscribir el contrato de arrendamiento<sup>13</sup>.
- Todas las actuaciones realizadas por el Senador fueron efectuadas sin ocultamiento de información alguna y siguiendo los protocolos e instrucciones de la Comisión de Régimen Interno y de la Tesorería del Senado, por lo que no ha existido artificio o maniobra de ocultamiento alguna que se le pueda imputar como fraude<sup>14</sup>.

9 Considerando noveno, sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 76-2015, RUC 1300410940-0, de fecha 18 de diciembre de 2015.

10 Sanciona al empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo.

11 Sanciona al empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. También lo castiga si en el negocio u operación confiados a su cargo diere interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, entre otros parientes.

12 Considerando decimotercero, párrafo primero.

13 Considerando decimotercero, párrafo segundo.

14 Considerando decimocuarto, párrafos segundo y final.

- Tampoco se le puede imputar al Senador alguna infracción a sus deberes funcionarios, puesto que respecto de la renta de arriendo pactada éste podía disponer libremente de la asignación denominada “*gastos de oficina*”, que era superior a los \$4.000.000 (cuatro millones de pesos), sin que existiera ninguna norma, instrucción o recomendación que restringiera la determinación del monto de arriendo, lo que estaba dentro de sus facultades<sup>15</sup>.
- No se le puede hacer reproche alguno al Senador por el arriendo del inmueble en cuestión como sede parlamentaria, ya que con la prueba testimonial y documental fue posible establecer indubitadamente que se cumplió la finalidad por la cual el Senado desembolsó y pagó tales fondos para el cumplimiento de una función pública, esto es, que el inmueble fue siempre y efectivamente utilizado como sede parlamentaria. Dicha circunstancia nunca fue controvertida en el juicio<sup>16</sup>.
- El Senador nunca excedió el monto total que, conforme a la normativa interna del Senado, le era asignado a título de “*gastos de oficina*”. Se considera que haber pactado una renta que rondaba el 18% del total disponible para el arriendo de la única sede parlamentaria que mantenía el Senador era parte del ejercicio de sus prerrogativas como tal<sup>17</sup>.
- Desestima la existencia de un sobreprecio en el arriendo de la propiedad en cuestión, por cuanto la comparación de distintas propiedades arrendadas como oficina en Punta Arenas, efectuada por los dos peritos presentados por los acusadores, se realizó sobre arriendos de distintas fechas y respecto de los cuales se ignoran sus condiciones de negociación, sus características internas de distribución, así como su pertinencia de utilidad para una eventual sede parlamentaria. Así, su apreciación de que la renta pactada constituya un sobreprecio carece de la mínima precisión necesaria para tenerla por cierta<sup>18</sup>.
- Aunque se hubiere acreditado una desproporción en la renta de arrendamiento, se señala que ella sería del todo irrelevante puesto que el Senador sí habría cumplido con las dos condiciones para el uso de las asignaciones parlamentarias: que el gasto se destine al fin (que la propiedad arrendada se utilice como sede parlamentaria) y que el monto del gasto no exceda del máximo fijado en la respectiva asignación (dentro del cual el parlamentario tiene libre disposición)<sup>19</sup>.

---

15 Considerando decimoquinto.

16 Considerando decimosexto.

17 Considerando decimoséptimo.

18 Considerando decimooctavo, párrafo primero.

19 Considerando decimooctavo, párrafo segundo.



- Respecto del cuestionamiento por haber celebrado un contrato de arrendamiento con familiares, en base a los numerosos testimonios de funcionarios del Senado y oficios de la misma Corporación, concluye que el Senador no infringía ninguna normativa interna al celebrar contratos de este tipo con parientes, puesto que no tenía prohibición alguna de hacerlo<sup>20</sup>.

A modo de síntesis, señalemos que el voto de mayoría consideró que no se configuraba el delito de negociación incompatible por cuanto el Senador había actuado como particular al celebrar el contrato de arriendo y no como Senador - empleado público, y porque a la fecha del contrato no existía normativa interna del Senado que prohibiera contratar con parientes.

Por su parte, se estimó que no se daban los elementos del delito de fraude al Fisco porque las rentas de arriendo estaban dentro de los rangos establecidos por el Senado, porque el Senador nunca ocultó ni el contrato, ni el hecho de que estaba contratando con parientes, ni las características de la propiedad, además que tampoco se habría probado el supuesto sobreprecio.

El voto de minoría, en cambio, consideró que durante el juicio se acreditaron fehacientemente todos y cada uno de los elementos típicos del fraude al Fisco, esto es, la calidad de funcionario público del Senador, el carácter público de los fondos involucrados, el incumplimiento de deberes funcionarios por parte del Senador, la disposición patrimonial y el perjuicio, por lo que debía tenerse por plenamente justificado dicho delito.

#### **IV. Considerandos de interés**

##### **A) Calidad de empleado público del Senador.**

Únicamente por tratarse de una materia que en el pasado fuera controvertida, cabe destacar que la condición o calidad de funcionario público del Senador no fue discutida en juicio por ninguno de los intervinientes, ni siquiera por su defensa, con lo cual parece ya asentada la postura que considera que los parlamentarios sí son empleados públicos.

En el considerando duodécimo se deja establecido que, habiendo CBC ejercido el cargo de Senador de la República entre el 11 de marzo del 2006 y el 10 de marzo del 2014, se trata de un empleado público para los efectos del artículo 260 del Código Penal.

##### **B) Intervención del Senador en los contratos de arrendamiento.**

Como ya se señaló, el voto de mayoría estimó que el Senador actuó como particular al suscribir el contrato de arrendamiento del inmueble de propiedad

---

20 Considerando decimonoveno.

de sus parientes y que fue utilizado como sede parlamentaria, lo que impedía configurar el delito de negociación incompatible.

Refiriéndose al deber de probidad, que cataloga como una premisa para todo funcionario del orden estatal, expresa:

*“Empero, de la prueba que se incorporó al juicio, quedó demostrado que el contrato de arrendamiento, lo realizó a **título particular**. Allí están las declaraciones del señor Secretario del Senado y del señor Fiscal, es decir, **no firmó ningún contrato a nombre del Estado de Chile**”<sup>21</sup> (el subrayado es nuestro).*

También señala que *“...intervenir en un contrato, es tomar parte en el contrato, vale decir es **participar o intervenir como parte en el contrato** y se debe ser parte en el contrato **por razón del cargo**, esto es, con motivo o causa del ejercicio del cargo”<sup>22</sup> (el subrayado es nuestro), precisando a continuación que *“...no se trata que la celebración del contrato se hubiese vinculado de alguna forma o manera, el ejercicio del cargo de senador por parte de CBC”<sup>23</sup>, sino que la exigencia del artículo 240 del Código Penal apunta a que *“...el autor haya sido parte en el contrato como empleado público”<sup>24</sup>, lo que no ocurre en el caso del Senador.***

En relación a la honestidad, objetividad e imparcialidad en el desempeño de la función pública como bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible, el voto de mayoría concuerda con la defensa en el sentido que *“...es evidente que su afectación, que es lo que la tipificación de la conducta pretende prevenir, solo puede producirse si el funcionario interviene, es parte como tal funcionario por razón del ejercicio de su cargo en el contrato...”<sup>25</sup>.*

Finalmente, el voto de mayoría indica que *“...la ratio legis de la disposición está en la protección del patrimonio del Estado, pues si el funcionario no interviene como tal funcionario en el contrato no compromete en dicho contrato el patrimonio estatal”<sup>26</sup>.*

La visión del voto en contra es distinta.

Si bien manifiesta que es indudable que *“...don CBC no representaba a esa fecha, judicial ni extrajudicialmente al Senado...”<sup>27</sup>, agrega luego que ello *“...no quiere decir que éste no le haya “confiado” la celebración de estos contratos de arriendo, según la propia normativa interna que en relación al ítem “gastos de**

21 Considerando vigesimotercero.

22 Considerando vigesimocuarto.

23 Ídem.

24 Ídem.

25 Considerando vigesimoquinto.

26 Ídem.

27 Considerando undécimo, párrafo final.

*oficina” confiaba al respectivo Senador el establecimiento de las condiciones de negociación, sin cuestionamiento alguno, salvo el exceder un monto total...”<sup>28</sup>.*

Así, para el voto en contra el Senador “...estaba llamado por el ordenamiento jurídico, entendiéndose en ello, la normativa y reglamentación interna del Senado de la República, a tomar parte en dicha operación”<sup>29</sup>.

Indica que la preposición “por”, en una de las diversas acepciones que le otorga el Diccionario de la RAE “...denota “**causa**”, es decir motivo; por lo que bien puede sostenerse que **dicho contrato de arrendamiento tiene por fundamento o causa, su condición de Senador de la República, esto es, funcionario público**”<sup>30</sup>.

Sobre este punto concluye el voto en contra expresando que “...el que efectivamente el Senador no tenga facultades para representar legalmente al Senado de la República, como quedó asentado en el juicio, de ello no se colige en modo alguno, que para ciertas materias no haya sido **comisionado por el mismo Senado, verbigracia, para establecer las condiciones contractuales...**”<sup>31</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que pretender en este caso que la actuación del sujeto activo deba realizarse “en representación” del Senado constituye una exigencia adicional no prevista por la ley para tener por configurado el delito de negociación incompatible del artículo 240 del Código Penal.

Del tenor literal de dicho tipo penal se desprende claramente que únicamente se exige que el negocio u operación se encuentre confiado a su cargo, sin que sea en absoluto necesario un contrato de mandato o “representación legal” para su comisión.

Los funcionarios públicos, en la medida que actúen dentro del ámbito de su competencia y funciones, y en la forma que prescriba la ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de nuestra Constitución Política, no requieren mandato ni representación para actuar por el Estado.

La facultad que tienen los senadores para suscribir contratos de arrendamiento de inmuebles con terceros, con el objeto de utilizarlos como sedes parlamentarias (en ejercicio de su función pública), obligando así al Senado (erario público) a pagar las rentas a título de asignación parlamentaria deriva precisamente de su investidura como tales.

Del mismo modo como se citó en el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, resulta útil incorporar aquí lo expresado por los Ministros

---

28 Ídem.

29 Ídem.

30 Considerando duodécimo, párrafo final.

31 Ídem.

de la Excm. Corte Suprema, señores Sergio Muñoz Gajardo y Pedro Pierry Arrau, quienes en su voto en contra en la causa Rol N° 9779-10<sup>32</sup> abordaron esta temática señalando lo siguiente:

*“En el caso que se debate el diputado **interviene en razón de su cargo, ya que tiene la competencia para participar en la operación concreta que es la elección y la suscripción del contrato de arrendamiento para su utilización como sede distrital.** En consecuencia, para efectos penales, al parlamentario le es aplicable el tipo especial, cuando concurran los requisitos objetivos y subjetivos del injusto penal respectivo y, al otro contratante, según la tesis a que se adscriba, se sancionará como partícipe de ese mismo delito o del común, reglado para quien no detenta esa condición”<sup>33</sup> (el subrayado es nuestro).*

### C) Tipo penal del artículo 240 del Código Penal como ley penal blanco.

Uno de los motivos que de acuerdo al voto de mayoría impidieron que se tuviera por configurado el delito de negociación incompatible fue que a la época de celebración del contrato de arriendo no existía normativa interna del Senado que prohibiera a los parlamentarios contratar con parientes.

Así, expresa que *“...como pudo apreciarse de los numerosos testigos funcionarios del Senado que declararon en el juicio, así como oficios de la misma Corporación que fueron leídos en el desarrollo del mismo, no cabe sino concluir que el Senador **no tenía prohibición alguna** de celebrar contratos de este tipo entre parientes; por tanto, no infringía ninguna normativa interna al hacerlo”<sup>34</sup> (el subrayado es nuestro).*

Posteriormente, al mencionar las dudas razonables surgidas indica: *“...b).- la circunstancia que el señor CBC le arrendará a sus parientes, ¿Es una falta de probidad? No hay elemento para ello, lo testigos del SENADO incluso manifestaron que los señores SENADORES contrataban parientes para trabajar como asesores”<sup>35</sup>.*

Pareciera que el voto de mayoría entendió la figura del artículo 240 del Código Penal como una ley penal en blanco que requiere, para la determinación de su injusto, de la existencia de prohibiciones de orden reglamentario.

32 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 9779-10, rechaza recursos de queja interpuestos por el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado en contra de los integrantes de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por las faltas o abusos graves en que habrían incurrido al dictar la resolución de trece de diciembre pasado y en cuya virtud decretaron el sobreseimiento definitivo de la causa RUC 1000931319-8, RIT 1021-2010 del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero, de fecha 20 de abril del año 2011.

33 Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 9779-10, considerando duodécimo del voto en contra, párrafo quinto, págs. 27-28.

34 Considerando decimonoveno.

35 Considerando vigesimonoveno.

Dicho razonamiento, según el cual el delito de negociación incompatible requeriría de una remisión a normas extrapenales para completarse, implica desconocer principios tan fundamentales como los de legalidad y de jerarquía normativa.

En todo caso, la inexistencia de una supuesta prohibición de orden reglamentario no puede primar por sobre la existencia de una prohibición de rango legal, en este caso dirigida a los funcionarios públicos, que en virtud de lo establecido en el artículo 8 del Código Civil<sup>36</sup> se presume conocida por todos.

Entenderlo de otra manera implicaría supeditar la eficacia y vigencia de una prohibición legal ínsita en el tipo penal a la existencia de una prohibición de orden reglamentario, lo que supondría una vulneración del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El delito de negociación incompatible del artículo 240 del Código Penal, que castiga al empleado público que se interesa directa o indirectamente en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, o que en el negocio u operación confiados a su cargo da interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad (entre otros parientes) constituye un tipo penal completo y autónomo, que no requiere de ninguna disposición reglamentaria o administrativa, como lo es la normativa interna del Senado, para la determinación de su injusto.

#### D) Infracción del Senador a sus deberes funcionarios.

Como ya se indicó previamente, en concepto del voto de mayoría al Senador no se le puede imputar ninguna infracción a sus deberes funcionarios en torno al arriendo del inmueble en cuestión como sede parlamentaria, sea por la renta pactada como por haber contratado con parientes, toda vez que éste no habría realizado ninguna maniobra engañosa o de ocultación, sino que, por el contrario, siguió las instrucciones y protocolos del Senado al respecto, utilizó el inmueble para el fin previsto (sede parlamentaria) y no excedió el monto total de la asignación parlamentaria.

En tal sentido, se expresó que “...no se advierte si la actuación del señor CBC, al suscribir el comentado contrato de arrendamiento, lo efectúa con infracción de algún deber especial a que estaba obligado o bien mediante algún engaño, ardid u ocultación de acciones que ameriten el reproche penal que se le hace a su actuación”<sup>37</sup>.

Luego se indica que “...todas las actuaciones realizadas por el Senador fueron efectuadas sin ocultamiento de información alguna y siguiendo los protocolos e instrucciones que se le entregaron la Comisión de Régimen interno del Senado y Tesorería del mismo, esto es, suscribió un contrato de arrendamiento formalmente

36 Artículo 8°. Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia.

37 Considerando decimocuarto.

en un documento que entregó al Departamento de Finanzas del Senado y solicitó los respectivos pagos de arriendo a su nombre, como así lo permitían las reglas del Senado de la República para ese entonces. Todo lo cual descarta cualquier artificio o maniobra de ocultamiento que pudiera imputársele como fraude”<sup>38</sup>.

Asimismo, se señaló: “Que tampoco puede imputársele al Senador en la celebración de este contrato de arriendo alguna infracción a sus deberes funcionarios, al pactar una renta de arrendamiento de \$850.000.- por una oficina o sede parlamentaria, si de acuerdo a la reglamentación del Senado a esa fecha, él podía disponer libremente de una asignación denominada “gastos de oficina” superior a los \$4.000.000.- con cargo a la cual imputar ese monto de arriendo, no existiendo a este efecto norma, instrucción y ni siquiera recomendación alguna que le impidiera o restringiera aplicar un determinado monto al arriendo de una oficina en particular, encontrándose, por tanto, dentro de sus facultades incuestionables, la de fijar el monto del arriendo a pactar”<sup>39</sup>.

Para el voto en contra, que tuvo por plenamente justificado el delito de fraude al Fisco, “...el incumplimiento de los deberes funcionarios se tipifica aunque no exista propiamente un engaño, si bien habitualmente habrá una mentira, esto es, una apariencia de realidad que no es tal sin exigir un especial ardid de su parte; verbigracia, pactar un sobreprecio en un contrato de arrendamiento cuyas rentas serán pagadas con fondos públicos”<sup>40</sup>.

Refiriéndose a lo planteado por la defensa del Senador en cuanto a que éste habría actuado como particular al arrendar el inmueble como sede parlamentaria, puesto que no tenía la representación del Senado para celebrar contratos en su nombre, el voto en contra señala que ello “...no mella su especial vinculación con un órgano del Estado, que lo obligaba a ejercer con apego a los principios de debida probidad las contrataciones que efectuare y cuyas consecuencias patrimoniales ha debido soportar el Fisco de Chile”<sup>41</sup>.

Luego expresa que en su opinión sí existió por parte del Senador una infracción a sus deberes funcionarios, toda vez que “...al pactar un contrato de arrendamiento por una sede parlamentaria, el día 31 de marzo del año 2006, con un canon de arriendo que se demostró en juicio correspondía entre un 600 a 700% por sobre el valor de mercado arriendo de dicha propiedad, beneficiando con ello a parientes por afinidad, **no evidenció en tal actuación un desempeño honesto y leal con la función**; por el contrario, privilegió el interés particular, entendiéndose personal o familiar...”<sup>42</sup> (el subrayado es nuestro).

38 Considerando decimocuarto, párrafo final.

39 Considerando decimoquinto.

40 Considerando duodécimo, párrafo final.

41 Considerando vigesimotercero, página 293.

42 Considerando vigesimotercero, página 294.

E) Supuesta libre disposición de la asignación parlamentaria “gastos de oficina”.

El voto de mayoría no sólo desestimó las pericias que permitían acreditar la existencia de un sobreprecio en el arriendo del inmueble utilizado como oficina parlamentaria<sup>43</sup>, sino que llegó a señalar “...que aun cuando se hubiere acreditado una **desproporción** en la renta de arrendamiento, ella sería del todo **irrelevante** puesto que las condiciones que deben cumplirse para el uso de las asignaciones parlamentarias son dos: 1) que el gasto se destine al fin, en este caso, que la propiedad arrendada se destine a sede parlamentaria; y 2) que el **monto del gasto no exceda del máximo** fijado en la respectiva asignación, **ya que dentro del monto de la asignación, el parlamentario tiene libre disposición**, lo que le permitía elegir con plena autonomía un inmueble para instalar su oficina parlamentaria, de acuerdo a sus requerimientos”<sup>44</sup> (el subrayado es nuestro).

En otros pasajes del fallo también se menciona que, de conformidad con la reglamentación del Senado a la fecha, el Senador “...podía disponer libremente de una asignación denominada” gastos de oficina” superior a los \$4.000.000.-... ”<sup>45</sup>.

Cabe recordar aquí que la defensa del Senador manifestó reiteradamente que el canon de arriendo mensual pactado (\$850.000) era inferior al 20% del total disponible para tales efectos (dicho monto, al año 2006, era cercano a los \$4.500.000).

Por su parte, el voto en contra centra su análisis en el concepto de “libre disposición”, manifestando que la defensa del Senador “...ha pretendido sostener una especie de libertad absoluta de disposición del tal ítem de fondos”<sup>46</sup>, que en su opinión, y con la cual concordamos, no se condice con la naturaleza pública de tales fondos.

Así, manifiesta que “...si bien quedó en evidencia que el Senado no ejercía un control de estos gastos en tanto no superaran el límite establecido, resulta evidente que los **fondos disponibles para ello, al ser públicos**, debían ser empleados con los resguardos propios de toda inversión, a que nos hemos ya referido a propósito de la **probidad funcionaria**”<sup>47</sup> (el subrayado es nuestro).

En el mismo sentido, el voto en contra señala que aun cuando el Senador hubiese pactado una renta de arriendo que alcanzara el monto total de la asignación parlamentaria, pero por un inmueble de incluso menor superficie que el de

43 Considerando décimo.

44 Considerando decimooctavo, párrafo final.

45 Considerando decimoquinto.

46 Considerando cuadragésimoquinto.

47 Ídem.

sus parientes, de todas maneras tendría que verificarse que se cumpliera con “...un requisito necesario, indispensable y no eludible de modo alguno, esto es, que la propiedad por la que se paga dicho arriendo los valga, es decir, no debe perderse de vista que una oficina parlamentaria del Senador que sea cumple una finalidad pública, en este caso, atender ciudadanos, la que además es pagada con fondos públicos, por lo que el Estado, en su ente patrimonial Fisco de Chile, tiene el legítimo derecho a recibir una contraprestación económica del nivel por lo que está pagando”<sup>48</sup>.

## V. Palabras finales

La sentencia aquí comentada nos parece relevante por diversos motivos. En primer término porque se refiere a un H. Senador de la República que fue desaforado por la Il. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, lo que luego fue confirmado por la Excma. Corte Suprema. En segundo término, porque la sentencia definitiva trata importantes aspectos en relación a los tipos penales de negociaciones incompatibles y fraude al Fisco, los que estimamos fueron erróneamente sopesados y resueltos por el voto de mayoría.

Entender que un Senador de la República actúa como particular cuando suscribe un contrato de arrendamiento de un inmueble que va a ser utilizado como sede parlamentaria (no como su residencia particular o casa de veraneo), cuya renta será, además, pagada con fondos públicos, es un razonamiento que por supuesto no compartimos y consideramos en extremo desacertado.

Creemos también que es equivocado dar preeminencia a la falta de una disposición reglamentaria que prohíba contratar con parientes, en desmedro de la prohibición legal existente al efecto, como lo es la norma del artículo 240 del Código Penal.

Por último, nos parece que el voto de mayoría no aprecia adecuadamente el concepto de libre disposición de las asignaciones de que disponen los parlamentarios, olvidando o haciendo caso omiso al hecho que se trata de fondos públicos que deben ser utilizados y resguardados con el mayor celo posible.

---

48 Ídem.





UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN TRÁFICO ILÍCITO DE  
ESTUPEFACIENTES Y  
SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

---



## RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. TITULARIDAD DE LAS GARANTÍAS INFRINGIDAS

### Tribunal: Corte Suprema

#### Resumen:

*El recurso de nulidad, como todo medio de impugnación de resoluciones judiciales, exige la existencia de agravio, esto es, un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, pero tal gravamen necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, vulnerando las garantías constitucionales que alude.*

*No es posible dar por afectadas las garantías del respeto y protección a la vida privada, la inviolabilidad del hogar y el derecho de propiedad del aludido cuando quienes tienen la titularidad y sí podrían alegar alguna perturbación en tal sentido son terceros en la causa, específicamente aquellos ocupantes de los departamentos independientes del lugar donde la medida debía cumplirse y que sufrieron o pudieron sufrir alguna molestia o incomodidad con lo invasivo de la orden judicial otorgada<sup>1</sup>.*

#### Texto completo:

Santiago, veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

#### Vistos:

En los antecedentes RUC N° 1301187850-9, RIT N° 247-2015 y rol de ingreso de esta Corte Suprema N° 37020-15, sobre juicio oral, el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco dictó sentencia definitiva el dos de diciembre del año dos mil quince, y por ella condenó, entre otros, a **Oscar Rolando Vásquez Sáez** a siete años de presidio mayor en su grado mínimo y multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo

3° de la Ley 20.000 y multa de 11 Unidades Tributarias Mensuales por ser autor del delito de posesión o tenencia ilegal de municiones del artículo 9 en relación al artículo 2 letra c) de la Ley 17.798, perpetrados el día 7 de diciembre de 2013.

En contra de ese fallo el defensor penal privado señor Guillermo Cáceres Yáñez, por el imputado, interpuso recurso de nulidad cuya vista se verificó el 13 de enero pasado con la concurrencia y alegatos de los abogados señor Marco Antimilla, por el condenado, y Hernán Ferrera, por el Ministerio Público, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

1 En el mismo sentido, ver fallo de la Excm. Corte Suprema dictado en el recurso de nulidad ingreso N°37.024-2015.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso invoca como causal principal el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, alegando infracción a las garantías constitucionales del debido proceso, respeto y protección a la vida privada, inviolabilidad del hogar y derecho de propiedad, contenidas en el artículo 19 N° 3 inciso quinto, N° 4, N° 5, y N° 24, en relación con los artículos 6 y 7, todos de la Constitución Política de la República.

Señala que habiéndose desbaratado una operación de ingreso al país de una importante cantidad de droga desde Argentina, una vez encontrada la sustancia (170 paquetes de marihuana prensada con un peso de 93,68 Kg. y 6 paquetes con clorhidrato de cocaína con un peso de 3,09 Kg.) se obtiene una orden de entrada y registro al domicilio de su representado ubicado en la ciudad de Temuco, puesto que se le considera el cabecilla de la operación. La orden se concede respecto del domicilio de XXX, Temuco y se encuentran en el lugar 1,76 Kg. de marihuana prensada, llaves de un automóvil BMW y cartuchos sin percutar, posteriormente carabineros se dirige a un taller mecánico donde está estacionado el vehículo lo abren con la llave incautada del domicilio ya indicado y encuentran en su interior 5 paquetes con marihuana prensada con un peso de 3,19 Kg. y una balanza digital.

El conflicto radica en que la propiedad allanada está compuesta de 3 locales

comerciales independientes en el primer piso y de 4 departamentos donde viven distintas familias en el segundo piso. En consecuencia, al allanarse XXX, X Piso, Depto. YYY –domicilio exacto donde fueron encontradas especies– no se estaba lícitamente autorizado por la orden dada por el juez de garantía la que sólo aludió en términos genéricos a XXX, X Piso. Por tal razón, todos los hallazgos inculpatorios recogidos en el departamento supuestamente del acusado lo fueron de un domicilio diverso al autorizado en la orden, por ende, están contaminados con la ilicitud del ingreso, motivo por la cual no cabe –a su juicio– duda que la Policía actuó de forma autónoma al allanar el departamento YYY siendo que existían 4 en el X piso del lugar.

Explica que preparó adecuadamente el recurso, toda vez que instó por la declaración de vulneración de garantías ante el juez de garantía al solicitar revocar la prisión preventiva que afectó a su representado, también en la audiencia de preparación de juicio oral, además, presentó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del artículo 277 Código Procesal Penal al negársele la apelación del auto de apertura, también lo alegó en el juicio oral, nada de lo cual prosperó.

**Segundo:** Que como primera causal subsidiaria se invoca la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, fundada en la infracción a los artículos 9, 80, 81, 83, 84,

205, 208, 214 y 216, en relación al art. 5 inciso 2° todos del Código Procesal Penal, en concordancia con los artículos 6, 7, 19 N° 3, N° 4, N° 5 y N° 24 de la Constitución Política de la República, al existir una errada interpretación de los preceptos legales que regulan la entrada y registro en lugar cerrado, lo cual en el caso sub lite se realizó fuera de los parámetros dados por las normas ya citadas. El yerro que denuncia consiste en que no se hizo una interpretación restrictiva a las disposiciones que restringen derechos fundamentales del imputado.

**Tercero:** Que, por último, reclama como segunda causal subsidiaria la señalada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo normativo. La funda en el hecho que la sentencia adolece de inconsistencias en cuanto a la valoración de los medios de prueba, como, también, al ponderar en su análisis evidencia contaminada e ilícita. En cuanto a la primero, denuncia que no se logró acreditar participación del acusado en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y tenencia de munición, por la inexistencia de elementos de cargo suficientes para vincularlo con la operación de tráfico ilícito materia de la acusación, en su concepto sólo hay especulaciones policiales relativas al hecho que sería cabecilla de la operación de internación de droga que se desbarató en la precordillera de la Novena Región en la cual no participó, califica las consideraciones del fallo en tal sentido como meras

especulaciones carentes de sustento jurídico, toda vez que no se demostró en juicio que su representado tuviera el dominio del hecho en atención a que no se encontró droga en su poder, tampoco era el dueño de la droga incautada, además no facilitó ningún vehículo para la operación, ni manejaba alguno de aquellos que participaron en la misma, no era el dueño del automóvil marca BMW donde se encontró droga en un estacionamiento, no está acreditado que XXX sea realmente su domicilio, pues correspondía al domicilio de su ex pareja. Lo único que admite probado fue que su representado facilitó un intercomunicador a uno de los acusados y que compartió una comida con los demás integrantes de la banda lo que –a su entender– sería insuficiente para estimarlo autor de ninguno de los dos delitos por los cuales fue condenado. En cuanto a lo que se deriva del ingreso a lugar cerrado, afirma que toda la prueba rendida en juicio es ilícita y todos los hallazgos obtenidos del interior del departamento están contaminados por tal ilicitud al obtenerse vulnerando el debido proceso y la inviolabilidad del hogar.

**Cuarto:** Que sus peticiones concretas varían según la causal de que se trate, de acogerse la principal, anular el juicio y la sentencia, excluyendo del auto de apertura la prueba de cargo que detalla por infracción de garantías y determinar el estado en que debe quedar el procedimiento para que un tribunal no inhabilitado realice un nuevo juicio oral. En el evento de acogerse la primera causal subsidiaria del

artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, se solicita que invalide la sentencia declarando que en su pronunciamiento ha existido errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en virtud de lo cual se dicte sentencia de reemplazo que absuelva a su representado de los cargos por delitos de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de munición. Finalmente, de acogerse la segunda causal subsidiaria, anular el juicio y la sentencia determinando el estado en que el proceso debe quedar para que un tribunal no inhabilitado provea la realización de un nuevo juicio oral.

**Quinto:** Que la vulneración de garantías denunciada en la causal principal del recurso descansa en la falta de precisión o generalidad de la orden verbal de entrada, registro e incautación otorgada por el juez de garantía que permitió el allanamiento del domicilio donde se incautó droga y demás elementos usados para la incriminación, por lo que tal falta de especificidad llevaría a un procedimiento irregular y defectuoso que debió inhibir a los funcionarios policiales de efectuar la diligencia ordenada al advertir la existencia de 4 departamentos en el lugar donde debían cumplir la orden, bajo riesgo de actuar de manera autónoma como efectivamente ocurrió, puesto que primeramente ingresan a un domicilio distinto al que correspondía.

Hay que advertir que el recurrente no cuestiona la existencia de la orden dada por autoridad competente ni tampoco sus motivos ni

oportunidad. No reprocha la dirección ni la persona en contra de quien se dirigía la medida, sólo ataca la situación de hecho que enfrentó la policía al momento de traspasar el umbral del lugar respecto del cual mantenían autorización judicial para entrar y registrar –XXX, X piso– al encontrar distintos departamentos independientes, los números X, X, X y X, circunstancia que debió inhibirlos de ejecutar la orden para evitar afectar sustancialmente la garantía del debido proceso, el respeto y protección a la vida privada, la inviolabilidad del hogar y el derecho de propiedad.

**Sexto:** Que del planteamiento del recurrente subyace una confusión que es imprescindible aclarar para la adecuada resolución de la presente causal; el recurso de nulidad, como todo medio de impugnación de resoluciones judiciales, exige la existencia de agravio, esto es, un perjuicio reparable en este caso sólo con la declaración de nulidad, pero tal gravamen necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales que alude. Dicho lo anterior, no es posible dar por afectadas las garantías del respeto y protección a la vida privada, la inviolabilidad del hogar y el derecho de propiedad del aludido cuando quienes tienen la titularidad y sí podrían alegar alguna perturbación en tal sentido son terceros en la causa, específicamente aquellos ocupantes de los departamentos independientes del lugar donde la medida debía cumplirse y que sufrieron o pudieron

sufrir alguna molestia o incomodidad con lo invasivo de la orden judicial otorgada, pero en ningún caso el sentenciado Vásquez Sáez quien precisamente se encontraba en una hipótesis de excepción puesto que un juez, en conocimiento de los graves cargos que enfrentaba y los antecedentes proporcionados por el fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación, decidió dentro de su competencia afectar las garantías constitucionales citadas con pleno respeto a la Constitución y la ley porque al realizar una ponderación de la naturaleza de la investigación, esto es, una operación de tráfico internacional de sustancias estupefacientes y psicotrópicas por parte de una banda criminal dotada de medios que les permitían el uso de varios vehículos y sofisticados mecanismos de comunicación, la evidencia incautada y las declaraciones prestadas por otros imputados detenidos en el procedimiento hacían razonable la afectación de las referidas garantías respecto del recurrente al ser sindicado no sólo como parte de la organización sino como uno de sus cabecillas, líderes o jefes.

**Séptimo:** Que en lo que atañe al debido proceso que reclama vulnerado por una actuación autónoma del personal policial que realiza la diligencia intrusiva, es decir, que procedieron por su cuenta por sí y ante sí en la entrada y registro, cabe consignar que aquello no resulta acorde a la realidad que fluye del juicio ni del mérito del propio recurso, en atención a que la diligencia no se realizó en

un lugar distinto al autorizado judicialmente sino que en el mismo lugar, pero donde existían varios departamentos. En definitiva, lo que pretende el recurrente es denunciar autonomía bajo pretexto de exigir parálisis o inacción en el actuar policial cuando lo que estaba en juego era continuar con un procedimiento policial en marcha por un delito de crimen organizado con alcances internacionales que era dirigido directamente por un fiscal del Ministerio Público quien además para perturbar garantías constitucionales, específicamente la inviolabilidad del hogar, cumplió rigurosamente con el ordenamiento jurídico al requerir previamente la autorización de un juez de garantía que permitió la medida. En ese contexto, no se comparte el planteamiento de la defensa en el sentido que la falta de individualización del departamento en la orden la transformaba en inexistente, puesto que en atención a la dinámica de los hechos aquello era una situación imprevisible para la policía que en nada perjudicó al imputado toda vez que se cumplió en la dirección donde el juez ordenó, por lo que no se aprecia exceso o autonomía alguna por parte del personal de carabineros que la llevó a cabo, quienes de haberse paralizado al encontrar varios accesos independientes en el lugar pudieron poner en riesgo el éxito de la operación al no dar cumplimiento a la medida intrusiva que debían llevar a cabo la que por su naturaleza requería sin lugar a dudas de un sentido de urgencia.



**Octavo:** Que por lo expuesto precedentemente resulta inconcuso que la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal no puede prosperar, en consecuencia, toda la evidencia incautada desde el inmueble que correspondía el imputado, al cual se ingresó previa autorización judicial, es lícita.

**Noveno:** Que en cuanto a la primera causal subsidiaria invocada por el recurrente, esto es, la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal que se funda en una errónea aplicación de los artículos 9, 80, 81, 83, 205, 208, 214 y 216, en relación al artículo 5 inciso 2°, todos del Código Procesal Penal, en concordancia con los artículos 6, 7, 19 N° 3, N° 4, N° 5 y N° 24 de la Constitución Política de la República, en atención a que la conclusión arribada por los sentenciadores del fondo en el considerando Duodécimo parte final de la sentencia sería errónea al señalar lo siguiente: *“... puesto que si bien es efectivo que el acusado arrendaba un departamento (X) de los cuatro en que se subdividía el cuarto piso del domicilio de XXX de Temuco, no afecta sus derechos el hecho que la orden judicial haya sido más genérica en cuanto a autorizar la entrada y registro del X piso de la dirección antes señalada. En efecto, el artículo 208 del Código Procesal Penal dispone como únicos presupuestos que debe contener la orden que autorizare la entrada y registro los siguientes: “a) El o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados; b) El fiscal que lo hubiere solicitado; c) La autoridad encargada de practicar*

*el registro, y d) El motivo del registro y, en su caso, del ingreso nocturno.”; donde en la orden judicial acompañada como documento por la defensa se cumplen todos ellos, pues en la ley no se establece que la orden debe contener la especificación exacta del lugar a registrar, sino que permite que sean “el o los edificios”, en el presente caso se autorizó respecto de un X piso, entonces los funcionarios policiales, estaban habilitados para registrar todas las dependencias de dicho X,...*”.

La errónea interpretación que reclama dice relación con interpretar las normas que cita en forma extensiva y no restrictiva como demanda toda disposición que restringe derechos fundamentales, por lo tanto, al interpretar el artículo 208 del Código Procesal Penal debió entenderse que dicha disposición exige individualizar particularizadamente el lugar objeto de registro y al encontrar varios domicilios en el X piso del edificio y, no obstante, actuando autónomamente los policías al allanar actuaron fuera del marco dado por los artículos 79, 80, 81, 83 y 84 del código citado, todo lo cual ratifica el artículo 5 inciso 2° del mismo código, al establecer el principio de interpretación restrictiva de disposiciones que autorizan restringir derechos fundamentales aún en el contexto de la Ley 20.000.

**Décimo:** Que, sin perjuicio que lo expuesto en los análisis previos para desestimar la causal principal es plenamente aplicable para la causal subsidiaria en comento, no está de más añadir que “interpretar” es desentrañar el correcto sentido

que debe darse a una determinada norma lo cual bajo ningún punto de vista debe confundirse con “concluir” que corresponde a la acción de convencer por medio de la razón, ésta última operación y no la primera es la que los jueces del fondo procuran hacer a través de la consideración que el recurrente impugna, por lo tanto, no está en juego el alcance o sentido de la norma establecida en el artículo 208 del Código Procesal Penal, núcleo del reproche, sino la conclusión de los jueces en orden a que no es exigencia legal la especificación exacta del lugar a registrar en los términos que procura la recurrente por las razones que abundantemente entregan en el considerando duodécimo del fallo, motivo que impiden prosperar a esta causal subsidiaria de impugnación de la sentencia.

**Undécimo:** Que, por último, en lo que respecta a la segunda causal subsidiaria correspondiente a la prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo texto legal, por medio de la cual se denuncia la omisión en el fallo de la obligación impuesta por la ley de valorar los medios de prueba que fundan las conclusiones que permiten dar por probados los hechos y circunstancias de la causa conforme las reglas de la sana crítica, al existir, en primer lugar, inconsistencias en la valoración y, en segundo lugar, al utilizar prueba contaminada e ilícita en sus conclusiones.

En lo que corresponde al primer reproche de la presente causal, expresa que no se acreditó la participación de su defendido en los delitos por los cuales resultó condenado y que todo sería consecuencia de sospechas y especulaciones policiales respecto a que se trataría del cabezalla de la operación, no existiendo prueba que demuestre que tenía el dominio del hecho porque no tenía la droga en su poder, no es sindicado por los otros acusados, no facilitó ningún vehículo para la operación, no conducía ningún móvil, además el automóvil BMW encontrado en un taller con droga en su interior no era suyo, por último, cuestiona que no se probó que el domicilio donde fue hallada droga, munición y llave del auto ya aludido sea el suyo.

**Duodécimo:** Que, contrariamente a lo que afirma el recurrente, de la sola revisión del considerando duodécimo del fallo impugnado, que alude a la participación, aparece que aquella que se atribuye a su representado fue acreditada por los jueces del fondo dando estricto cumplimiento a la obligación impuesta por el artículo 297 del Código Procesal Penal en orden a no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, puesto que según se consigna en el motivo ya indicado, tres funcionarios policiales que participan de la operación están contestes en que dos de los detenidos Héctor Morales Villavicencio y Cristian Silva Barros declararon al momento de su detención que Oscar Vásquez Sáez era el dueño de

la droga y que la recepcionaría en su domicilio ubicado en XXX, X piso, donde precisamente se autorizó la orden de entrada y registro fundada, entre otras razones, por tales testimonios, los cuales, por lo demás, los propios coimputados ratificaron haberlos prestado al declarar en el juicio. Igualmente, aluden los jueces al testimonio del testigo F.V.C. quien arrendó el inmueble en cuestión a la pareja de Vásquez Sáez, la cual le manifestó que viviría en el lugar con él, lo que constó por su apodo “El Cali” y los hijos en común que mantienen. Además, refieren el testimonio en juicio del acusado Marcos Alvarez Cuevas quien fue a buscar las radios portátiles utilizadas para comunicarse en la precordillera fronteriza con Argentina durante la operación por no existir señal de celular, al domicilio de Vásquez Sáez la noche anterior a los hechos, recibiendo además dinero para financiar la bencina que se iba a utilizar en los desplazamientos y los dichos del acusado Héctor Morales Villavicencio quien lo sitúa en la comida donde la banda organizó la operación y lo identifica como propietario de uno de los vehículos que se utilizó en la misma, lo que también ratifica personal policial que participó en los seguimientos previos al desbaratamiento de la operación y el acusado Alvarez Cuevas. Por si aquello no fuera suficiente, los jueces aluden a la evidencia encontrada en el domicilio de Vásquez Sáez, esto es, más de un kilo de marihuana prensada, cartuchos calibre 12 y 357 y las llaves de un vehículo BMW donde se

encontró más droga en importante cantidad (3,19 kilos de marihuana prensada) y una balanza digital siendo para los sentenciadores de fondo irrelevante que el móvil no estuviera a su nombre, toda vez que al tener las llaves de él lo mantenía bajo su esfera de control, conclusiones que se condicen con los testimonios de los coimputados ya aludidos reseñados en el motivo quinto y con las declaraciones de los funcionarios policiales referidas en el motivo sexto, lo que demuestra la falta de sustento de la impugnación formulada en este acápite.

Ahora, en cuanto a la segunda denuncia relativa a la ilicitud de la prueba, no puede tener cabida puesto que aquella se sustenta en una premisa que, al desarrollar la causal principal de impugnación del presente recurso, fue descartada, esto es, que los hallazgos obtenidos al interior del domicilio del acusado son ilícitos por derivar de una orden de entrada y registro obtenida con violación de garantías constitucionales, lo que es motivo suficiente para su rechazo.

Por estas consideraciones y visto, además, a lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza el recurso de nulidad** interpuesto por la defensa del acusado **Oscar Rolando Vásquez Sáez**, contra la sentencia de dos de diciembre del año dos mil quince, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1301187850-9, RIT 247-2015, del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Se **previene que el Ministro Sr. Juica**, para rechazar la primera causal subsidiaria interpuesta, tuvo sólo en consideración que los errores que se denuncian recaen sobre normas relativas a cuestiones relacionadas con la regularidad procedimental, los que no encuadran con la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues dicho arbitrio resguarda la correcta aplicación del derecho sustantivo penal, tanto en la calificación del hecho punible, cuanto al grado de participación que en el ilícito se le pueda imputar al recurrente Vásquez.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Rol N° 37.020-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## EDAD DEL CONSENTIMIENTO EN MATERIA SEXUAL Y LA PERSECUCIÓN PENAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN IMPROPIA<sup>1</sup>

*María Angélica San Martín Ponce<sup>2</sup>*

### 1. Introducción

El artículo 362 del Código Penal que establece el delito de violación impropia<sup>3</sup>, fue modificado el año 2004<sup>4</sup> en cuanto al sujeto de protección de la norma, elevándose a 14 años la edad del mismo, que hasta esa fecha era todo menor de 12 años. Al no requerirse por la ley circunstancias comisivas como las de la violación propia o como las del estupro, se está señalando que aun cuando el niño, niña o adolescente, en adelante NNA, accedido carnalmente, hubiese prestado su voluntad para el acto sexual, este consentimiento carece de eficacia exculpatoria. La existencia del tipo penal de violación impropia en nuestra legislación, obedece a un deber del legislador chileno, según obligaciones asumidas en el ámbito internacional, de contemplar normas en la legislación interna, que protejan a los NNA de la explotación y del abuso sexual. Dado que se trata de un grupo vulnerable en atención a su edad, en consideración a su grado de desarrollo emocional, que por sí sólo lo deja en desventaja frente a un sujeto adulto.

La posible interferencia del legislador penal en el libre ejercicio de la sexualidad adolescente, a raíz de la modificación al artículo 362 del Código Penal, se intentó restringir con la norma incorporada en el artículo 4 de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, aunque a nuestro juicio sólo se logró parcialmente, al eximir de responsabilidad penal a los adolescentes que incurran en la conducta típica del artículo 362 Código Penal, sólo si la diferencia de edad entre él y la víctima no exceda de 2 años.

- 1 Este trabajo se basa en parte en la investigación realizada para la tesina de Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de la autora, dirigida por la profesora Lidia Casas, durante los años 2014 y 2015. A lo que se agregó la revisión de fallos dictados entre los años 2014 y 2015, por delitos del artículo 362 del Código Penal, respecto de víctimas de 13 años de edad con imputados de hasta 19 años de edad.
- 2 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y VIF, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 “Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.
- 4 Chile, Ley N° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Diario Oficial del 14 de enero de 2004.



Otro aspecto a observar respecto del artículo 362 del Código Penal, es que en los hechos produce una discriminación de género y de clase, porque si bien la norma se nos presenta neutra, la realidad nos muestra que un número importante de los casos que se denuncian desde los servicios de salud, tratan sobre adolescentes que concurren a los mismos por encontrarse embarazadas en busca de prestaciones relativas al cuidado del embarazo o en busca de asistencia en lo que respecta a métodos de prevención del embarazo<sup>5</sup>. Este aspecto también se apreciará en el apartado relativo a los fallos dictados por este delito.

La discusión doctrinaria da cuenta de las distintas aristas del debate, desde la discusión del fundamento tenido en cuenta por el legislador al subir la edad mínima para estimar válido el consentimiento en materia sexual, lo que se relaciona con la regulación general de los delitos sexuales en Chile y sus bienes jurídicos protegidos y el deber del Estado de protección de NNA de la explotación y del abuso sexual.

## 2. Deber del Estado de proteger a las Niñas y Adolescentes del abuso sexual

Los Estados tienen el deber de proteger a los NNA de la explotación y del abuso sexual. Obligación que debe cumplirse considerando suficientemente la perspectiva de género, como lo ha señalado en nuestro medio la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que llama la atención críticamente respecto a que en países de nuestro continente las legislaciones no protegen suficientemente a las mujeres de las diversas manifestaciones de violencia, entre ellas la violencia sexual, según lo exige la Convención de Belém do Pará<sup>6</sup>.

Así, la Comisión se ha manifestado contraria a la sola consideración como medios comisivos del delito de violación al uso de la fuerza y/o violencia, así como a normas que exigen a las mujeres en general la prueba de que opusieron resistencia al delito, no fijándose en la ausencia o falta de consentimiento, enfatizando que las legislaciones deben considerar como bienes jurídicos dignos de protección, cuando proscriben la violencia sexual, la integridad psicofísica y la libertad sexual<sup>7</sup>.

5 MINISTERIO DE SALUD DE CHILE Situación actual del embarazo en Chile [en línea], p. 29. Santiago, Chile, 2013, Disponible en: <<http://web.minsal.cl/portal/url/item/c908a2010f2e7dafa040010164010db3.pdf>> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2014].

6 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas [en línea]. Washington, Estados Unidos. Párrafo 218. 2007. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf> [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2015].

7 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit. párrafos 218 y 221.

La misma Comisión, ahondando en la problemática de la violencia sexual que sufren las niñas, ha señalado que la Organización Mundial de la Salud incluye dentro del concepto de violencia sexual, además de los abusos sexuales de menores, los matrimonios precoces. Se puede desprender así, que se estima válido establecer edades mínimas para que las niñas tengan relaciones sexuales legítimas. La Comisión agrega que las niñas son las principales víctimas de la violencia sexual, y sus agresores suelen ser del sexo masculino que mantienen alguna relación con ellas, considerando dentro de los posibles vínculos el de “novios”. A su vez, precisa que los Estados deben proteger especialmente a los niños y las niñas, considerando su desarrollo físico y emocional, reforzándose esta obligación tratándose de las mujeres, debido a la discriminación histórica que ha sufrido este grupo<sup>8</sup>.

En tanto el Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), en su Observación General N° 19, indica que los Estados deben proteger a la mujer de los ataques sexuales y de la violación<sup>9</sup>; lo que a nivel americano ha sido recogido por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, especialmente en sus artículos 2 y 7 letra c), que condenan todas las formas de violencia contra la mujer, explicitando que se incluye la violencia sexual, comprendiéndose dentro de este concepto la violación y el abuso sexual, debiendo los Estados dictar, entre otras normas, normas penales para sancionar este tipo de violencia. Es así como su mecanismo de seguimiento ha relevado que no es permisible invisibilizar el hecho de que las mujeres, niñas y adolescentes constituyen el grupo más numeroso de víctimas de la violencia<sup>10</sup>.

Por su parte la Convención de Derechos del Niño, en adelante CDN, en su artículo 19.1, indica que los Estados Parte deben adoptar diversas medidas, entre ellas de carácter legislativo, para proteger a los NNA de todo abuso físico o mental, incluyendo entre estos el abuso sexual. En tanto que el artículo 34 letra b) reitera este deber de protección, señalando que debe protegerse a los NNA de toda forma de explotación y abuso sexual, debiendo tomarse las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral necesarias para impedir la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.

8 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica [en línea]*, Washington, Estados Unidos. párrafos 61, 295 y 299. 2011. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf> [fecha de consulta: 15 de noviembre de 2015].

9 COMITÉ CEDAW, Observación General N° 19 (1992) párrafo 24 b).

10 MESECVI, Guía para la aplicación de la Convención de Belem Do Pará [en línea], 2014, págs. 22, 44 y 45. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/bdp-guiaaplicacion-web-es.pdf>, [fecha de consulta: 04 de noviembre de 2015)].

Como se puede ver si bien estos artículos de la CDN no dan un concepto de abuso sexual, sí señalan que se deben impedir actividades o prácticas sexuales ilegales, entregando, de esta forma, al legislador nacional la delimitación del concepto de abuso sexual.

Con el fin de proteger a los NNA de diversas prácticas nocivas, se adoptó en forma conjunta la Recomendación General N°31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General N° 18 del Comité de los Derechos del Niño<sup>11</sup>, cuyo párrafo 20 tratan la práctica nociva relativa al matrimonio infantil o forzoso, consignando que es tal cualquier matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes sea menor de 18 años, agregando que esta práctica afecta primordialmente a las niñas. La calificación de matrimonio forzoso, se debe a que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una de las partes o de ninguna de ellas. Del mismo modo, tampoco se respetan las capacidades en evolución del NNA, ni su autonomía a la hora de tomar decisiones que afectan su vida futura. Se precisa que sólo excepcionalmente se puede permitir el matrimonio de un niño maduro y capaz menor de 18 años, siempre y cuando el niño tenga como mínimo 16 años de edad y la decisión la adopte un juez basándose en motivos establecidos por ley y en pruebas de madurez.

Por su parte el párrafo 21, indica que la falta de consentimiento en estos casos se debe a que por casarse a las niñas demasiado jóvenes, estas no están preparadas física, ni psicológicamente para la vida adulta.

En resumen, podemos decir que la orientación de esta Recomendación Conjunta, en cuanto proscribire los matrimonios forzosos en función de la edad de la contrayente, está en que bajo cierta edad mínima, se presume que las niñas no tienen la madurez ni física ni emocional para adoptar una decisión como la de casarse. Así se puede colegir que para ambos Comités, la fijación de cierta edad mínima asegura en definitiva la concurrencia de un requisito de fondo, como sería la madurez de la niña, lo que se puede vincular a una determinada edad cronológica.

Extrapolando este razonamiento a la justificación de tipos penales, que como el 362 del Código Penal proscriben las relaciones sexuales con personas menores de cierta edad, podríamos señalar que aun cuando una relación sexual no tiene la entidad de un matrimonio, sí es un acto relevante tanto desde la perspectiva emocional, como física, ya que entraña riesgos de embarazo y/o de contagio enfermedades de transmisión sexual, entre otros.

11 COMITÉ CEDAW Y COMITÉ CDN, *Recomendación General número 31 y Observación General número 18, sobre las prácticas nocivas* adoptadas de manera conjunta [en línea], 2014, párrafos 20 y 21. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf?view=1> [fecha de consulta: 30 octubre de 2015].

De lo revisado en este apartado podemos señalar que en el plano internacional, se le reconoce relevancia al criterio de la edad, como indiciario de cierta madurez mínima, para calificar ciertas acciones sexuales con menores como legítimas o por el contrario constitutivas de abuso sexual.

### 3. Derechos individuales de los NNA

El principal instrumento que ha desarrollado el contenido de los derechos de los NNA y los principios orientadores para su ejercicio, es la CDN, instrumento internacional que a su vez ha sido interpretado por el Comité de Derechos del Niño, respecto de los temas más relevantes, algunos de los cuales son atingentes para el asunto que se trata en este artículo.

Respecto del deber de los Estados de garantizar el derecho de los NNA a expresar su propia opinión, el artículo 12.1 indica que los Estados Partes garantizarán este derecho a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, en todos los asuntos que lo afecten, debiendo considerarse las opiniones del niño, teniendo como criterios su edad y madurez. De la lectura de este artículo, aparece claro que para la CDN el ejercicio de derechos por parte de sus destinatarios ya sea directamente o por medio de representantes, considera como criterios orientadores la evolución de sus facultades, según su edad y madurez.

El Comité, mediante la Observación General N° 4 sobre “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño” señala que: “La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Entre éstos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad”<sup>12</sup>. Surge así, como principio fundamental, la orientación adecuada en el ejercicio de los derechos.

Por su parte en el párrafo 7 se refuerza el criterio referido a la edad y madurez del NNA a efecto que su opinión pueda ser tomada en cuenta suficientemente, indicando: “El Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos.

---

12 COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N° 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del Niño*, [en línea], 2003, párrafo 2. Disponible en: [www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf](http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf) [fecha de consulta: 5 de octubre de 2014].

Tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, de acuerdo con su edad y madurez y proporcionarles un entorno seguro y propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse”<sup>13</sup>.

En cuanto a las “Medidas y procedimientos legales y judiciales”, en el párrafo 9 se indica que: “En el contexto de los derechos de los adolescentes a la salud y el desarrollo, los Estados Parte tienen necesidad de asegurar que ciertas disposiciones jurídicas específicas estén garantizadas en el derecho interno, entre ellas las relativas al establecimiento de la edad mínima para el consentimiento sexual, el matrimonio y la posibilidad de tratamiento médico sin consentimiento de los padres”<sup>14</sup>.

En nuestro medio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante su Opinión Consultiva Número 17/2002, relativa a la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”<sup>15</sup>, enfatiza que los menores de edad son sujetos de derechos, titulares de las garantías de los artículos 8 y 25, que dicen relación con las garantías y protección judiciales, las que no pasan a un segundo plano ante la obligación de protección del Estado a su respecto. La Corte precisa en el punto 1 de su opinión que de acuerdo con la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección. Agrega en el punto 2 que la expresión “interés superior del niño”, de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el ejercicio pleno de sus derechos debe ser considerado como criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

Así, los instrumentos internacionales revisados, especialmente la CDN y las Observaciones de su Comité, claramente reconocen a los NNA la titularidad de derechos individuales abandonando concepciones tutelares a su respecto, al mismo tiempo que releva el deber de los Estados de establecer ciertas condiciones mínimas que aseguren el ejercicio de estos derechos, entre las que se encuentran normas tendientes a protegerlos del abuso sexual, mediante el establecimiento de ciertas condiciones mínimas para su ejercicio, como por ejemplo la fijación de una edad mínima para el consentimiento en materia sexual, lo que en nuestro medio el legislador pretende realizarlo mediante la norma del artículo 362 del Código Penal

13 Ibid., párrafo 7, lo subrayado es nuestro.

14 Ibid., párrafo 9, lo subrayado es nuestro.

15 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva N° 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, [en línea], 2002. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf) [fecha de consulta: 5 de agosto de 2015].

#### 4. Doctrina especializada relativa al contenido de los derechos de los NNA

Diversos autores han desarrollado los conceptos que la normativa internacional contempla al referirse a los derechos humanos de los que son titulares los NNA. Así Dalía Fuentes analiza el concepto de interés superior del niño, en el marco de la evolución histórica que han tenido los derechos de los niños en materia de derechos humanos citando, como parte de esta evolución, lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 17. Destaca que es claro el objetivo que persigue este principio consistente en asegurar el mayor beneficio para el adolescente, exigiéndose a los operadores un profundo estudio y análisis sobre las condiciones y circunstancias concretas que lo rodean, existiendo para su concreción ciertos lineamientos generales. Así este principio ayuda a hacer realidad disposiciones jurídicas que tienen alguna consecuencia en la vida de los niños<sup>16</sup>.

En nuestro medio, Miguel Cillero analiza la evolución histórica que ha tenido la consideración de los niños como sujetos de derechos. Si bien antes de la CDN los niños nunca habían sido excluidos de los instrumentos generales de derechos humanos, en la práctica sus derechos no eran protegidos. Así esta Convención viene a terminar con esta discriminación, reconociendo a los NNA como personas humanas en toda su acepción y sin limitaciones. La CDN se constituye en un ordenador de las relaciones entre infancia, Estado y familia, que reconoce derechos y deberes recíprocos. “La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. [...]. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica”<sup>17</sup>.

De esta forma, el artículo 5 de la CDN desarrolla la relación que debe existir entre Estado, familia y NNA, al disponer que el ejercicio de los derechos del NNA es progresivo en virtud de “la evolución de sus facultades” y que a los padres o tutores les corresponde impartir “la orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención”. Por su parte el Estado debe “respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar reafirmado por el artículo 16 de la CDN”<sup>18</sup>.

16 FUENTES, Dalila. Principios de aplicación de los derechos de las y los niños: autonomía de la voluntad, interés superior y prioridad, en: ESTRADA Y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos (comp.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1 ed.*, Ciudad de México, México, Facultad de Derecho UNAM, Editorial Porrúa, 2014, págs. 341-367.

17 CILLERO, Miguel. *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios* [en línea], Santiago, Chile, 2011, p. 2. Disponible en: [http://www.iin.oea.org/Infancia\\_autonomia\\_derechos.pdf](http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf) [fecha de consulta: 5 de mayo de 2015].

18 *Ibíd.*, p. 5.

De lo recién explicado, si una decisión del NNA no le irroga perjuicios, no es admisible que los padres u otros adultos responsables, impidan su realización, debiendo los padres o tutores limitarse a orientarlos, para que estos ejerzan sus derechos, ejercicio que se realizará en forma personal progresivamente, según evolucionen sus facultades, es decir mientras más edad tenga el NNA.

En el mismo sentido, el autor inglés Michael Freeman, analiza el impacto provocado en el mundo occidental por la CDN, señala que ha importado que se tome conciencia de la necesidad de reconocer individualidad y autonomía a los niños mayores<sup>19</sup>. Respecto de la importancia de que se reconozca que los niños tienen derechos, advierte que “cuando los niños tienen derechos esto genera conflicto”, dado los cuestionamientos que estos harán a los adultos, sean estos sus padres, sus profesores u otra autoridad<sup>20</sup>. Lo anterior podría explicar que algunos sectores cuestionen que sea necesario que los niños sean titulares de derechos, argumentando que los adultos se relacionan con los niños en términos de amor, cuidado y altruismo; argumento que el autor califica como falacia. Como también sería incorrecta la tesis que pretende negar la necesidad de un reconocimiento de derechos, partiendo de una concepción de la infancia como una etapa idílica previa a la adultez, donde no hay responsabilidades ni derechos, lo que implicaría que el concepto de derechos se reserve para los adultos<sup>21</sup>. Para este autor los derechos son importantes, “porque quienes carecen de derechos son como esclavos, medios para los fines de otros y nunca soberanos de su propio bien”<sup>22</sup>. Refiriéndose concretamente a la autonomía del niño, reflexiona sobre sus implicancias reconociendo que ello importa que el niño tome riesgos y haga elecciones, por lo que pueden existir ciertos límites legítimos a su ejercicio, siendo importante no polarizar el debate, porque pueden existir injerencias que busquen la protección del niño, pero sin que ello importe el desconocimiento de sus derechos<sup>23</sup>. Se trata de medidas que persiguen evitar que los niños lleven a cabo acciones que tendrán consecuencias dañinas para su vida futura, acciones que podrían calificarse como irracionales. Pero enfatiza que “lo que se considere irracional debe estar estrictamente limitado”, “no debemos ver una acción como irracional a menos que lo sea manifestamente, en el sentido que socavaría futuras opciones de vida y dañaría intereses de modo irreversible”<sup>24</sup>. Por ejemplo, no sería correcto si se permitiera elegir acciones tales como consumir heroína o no acudir a la

19 FREEMAN, Michael. “Tomando más en serio los Derechos de Los Niños”. En: *Revista de Derecho del Niño*, números Tres y Cuatro, Universidad Diego Portales y Unicef, Santiago, Chile, 2006, p. 253.

20 *Ibid.*, p. 257.

21 *Ibid.*, p. 258.

22 *Ibid.*, p. 258.

23 *Ibid.*, p. 271.

24 *Ibid.*, p. 272.

escuela, lo que traería como consecuencia un daño al desarrollo del niño. Cita como ejemplos de restricciones defendibles, las leyes diseñadas para proteger a los niños del abuso sexual y la explotación, calificando como peligrosa la afirmación que sostiene que el niño puede elegir tener una relación sexual con quien quiera<sup>25</sup>. No obstante critica el establecimiento de “edades de consentimiento” en materia sexual, las que califica como carentes de sentido, estimando que la atención debe estar puesta en la presencia o ausencia de explotación, y que “la diferencia de edad puede ser de mayor importancia que la edad del niño”<sup>26</sup>. Piensa que su posición es intermedia, una especie de “paternalismo liberal”, postura que estaría acorde con el contenido del artículo 12 de la CDN que persigue el aseguramiento de que el niño pueda expresar sus puntos de vista libremente, en todas las materias que lo afecten y que a su opinión se le otorgue el debido peso de acuerdo con su edad y madurez.

## 5. Debate doctrinario sobre el objeto de protección del tipo penal de violación impropia

En Chile, Luis Rodríguez Collao, comentando el anteproyecto del nuevo Código Penal del año 2005, específicamente los delitos que se proponía agrupar bajo el bien jurídico “integridad sexual”, analiza las posiciones existentes respecto de la necesidad de penalizar las relaciones sexuales entre niños y adultos. Indica que existe una postura que califica como tradicional, representada por la autora Beate Besten que considera que es necesario penalizarlas, porque siempre el menor experimenta una alteración en su desarrollo con estas experiencias. Mientras que otros, representados por Kathleen Coulborn, postulan que en la mayor parte de los casos, la lesividad del acto viene dada no por su carácter prematuro, sino por las circunstancias comisivas, entre otras, la violencia ejercida, los lazos existentes entre el niño y el adulto, la reacción familiar, de los educadores, de la condena social de la conducta.

Agrega que hay quienes sostienen que estas experiencias sexuales serían algo beneficioso para el desarrollo psíquico y emocional del menor, citando al efecto entre otros al autor John Briere<sup>27</sup>. Pero agrega que esta última opinión ha experimentado un proceso de descrédito, por su supuesta vinculación con agrupaciones de pedófilos<sup>28</sup>.

---

25 Ibid., p. 273.

26 Ibid., p. 273.

27 RODRÍGUEZ-COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”. En: *Revista de Política Criminal* N° 1 [en línea]. Valparaíso, Chile, 2006, págs. 11 y 13. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4172-2.pdf> [fecha de consulta: 29 de septiembre de 2015].

28 Ibid., p. 12.



Respecto de la fijación de una edad mínima, bajo la cual debe entenderse que los menores no están capacitados para consentir en mantener una relación sexual, señala que existe una corriente de opinión contraria representada entre otros por Luis Muñoz Sabaté, que estima que la imposición de una edad fija carece de la elasticidad suficiente para adaptarse a las variaciones que puede experimentar el proceso de maduración sexual<sup>29</sup>.

Por último da cuenta que en la actualidad la doctrina representada por Marthe Gautier y Jean – Françoise Saucier, habría alcanzado cierto consenso en que debe existir un mínimo bajo el cual deba entenderse que los menores no están capacitados para consentir en actos de significación sexual, que avalaría como edad mínima para tener este derecho los 13 años de edad<sup>30</sup>. Planteamiento que a Rodríguez Collao le parece adecuado por cuanto se encontraría acorde con el proceso de maduración sexual, por lo que critica el referido anteproyecto, que pretendía fijar una edad mínima de 12 años<sup>31</sup>.

Por su parte el penalista Héctor Hernández, analizando el artículo 4 de la Ley N° 20.084 y las razones de política criminal a las que responde, manifiesta que la norma no cumple su objetivo, en la detección de las hipótesis problemáticas que pretende resolver, porque debiese comprender también a otros ilícitos penales relativos a los delitos sexuales, según el fin de protección que persiguen estos delitos<sup>32</sup>. Haciendo ver que en los años en que se tramitó el proyecto de ley, que terminó reformando el artículo 362 del Código Penal, existían muy pocas posibilidades de persecución penal de los adolescentes, puesto que sólo podían serlo los mayores de 16 años, siempre que hubiesen sido declarados con discernimiento en un proceso penal previo.

A su juicio, a todas luces la norma del artículo 362 del Código Penal modificada el año 2004 pretendía proteger a una determinada categoría de personas que considera vulnerables, frente a sujetos que se encuentran en situación de abusar de dicha vulnerabilidad, que serían obviamente los que no pertenecen a la misma categoría<sup>33</sup>. Para sostener aquello se apoya en la historia de la ley que modificó el delito de violación impropia, de la que se desprende que lo que se quiere reprimir, no es la sexualidad de los menores de edad, sino el abuso del que los menores pueden ser víctimas, lo que se encuentra ineludiblemente asociado a la superioridad etaria del autor<sup>34</sup>.

---

29 *Ibíd.*, p. 12.

30 *Ibíd.*, p. 12.

31 *Ibíd.*, p. 13.

32 HERNÁNDEZ, Héctor. “Nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”. En: *Revista de Derecho* [en línea]. Valdivia, Chile, 2007, p. 203. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art09.pdf> [fecha de consulta: 22 de septiembre de 2014].

33 *Ibíd.*, p.204.

34 *Ibíd.*, p. 204.

Respecto de la misma discusión, el profesor Juan Bustos Ramírez analiza la legislación penal existente en España relativa a los delitos sexuales, advirtiendo que estos delitos protegen la libertad, no sólo en cuanto a la capacidad de actuación, sino también la seguridad de la libertad o los presupuestos objetivos para el ejercicio de la misma, lo que se conceptúa como “intangibilidad o indemnidad sexual”. Aboga para que los tipos penales relativos a los delitos sexuales acojan un planteamiento o concepción personal, arraigado en la libertad sexual, apartándose de cualquier connotación de índole moral<sup>35</sup>. Por lo tanto, “las agresiones sexuales son punibles no por la actividad sexual en sí, sino porque tal actividad se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual de otro”<sup>36</sup>.

Tratándose de los delitos sexuales en perjuicio de los menores, Bustos manifiesta que el objeto de protección es el libre desarrollo sexual del menor en relación a los mayores, la punición se realiza en atención a “las interferencias que puede sufrir de parte de éstos en cuanto a la estimación de la significación de sus actos”<sup>37</sup>, calificando esta circunstancia como objetiva, por estar relacionada con el desarrollo de la capacidad de actuación. Por lo tanto, no podría entenderse comprendido en el tipo penal, relaciones sexuales entre 2 menores de 11 años, dado que ambos son menores, de lo que se deduce que ninguno de ellos manipularía al otro, en cuanto a la valoración del acto sexual. Así, el profesor Bustos releva que lo problemático es la fijación de la edad límite en concreto, aunque reconoce que se critica la sola existencia de un criterio cronológico, pero advierte que el principio garantista de determinación de los tipos penales, se impone en esta discusión.

En España, el catedrático de derecho penal Josep Tamarit Sumalla, refiriéndose al bien jurídico protegido, destaca que en una sociedad pluralista y democrática de derecho, no es posible proteger otros bienes jurídicos en relación al comportamiento sexual de las personas distinto a la libertad sexual, ya sea en su vertiente positiva o negativa<sup>38</sup>. Lo dicho es válido también tratándose de menores de edad, negándose así a los conceptos indemnidad o intangibilidad sexual un contenido propio, distinto a la libertad sexual. Así no sería compatible que a su vez pretendiese proteger determinados contenidos morales, ya sean estos los imperantes en una determinada sociedad o se trate de valores morales a los que se aspira llegar<sup>39</sup>. Agrega que la prohibición de contactos sexuales entre adultos y menores no debe entenderse como la confirmación de ciertos prejuicios, como el de la negación de la sexualidad

35 BUSTOS, Juan. *Obras Completas Derecho Penal Parte Especial*, 2da. ed., 2009, Tomo III, Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 178.

36 *Ibid.*, p. 179.

37 *Ibid.*, p. 192.

38 Según fuese conceptualizada por Diez Ripollés

39 TAMARIT, Josep. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Navarra, España, Editorial Aranzadi S.A., p. 64.

infantil, sino como una prohibición de intromisión de los adultos en el mundo de los menores, por el daño que estas acciones ocasionan en la personalidad en desarrollo del menor<sup>40</sup>.

Tamarit mantiene su planteamiento aun luego de la reforma de 1999 que incorporó al Código Penal español, el concepto de indemnidad sexual junto al de libertad sexual. Al respecto indica que la nueva regulación “no viene a prohibir de modo absoluto la sexualidad de los menores, sino que se limita a reprimir ciertos comportamientos de intrusión de un adulto en la sexualidad de un menor, con la exigencia implícita de una cierta asimetría de edad o una asimetría de poder legalmente prefijada (tal acontece en el abuso de prevalimiento o de engaño)”<sup>41</sup>.

Por su parte el profesor español José Luis Díez Ripollés, ya referido por sus aportes a la discusión relativa al bien jurídico protegido en el derecho penal sexual, anuncia sobre este debate que, a su juicio, se ha consolidado la postura que sostiene que el bien jurídico protegido por este grupo de delitos es la libertad sexual, dado que este derecho penal interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la “actividad sexual en libertad”<sup>42</sup>. Bien jurídico que puede ser afectado de variadas formas y tratándose de menores en el caso español de menos de 13 años de edad, dada la invalidez del consentimiento de la víctima, “en la medida en que se considera que ella carece de la capacidad para comprender el sentido y la trascendencia de su decisión en este ámbito”<sup>43</sup>. Así, la invalidez del consentimiento está en función de la falta de un mínimo de comprensión de lo que significa socialmente el ejercicio de la sexualidad.

Como se ha dicho en Chile la actual norma sobre violación impropia, ha sido objeto de críticas por cuanto causa efectos en perjuicio de los adolescentes, como lo señala Claudia Ahumada, al sostener que la norma legal en su intento de proteger a los adolescentes viola sus derechos humanos fundamentales, puesto que no les reconoce autonomía<sup>44</sup>. Refiriéndose a víctimas del delito del artículo 362 del Código Penal, que eventualmente hayan prestado su consentimiento para el acto sexual y no concurren en los hechos circunstancias abusivas.

40 *Ibíd.*, p.65.

41 *Ibíd.*, p. 68.

42 DIEZ, José. “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”. En: *Anuario de Derecho Penal*, Número 1999-2000 [en línea], Friburgo, Suiza, 1999, p. 1. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1999\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf) [fecha de consulta: 29 de abril de 2015].

43 *Ibíd.*, p. 9.

44 AHUMADA, Claudia. “Statutory Rape Law in Chile: For or Against Adolescents?”. En: *Journal of Politics and Law*, Vol. 2, N° 2, 2009, Toronto, Canadá, traducción propia, p. 102. Disponible en: <http://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/2311/2168> [fecha de consulta: 1 de octubre de 2014].

El profesor Jaime Couso examina las normas penales que consideran a los niños menores de cierta edad incapaces de consentimiento sexual a la luz de la concepción de estos como sujetos de derechos, con capacidad de ejercerlos progresivamente en forma autónoma, según el principio de autonomía progresiva, consagrado en el artículo 5 de la CDN; lo que implica que la sexualidad adolescente, ya no puede ser entendida en función de los intereses de los padres, así el Derecho Penal debe dejar de desempeñar una función protectora de intereses paternos, a costa de una injerencia en la vida privada de los adolescentes, quienes son sujetos de derechos<sup>45</sup>. Destaca que en cuanto al establecimiento de una edad mínima para el consentimiento en materia sexual, ésta debiese ir aparejada de una diferencia de edad mínima con la pareja, de lo contrario lo que se está prohibiendo es el ejercicio de la sexualidad<sup>46</sup>.

Desde la perspectiva del principio del daño o afectación de los bienes jurídicos, propia de un derecho penal liberal, la prohibición de relaciones sexuales entre adultos y niños, sólo resulta pertinente tratándose de conductas que causen daño o sean abusivas, ya sea porque se realizan mediando coerción abierta o mediante el aprovechamiento de contextos coercitivos, como los existentes en una relación de dependencia o tutela, o estructurales, como los existentes en los casos de prostitución o turismo sexual<sup>47</sup>.

## 6. Análisis de la historia de la Ley N°19.927

Como ya se ha dicho, en enero de 2004 la Ley N° 19.927, entre otros aspectos, modificó el artículo 362 del Código Penal que tipifica el delito de violación impropia, elevando la edad mínima para considerar válida la voluntad de realización del acto sexual de 12 a 14 años, por lo que parece relevante conocer los principales aspectos del debate legislativo, referidos a este punto.

Según el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado: “La Comisión, por mayoría de sus integrantes, se inclinó por rechazar la propuesta de aumentar, de 12 a 13 años, la edad hasta la cual no se reconoce grado alguno de libertad sexual para efectos penales. Basándose en la información sobre la realidad nacional en materia de iniciación sexual de los menores de edad proporcionada por los representantes de CONASIDA y del Instituto Nacional de la Juventud”<sup>48</sup>.

---

45 COUSO, Jaime. “La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal”. En: *Derecho y Sexualidades*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Librería, 2010, p. 254.

46 *Ibíd.*, p. 254.

47 *Ibíd.*, p. 253.

48 CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.927 (2004), p. 181. Disponible en: [www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3801/1/...pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3801/1/...pdf) [fecha de consulta: 5 de enero de 2015].

Resulta evidente de pasajes de la historia de la ley, que el legislador no pretendía negar a los adolescentes el ejercicio de su sexualidad: “Pesó significativamente en el ánimo de la Comisión el hecho de que la propuesta de la Honorable Cámara de Diputados implica criminalizar determinadas acciones sexuales o de significación sexual practicadas entre parejas de adolescentes de 12 o 13 años”<sup>49</sup>.

No obstante en la discusión en sala en el Senado, el senador Muñoz Barra promovió la fijación de una edad mínima para consentir de 14 años<sup>50</sup>, siendo finalmente los Senadores Foxley, Frei, Moreno y Valdés quienes formularon la indicación para subir la edad de consentimiento en materia sexual, a los 14 años<sup>51</sup>; propuesta que fue votada favorablemente por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado<sup>52</sup>. Llama la atención la oposición formulada por el Senador Ávila, quién señaló que el cambio de criterio de la Comisión era producto de una neurosis ocasionada por los acontecimientos que se estaban conociendo en ese momento, refiriéndose al caso Spiniak, por lo que votó en contra, como también lo hizo la Senadora Matthei y el Senador Gazmuri<sup>53</sup>. Finalmente la indicación fue aprobada por el Senado por 22 votos a favor, 8 en contra y una abstención.

Por su parte, la Cámara de Diputados insistió en su posición, así el Diputado Bustos calificó de incomprensible e inaceptable, el aumento de 13 a 14 años de la edad para estimar que un menor tiene capacidad para consentir, en realizar actos sexuales, porque no se ha mostrado un fundamento claro ni válido, para hacerlo<sup>54</sup>. Por lo que la Cámara de Diputados, acordó enviar a Comisión Mixta las modificaciones referidas a la edad<sup>55</sup>.

En la Comisión Mixta se señaló: “sometida a votación la edad de catorce años para reconocer la validez del consentimiento en materia sexual, fue aprobada por siete votos a favor y dos en contra. Votaron a favor los Honorables Senadores señores Aburto, Chadwick, Espina y Moreno y los Honorables Diputados señora Guzmán y señores Forni y Walker. En contra, declarándose partidarios de fijarla en los trece años, votaron los Honorables Diputados señores Ceroni y Letelier”<sup>56</sup>.

“La Comisión Mixta acordó también, por unanimidad, dejar constancia de que no es su propósito que la elevación del marco punitivo afecte a niños, niñas o jóvenes que realicen alguna de las conductas descritas en la ley, de forma mutuamente consentida, en el marco de una relación sentimental.

49 *Ibíd.*, p. 182.

50 *Ibíd.*, p. 279.

51 *Ibíd.*, p. 309.

52 *Ibíd.*, p. 368.

53 *Ibíd.*, págs. 372-373.

54 *Ibíd.*, págs. 450-451.

55 *Ibíd.*, p. 462.

56 *Ibíd.*, págs. 481-482.

Estimando que los argumentos expuestos durante el debate, que constituyen la aplicación de reglas generales en el ámbito penal y procesal penal, serían suficientes para conducir a liberar de responsabilidad penal a los jóvenes que se encuentren en la situación anterior. Si no fuese así, sus señores integrantes anticiparon su disposición a respaldar el estudio de modificaciones que aseguren la obtención de dicha finalidad<sup>57</sup>.

Según da cuenta el debate en sala del Senado que culminó con la aprobación del informe de la Comisión Mixta, el Senador Espina, defendió la propuesta de fijar los 14 años como la edad para reconocer la validez del consentimiento en materia sexual, que “se trata de un tema en el cual debe hacerse un seguimiento en nuestra sociedad, porque es opinable”<sup>58</sup>. Agregó que a su juicio el impacto de esta nueva regulación, respecto de jóvenes que mantienen relaciones sexuales con su pareja o su inicio sexual se produce antes de los 14 años de edad, sería marginal, arguyendo que el trámite del discernimiento, existente en ese entonces respecto de menores de edad que enfrentaban a la justicia penal, permitiría excluir estos casos. Argumentó además con elementos que dicen relación con un supuesto dolo que en estos casos no estaría presente, “los tribunales van a exigir la existencia de dolo para aprovecharse de la inexperiencia de una persona en tal tipo de relaciones”<sup>59</sup>. Finaliza su intervención agregando que siempre el establecimiento de un límite mínimo de edad sería problemático porque “no hay una regla fija, nadie puede establecer que la edad sea a los 12, 14 o 17 años. La norma respectiva se condice más con las tendencias existentes en los países de características similares al nuestro”<sup>60</sup>.

El Senado aprobó el informe de la Comisión Mixta con las abstenciones de los Senadores señores Gazmuri, Ominami, Ruiz-Esquide y Boeninger. Nos parece decidora de lo profundo del conflicto existente en el parlamento la fundamentación de la abstención del señor Gazmuri, quien anunció que: “...no estoy de acuerdo con el aumento de 13 a 14 años de la edad que consignaba el proyecto original para reconocer la validez del consentimiento en materia sexual y, en general, en cuanto a las penalidades. A mi juicio, la legislación propuesta cae en exceso sobre la base de la conmoción generada en la opinión pública por el caso Spiniak. Rechazo el que estos hechos se resuelvan solamente con el aumento de las penalidades, lo que ni desde el punto de vista criminológico ni penal resiste mayor análisis”<sup>61</sup>.

---

57 Ibid., p. 482.

58 Ibid., p. 507.

59 Ibid., p. 507.

60 Ibid., p. 507.

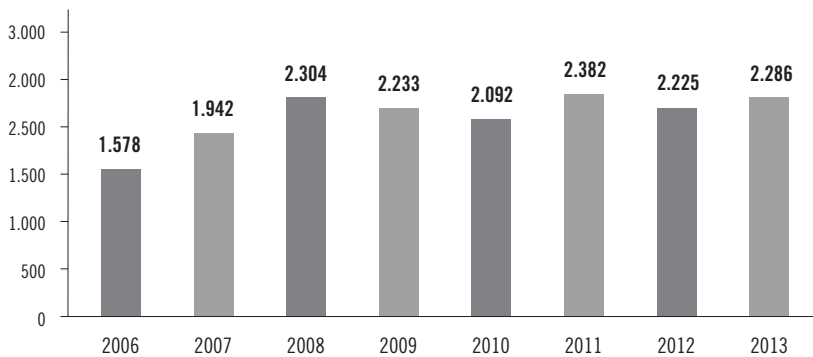
61 Ibid., p. 507.

## 7. Comportamiento estadístico del delito del artículo 362 del Código Penal

En este apartado, se hará un análisis estadístico del comportamiento que ha tenido el delito del artículo 362 del Código Penal, conforme a las cifras consignadas en el Boletín Estadístico del Ministerio Público. Para ello, se seleccionó como período de análisis los años 2006 a 2013, el año de inicio se justifica porque se estimó que aproximadamente a 2 años de la modificación legal de la norma, un porcentaje relevante de las causas podrían estar terminadas, pudiendo apreciarse alguna influencia en la distribución porcentual de los diversos tipos de términos y por ser además el primer año en que la reforma procesal penal tuvo vigencia en todo el país. El año de término de la muestra, se decidió con el fin de ver, si se observa en la representación de los tipos de términos, un impacto del Oficio del Fiscal Nacional N°160/2009 que abordó la problemática que a la fecha representaban los casos ingresados por el delito de violación impropia, en que aparecía que se trataba de una relación sexual voluntaria, o como se señala en dicho documento, de una relación sexual en contexto de “pololeo”. Dicha instrucción avaló que se suspendieran condicionalmente estas investigaciones cuando se cumplieran los requisitos que en el referido oficio se desarrollan.

Primeramente, nos referiremos a los delitos ingresados al Ministerio Público, por el tipo penal de violación impropia del artículo 362 Código Penal, entre los años 2006 a 2013, los que ascendieron a un total de 17.042 con la siguiente distribución anual.

**GRÁFICO 1.**  
**DELITOS INGRESADOS POR EL DELITO DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO PENAL, DESAGREGADOS POR AÑO.**



De este total de delitos, en el mismo período (2006- 2013), 6.613 de ellos tienen víctima de 13 a 14 años de edad que corresponden a 35,86%. El detalle de edades y sexo de las víctimas, es el siguiente:

**TABLA 1.**  
**EDAD Y SEXO DE VÍCTIMAS DEL DELITO DEL ART. 362 DEL CÓDIGO PENAL,**  
**DESAGREGADAS POR AÑO.**

AÑO	SEXO VÍCTIMA <sup>63</sup>	TRAMO EDAD VÍCTIMA <sup>62</sup>					TOTAL GENERAL
		DE 10 A 12	DE 13 A 14	MAYOR DE 14	MENOR DE 10	SIN INFO	
2006	FEMENINO	318	488	326	186	52	1.370
	MASCULINO	65	29	40	166	23	323
	NO DEFINIDO					6	6
2007	FEMENINO	411	734	178	334	29	1.686
	MASCULINO	89	59	35	193	15	391
	NO DEFINIDO					17	17
2008	FEMENINO	513	819	226	406	21	1.985
	MASCULINO	108	62	42	264	3	479
	NO DEFINIDO					16	16
2009	FEMENINO	463	842	215	362	14	1.896
	MASCULINO	87	61	32	308	4	492
	NO DEFINIDO					13	13
2010	FEMENINO	454	733	204	368	12	1.771
	MASCULINO	101	61	42	263	4	471
	NO DEFINIDO	1			2	9	12
2011	FEMENINO	537	874	251	362	17	2.041
	MASCULINO	110	53	35	327	5	530
	NO DEFINIDO			1		8	9
2012	FEMENINO	447	805	261	383	13	1.909
	MASCULINO	111	61	36	293	8	509
	NO DEFINIDO			1		8	9
2013	FEMENINO	521	892	262	361	29	2.065
	MASCULINO	101	40	29	251	8	429
	NO DEFINIDO			1		9	10
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>4.437</b>	<b>6.613</b>	<b>2.217</b>	<b>4.829</b>	<b>343</b>	<b>18.439</b>

62 Las víctimas cuyas edades no han sido ingresadas al Sistema Informático de la Fiscalía, se muestran bajo la categoría sin información.

63 Las víctimas cuyo sexo no ha sido ingresado al Sistema Informático de la Fiscalía, se muestran bajo la categoría no definido.



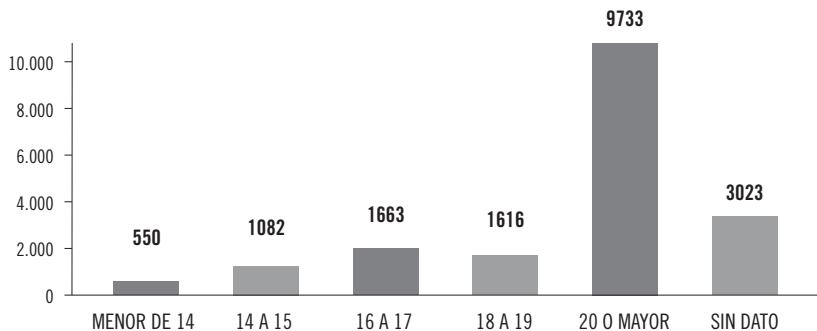
De 18.439 víctimas ingresadas, 14.703 son de sexo femenino, lo que representa casi el 80% de las víctimas, lo que muestra que gran parte de las víctimas de las denuncias presentadas por el delito de violación impropia, son niñas o adolescentes mujeres.

En el período 2006 a 2013, la cifra de imputados por delito de violación impropia, ascendió a 17.667. Los imputados de entre 18 a 19 años de edad, ascendieron a 1.616, entre 16 a 17 años de edad se registran 1.663 imputados y de 14 a 15 años de edad se registran 1.082 imputados.

Estos últimos están exentos de responsabilidad penal, cuando se cumple lo señalado en el artículo 4 de la Ley N° 20.084, y representan un total de 6,12% del total de los imputados.

Si sumamos las edades de imputados menores de 18 años de edad, resulta un total de 2.800 imputados cuyas edades no son sustancialmente superiores a las de las eventuales víctimas, representando un 16,3% de los imputados ingresados por este tipo penal en el período. En tanto que los imputados cuyas edades son superiores a 18 años, representan un 66% del total.

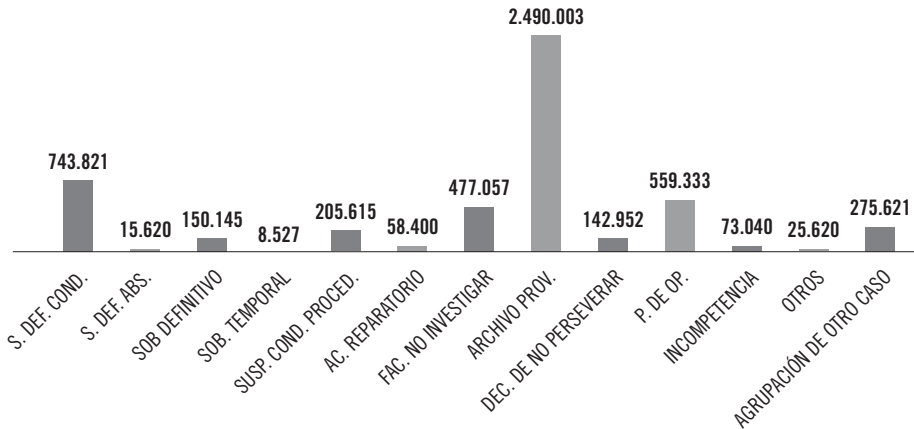
**GRÁFICO 2.**  
**DISTRIBUCIÓN DE LA EDAD DE LOS IMPUTADOS, DESAGREGADOS POR AÑO.**



A objeto de analizar el tratamiento que ha tenido el tipo penal del artículo 362 del Código Penal, específicamente en cuanto a los términos, interesa conocer primero los términos aplicados a todo tipo de delitos ingresados al Ministerio Público, los que se muestran para el período 2006 a 2009 y el período 2010 a 2013 en los gráficos 3 y 4 respectivamente. Se definió

mostrar la información separadamente en dos períodos, para visualizar si la política de persecución penal respecto de este delito, plasmada en el oficio del Fiscal Nacional N°160/2009, tuvo impacto estadístico<sup>64</sup>.

**GRÁFICO 3.**  
**TÉRMINOS APLICADOS A LA TOTALIDAD DE LOS DELITOS ENTRE LOS AÑOS 2006 A 2009.**

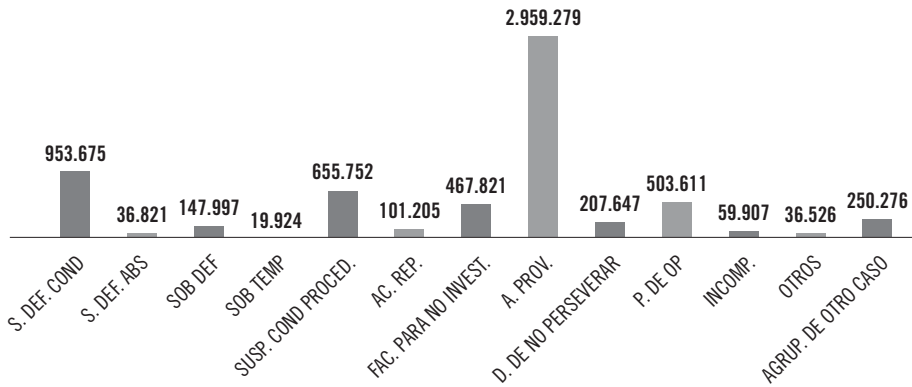


De este gráfico se puede apreciar que entre los años 2006 a 2009, los términos aplicados a todos los delitos ingresados al Ministerio Público, se distribuyeron de la siguiente forma: sentencias definitivas condenatorias representaron un 14,23%, sentencias definitivas absolutorias representaron un 0,30% y las suspensiones condicionales del procedimiento representaron un 3,93%.

Los términos para el período 2010 a 2013 mostraron los siguientes porcentajes: sentencia definitivas condenatorias un 14,63%, sentencias definitivas absolutoria un 0,74%; suspensiones condicionales del procedimiento un 10,25%. Por lo que al comparar ambos períodos, se puede señalar que mientras el porcentaje

<sup>64</sup> Dicho oficio estuvo vigente desde el 30 de marzo de 2009 al 16 de noviembre de 2015, y fue el primer Oficio del Fiscal Nacional en abordar la problemática que representaba para los Fiscales la existencia de investigaciones seguida por violación impropia, en las que víctimas e imputados señalasen que se trataban de relaciones sexuales consentidas en el contexto de una relación de “pololos”. Dicho oficio establecía en su punto 2.1.1 criterios de actuación para casos de violación impropia que ocurriesen entre “pololos”, avalando suspensiones condicionales del procedimiento, previa consulta al Fiscal Regional, si cumpliéndose los requisitos del artículo 237 del Código Procesal Penal, se reunían además las siguientes circunstancias: - que la diferencia de edad entre el sujeto activo y la víctima no sea considerable, - que en los hechos no concurren ninguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 y 363 del Código Penal, - que se haya descartado la realización de cualquier otro ilícito, - que se encuentre establecida la existencia de una relación sentimental entre víctima e imputado, lo que se corroborará especialmente con la declaración de aquella, contándose además con la opinión de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos (Uravit)

**GRÁFICO 4.**  
**TÉRMINOS APLICADOS A LA TOTALIDAD DE LOS DELITOS ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2013.**

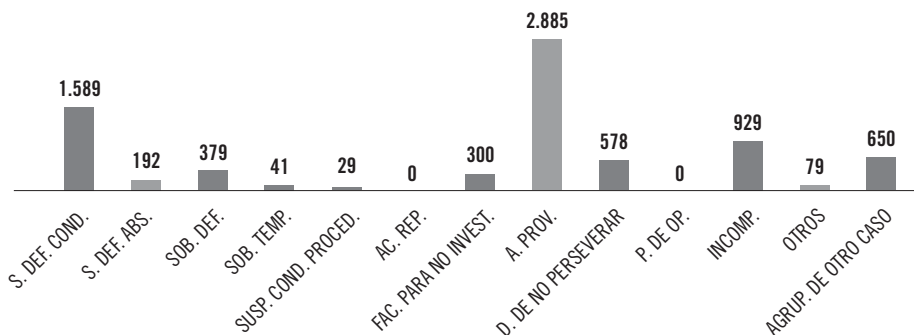


de sentencias definitivas condenatorias se mantuvo estable, sí variaron considerablemente los porcentajes de sentencias definitivas absolutorias y suspensiones condicionales del procedimiento, estas últimas con una variación porcentual de más del 100%.

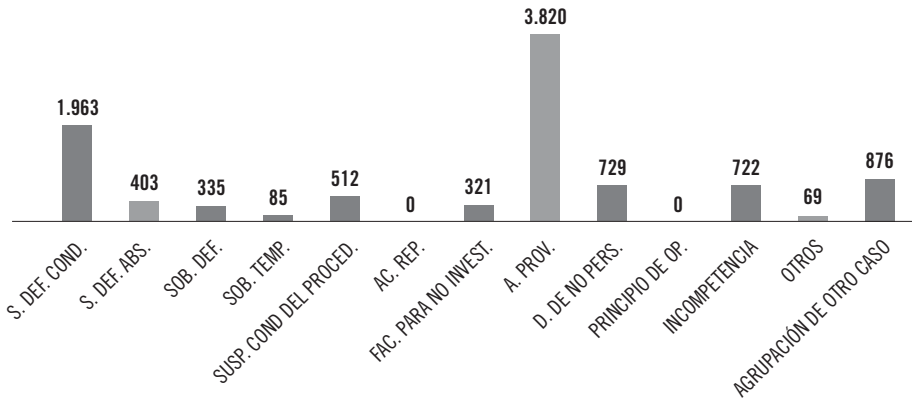
Los términos aplicados a las causas seguidas por el tipo penal del artículo 362 del Código Penal, en los mismos períodos, se muestra en los gráficos 5 y 6.

La comparación de los términos aplicados respecto del tipo penal del artículo 362 del Código Penal, muestra que la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, tuvo un considerable aumento luego de la dictación del Oficio del Fiscal Nacional N° 160/2009, pasando de 29 casos para el período 2006 a 2009 a 512 casos para el período 2010 a 2013. Esta variación es significativamente mayor a la mostrada para este mismo término,

**GRÁFICO 5.**  
**TÉRMINOS APLICADOS A DELITOS DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO PENAL ENTRE LOS AÑOS 2006 A 2009.**



**GRÁFICO 6.**  
**TÉRMINOS APLICADOS A DELITOS DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO PENAL**  
**ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2013.**



respecto de la generalidad de los delitos terminados en ambos períodos. En tanto que la misma salida alternativa considerando la totalidad de delitos terminados en el período 2006 a 2009 se aplicó a 205.615 casos, en tanto que para el período 2010 a 2013 se aplicó a 655.752. De lo anterior se puede señalar que aunque el alza de este término es significativa en ambas muestras (delitos del artículo 362 Código Penal y delitos en general), si se compara la variación porcentual, es mucho mayor tratándose del delito del artículo 362 del Código Penal.

Al comparar porcentualmente las condenas obtenidas del 2006 al 2009 respecto de los delitos del artículo 362 del Código Penal, con el mismo término aplicado a todos los delitos terminados por el Ministerio Público en el mismo período, se aprecia un mayor número de condenas en los casos seguidos por el delito del artículo 362 del Código Penal de 5 y hasta 8 puntos porcentuales, en cada año analizado.

Tratándose del delito de violación propia, del artículo 361 del Código Penal, el término de suspensión condicional del procedimiento tiene una representación muy distinta, dado que en el período 2006 a 2009 alcanzó tan sólo 0,08% y para el período 2010 a 2013, un 1,11%.

Enfocándonos en las edades de las víctimas de los casos seguidos por el delito del artículo 362 del Código Penal y terminados por Suspensión Condicional del Procedimiento, podemos encontrar que existe una mayor proporción de este término, tratándose de víctimas de 13 a 14 años de edad, con un 5,4%, que el porcentaje que dicho término representa considerando todas las edades de las víctimas (menores de 14 años), que para el período 2006 a 2009 representó un 0,38% y para el período 2010 a 2013 representó el 5,21%.

**TABLA 2.**  
**TÉRMINOS APLICADOS RESPECTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PROPIA DEL ARTÍCULO**  
**361 DEL CÓDIGO PENAL ENTRE LOS AÑOS 2006 A 2009.**

<b>TÉRMINOS VIOLACIÓN DE MAYOR DE 14 AÑOS (361 CP)</b>	<b>TOTAL PERÍODO 2006 AL 2009</b>
AGRUPACIÓN A OTRO CASO	536
ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	35
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	0
OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	35
FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	394
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	74
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	644
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	299
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	17
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	6
ARCHIVO PROVISIONAL	5025
DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	693
INCOMPETENCIA	211
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	3
<b>TOTAL</b>	<b>7972</b>

**TABLA 3.**  
**TÉRMINOS APLICADOS RESPECTO DEL DELITO DE VIOLACIÓN PROPIA DEL ARTÍCULO**  
**361 DEL CÓDIGO PENAL ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2013.**

<b>TÉRMINOS VIOLACIÓN DE MAYOR DE 14 AÑOS (361 CP)</b>	<b>TOTAL PERÍODO 2010 AL 2013</b>
AGRUPACIÓN A OTRO CASO	629
ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	32
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	6
OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	17
FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	409
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	217
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	1.006
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	416
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	36
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	121
ARCHIVO PROVISIONAL	6.662
DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	1.175
INCOMPETENCIA	189
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	2
<b>TOTAL</b>	<b>10.917</b>

En este mismo tramo etario, otro término que tiene un alza importante es el archivo provisional, el que para el período 2006 a 2013 representó un 42,9% del total, más de 4 puntos superior al 38,2% que este término representó para el total de los delitos de violación impropia en el mismo período, porcentaje que se acerca más al 46,5% que el archivo provisional representa en los términos aplicados a la totalidad de los delitos terminados entre los años 2006 a 2013, porcentaje que en gran medida se explica dado el importante número de denuncias con imputado desconocido, que se presentan en delitos contra la propiedad. Ello puede explicarse, porque tratándose de víctimas de más de 13 años, que han mantenido una relación sexual en forma voluntaria, el imputado podría alegar la existencia de error de tipo o prohibición, y si el fiscal estima plausible su alegación, una alternativa a su disposición sería el archivo provisional, basándose en este caso en la ausencia del elemento subjetivo de la conducta, término al que explícitamente hace referencia el Oficio del Fiscal Nacional dictado en la materia.

**TABLA 4.**  
**TÉRMINOS APLICADOS A DELITOS DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO PENAL, CON VÍCTIMAS DE ENTRE 13 Y 14 AÑOS DE EDAD, ENTRE LOS AÑOS 2006 A 2013.**

DELITO	TÉRMINOS con víctima de 13 a 14 años	Total General 2006 al 2013
<b>VIOLACIÓN DE MENOR DE 14 AÑOS ART. 362 CP.</b>	ARCHIVO PROVISIONAL	2.640
	DECISIÓN DE NO PERSEVERAR	571
	INCOMPETENCIA	230
	FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	261
	SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	173
	SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	1.047
	SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	320
	SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	43
	SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	330
	AGRUPACIÓN A OTRO CASO	490
	ANULACIÓN ADMINISTRATIVA	16
	OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	1
	OTRAS CAUSALES DE TÉRMINO	19
	<b>TOTAL</b>	<b>6.141</b>

## **8. Análisis de fallos relativos al delito del artículo 362 del Código Penal con víctimas que manifestaron haber consentido en la relación sexual**

Las sentencias que se analizan a continuación se obtuvieron de la base de fallos que lleva la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, la que respecto del delito del artículo 362 del Código Penal, alcanza un total de 2.137 fallos. Los fallos se seleccionaron primero por el período de interés 2006 a 2009, por estimarse que en dicho tramo puede haber existido mayor discusión en Juicio Oral, en atención a que la modificación a la norma del artículo 362 del Código Penal es del año 2004. Además se tuvo en cuenta la fecha del Oficio del Fiscal Nacional N° 160/2009, que avaló suspender condicionalmente el procedimiento en investigaciones seguidas por el delito de violación impropia, cuando la víctima manifestara que se trató de una relación sexual voluntaria y no se daban las circunstancias comisivas de la violación propia o del estupro. Luego se aplicó un segundo filtro, con frases que pudieran ser indiciarias de este tipo de relato de la víctima, específicamente “relación de pololeo” y/o “relación afectiva”, lo que dio como resultado 109 fallos a analizar. De la lectura de estos fallos se descartó la mayoría, puesto que las frases en principio indiciarias de una relación sexual consentida, estaban utilizada en otro contexto, por ejemplo el imputado era “pololo” de la madre de la víctima. A continuación se muestra un cuadro resumen, con los datos de los fallos en que efectivamente, se señaló por víctimas e imputados que se trató de una relación sexual voluntaria. Se trata de 23 fallos, dos de ellos referidos a una misma causa.

**TABLA 5.**  
**FALLOS DE TOP<sup>65</sup> RELATIVOS AL DELITO DEL ARTÍCULO 362 DEL CÓDIGO PENAL,**  
**CON VÍCTIMAS QUE MANIFESTARON HABER CONSENTIDO EN LA RELACIÓN SEXUALDES**  
**DE EL 2006 A 2009**

RUC	Edad Víctima	Edad Imputado	Diferencia de edad V-I	Vínculo V-I	Embarazo	Condena	Abs	Observaciones <sup>66</sup>
0600269990-5	12 años	45 años	33 años	pololos	Sí	7 años		Se alegó E. de P.
0600121979-9	11 años	20 años	9 años	pololos	No	61 días		Se acogieron 3 at. se desechó E. de P. por ser estudiante universitario
0600234688-3	12 años	37 años	25 años	pololos	Sí		Sí	Se acogió E. de T. Víctima muy vulnerable.
0700144176-5	13 años	27 años	14 años	Tío pololo	Sí		Sí	Se acogió E. de P.
0600308410-6	13 años	22 años	9 años	amigo	No	541 días		Niña señala que quiso tener la relación sexual por curiosidad
0600362489-5	12 años	26 años	14 años	Cuñado pololo	Sí	5 años y un día		Se desechó E. de P.
0700223564-6	13 años	21 años	8 años	pololo	Sí	541 días		Se reconoció como ex. incompleta el ejercicio leg. de un derecho.
0500576601-1 Rol ICA Temuco N° 732-2007	12 años	42 años	30 años	pololo	Sí		Sí	Se alegó E. de P. que el TOP de Angol rechazó y que fue acogido por la ICA de Temuco.
0600813418-7	11 años	30 años	19 años	pololo	Sí	6 años		Se alegó E. de T. No declaran víctima ni acusado
0500373359-0	11 años	19 años	8 años	pololo	No	541 días		Se alegó E. de P.
050065915-2	13 años	20 años	9 años	pololo	No		Sí	Se acogió E. de P.
0500519611-8	11 años	33 años	22 años	pololo	No	13 años		Se alegó E. de T. Víctima se contagió ETS
0600334349-7	12 años	45 años	33 años	padrastró pololo	Sí	5 años		Se acogió agrav. de abuso de confianza
0500243356-9	13 años	34 años	21 años	tío pololo	Sí	5 años y un día		Se alegó E. de P.
0600858366-6	13 años	19 años	6 años	pololos	Sí		Sí	Se acoge E. de P.
0500314214-2	13 años	22 años	9 años	pololos	Sí		Sí	Se acoge E. de P. y se condena en costas al MP
0701128702-0	13 años	27 años	14 años	pololos	No		Sí	Se acoge E. de P. se consideró la edad mental disminuida del acusado
0500165971-7	11 años y 9 años	32 años	21 años y 23 años respectivamente	Pololo de la 1ra víctima Padre de la 2da.	No	10 años y un día por 362 CP y 541 por AS de hija		Se alegó E. de P. el que se desecha porque niña declara que sacaron la cuenta de su edad con calculadora
0500470623-6	13 años	37 años	24 años	pololo	Sí	541 días		Defensa alegaba que hechos ocurrieron cuando niña tenía más de 14 años
0500076264-6	12 años	31 años	19 años	pololo	Sí	1er JO se abs. 2do se condena a 800 días		En el 1er juicio oral se acogió E. de P. tesis que se rechaza en el 2do juicio
05000427451-4	12 años	22 años	10 años	Primos pololos	Sí		Sí	Se acogió E. de P. Niña dijo que era su amor platónico
0600503522-6	13 años	20 años	7 años	pololo	Sí		Sí	Se acogió E. de T.
0500375261-7	11 años	25 años	14 años	tío	Sí	7 años		En un 1er JO se acogió E. de P. lo que se desecha en el 2do JO.

65 Tribunales Orales en lo Penal.

66 Se abrevió Error de Prohibición como E. de P. y Error de Tipo como E. de T.



Respecto del análisis de los fallos individualizados en la tabla anterior, se desprende que es relevante para los tribunales, la edad concreta de la víctima al momento del acceso carnal.

Cuando las víctimas son menores de 12 años de edad, la tendencia es a condenar, reduciéndose en su caso la pena concreta mediante la aplicación de circunstancias atenuantes. Ejemplo de ello se da en causa Ruc 0600121979-9, con víctima de 11 años, se reconocieron 3 atenuantes y no se aceptó alegación de error de prohibición, en atención a la calidad de estudiante universitario del acusado.

Otro criterio es la diferencia de edad de los involucrados en la relación sexual. Escapa a esta regla, la absolución dictada en causa Ruc 0600234688-3 en que se acoge la tesis de error de tipo, teniendo la víctima 12 años y el acusado 37 años.

En cuanto a las diferencias de edad en casos que fueron absueltos por error de prohibición, podemos señalar que en general la diferencia de edad no va más allá de 10 años salvo una excepción<sup>67</sup>.

En cuanto a las diferencias de edad en casos que fueron condenados los acusados, desechándose la alegación de error de prohibición, podemos señalar que superan los 10 años, salvo un caso en que la diferencia de edad era de 8 años, el que podría explicarse por la edad de la víctima que tenía 11 años<sup>68</sup>.

Las instituciones usadas para fundar las absoluciones dicen relación con la posición subjetiva de los acusados frente al delito, a saber, el error de prohibición y el error de tipo. Tratándose del error de prohibición, el acusado yerra o falla en cuanto a la valoración que de su conducta hace el derecho, en tanto que en el caso del error de tipo lo que falla es el conocimiento del acusado respecto de uno de los elementos que describe el tipo penal, a saber que la víctima tuviese menos de 14 años de edad. Tienen en común ambos casos, el faltar para la imputación penal un mínimo de certeza, acerca de la forma en que el sujeto actuaría de haber conocido estos aspectos, es decir una de las exigencias intelectivas de la culpabilidad<sup>69</sup>. No obstante se puede señalar que igualmente incide en algunos fallos el relato de las víctimas en cuanto haber concurrido voluntariamente al acto sexual, rebajando al máximo la pena, según las circunstancias atenuantes concurrentes, aludiendo a la “mínima extensión del daño causado”.

67 Víctima de 13 años, acusado de 20 años, Ruc 0600503522-6; víctima de 13 años, acusado de 19 años, Ruc 0600858366-6; víctima de 13 años, acusado de 22 años, Ruc 0500314214-2; víctima de 12 años, acusado de 22 años, Ruc 0500427451-4; víctima de 13 años, acusado de 20 años, Ruc 0600503522-6; víctima de 13 años, acusado de 20 años, Ruc 050065915-2.

68 Víctima de 12 años, acusado de 31 años, Ruc 050076264-6; víctima de 11 años, acusado de 25 años, Ruc 0500375261-7; víctima de 11 años, acusado de 19 años, Ruc 0500373359-0.

69 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 2da. Ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 323.

Otro aspecto que es posible pesquisar es que se valora el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, por ejemplo, en el caso Ruc 0500576601-1, en el que además de existir una gran asimetría de edad entre víctima y acusado, 12 y 42 años respectivamente, y en el que por otra parte aparecían antecedentes que pudieran estimarse como indiciarios de error de prohibición, como que el acusado pretendió casarse con la víctima y que tenía una relación de convivencia con ella durante los fines de semanas. Los antecedentes de la causa dan cuenta que la víctima y su madre eran muy vulnerables económicamente y moralmente, de hecho la niña se encontraba en un internado con motivo de un abuso sexual de su padrastro. Incluso los hechos podrían estimarse cercanos a la explotación sexual comercial, puesto que el acusado daba dinero y compraba especies tanto para la madre como para la víctima, habiéndole señalado la madre de la víctima previo a facilitarle el ingreso a su domicilio, que “con ella no tendría problemas”, tranquilizándolo respecto a la posibilidad de denuncia en atención a la escasa edad de su hija. Incluso el que la víctima manejase dinero, teniendo esta situación tan precaria, fue uno de los elementos que llamaron la atención del Director del internado en el que residía la niña, quién luego de corroborar los hechos y el embarazo de 2 meses que cursaba la niña, realizó la denuncia. Estos hechos no fueron considerados por la ICA de Temuco, que mediante sentencia de reemplazo de fecha 7 de julio de 2007, da por concurrente el error de prohibición, absolviendo al acusado.

Se considera para condenar, no obstante el relato explícito de las víctimas en orden a tratarse de una relación sexual con consentimiento, si de todas formas existieron para las víctimas consecuencias negativas, como por ejemplo en el caso Ruc 0500519611-8, donde se probó la existencia de daño en el desarrollo sicossexual de la menor mediante una pericia psicológica, víctima que además a raíz de los hechos se contagió una enfermedad de transmisión sexual.

También se aprecia que se considera el contexto en el que se gesta la relación sexual, estimándose espurio el consentimiento prestado para una relación sexual generada dentro de un vínculo previo, del que se desprenda que la víctima no tuvo la autonomía suficiente para decidir, ejemplo en el caso Ruc 0600334349-7 en que el acusado era el padrastro de 45 años que tuvo relaciones sexuales con su hijastra de 12 años, la que se encontraba a su cuidado desde que ella tenía 6 o 7 años de edad, habiéndose aplicado en dicho caso la agravante del artículo 12 N° 7 del Código Penal, relativa al abuso de confianza.

Dadas estas conclusiones preliminares se decidió revisar los fallos dictados entre los años 2014 y 2015, por delitos del artículo 362 del Código Penal, respecto de víctimas de 13 años de edad con imputados de hasta 19 años de edad, incluyéndose los fallos de Tribunales de Garantía, para ver la situación de los adolescentes imputados por el delito del artículo 362 del Código Penal.

Según el sistema SAF con estas características de búsqueda, se registran 22 fallos, de los cuales se descartaron tres, 2 por error de calificación del hecho, dado que correspondían a abusos sexuales, y 1 por tener el condenado 42 años de edad.

**TABLA 6.**  
**FALLOS DE TOP Y TG<sup>70</sup> POR DELITOS DEL 362 DEL CÓDIGO PENAL**  
**CON VÍCTIMAS DE 13 AÑOS Y ACUSADOS DE HASTA 19 AÑOS DE EDAD**

RUC	Edad Víctima	Edad Imputado	Vínculo V-I	Cond.	Abs.	Observaciones <sup>71</sup>
1400693716-1	13 años	19 años	pololos	6 años		Condenado, registraba 2 condenas previas como RPA. Una de ellas por art. 362 CP respecto de una niña de 4 años
1400832716-6	11 años	17 años	tío		sí	Problemas de congruencia y prueba de participación
1301076914-5	13 años	18 años	Tío/sob.	10 años y un día		actos reiterados y no voluntarios
130668981-1	13 años	17 años	pololo		sí	Niña no colaboró, no se pudo probar participación, no obstante existir video de sexo oral.
01301256521-0	13 años	19 años	pololo		sí	Niña no declara en JO, no se probó participación.
1301135978-1	13 años	19 años	Amigos/pololos	541 días		Relación consentida, hechos se develan porque niña le cuenta a profesora temor de estar embarazada
1401190775-0	13 años	17 años	Pololos		sí	MP fija los hechos un mes antes de 14 años, prueba no fue concluyente
1400264419-4	13 años	17 años	Amigos	Amonest.		Niña relata relación consentida, en celebración con amigos en la playa.
1300837990-9	13 años	15 años	Pololos	1 año LAS <sup>72</sup>		Niña en PIB Sename, comportamiento depresivo por temor a embarazo
1200525487-4	13 años	16 años	Pololos	1 año LAS		Embarazo
1100527226-4	13 años	17 años	Amigos	540 días LAS. Suspendida		Sexo anal. Relato de relación no consentida
1400175661-4	13 años	17 años	Pololos	3 años de LAS		Consultorio denuncia embarazo
1400216395-1	13 años	19 años	Primos	5 años. Sustituida por LVI		La relación sexual fue consentida
1300958865-k	13 años	17 años	Pololos	541 días LAS		Dcia. de matrona, niña embarazada
1300968386-5	13 años	19 años	Pololos		Sí	Niña de 13 años 8 meses. Se acogió E. de P.
1300215791-2	13 años	19 años	Tío/sob.	2 años con remisión cond.		Relación sexual consentida
1300590239-2	13 años	17 años	Conocidos	540 LAS		Le ofrece marihuana a la niña, que dice que relación fue coaccionada
1200775361-4	13 años	19 años	Pololos	300 días con remisión condicional		TG consideró que el mal causado es menor, porque niña no fue obligada.
1300116820-1	13 años	17 años	Primos	3 años LAS		Relación no habría sido consentida.

70 Tribunales Orales en lo Penal y Tribunales de Garantía.

71 Se abrevió Error de Prohibición como E. de P. y Error de Tipo como E. de T.

72 Observaciones.

Respecto de esta última tabla, observamos que:

Cuatro de los 5 casos absueltos, corresponden a relaciones sexuales consentidas, con víctimas que no declaran o no colaboran con la acusación o requerimiento.

En general, no hay penas privativas de libertad efectivas en los casos de relaciones sexuales consentidas. En el caso Ruc 140093716-1, en que hubo pena efectiva, es posible que haya influido la condena previa que tenía el condenado como adolescente respecto del mismo delito respecto de una víctima de apenas 4 años de edad.

La otra pena privativa de libertad efectiva se registró en causa Ruc 1301076914-5, pero se trata de hechos forzados.

Un porcentaje importante de los casos se devela por el temor de la niña de estar embarazada, o por denuncia del consultorio, al que la víctima acude ya sea por estar embarazada o en busca de un método anticonceptivo.

De los 11 casos con imputado adolescente, se absolvió en tres y se condenó en ocho, en 1 a la pena de Amonestación y en siete a la pena de Libertad Asistida Simple, habiéndose suspendido una de estas penas.

## **9. Análisis de encuesta efectuada a Fiscales respecto de investigaciones seguidas por el delito del artículo 362 del Código Penal**

Como se ha dicho el Oficio del Fiscal Nacional N°160 del año 2009 permitió suspender condicionalmente investigaciones seguidas por el delito del artículo 362 del Código Penal, en un contexto voluntario, exigiéndose como requisitos que:

- la diferencia de edad entre el sujeto activo y la víctima no fuera considerable;
- que no concurriera ninguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 y 363 del Código Penal,
- que se hubiera descartado la realización de cualquier otro ilícito, y
- que se encontrara establecida la existencia de una relación sentimental entre la víctima y el imputado, lo que se corroborará especialmente con la declaración de aquélla<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Este último requisito se eliminó en el nuevo Oficio del Fiscal Nacional dictado en la materia N° 914/2015 de fecha 17 de noviembre de 2015, en la que se agregan como requisito que se considere la opinión de la víctima y de su representante legal, la que deberá constar en la carpeta investigativa. Dicho oficio se encuentra disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do>

Por lo anterior se estimó de utilidad recabar desde los fiscales su experiencia en el proceso de toma de decisión respecto de qué investigaciones llevan a Juicio Oral y cuáles de ellas deciden suspender condicionalmente. Se envió una encuesta dirigida a 41 fiscales especializados en la investigación de delitos sexuales, obteniéndose 32 respuestas.

Resultados obtenidos en la encuesta:

Se consideran criterios relevantes la edad de la víctima y su relato en torno a la voluntariedad de la relación sexual. Así como un posible contexto de vulnerabilidad social, al momento de decidir el curso de una investigación, se valora para no perseguir que se trate de una víctima que esté cerca de cumplir los 14 años de edad. En este punto parece haber sintonía con lo resuelto en los fallos revisados, específicamente el fallo dictado en causa RUC 0600269990-5 donde víctima y madre vivían en la casa del condenado, quién era el proveedor de las necesidades económicas de ambas.

Respecto del imputado se estima relevante su edad y la existencia de investigaciones penales previas respecto de delitos sexuales contra menores, que podrían significar conocimiento respecto de la regulación del delito de violación impropia.

En investigaciones seguidas por delitos del artículo 362 del Código Penal, se considera relevante la diferencia de edad entre víctima e imputado y el conocimiento que sus cercanos hayan tenido del vínculo, es esperable que en casos que el imputado alegue error de prohibición o de tipo, se haya comportado de acuerdo con su supuesta convicción interior, y no sería esperable que haya ocultado su relación con la víctima.

Respecto a qué diferencia de edad entre víctima e imputado se estima no considerable, casi el 70% de los encuestados considera que no debe ser superior a 5 años, en tanto que el 30 % restante estima que podría llegar a los 10 años de diferencia. En este punto es posible observar de los fallos analizados, que en general los absolutorios son respecto de diferencias de edades no superiores a 10 años.

La decisión de suspender condicionalmente una causa, pasa principalmente por el relato de la víctima, junto a otros antecedentes de contexto que den cuenta que se trató de una relación sexual voluntaria.

## 10. Conclusiones

Según estándares de derechos humanos, el criterio más adecuado a considerar a efectos de fijar una edad mínima para estimar válido el consentimiento en materia sexual es el que dice relación con la madurez del adolescente, acorde con el principio de autonomía progresiva que exige que se reconozca que las y los adolescentes van adquiriendo derechos en forma gradual, según

la evolución de sus facultades. Pero como lo señala la doctrina, un criterio individual y subjetivo, no se condice con el principio de legalidad propio del derecho penal; encontrándose además legitimada la fijación de una edad mínima para el consentimiento en materia sexual, de acuerdo a los estándares de derechos humanos, según da cuenta la Observación General del Comité de la Convención de Derechos del Niño N° 4<sup>74</sup>.

Los Estados Partes, según la CDN, deben adoptar diversas medidas, entre ellas, de carácter legislativo, para proteger a los NNA de todo abuso físico o mental, incluyendo entre estos el abuso sexual. Si bien la CDN no da un concepto de abuso sexual, sí se indica que se deben impedir actividades o prácticas sexuales ilegales, entregando al legislador nacional la tipificación concreta de los delitos sexuales contra los menores de edad; tipificación que por cierto debe ser acorde con los principios consagrados en la misma Convención, reconociéndose a los NNA como sujetos de derechos en consonancia con el principio de autonomía progresiva.

El artículo 12. 1 de la Convención de Derechos del Niño, indica que se deben tener en cuenta las opiniones de los Niños, Niñas y Adolescentes en función de su edad y madurez. Así lo deseable es que el tipo penal fije una edad mínima para estimar válido el consentimiento en materia sexual, que dé cuenta de ambos criterios.

De los fallos analizados se desprende que los tribunales al momento de condenar o absolver a un acusado por violación impropia, que ha mantenido relaciones sexuales consentidas con una persona menor de 14 años, en general rechazan las tesis de error de los acusados con víctimas menores de 12 años.

Nos parece útil que nuestro Código Penal mantenga un tipo penal de violación impropia, sin exigencia de circunstancias comisivas, de las que muchas veces víctimas de escasos años no están en condiciones de hacerse cargo; tipo penal que debe dar cuenta de la mejor forma posible de los criterios de edad y madurez según estándares internacionales de derechos humanos, sin que ello signifique criminalizar la sexualidad de las y los adolescentes.

---

74 Ob. cit., p. 4.



## ANÁLISIS DE SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL, ENTRE LOS AÑOS 2012 Y 2014, SOBRE PARRICIDIOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. CLASIFICACIÓN DE CASOS A PARTIR DE LAS DIFERENTES CATEGORÍAS DE FILICIDIO

### Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

### Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>1</sup>

Roberto Rodríguez Manríquez<sup>2</sup>

### Resumen

En el siguiente estudio se analizan las sentencias de parricidio dictadas entre los años 2012 y 2014 por Tribunales Orales en lo Penal cuyas víctimas fueron niños, niñas y adolescentes. Se continúa, así, una línea de investigación iniciada con un estudio anterior sobre denuncias ingresadas a fiscalía por casos similares, entre los años 2010 a 2012<sup>3</sup>, incluyendo en ambas investigaciones el concepto de filicidio, de acuerdo a las categorías de Resnick<sup>4</sup>, lo que permite utilizar un lenguaje conceptual común y distinguir los criterios aplicados por los tribunales para valorar los hechos de violencia en la diversidad de contextos familiares en que estos han ocurrido.

*Palabras Claves:* Parricidio, Infanticidio, Filicidio.

- 1 Decreto Supremo 830. Promulga Convención sobre los derechos del niño. 14 de agosto de 1990 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/N?i=15824&f=1990-09-27&cp> [fecha de consulta: 11 de enero de 2016].
- 2 Trabajador Social, Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 RODRÍGUEZ, Roberto. "Filicidio en Chile. Incidencia estadística y análisis de las denuncias sobre muertes de niños, niñas y adolescentes a manos de sus padres entre los años 2010 a 2012". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 177-195.
- 4 RESNICK, Phillip. "Child Murder by Parents: A Psychiatric Review of Filicide". En: *American Journal of Psychiatry*, Vol. 126, N° 3, E.E.U.U. Asociación Americana de Psiquiatría, 1969, págs. 325-334.



## 1. Introducción

Dentro de las funciones de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional destaca el apoyo a los fiscales en materia de investigación de delitos ocurridos al interior de la familia y la elaboración de estudios respecto de los delitos de su competencia, entre éstos la sistematización de fallos y el análisis de los criterios desarrollados por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal (TOP) de nuestro país.

Es así como durante el año 2015, se realizó un estudio que analizó sentencias dictadas entre los años 2012 y 2014 por tribunales de juicio oral en lo penal en causas seguidas por delitos de parricidio. A partir de este trabajo, se estimó necesario analizar, específicamente, las causas de parricidio cuyas víctimas fuesen niños, niñas y adolescentes, puesto que el tipo penal previsto en el artículo 390 del Código Penal incluye variadas combinaciones de parentescos y vínculos, y por lo tanto, diversas manifestaciones de violencia intrafamiliar en el que está subsumido el fenómeno de *filicidio*, entendido como el asesinato de niños por parte de sus progenitores (padre/madre o padrastro/madrastra) o cuidadores<sup>5</sup>, continuando con una línea de investigación iniciada el año 2012 que abordaba la incidencia del *filicidio* en Chile entre los años 2010 a 2012<sup>6</sup>.

Metodológicamente, se obtuvo una base de datos, extraída del sistema informático del Ministerio Público, con sentencias dictadas por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal entre los años 2012 y 2014, en causas en que se formuló acusación por hechos calificados como parricidio. Se consideraron, también, los casos en que se requirió la aplicación de una medida de seguridad en conformidad al artículo 455 y siguientes del Código Procesal Penal. En un segundo momento, haciendo un filtro, se fijaron las causas con víctima hijo/hija o nieto/nieta del acusado/a menor de 18 años, con el fin de identificar los principales criterios adoptados por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal (TOP) de nuestro país, específicamente en relación a los argumentos desarrollados al fallar en materia de muerte de niños, niñas y adolescentes. Para clasificar las tipologías de parricidio se utilizó la conceptualización sobre filicidio del psiquiatra forense norteamericano Dr. Phillip J. Resnick, empleada también en el estudio sobre incidencia referido anteriormente, lo anterior con el fin de dar coherencia al análisis a partir de la misma conceptualización.

En la primera parte de este trabajo, se presenta el marco conceptual sobre el tipo penal en estudio y, específicamente, sobre el concepto de filicidio y las diferentes categorías que organizan la descripción estadística y el análisis de

5 HATTERS, Susan y RESNICK, Phillip. "Asesinato de niños por sus madres: patrones y prevención". En: *World Psychiatry*. Edición en español, Vol. 5 N°3, Asociación Mundial de Psiquiatría, 2007, p. 137.

6 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 183.

las sentencias. En la segunda, se incluyen datos estadísticos que describen el universo de casos analizados; para esto se utilizaron tablas estadísticas que ordenan la información de acuerdo a variables consideradas para su fácil comprensión. En la tercera parte, se hará referencia al contenido de los fallos respecto de los elementos que los tribunales han tenido en consideración para condenar o absolver en distintos tipos de filicidio, extractando pasajes de las sentencias.

Atendido que el presente trabajo se refiere a sentencias de Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, no se tomaron en cuenta sentencias dictadas en procedimientos abreviados. Los fallos de las Cortes de Apelaciones se citan sólo en cuanto confirman o modifican los criterios de los Tribunales de Juicio Oral.

## 2. Marco conceptual

### Concepto de parricidio. Amplitud y limitaciones

El parricidio en Chile está tipificado en el artículo 390 del Código Penal. Se trata de un tipo penal agravado respecto del homicidio, que alude a diversos vínculos y no específicamente a dar muerte al hijo o hija menor de edad, por lo que abarca parentescos y relaciones familiares con lógicas y dinámicas relacionales muy disímiles. La norma castiga con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado a quien “*conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente*”.

A diferencia de otros países, especialmente en Europa y Estados Unidos, en que el parricidio alude principalmente a dar muerte al padre, o la madre y, excepcionalmente a parientes cercanos<sup>7</sup>, en Chile abarca variados parentescos como matar al hijo o hija y a cualquier otro ascendiente o descendiente, y a quien es o ha sido el cónyuge o el conviviente, no obstante, la tendencia en el derecho comparado –Alemania, Francia y España–, ha sido eliminar el tipo penal como tal, por considerarse que la existencia de un vínculo no permite justificar por sí solo la agravación de la pena<sup>8</sup>.

El fundamento de la penalidad elevada del parricidio radicaría en que se “*estima más reprochable que un sujeto atente contra una persona respecto de la cual él sabe que lo liga ese sentimiento que debe ser propio de las familias en comparación con el atentado a la vida de cualquier extraño respecto del cual no tiene, ni debe*

7 GALLEGUILLOS, Tamara; LESLIE, Andrea; TAPIA, Javier y ALIAGA, Álvaro. *Caracterización psiquiátrica del delito de parricidio*. Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría, N° 46, 2008, p. 216.

8 POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, Ma. Cecilia y MATUS, Jean Pierre. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 72.

*tener ningún sentimiento de afectividad especial, precisamente por serle desconocido, extraño o un tercero no familiar*<sup>9</sup>.

Ligado también al asesinato de hijos, aunque no está incorporado en el artículo 390 del Código Penal, está la muerte de neonatos, definida, en el artículo 394 del Código Penal, como infanticidio cuando “*el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto matan al hijo o descendiente*”<sup>10</sup>. Esta norma tendría su fundamento histórico en el Chile del siglo diecinueve, cuando se dicta el Código Penal, donde era común asesinar a hijos nacidos fuera del matrimonio o ilegítimos para ocultar la “deshonra” de las damas y caballeros de la sociedad<sup>11</sup>.

Un aspecto importante a tomar en cuenta, dentro de la legislación chilena, es que a partir de la dictación de la Ley 20.480, de 18 de diciembre de 2010, se incorporó al artículo 390, en su inciso final, la figura del *femicidio*, para aquellos casos en que la víctima del delito es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor. En efecto, el amplio espectro del concepto de parricidio, al igual que el del artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, ameritan ser delimitados, toda vez que invisibilizan tipos de violencia y dinámicas de control abusivo que ocurren al interior de una familia, como el maltrato infantil, maltrato hacia ancianos, violencia de pareja o hacia discapacitados, o violencia de hijos a padres.

Para el caso del maltrato infantil, el estereotipo cultural del *pater familias* indudablemente podría estar influyendo en la normalización de la violencia ejercida en contra de los niños, niñas y adolescentes que aún existe en Chile<sup>12</sup>. Como se reporta en la historia del Derecho, en la Antigüedad, en Germania y en Roma, no existía el delito de parricidio cuando lo cometía el *pater familias*, es decir, el ascendiente varón de mayor edad, pudiendo ser el padre, abuelo o bisabuelo, debido a que el ejercicio de la patria potestad incluía el derecho de corregir, castigar, vender o matar al hijo<sup>13</sup>.

En Chile, las cifras de los estudios sobre maltrato infantil de UNICEF han mostrado un indiscutible avance hacia el mejoramiento del trato hacia la infancia, pero la disminución sigue siendo moderada. Un ejemplo de ello es

9 Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, 18 de enero de 2012, RUC N° 1001035103-6, RIT N° 60-2011.

10 Código Penal Chileno. Biblioteca del Congreso Nacional. Versión 22 de octubre de 2015 [en línea]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2015-10-22&cp> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2015].

11 ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, Tomo III, págs.161 - 163.

12 RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 179.

13 Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la ley 20.480 que tipifica el femicidio*, Boletín N° 5308-18, p. 8.

que, mientras en el año 1994 la violencia física grave afectaba al 34,2% de los niños y niñas, esta descendió a un 25,4% en 2000; sin embargo, en las posteriores mediciones la cifra se mantuvo constante, alcanzando en 2012 al 25,9%. De manera que esta es una realidad que sigue planteando importantes desafíos para las políticas de prevención del maltrato infantil. Los datos obtenidos en el Cuarto Estudio sobre Maltrato Infantil (2012) confirman la relación que existe entre la violencia entre padres con aquella que estos ejercen hacia sus hijos/as, la cual ya se había constatado en los estudios de los años 1994, 2000 y 2006, lo que significa que la familia chilena vive una relación de violencia tanto en la pareja, como hacia los niños y niñas<sup>14</sup>.

### Concepto de *filicidio* y sus distintas categorías

Sobre el filicidio, se utilizará la tipificación mencionada de Resnick, psiquiatra forense estadounidense quien describió cinco motivaciones principales a la base de este, que le permitieron establecer la siguiente clasificación: filicidio altruista (que se asocia al suicidio del agresor o para liberar al hijo de un sufrimiento real o imaginario); filicidio asociado a un trastorno mental psicótico agudo; filicidio por ser hijo no deseado (neonaticidio); filicidio por maltrato fatal (a consecuencia de agresión con desenlace fatal) y filicidio por venganza (en contexto de violencia de pareja para provocar dolor hacia el otro/a progenitor/a), también denominado por algunos autores como Síndrome de Medea<sup>15</sup>. Para una mayor profundización en las definiciones, se sugiere revisar artículo en referencia<sup>16</sup>.

### 3. Estadísticas de sentencias estudiadas

En primer lugar, se describirán estadísticamente los casos con víctimas menores de 18 años, con parentesco hijo/hija y nieto/nieta del acusado/a. Para ello, se ha analizado el universo de dieciséis sentencias dictadas por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, entre los años 2012 y 2014, en que se formularon acusaciones por hechos calificados de parricidio a hijos menores de edad extraídos de la base de jurisprudencia de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional.

14 UNICEF. *Cuarto estudio de maltrato infantil en Chile*. Santiago, Chile, 2015, p. 8.

15 RESNICK, Phillip. Child-Murder by Parents and Insanity [en línea]. Los Ángeles, EE.UU.: Asociación Forense de Salud Mental de California, 2007. Disponible en: <http://www.fmhac.net/Assets/Documents/2007/Resnick%20Child%20Murder%202007.pdf> [fecha de consulta: 14 de enero de 2016].

16 RODRÍGUEZ, Roberto. "Filicidio en Chile. Incidencia estadística y análisis de las denuncias sobre muertes de niños, niñas y adolescentes a manos de sus padres entre los años 2010 a 2012". En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 54, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2013, págs. 177-195.

Se contemplaron, también, casos en que se requirió la aplicación de una medida de seguridad para el/la imputado/a conforme al artículo 455 y siguientes del Código Procesal Penal. Estos corresponden a cuatro casos con procedimientos dirigidos a aplicar medidas de seguridad respecto de imputados declarados previamente inimputables por enajenación mental.

Las dieciséis sentencias se pronuncian acerca de dieciséis imputados, con un total de veintiún víctimas. Se dictó condena en catorce casos, registrándose dos absoluciones, las que se presentan en casos calificados de parricidios frustrados.

Tabla 1. Sentencias de parricidio según Fiscalía Regional y Local de origen del caso

En el período comprendido por el estudio, se registraron un total de 16 sentencias, 7 de las cuales fueron dictadas en el año 2012, en tanto que 5 son del año 2013 y 4 fallos del año 2014. La distribución por región y fiscalía local es la que sigue:

Fiscalía Regional	Fiscalía Local	N° de casos
I	IQUIQUE	1
II	CALAMA	1
IV	LOS VILOS	1
IX	CARAHUE	1
RM CN	SANTIAGO CENTRO	1
	SANTIAGO NORTE	1
RM OR	LAS CONDES	1
	ÑUÑO A	1
V	QUILPUÉ	2
	VIÑA DEL MAR	1
VI	GRANEROS	1
	RANCAGUA	1
VII	CURICÓ	1
	TALCA	1
XIV	VALDIVIA	1
<b>Total</b>		<b>16</b>

La tendencia decreciente de sentencias por año podría obedecer a que, para efectos de este trabajo, el año 2015 se extraen los RUCs de casos terminados, y sus correspondientes fallos, desde las bases estadísticas y jurisprudenciales, existiendo investigaciones de parricidio todavía vigentes correspondientes a los años 2013 y 2014.

Tabla 2. Juicios Orales v/s Medida de Seguridad

La aplicación de una medida de seguridad conforme al artículo 455 del Código Procesal Penal, correspondió a cuatro casos respecto de imputados que habían sido declarados inimputables.

Juicio oral / Medida de seguridad	Total casos
Juicio oral	12
Medida de seguridad	4
<b>Total</b>	<b>16</b>

De los cuatro casos con aplicación de medida de seguridad, tres corresponden a la categoría de filicidio psicótico agudo, es decir, casos en que el acusado/a presentaba, al momento de la comisión del delito, alteración del juicio de realidad a raíz de estructuras de personalidad psicótica con funcionamiento paranoide y rasgos depresivos comprobados a través de peritajes psiquiátricos y psicológicos. El cuarto caso corresponde a filicidio altruista con suicidio en que el autor presentó un cuadro depresivo grave, con pérdida de juicio de realidad.

Tabla 3. Participación de acuerdo a parentesco del autor por número de víctimas

La literatura internacional señala que existiría una mayor tendencia de comisión de este delito por parte de las madres de las víctimas que por los padres<sup>17</sup>, sin embargo, en las sentencias estudiadas se marca una mayor incidencia masculina en la perpetración de estos delitos.

Participación	N° de víctimas
Autor Art. 15 N°1 Código Penal: padre	12
Autora Art. 15 N°1 Código Penal: madre	8
Autora Art. 15 N°1 Código Penal: abuela	1
<b>Total</b>	<b>21</b>

En el estudio del año 2013, sobre denuncias ingresadas, un hallazgo importante fue la mayor tasa de filicidio materno asociado al delito de infanticidio, por lo tanto, es necesario seguir observando el fenómeno de muerte de niños y niñas, sus tendencias y evidencias, ya que no es concluyente la autoría predominante de los padres. Otra cuestión importante es comparar resultados de muestras o universos semejantes: no todos los casos denunciados llegan a juicio y en el actual análisis de sentencias no se incluye el tipo penal de infanticidio.

17 GALLEGUILLOS, ob. cit., p. 219.

Tabla 4. Número de víctimas según grado de desarrollo del delito

Como muestra la tabla, las sentencias revisadas, en su mayoría, corresponden a parricidios consumados.

Grado de desarrollo	N° de víctimas
Consumado	13
Frustrado	7
Tentado	1
<b>Total</b>	<b>21</b>

Respecto de los parricidios frustrados, una hipótesis factible es que representen menos frecuencia debido a que un número significativo de casos calificados médicamente como lesiones graves en contexto de maltrato infantil, no son recalificadas a parricidio frustrado debido a falta de pruebas relacionadas con el dolo u otras dificultades como la retractación de testigos claves.

Tabla 5. Resultado del juicio, según el grado de desarrollo del delito por número de víctimas

El SAF<sup>18</sup> define relaciones entre delito-imputado-víctima. En la tabla se muestra la relación entre las dieciséis sentencias dictadas respecto de cada una de las víctimas.

Motivo de término	Grado de desarrollo	N° de víctimas
Sentencia definitiva absolutoria	Frustrado	2
Sentencia definitiva condenatoria	Consumado	13
	Frustrado	5
	Tentado	1
<b>Total de víctimas</b>		<b>21</b>

En este sentido, es relevante destacar que se absolvieron solamente dos casos de parricidio frustrado y todos los casos de parricidio consumado recibieron sentencias condenatorias.

18 “Sistema de Apoyo a los Fiscales”, sistema informático desde el cual se extrae la información estadística del Ministerio Público.

Tabla 6. Pena solicitada v/s pena impuesta, por número de víctimas

En la generalidad de este tipo de delitos las penas que se requieren por la Fiscalía son altas conforme a la propia regulación normativa. Se puede determinar del análisis, que los jueces imponen penas similares a las requeridas o inferiores, dependiendo del debate de las circunstancias modificatorias que se produzca en el caso concreto.

Causa RUC	Pena solicitada	Pena impuesta	Número de víctimas
1000379651-0	10 años y 1 día de medida de seguridad	Absolución	1
1000800573-2	10 años y 1 día de medida de seguridad	5 años de medida de seguridad	1
1101196770-3	15 años y un día de medida de seguridad	10 años y un día de medida de seguridad	1
1200632911-8	5 años de presidio menor grado máximo	5 años y un día de medida de seguridad	1
1100332128-4	12 años de presidio mayor grado medio	7 años de presidio mayor grado mínimo	1
	20 años de presidio mayor grado máximo	20 años de presidio mayor grado máximo	1
1101147971-7	15 años y un día de presidio mayor grado máximo	10 años y un día de presidio mayor grado medio	1
1210009054-4	10 años y 1 día de presidio mayor grado medio	Absolución	1
1300515304-7	15 años y un día de presidio mayor grado máximo	15 años y un día de presidio mayor grado máximo	1
0900905413-5	15 años de presidio mayor grado medio	15 años de presidio mayor grado medio	1
1001146310-5	20 años de presidio mayor grado máximo	7 años y 184 días de presidio mayor grado mínimo	1
1110006589-6	20 años de presidio mayor grado máximo	10 años y un día de presidio mayor grado medio	1
1200694321-5	20 años de presidio mayor grado máximo	13 años de presidio mayor grado medio	1
1300243764-8	20 años de presidio mayor grado máximo	20 años de presidio mayor grado máximo	1
1110015158-K	Presidio perpetuo calificado	20 años de presidio mayor grado máximo	1
	Presidio perpetuo calificado	20 años de presidio mayor grado máximo	1
1200513098-9	Presidio perpetuo calificado	17 años de presidio mayor grado máximo	2
1310016127-8	Presidio perpetuo calificado	Presidio perpetuo calificado	3
		<b>Total general</b>	<b>21</b>

Las sentencias condenatorias en su mayoría impusieron penas de presidio mayor grado medio a máximo.



Tabla 7. Metapericias

La metapericias<sup>19</sup>, como estrategias de la defensa para debilitar la prueba de la fiscalía, también han sido utilizadas en casos de filicidio. De las 16 sentencias analizadas, en dos casos fueron llamados los metaperitos Condemarín y Leaña. En ninguno de los dos casos se recalificó el delito pero sí se aplicaron las atenuantes del Art. 11 N° 1, N°6 y N°9.

Metapericia	N° Caso
Sin metapericia	14
Con metapericia	2
<b>Total</b>	<b>16</b>

Analizadas las sentencias, se pudo establecer que la intervención de los metaperitos no tuvo relación con la concesión de las atenuantes descritas en la tabla. Lo que valoraron los jueces fueron los efectos que un trastorno o enajenación mental transitoria puede tener sobre la capacidad de conocer qué es injusto y de actuar conforme a esa comprensión. En ambos casos no se acreditó un estado de inimputabilidad ocasionado por una enajenación mental transitoria.

Tabla 8. Categorías de filicidio y medio utilizado

Analizar los medios utilizados para perpetrar los asesinatos de niños resulta inquietante. El “arma blanca” es el medio más ocupado en el universo de sentencias estudiado (coincidente con el estudio anterior). Otro factor que llama la atención es el suicidio (del padre o la madre) en las categorías de “filicidio altruista” y “filicidio por venganza”, esto es, casos asociados a trastornos depresivos y de violencia de pareja. La motivación en este último tipo de filicidio sería la de provocar daño emocional al padre o madre sobreviviente en contextos de violencia de pareja, con separaciones y divorcios no aceptados. Respecto del “filicidio altruista” por trastornos depresivos, siempre será un signo de riesgo alto cuando los progenitores manifiestan ideación suicida y, además, señalan a terceros su intención de “querer llevarse al hijo con ellos/as”. En estos casos son, en primer lugar, familiares cercanos y otras personas significativas quienes deben encender las alarmas y solicitar apoyo, de manera que se active el sistema de salud primaria, proteccional de infancia y, como última instancia, el sistema de justicia familiar y/o penal.

<sup>19</sup> Prueba pericial que se centra en el análisis y crítica de las pericias psicológicas y psiquiátricas que presenta el ente persecutor, pronunciándose principalmente sobre la idoneidad técnica de éstas.

Tipo filicidio	Edad víctima	Medio utilizado	Total
Altruista con suicidio	11 años	arma blanca	1
	16 años	arma blanca y golpes	1
	2 años	asfixia	1
	7 años	arma blanca	1
Psicótico agudo	1 año 7 meses	arma blanca y golpes	1
	4 años	asfixia	1
	8 meses	inhalación gas	1
Maltrato Fatal	2 meses	zamarreo	1
	1 año 7 meses	arma blanca	1
	4 años	inyección de tramadol	2
	4 meses		
	5 meses	zamarreo	1
Venganza con suicidio	3 años	arma blanca	3
	1 año 2 meses		
	1 año 2 meses		
Venganza con femicidio	10 años	arma blanca	3
	1 año		
	7 años		
	8 años	arma blanca, golpes	1
	5 años		1
	2 años		asfixia
		<b>Total</b>	<b>21</b>

#### 4. Descripción y hallazgos en sentencias de parricidio analizadas según categorías de filicidio

A continuación se extraerán pasajes de las sentencias analizadas y se clasificarán los casos de acuerdo a los distintos tipos de filicidio con el fin de explorar en las diferentes formas en que se debate y sanciona la muerte de niños en el seno familiar.

#### 4.1. Filicidio altruista

a) Filicidio altruista asociado con el suicidio del agresor

TOP Calama, 9 de abril de 2012, RUC N° 1001146310-5, RIT N° 20-2012

**Pena solicitada: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Pena impuesta: 7 años y 184 días de presidio mayor en su grado mínimo**

**Agravantes invocadas: artículo 12 N° 7 del Código Penal**

**Agravantes acogidas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 1, N° 6 y N° 9 del Código Penal**

**HECHOS DE LA ACUSACIÓN:** *“... la imputada se encontraba en su domicilio... en compañía de su nieto de 7 años de edad, G.J.O... En un momento conduce al menor a una habitación del segundo piso del inmueble y aprovechando que éste se encontraba sobre la cama existente en dicho cuarto premunida de un bisturí procede a realizar un corte en el cuello del menor con dicho elemento provocándole una lesión de gran magnitud, misma que le provocó la muerte al menor como consecuencia de una herida cortante cervical”.*

Para el caso, la abuela del niño luego de atentar contra la vida de su nieto, intentó quitarse la vida, no logrando dicho cometido. El tribunal desecha la agravante del artículo 12 N° 7 del Código Penal invocada por el querellante entregando como fundamento: *“... pues dicha circunstancia ya se encuentra contemplada en la propia agravación del tipo penal de parricidio, habida consideración a que la confianza habida entre víctima y acusada se desprende de la propia relación de parentesco por descendencia que los liga, por lo que no puede ser tenida en cuenta doblemente para agravar su responsabilidad criminal, según lo proscribe el artículo 63 del Código Penal”* (considerando decimosexto).

A su vez, los sentenciadores reconocen atenuantes a la acusada y rebajan la pena solicitada argumentando privación parcial de razón (imputabilidad disminuida del artículo 11 N° 1 del Código Penal, en relación al artículo 10 N° 1 del mismo cuerpo legal ) debido a su depresión y, de manera central, plantean: *“En efecto, de conformidad con esta disposición, se ha resuelto rebajar la pena en sólo un grado al mínimo del señalado por la ley para este delito, ya que si bien no se configuró la privación total de razón, con la ayuda de la declaración de los peritos psicólogos, psiquiatras y testigos, se determinó que la acusada estaba parcialmente privada de razón según se ha motivado, mas dicha privación parcial del razonamiento, se estima más bien de baja intensidad, pues por un lado, los peritos han depuesto todos en consonancia que la acusada tenía conservado su juicio de realidad y comprendía los alcances de su actuar, mas tan sólo les daba una interpretación distinta, de acuerdo a criterios de tristeza y pesar, alterándose su voluntad y su intelecto por esta causa, pero no se vio en ella, por parte de este tribunal, un mayor descontrol de su conducta y pensamiento”* (considerando decimoséptimo).

TOP Rancagua, 3 de julio de 2012, RUC N° 1101147971-7, RIT N° 144-2012

**Pena solicitada: 15 años y un día de presidio mayor en su grado medio**

**Pena impuesta: 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal**

**HECHOS DE LA ACUSACIÓN:** *“La acusada se encontraba al interior de su domicilio..., comuna de Graneros, lugar en el cual se encontraba junto a su hijo lactante de dos años de edad de iniciales C.R.T.L., la cual poniéndolo sobre su cama procede a asfixiarlo para la cual pone sus manos sobre la boca y nariz suspendiendo ambas vías respiratorias, realizando tal operación hasta que se encontraba casi sin signos vitales, para luego utilizando un cuchillo procede a inferirse heridas en distintas partes de su cuerpo, momento en los cuales llega un tercero, el cual comienza a pedir auxilio lo cual permite trasladar a la víctima al hospital de Graneros donde fallece como consecuencia de asfixia por sofocación manual”.*

También en este caso la acusada intenta suicidarse después de asesinar a su hijo, dejando una carta en que se observa algún tipo de ánimo vengativo hacia su pareja, esto es destacado por el Tribunal que, en lo pertinente, refiere: *“Asimismo, contó a la audiencia el detective, que del sitio del suceso, se levantó una libreta, en el cual aparecía escrita una nota por la imputada, dirigida a quien era su pareja sentimental en aquella época, la cual se la exhibe el Fiscal al declarante, quien lee lo escrito en ella, destacándose de la larga misiva lo siguiente: ‘ojalá me perdones... no hubiese soportado verte con la vecina... me iría sola, pero no puedo dejar a mi hijo, para que vea ciertas cosas’”* (considerando octavo).

En el considerando decimocuarto el tribunal se refiere a la “motivación altruista” de la que habla Resnick, debido a que el niño fallecido padecía una discapacidad, por lo que, a juicio de los sentenciadores, “resulta lógico el no querer dejarlo abandonado”, en lo pertinente: *“Por lo demás, si bien el crimen cometido por la acusada resulta de los más execrables que considera la legislación penal, sobre todo cuando se dirigen sobre criaturas indefensas, no se desconoció por los sentenciadores, que según el respectivo protocolo de autopsia, el menor que resultó fallecido, presentaba algún tipo de enfermedad degenerativa en su musculatura, de ahí que presentara notorias deformaciones en sus extremidades, por lo que, dentro de su “lógica”, el dejar a su hijo abandonado, producto de su suicidio, podría haber significado dejarlo en la indefensión, situación que logró explicar al momento de prestar declaración, cuando señaló que el niño sólo la quería a ella y que sólo ella lo llevaba al médico, por lo que no se apreció, como se ha analizado, una especial maldad de parte de la acusada, en el ritual homicida que emprendió en contra de su hijo y de ahí que la pena en cuestión, se aplique en la parte más baja, del grado respectivo”.*

TOP Rancagua, 13 de julio de 2012, RUC N° 1101196770-3, RIT N° 162-2012. Medida de Seguridad

**Pena solicitada: 15 años y un día de medida de seguridad con internación en establecimiento psiquiátrico**

**Pena impuesta: 10 años y un día de internación en establecimiento psiquiátrico**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 6 y N° 9**

**HECHOS DE LA ACUSACIÓN:** *“que la víctima, de 16 años de edad, se encontraba en su domicilio... de la ciudad de Rancagua, en compañía de su padre..., éste aprovechando que la víctima se encontraba durmiendo en su dormitorio, procedió a golpearlo en su cabeza fuertemente y en múltiples ocasiones con un objeto contundente, a saber un martillo, para posteriormente tomar un cuchillo y propinarle varias estocadas en el plano posterior del tórax, causándole un traumatismo encéfalo craneano y una anemia aguda, por herida penetrante torácica, falleciendo el menor minutos más tardes en el lugar. Es menester señalar que la víctima era discapacitada, toda vez que sufría síndrome de asperger”.*

Se fundamenta, en el considerando quinto del fallo, y a través de la declaración de un perito psiquiatra, la depresión y el estado de privación de juicio de realidad que el trastorno del hijo y reciente viudez le habrían provocado al padre, justificando tácitamente la motivación altruista para atentar contra la vida de su hijo y luego intentar el suicidio indicándose: *“...señaló el perito que, el requerido trabajó en ventas toda su vida, hasta que quedó cesante, lo que unido a su historia vital y la pérdida de su cónyuge, le provocó un cuadro depresivo grave, con pérdida de juicio de realidad. Sostuvo que, el día de los hechos el requerido no tenía dinero, no tenía nada que darle a su hijo, lo que lo llevó a golpearlo y luego autoinferirse heridas en los antebrazos, cuello y tórax. Indicó que, el requerido presenta un cuadro depresivo grave, con todas las características del mismo, que incluyen ideas de ruina, desesperanza, angustia, etc., y por lo tanto concluyó que padece una depresión mayor, por lo que al momento de los hechos presentaba un estado de estrechamiento de la conciencia con pérdida de juicio de realidad que lo llevó a cometer suicidio ampliado, por una emoción de querer proteger a la víctima, de no dejarlo solo, de liberar de sufrimiento al familiar que está a su cargo, en un estado de enajenación mental. Señaló que, el acusado dice que quiere preocuparse de su hija, pero por otra parte indica que si hubiera un método seguro, se mataría”.*

TOP Viña del Mar, 11 de junio de 2013, RUC N° 1110006589-6, RIT N° 106-2013<sup>20</sup>

**Pena solicitada: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Pena impuesta: 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 1 y N° 6 del Código Penal**

**HECHOS DE LA ACUSACIÓN:** *“... en circunstancias que la imputada..., de 52 años de edad, se encontraba en su domicilio, en compañía de su hija C.I.C.P., nacida el 31 de marzo de 1999, de 11 años de edad a esas fechas, la imputada premunida de un cuchillo tipo cocinero le propinó a su hija una estocada en el hemotórax derecho causándole la muerte a consecuencia de una herida punzocortante torácica derecha”.*

Los sentenciadores describen el parricidio como un hecho excepcional y reprochable. A la vez, indagan en las motivaciones que habría tenido la acusada, descartan la tesis de filicidio por venganza, esbozando los objetivos altruistas refiriendo, en lo pertinente: *“...Sin perjuicio de lo anterior, la acción que implica matar a una hija, resulta en nuestra sociedad una situación excepcional, y como tal requiere ser comprendido abordando el acto desde una óptica más amplia que la mera constatación del hecho lesivo, que explique este resultado tan reprochable... En este caso, resulta relevante indagar sobre las motivaciones que habrían llevado a la acusada a intentar contra la vida de su hija, y por los abundantes antecedentes vertidos en la audiencia, estos sentenciadores no vislumbraron deseos de venganza, odio, rencor u otro de índole similar... y en carta dejada como nota suicida, la imputada escribió: **‘me voy con mi hija porque lo único que es mío, solo mía mi bebé no la podía dejar sola.** Descartado entonces algún ánimo vindicativo, ante la falta de relato de la autora o de testigos directos del hecho, la búsqueda de alguna explicación razonable a lo sucedido debía centrarse en el cúmulo de antecedentes vertidos por los testigos y por los profesionales del área de la salud mental, comparecientes al juicio. Era vista por su entorno como una persona que no se hallaba bajo condiciones anímicas normales, y por el contrario, hicieron ver a su psiquiatra tratante, pocos días antes de los hechos materia de este juicio, de que sus condiciones depresivas habían empeorado. En la carta lo dejaba entrever: **‘Estoy sola sin trabajo, sin plata sin cariño’...** (considerando duodécimo).*

<sup>20</sup> La Corte de Valparaíso, en causa Rol N° 873-2013, rechazó el recurso de la defensa que cuestionaba la determinación de la pena, invocando el Art. 73 del Código Penal. Sostuvo que la rebaja prevista en dicha norma es facultativa y, en consecuencia, no puede dar lugar al error de derecho que configura la causal de nulidad del Artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

b) Filicidio que se comete para aliviar el sufrimiento real o imaginario de la víctima

4° TOP Santiago, 31 de diciembre de 2013, RUC N° 1100332128-4, RIT N° 400-2013

**Pena solicitada: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Pena impuesta: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal**

**HECHOS DE LA ACUSACIÓN:** *“La imputada, mantuvo una relación de convivencia con C.M. desde al menos el año 2000. Producto de esta relación nacieron los menores J.G. el 18 de agosto del año 2000, C.M. el 9 de noviembre del año 2002, G. el 20 de febrero del 2007 y C.J. el 28 de junio del 2009... Con fecha 16 de marzo del 2011 G. de 4 años de edad ingresó al Servicio de urgencia del Hospital Félix Bulnes que a consecuencia del terremoto del 27 de febrero de 2010 funcionaba en las dependencias del Hospital Metropolitano en Holanda N° 60 comuna de Providencia, con un cuadro de dolor y distensión abdominal y con un cuadro de status convulsivo, permaneciendo hospitalizado en la UCI Pediátrica del Hospital. Durante este período y en los horarios de visita en los que el menor se encontraba sin vigilancia de personal médico, la madre del menor procedió en reiteradas oportunidades a inyectarle Tramadol con el fin de causarle la muerte. Para ello intervenía las vías intravenosas que alimentaban al menor inyectando en ellas Tramadol mediante una jeringa...*

*Entre la noche del día 24 de Octubre de 2009 y la madrugada del día 25 de Octubre del mismo año, C.J. de 4 meses de edad ingresó al Servicio de Urgencia del Hospital Félix Bulnes (ubicado en Leoncio Fernandez comuna Quinta Normal) con diagnóstico observación status convulsivo, epilepsia o HIC (hemorragia intracraneana), permaneciendo hospitalizado en la UCI Pediátrica del Hospital. Durante este período y en los horarios de visita en los que el menor se encontraba sin vigilancia de personal médico la madre del menor procedió en reiteradas oportunidades a suministrarle Tramadol con el fin de causarle la muerte... A pesar del tratamiento y de los exámenes, mantenía episodios convulsivos frecuentes que no respondían a tratamiento, falleciendo C.J. el 31 de diciembre del 2009 por una falla multiorgánica y epilepsia refractaria teniendo sólo 6 meses de vida. Posteriormente en Abril de 2012 el cadáver de C.J. fue exhumado, siendo periciado por Tanatología del Servicio Médico Legal y conforme los resultados del análisis toxicológico se concluye que la causa de muerte corresponde a intoxicación por Tramadol, siendo esta una sustancia que no está indicada para lactantes, no estaba prescrita en el tratamiento intrahospitalario dado al menor y que le fue suministrada por su madre, la imputada L.E.C. quien de esta forma le causó su muerte”.*

El caso presentado es paradigmático respecto de la confusión a la que puede llevar el término “altruismo” acuñado por Resnick. La defensa de la madre de ambos niños sostuvo que ella padecía del *síndrome de Münchhausen* por

poder, y que por esa razón trató de ayudar a sus hijos, invocando a su favor las circunstancias atenuantes previstas en el N° 5 y N° 9 del artículo 11 del Código Penal. Al respecto, es importante no confundir con el “Síndrome de Münchhausen” acuñado por Richard Asher en los años 50 en referencia a pacientes adultos que fingen enfermedades y síntomas clínicos de diferente naturaleza. El término “por poder” lo introduce el médico inglés Roy Meadow, en los 70, referido a un fenómeno en que los síntomas de la enfermedad son fabricados por otro individuo que no es el paciente, en general el padre o la madre del niño, provocando que se apliquen exámenes y tratamientos innecesarios y a menudo dolorosos. Considerado por la psiquiatría una variante clínica del trastorno facticio<sup>21</sup>, en la clasificación del CIE 10 se encuentra dentro del maltrato infantil<sup>22</sup>.

La acusada fue condenada<sup>23</sup> como autora de dos parricidios, uno consumado y el otro frustrado, cometidos en perjuicio de sus hijos, señalando el Tribunal, en el considerando duodécimo que: *“Se rechaza la atenuante... prevista en el artículo 11 N° 5 del Código Penal, esto es, obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación... está dentro de las que la doctrina denomina como atenuantes pasionales, es decir, aquellas que fundamentan su existencia en el estado anímico del sujeto al momento de delinquir, provocado por un estímulo externo... De la propia fundamentación de la atenuación se extrae que la conducta de la acusada no puede encuadrarse en la atenuante, pues es ella quien voluntariamente crea en el menor... los síntomas a los que supuestamente ella habría reaccionado pasionalmente, es ella, quien suministra al menor una sustancia que no fue medicada por los doctores que lo atendieron y que jamás habrían recetado pues todos son claros y contestes que no se aplicaba en niños, más categórica y definitiva es la doctora Bórquez quien expresó que estaba “proscrito”, de modo que no debió tener muestra alguna, no siendo relevante la cantidad, pues no debió arrojar el examen de intoxicación siquiera el más mínimo de dicha sustancia... la conducta de L.E.C. puede explicarse por el síndrome de Münchhausen que se le detectó, sin embargo actuar en concomitancia con tal diagnóstico, no dice relación alguna con cierta motivación altruista como esbozó la defensa, por el contrario sólo es una exacerbación de una personalidad histriónica, de rasgos antisociales, no es una enfermedad mental sino un trastorno de personalidad”.*

- 
- 21 BÓRQUEZ, Pamela y DRESDNER, Rodrigo. Síndrome de Munchausen por poder. Revisión de un caso con resultado de parricidio [en línea]. Gaceta de psiquiatría universitaria, U. de Chile: Disponible en: [http://revistagpu.cl/2015/GPU\\_sept\\_2015\\_PDF/CC\\_Sindrome\\_de\\_Munchausen.pdf](http://revistagpu.cl/2015/GPU_sept_2015_PDF/CC_Sindrome_de_Munchausen.pdf) [fecha de consulta: 15 de abril de 2016].
- 22 BRHAM, Paulina y MARTÍNEZ, Javiera. Maltrato infantil oculto: Síndrome de Munchausen por poder [en línea]. Medicina Familiar PUC Disponible en: <http://medicinafamiliar.uc.cl/html/articulos/120.html> [fecha de consulta: 5 de abril de 2016].
- 23 La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de nulidad de la defensa, que cuestionaba la valoración de la prueba, en causa Rol N° 105-2014.



## 4.2. Filicidio por ser hijo no deseado o neonaticidio

Para esta categoría no se seleccionaron sentencias de infanticidio debido a que se optó por aislar y profundizar el estudio del tipo penal de parricidio.

## 4.3. Filicidio por maltrato fatal

TOP Valdivia, 2 de febrero de 2012, RUC N° 0900905413-5, RIT N° 128-2011

**Pena solicitada: 15 años de presidio mayor en su grado medio**

**Pena impuesta: 15 años de presidio mayor en su grado medio**

**Agravantes invocadas: artículo 12 N° 16 del Código Penal**

**Agravantes acogidas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: ninguna**

**HECHOS DE LA ACUSACIÓN:** *“Desde el día del nacimiento de M.P. ocurrido el día 28 de agosto del año 2009 y hasta el día 19 de septiembre del mismo año, en al menos una oportunidad, el imputado (su padre biológico) la agredió físicamente en el interior del domicilio común ubicado en... de Valdivia, en circunstancias que la referida lactante vivía junto a sus padres y se encontraba bajo el cuidado personal de éstos. En una de estas oportunidades, el imputado, se ofuscó porque ella vestía unos zapatos de su hijo L. Ante ello, mediante tirones intentó sacarle los zapatos (que estaban amarrados), tirándolos fuertemente, quedando la lactante colgando de cabeza, comenzando a zamarrearla (sacudirla) hasta que ella cayó de cabeza sobre la cama con el cuello hacia atrás. La recién nacida comenzó a llorar ante lo cual el imputado la tomó fuertemente de la cintura tirándola sobre la madre señalándole ‘haz callar a esa cabra antes que te saque la chucha a vos’. Producto de la agresión del imputado, M.P. resultó con las siguientes lesiones: Hematoma yuxtadural fronto parietal derecho, con síndrome convulsivo secundario. Lesión cerebral (hemorragia frontal derecha, cortical); Fractura en el tercio medio de la clavícula izquierda; Múltiples fracturas que comprometen arcos costales posteriores (10 fracturas en 08 costillas del lado izquierdo); y Fractura en la rama mandibular izquierda. Estas lesiones son de carácter grave gravísimo con riesgo vital”.*

En el considerando décimo el Tribunal realiza una calificación jurídica y fundamentación respecto de la intención del agresor que resulta muy interesante para fines de identificar los elementos del ánimo del maltrato, así refiere en lo pertinente: *“Que los hechos referidos en el motivo sexto precedente, los cuales se han tenido por acreditados, llevan a estos sentenciadores a concluir – más allá de toda duda razonable– que se ha configurado el delito de parricidio, en grado de frustrado, en la recién nacida M.P., hija biológica del acusado, ilícito previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, correspondiéndole a éste una participación en calidad de autor en éstos hechos, por haber intervenido de una manera inmediata y directa. Por su parte, la fase subjetiva contenida por el ánimo*

*o intención del sujeto activo, ha resultado acreditada razonablemente, a partir de la acción desplegada por el acusado, dirigida –al menos con dolo eventual– a causar la muerte de la su hija, una recién nacida de escasos días de vida, acción que de acuerdo a la experta opinión de profesionales de la ciencia médica y corroborado por perito médico legal Sr. Flandes Silva, pudo naturalmente causar el fallecimiento”.*

Para los casos de bebés fallecidos por el síndrome de niño sacudido o *shaken baby* resultan muy pertinentes los argumentos que el Tribunal entrega en el mismo considerando, a saber:

1. “Resulta una máxima de la experiencia que todo recién nacido, es un individuo extremadamente delicado, dependiente 100% de adultos, precisando de cuidado permanente en todos sus ámbitos. Esta situación, fue corroborada mediante la opinión científica de profesionales médicos;
2. El acusado era padre de otro infante, hermano mayor de la ofendida, por tanto conocedor del especial cuidado y atención hacia los lactantes.
3. La conducta externa desplegada por el acusado contra la ofendida, llamando poderosamente la atención que el objetivo de éste haya sido recuperar unos zapatos de lana que calzaba, centrando su interés y aprecio en dicha prenda de vestir y no en la protección y seguridad física de su hija biológica, arremetiendo violentamente contra ella, en dos oportunidades: la primera al sostenerla de cabeza y lanzarla a la cama y, luego volver a tomarla y lanzarla esta vez, contra el cuerpo de M.H.G., para que ésta la hiciera callar, pues la ofendida lloraba.
4. La acción descrita, permite representar en cualquier hombre medio, la posibilidad de muerte de la recién nacida; situación que también podía percibir el acusado, un sujeto que no presenta un juicio de realidad alterado, es padre de familia y con vinculaciones familiares, sociales y laborales”.

TOP Viña del Mar, 28 de marzo de 2014, RUC N° 1300515304-7, RIT N° 21-2014<sup>24</sup>

**Pena solicitada: 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo**

**Pena impuesta: 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 6 del Código Penal**

**LOS HECHOS MATERIA DE LA ACUSACIÓN:** “*Con fecha 24 de mayo de 2013, en horas de la mañana, en circunstancias que D.G. se encontraba en su domicilio ubicado en calle... Quilpué, sólo y a cargo de su hijo, el lactante de cuatro meses B.A.G.V,*

<sup>24</sup> La defensa intentó un recurso de nulidad, rechazado por razones de forma por la Corte de Valparaíso en causa Rol N° 508-2014.

*nacido el 21 de enero de 2013, lo agredió con golpes y fuertes zamarreos de cuerpo y cabeza, lo que causa al lactante equimosis violácea en región glútea derecha, equimosis violácea en muslo derecho, equimosis violácea en mandíbula derecha, pulmones edematosos de consistencia aumentada y traumatismo cerebral que determina el deceso del menor a las 20:38 horas del mismo día”.*

Al igual que en el caso anterior, el Tribunal tiene por acreditada la muerte de la víctima producto del denominado síndrome del niño sacudido, indicando, en lo pertinente: *“La lesión obedece a una isquemia de todo el cerebro, no es un trauma que se haya producido en un punto específico, la isquemia en este niño daba la impresión inmediata de un Shaken Baby, lo que se debe observar al llegar un niño, es que generalmente hay apneas, hay una historia clínica que no es concordante con las lesiones observadas, esa es la primera aproximación el menor reunía casi la totalidad de los síntomas que en conjunto producen dicho síndrome, esto es, hemorragia subdural, hemorragias retinianas, respecto de la isquemia, los síntomas que se detectan en el Baby Shake son más intensos o graves que lo que se pudiera encontrar en un accidente de tránsito pueden ser de la misma intensidad, en cuanto a las lesiones por compresión, señala que el Baby Shake es un síndrome, historia no concordante con las lesiones, hemorragia subdural, hemorragia retiniana, fracturas o compresiones a nivel del tórax, en ese contexto cuando se hizo el estudio del niño se hizo un escáner del tórax que mostró una contusión pulmonar bilateral, es decir, hay una lesión a nivel de las bases de los dos pulmones, el menor de 6 meses tiene una reja costal muy blanda que permite hacer movimientos de presión sin fracturar, sufre directamente el pulmón, eso va acorde al Shaken Baby”.*

En el considerando decimotercero del fallo, los sentenciadores, sobre la base del testimonio de una testigo experta, hacen énfasis sobre el ilógico relato del agresor que esgrimía que las lesiones que presentaba la víctima se debían a la caída del bebé desde la cama, refiriendo: *“Luego del debate respectivo, al cual ya se aludió precedentemente, estos juzgadores fueron de la opinión de estimar que pudo o no, dada la prueba rendida por los intervinientes, haberse producido una caída del niño desde la cama, pero de haber existido ésta, ella no pudo provocar las gravísimas lesiones cerebrales internas que le causaron finalmente la muerte, lo anterior, dada la detallada explicación del síndrome de Shaken Baby que fue prestada en estrados, como lo indicó la testigo Diettes, al ver el escáner ella apreció claramente el Baby Shake, la cabeza del niño actúa como un péndulo porque proporcionalmente es más grande que el cuerpo, se hace un acto de zamarreo y la cabeza ejerce un latigazo que produce lesiones frontales y occipitales, es un movimiento de bamboleo, por encima del cuello, en la parte inferior del cráneo está el tronco encefálico, en este síndrome esta zona es una de las más afectadas, ahí se produce el infarto masivo”.*

TOP Viña del Mar, 1 de diciembre de 2014, RUC N° 1300243764-8, RIT N° 317-2014

**Pena solicitada: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Pena impuesta: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 6 del Código Penal**

**LOS HECHOS MATERIA DE LA ACUSACIÓN:** *“Con fecha 07 de marzo del año 2013, aproximadamente a las 23:45 horas, en el domicilio familiar ubicado en Pasaje Pleno..., Quilpué, en circunstancias que J.J.A.G. se encontraba junto a su pareja doña L.C.B.B. y el hijo común de ambos, el lactante de 2 meses de edad F.J.A.B., quien se encontraba acostado en su coche a un lado de la cama, a raíz de los llantos de éste, J.J.A.G lo tomó del pelo sacándolo del coche, lo zamarreó violentamente en el aire, para luego lanzarlo contra la cama boca abajo, rebotando la víctima por la fuerza del impacto, para acto seguido agredir J.J.A.G a la víctima con golpes de mano en distintas partes del cuerpo. A consecuencia de lo anterior, el lactante resultó con un “traumatismo cerebral”, lesiones que le provocaron la muerte el día 12 de marzo del año 2013”.*

Se trata de otro caso de filicidio por maltrato fatal que, jurídicamente, corresponde a un delito de parricidio cometido con dolo eventual cuya víctima fue un bebé de 2 meses de edad, fallecido luego de ser zamarreado, lanzado violentamente a una cama y golpeado por su padre. El tribunal estimó que el acusado actuó con dolo eventual refiriendo: *“Entonces el acusado no pudo menos que representarse que ejercer en su hijo la violencia ya detallada, podría causarle la muerte y al no haberse detenido aceptó las consecuencias lesivas que concluyeron con la muerte, del menor F.J.A.B. Con lo anterior, quedaron plenamente establecidos cada uno de los elementos constitutivos del ilícito descrito en el citado artículo 390 del Código Penal”* (considerando decimosegundo).

Conociendo de un recurso de nulidad de la defensa, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió que: *“...esta Corte comparte la posición adoptada por los sentenciadores en el fallo, teniendo en consideración que el dolo inherente al delito puede darse como eventual, elemento subjetivo que es ampliamente reconocido en la doctrina nacional en materia de delitos, sin que pueda considerarse que en el caso de autos haya existido infracción de ley, al haberse estimado en la sentencia que concurrían todos los elementos del delito de parricidio contemplado en el artículo 390 del Código Penal, razón por la cual el recurso por la causal subsidiaria deducida tampoco puede prosperar. En efecto, la única disposición relativa al elemento subjetivo del tipo en la norma en cuestión, dice relación con las relaciones de parentesco y no respecto de un especial conocimiento o aceptación del resultado muerte por parte del autor, por lo que debe entenderse que en este aspecto en el delito de parricidio rigen las reglas generales que permiten condenar a un sujeto ante la comprobación de que éste, como sujeto activo del delito de parricidio, aceptó el resultado muerte, habiéndose representado la posibilidad cierta de su ocurrencia”.*

#### 4.4. Filicidio psicótico-agudo

Tres casos corresponden a esta categoría de filicidio. Dos de ellos se ejecutaron en grado de frustrado y uno en grado de tentado. En todos los casos se solicitó medida de seguridad por parte de la fiscalía. Un caso fue absuelto y los otros dos fueron condenados.

2° TOP Santiago, 19 de marzo de 2012, RUC N° 1000379651-0, RIT N° 230-2011. Medida de seguridad

**Pena solicitada: 10 años y 1 día de internación en establecimiento psiquiátrico**

**Pena impuesta: Ninguna, absolución**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: ninguna**

**LOS HECHOS MATERIA DE LA ACUSACIÓN:** *“El día 15 de abril de 2010, en horas de la mañana la requerida J.C.U.G., mientras se encontraba al interior de su domicilio ubicado en la comuna de Huechuraba, se encerró en una habitación del inmueble con su hijo menor de 8 meses de edad al momento de los hechos, V.C.U. y con la intención de quitarse la vida y atentar contra la vida de su hijo abrió la válvula de un cilindro de gas licuado, exponiéndose ambos a la inhalación de monóxido de carbono, siendo sorprendida instantes más tarde por su hermana M.U.G., en estado de inconciencia, la que impidió la consumación del hecho y quien sacó el cilindro de gas desde la habitación”.*

En este caso los jueces decidieron absolver no dando lugar a la aplicación de una medida de seguridad, indicando en el considerando octavo que: *“...la duda razonable surge en la mayoría del tribunal debido a que la prueba rendida por el ente persecutor es contradictoria e insuficiente en orden a acreditar la conducta que se atribuye a J. U. G. en la acusación fiscal, esto es, que la acusada abrió la válvula de un cilindro de gas licuado en su habitación para suicidarse y terminar con la vida su hijo. Del mismo modo, tampoco resultó probado que la acusada se hubiese encerrado en su cuarto con su hijo, toda vez que su hermana declaró en la audiencia de juicio oral que la puerta de acceso a dicha dependencia se abría con un simple empujón, es decir, la acusada no habría utilizado ningún mecanismo de seguridad que impidiera el acceso a dicho lugar como para evitar que alguien impidiera un eventual resultado fatal para su hijo. Además, cabe consignar que tratándose del medio a través del cual se habría intentado cometer el delito de parricidio materia de la acusación, resulta indispensable haber podido contar con los conocimientos técnicos de un perito que explicara la manera en que se habría producido la señalada salida de gas y la intensidad de la misma, y tampoco se contó con evidencia material, pues el balón no fue incautado. De otra parte, tampoco se encuentra acreditado en el juicio de manera acabada y contundente cuales eran las características físicas de ventilación que tenía la dependencia en la cuál habría sido sorprendida la acusada y su hijo, por ejemplo, no es posible determinar con la prueba rendida si se trataba de una pieza o cuarto ciego o si por el contrario, tenía además ventanas o si estas*

*se encontraban abiertas o cerradas. A mayor abundamiento, el balón, que supuestamente se habría utilizado para dar muerte a su hijo y suicidarse, se habría encontrado en un cuarto distinto a aquel donde dormían J. y V., según afirmó M.I.U., ubicación que no revela el propósito de causar la muerte...”.*

2° TOP Santiago, 28 de diciembre de 2012, RUC N° 1000800573-2, RIT N° 324-2012.  
Medida de seguridad

**Pena solicitada: 10 años y 1 día de internación en establecimiento psiquiátrico**

**Pena impuesta: 5 años de custodia y tratamiento**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal**

**Los hechos materia de la acusación:** *“la requerida N.A.S.V., utilizando un arma blanca, agredió en múltiples ocasiones y en diferentes partes del cuerpo a su hijo de un año y siete meses de iniciales A.A.H.S., a consecuencia de esta acción, el menor de edad resultó politraumatizado, con traumatismo encéfalo craneano abierto, fracturas faciales múltiples, fractura parieto temporal derecha con neumocéfalo, 27 heridas faciales complejas, 5 heridas transfixiantes, desgarró de base de la lengua, paladar y muslo izquierdo, fractura de huesos de la nariz, de la pared anterior de órbita derecha y de mandíbula derecha, lesiones de pronóstico grave explicadas por acción de elemento contuso cortante”.*

En este caso, el Tribunal para determinar la medida de seguridad, tuvo a la vista el ordenamiento jurídico nacional e internacional que regula las medidas de seguridad. Menciona a nivel interno la Carta Fundamental y a nivel externo, tratados internacionales que se encuentran incorporados al derecho nacional, refiriéndose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 que contiene las bases normativas que guían la formulación de estándares que existen hasta hoy respecto a las personas con discapacidades (artículo 7° y 25°); el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos que establece algunos derechos relevantes en cuanto a la discapacidad, principalmente, su protección legal (artículo 26°); y menciona en el contexto americano, el Pacto de San José de Costa Rica que estipula el derecho de toda persona a su integridad física, psíquica y moral (artículo 5°). Nada se dice respecto de los derechos del niño.

Considerando duodécimo: *“En base a las normas referidas, a la finalidad y proporcionalidad de las medidas de seguridad aplicables a personas con discapacidad mental, se debe señalar que éstas no constituyen una sanción penal, sino que son medidas que tienen por finalidad buscar un mecanismo que permita atacar, en lo posible, los factores causales de la enfermedad mental o bien, buscar alivio o remisión de los síntomas, y además permitir una adecuada toma de conciencia de parte del sujeto, con el fin que no influya en su identidad personal, y lo ayude a reinsertarse socialmente a fin de prevenir que cometa en el futuro hechos como los que actualmente se han juzgado”.*

De acuerdo a lo anterior, este Tribunal estimó que la petición del instructor y de los querellantes en torno a la internación de la requerida en un establecimiento psiquiátrico, no resulta del todo adecuada, ni necesaria o racional, desde que, existe otra medida más idónea a los fines señalados.

Las razones de la decisión del tribunal, se fundamentan en el siguiente fragmento del considerando duodécimo: *“El ordenamiento jurídico internacional o nacional sólo le sirve de marco de referencia para lo que en definitiva decide, esto es, que ésta acusada no requería internación en un centro psiquiátrico, como se solicitaba, sino que bastaba la supervigilancia de los parientes por el tiempo de 5 años”.*

TOP Talca, 5 de abril de 2013, RUC N°1200632911-8, RIT N° 27-2013. Medida de seguridad

**Pena solicitada: 5 años de internación en establecimiento psiquiátrico<sup>25</sup>**

**Pena impuesta: 5 años y un día de internación en establecimiento psiquiátrico**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N°6 del Código Penal**

**LOS HECHOS MATERIA DE LA ACUSACIÓN:** *“...y en circunstancias que la acusada se encontraba a solas con la víctima, doña S.I.A.F., con ánimo de dar muerte a su hijo M.V., lo golpeó y lo apretó fuertemente con sus manos en el cuello con la finalidad de causarle la muerte por estrangulación, colocándole además una bufanda en el cuello, con la cual le apretó el cuello, causándole a su hijo un principio de asfixia, debiendo ser trasladado hasta el Hospital de Talca, donde fue diagnosticado con lesiones en la zona cervical consistente en estigmas fungiales atribuibles a asfixia por estrangulación por mano, encontrándose además petequias o infiltraciones sanguíneas puntiformes en el rostro, con un diagnóstico de intento de ahorcamiento y principio de asfixia, resultando a consecuencia de estos hechos con un surco apergaminado, incompleto ubicado en cuello región cervical anterior y lateral, hemorragias parciales sub-conjuntival tarsal de ambos ojos y equimosis múltiples de diferente forma y tamaño de ambas extremidades inferiores, lesiones que sin socorros médicos oportunos y adecuados le habrían provocado la muerte, razón por la cual debió permanecer hospitalizado...”.* En base a lo anterior, solicitó que se le aplicara la medida de seguridad consistente en la Internación de S.I.A.F. en el Servicio de Psiquiatría Forense de un Instituto Psiquiátrico, por el lapso de 5 años.

En este caso, la prueba pericial es considerada por los jueces como central para determinar la enajenación mental de la acusada, refiriendo: *“... Además, las probanzas rendidas en la audiencia permitieron corroborar tal declaración de inimputabilidad, por cuanto la médico psiquiatra Sandra Valeria Moglia Contreras,*

<sup>25</sup> La Fiscalía debió solicitar una medida de internación de 5 años y 1 día, conforme al grado de desarrollo tentado del delito de parricidio por el que acusó.

señaló haber evaluado S.I.A.F. y establecido que padece de un trastorno depresivo recurrente con síntomas psicóticos; y un trastorno de personalidad límite con rasgos paranoides impulsivos, que comprometen totalmente su responsabilidad en situaciones de estrés. Agregando que, en el momento de los hechos presentaba ideas delirantes y psicóticas, lo que corresponde a la categoría de enajenación mental” (considerando noveno).

En el considerando décimo los jueces fundamentan la duración de la medida de seguridad: “*Que aun cuando la acusada se encuentra exenta de responsabilidad penal, para los efectos de establecer la duración de la medida de seguridad que se le impondrá, es necesario determinar la pena privativa de libertad que la ley prescribe para el delito de que se trata, conforme a su grado de desarrollo, correspondiendo ésta a la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado; de manera por encontrarse en grado de tentativa, procede considerar la pena inferior en dos grados a la que señala la ley, esto es, la de presidio mayor en su grado mínimo que se radicará en su mínimo, dado que le beneficia la atenuante de responsabilidad referida a su irreprochable conducta anterior, que se encuentra acreditada con el extracto de filiación y antecedentes, exento de anotaciones pretéritas*”.

#### 4.5. Filicidio por venganza

Estadísticamente, de acuerdo al estudio sobre ingreso de denuncias por parricidio del año 2013, los filicidios por venganza en Chile son la causa de muerte de hijos mayores de un año más significativa<sup>26</sup>. La evidencia muestra que se generan en circunstancias de separaciones, infidelidades y divorcios conflictivos y es cometido, mayoritariamente, por hombres.

TOP Iquique, 30 de agosto de 2012, RUC N° 1110015158-K, RIT N° 117-2012

**Pena solicitada: presidio perpetuo calificado**

**Pena impuesta: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 1 y N° 6 del Código Penal**

LA ACUSACIÓN DE FISCALÍA SE REFIERE A UN FILICIDIO POR VENGANZA CON SUICIDIO (FRUSTRADO) DEL AGRESOR: “*El día 14 de mayo del año 2011, pasadas las 16:30 horas, doña D.V.R.M. se encontraba en el domicilio de su hija D.M.R., ubicado en pasaje... sector La Pampa de Alto Hospicio. En dichas circunstancias concurrió a ese domicilio el acusado V.A.A.S., quien es su ex conviviente y padre de sus hijos M.A. y A.P., ambos mellizos de un año y dos meses de edad, a quienes luego de una discusión se llevó consigo. Una vez con los menores en su poder, llamó*

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 190.



*telefónicamente a la víctima, señalándole que no volvería a ver a sus hijos y que se mataría con ellos, dirigiéndose con los menores hasta el Hotel... de la ciudad de Iquique, donde arrendaba la habitación N° 106, lugar donde premunido de un cuchillo cortó a su hijo M.A. en su cuello, ocasionándole un traumatismo cervical complicado, que le ocasionó la muerte. De la misma manera dio muerte a su hijo A.P., cortándole el cuello con un cuchillo, causándole un traumatismo cervical e hipovolemia aguda severa secundaria al traumatismo. Acto seguido, el acusado se autoinfligió lesiones en distintas partes del cuerpo, con el objeto de quitarse la vida, lo que no logró ya que fue detenido y trasladado al hospital regional de Iquique”.*

En el considerando decimocuarto del fallo los jueces fundamentan su decisión de reconocer la atenuante de la imputabilidad disminuida: *“También se acogerá a favor del imputado la atenuante del artículo 11 N°1, en relación con el artículo 10 N° 1, ambos del Código Penal, esto es haber obrado con una imputabilidad disminuida, lo que se concluye a partir de ciertos antecedentes que se extraen de las pericias psicológicas y psiquiatras, establecidos con prescindencia del relato del periciado, y que denotarían ciertas características del mismo, lo que unido a lo ocurrido el día de los hechos, según resultó probado en Juicio, provocarían una merma en su capacidad de conocer lo injusto de su actuar y orientarse conforme a dicho conocimiento. En efecto, la psicóloga Ana Genoveva Gómez estableció que V.A.S. tenía una organización limítrofe de la personalidad y un trastorno de personalidad limítrofe de tipo desanimado, lo que fue ratificado por la psiquiatra Claudia González. A su turno, el psiquiatra Cristián Osorio, se refiere a un trastorno de personalidad histriónico, agregando que ambos son similares y que provocarían en el sujeto cierta fragilidad emocional. Por su parte, la psicóloga Frances Leaña, estimó que el acusado presenta una conservación parcial de los ejes de la imputabilidad, encontrándose afectada la yoidad y la capacidad volitiva, lo que también afectaría el razonamiento lógico. De esta manera, constando la existencia de un condición como la referida, es dable estimar que los hechos ocurridos el 14 de mayo de 2011, oportunidad en que el acusado al menos enfrentó situaciones que pudieron provocar celos en su persona, unido a las discusiones con su ex pareja, ocasionaron en su persona un estado de conciencia alterado que se estima como una disminución de su capacidad de imputabilidad, sin afectarla por completo. Establecida esta minorante, no se emitirá pronunciamiento respecto de la solicitud subsidiaria de aplicar el artículo 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 5 del Código Penal”.*

3er TOP de Santiago, 26 de septiembre de 2014, RUC N°1200694321-5, RIT N° 150-2012

**Pena solicitada: 20 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Pena impuesta: 13 años de presidio mayor en su grado medio**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículos 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal**

**LOS HECHOS MATERIA DE LA ACUSACIÓN:** *“El día miércoles 11 de julio de 2012, a las 14:00 horas, al interior del domicilio ubicado en calle... población Vital*

*Apoquindo, comuna de Las Condes, Ciudad de Santiago, la acusada N.H.O.S., conociendo las relaciones que la ligaban al menor de 3 años de edad, fecha de nacimiento 6 de diciembre de 2008, J.A.V.O., quien era su hijo consanguíneo, obrando a sabiendas de la imposibilidad de defenderse, mató al menor con un cuchillo cocinero, propinándole múltiples heridas punzantes en el tórax, para luego auto inferirse con la misma arma blanca varios cortes penetrantes en su pecho y cuello, dejando desangrar al menor, quien murió por múltiples heridas penetrantes cardíacas, lesiones mortales, vitales y coetáneas, según informe de Autopsia N° 2075/12 del Servicio Médico Legal”.*

La defensa instó por que se decretara la imputabilidad disminuida de la acusada, en base a diversos diagnósticos que eran contradichos por peritos presentados por la Fiscalía. El Tribunal desechó la minorante en el considerando décimo segundo, en el que se señala: *“...En consecuencia, con lo antes razonado, se estimó que la acusada es perfectamente imputable, toda vez que, la prueba aportada en contrario no fue suficiente para demostrar otra conclusión, no se acreditó esta “impulsividad incontrolable” argüida por la defensa, como tampoco una afectación emocional producto de una enfermedad depresiva o de su historia de vida, todo lo cual le impidiera actuar en libertad, máximo si los expertos declararon que es capaz de distinguir un acto lícito de uno ilícito”.*

La venganza en este caso queda de manifiesto en carta de la acusada a la que se hace mención en el considerando décimo tercero del fallo, que refiere: *“...las circunstancias que rodearon el parricidio de J.A.V.O... da cuenta de un contexto de una absoluta indefensión por parte del menor al momento de ejecutarse la acción, alejado de cualquier otro medio de protección, como el de los abuelos del niño, uno por estar durmiendo y la otra por estar trabajando, ello sumado a que según se desprende del Documento N° 8 y N° 3 de Otros medios de Prueba, constituido por la carta que dirigió al padre de su hijo y que fue reconocida por la acusada en juicio, finaliza diciendo ‘Te amo I.A.V.M. (padre de la víctima), este viaje lo ago por tu culpa para que no me agas más sufrir’, lo que a juicio del tribunal, da cuenta de un móvil abyecto que no sólo importa provocar daño en quien finalmente fue objeto material de su acción, sino también en el padre del menor, todo lo cual implica extender las consecuencias de su injusto y por ello no ser merecedora de la pena mínima dentro del tramo referido”.*

TOP de Curicó, 6 de septiembre de 2013, RUC N° 1210009054-4, RIT N° 72-2013

**Pena solicitada: 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio**

**Pena impuesta: absolucón**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**LOS HECHOS MATERIA DE LA ACUSACIÓN:** *“Que, el día 29 de marzo del 2012 aproximadamente a las 04:00 horas de la madrugada, en circunstancias que el acusado*

*JFRC regresó a su casa habitación ubicada en pasaje... de Curicó, inmueble que compartía con su conviviente ZGAS, en ese entonces de 17 años de edad y con la hija en común ARA de un año de edad, quienes en ese momento se encontraban durmiendo en una pieza de la referida casa, el acusado prendió una vela para iluminar el lugar y le pide a su conviviente que salgan del inmueble para conversar afuera a lo cual no accede Z.G.A.S., allí el acusado se lanzó sobre ella, le tapó la boca con una de sus manos y con un cuchillo le propinó varias estocadas en diferentes partes de su cuerpo. En ese momento la Z.G.A.S. se da cuenta que el acusado afirmaba a su hija A.R.A. con un pie y dirigía hacia ella una de las estocadas con el arma blanca, motivo por el cual ella se giró para cubrir con su cuerpo a su pequeña hija, recibiendo Z.G.A.S. una puñalada en la espalda que le perforó el pulmón, finalmente llegan al lugar otros ocupantes del inmueble los que frustran su acción, momento en el cual el acusado se auto infliere heridas con la misma arma en su cuello y pecho”.*

Las razones de la absolución por el parricidio se expresan por el Tribunal en el considerando duodécimo del fallo, en el que se señala: *“Que, en relación a la imputación realizada por la fiscalía y el querellante respecto del delito de parricidio, en grado de frustrado, cometido en la menor A.R.A., se ha estimado, por este tribunal, que la prueba producida en audiencia por los entes acusadores, ha resultado del todo insuficiente para justificar el cargo propuesto por éstos y por lo mismo, no ha sido posible para estas sentenciadoras, establecer, más allá de toda duda razonable, que el imputado ejecutó alguna acción destinada a terminar con la vida de su hija y que dicha acción haya sido frustrada por algún tercero, no existiendo, en consecuencia, prueba alguna que nos permita derribar la presunción de inocencia que ampara a J.F.R.C.*

*En este punto, es importante destacar, que la única prueba que existe para imputar tal delito a J.F.R.C., es lo manifestado por su conviviente, respecto de que una de las puñaladas iba directamente encaminada a darle muerte a la pequeña hija de ambos, lo que ella deduce y cree, sin que exista ningún medio de prueba, más que su propia versión, ni siquiera un indicio, de que la intención o dolo del acusado haya sido querer matar a su hija.*

*Del análisis de dicha prueba, no se ha podido arribar a una condena por el delito de parricidio referido, toda vez que ella no ha resultado suficiente para formar la convicción de estos jueces provocando, duda razonable y falta de certeza”.*

Nota: En el considerando vigésimo octavo el tribunal condena al acusado: *“...a sufrir la pena privativa de libertad de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de femicidio, en grado de frustrado, en la persona de Z.G.A.S...”.* Reconociendo para este hecho las atenuantes del Art. 11 N° 6 y N° 9.

TOP de Ovalle, 20 de abril de 2013, RUC N° 1200513098-9, RIT N° 10-2013

**Pena solicitada: presidio perpetuo calificado**

**Pena impuesta: 17 años de presidio mayor en su grado máximo**

**Agravantes invocadas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal**

**LOS HECHOS EN LOS CUALES FUNDÓ SU ACUSACIÓN FISCAL FUERON:** *“El día 20 de mayo de 2012, siendo las 23:30 horas aproximadamente, en el interior del domicilio ubicado en..., comuna de Canela, el acusado Y.H.M.V. inició una discusión con su ex conviviente y víctima P.P.C.C., motivo por el cual la tomó con su brazo y le bordeó con éste el cuello intentando ahorcarla; en esos instantes llegó la hija de ambos, A.M.C., de 10 años de edad, quien intentó intervenir en defensa de su madre. Luego, y a raíz de los gritos de la víctima, llegó al lugar el hijo de ambos Y.M.C., de 07 años de edad, quien igualmente intentó defender a su madre. A raíz de lo anterior, el acusado se dirigió a la cocina y tomó un cuchillo tipo cocinero y procedió a tomar de sus ropas a su hijo y víctima Y.M.C., lanzándolo con fuerza sobre un sillón, lugar en donde le propinó varias estocadas en la región abdominal. Luego de ello, se dirigió hacia el dormitorio y, con el propósito de matar a su ex conviviente, la atacó con el cuchillo y la apuñaló en diversas partes del cuerpo. Finalmente, se dirigió a la cama de la menor e hija de ambos Y.B.M.C., de 05 años de edad, quien se encontraba durmiendo, y la apuñaló varias veces en la región abdominal. Con estas acciones del acusado, la víctima P.P.C.C. resultó con lesiones consistentes en herida cortante con compromiso de tráquea, herida penetrante abdominal y herida cortante inguinal, lesiones necesariamente mortales sin socorros eficaces y oportunos; la víctima Y.M.C. resultó con traumatismos múltiples de la región lumbosacra, de la pelvis y del abdomen con compromiso de hígado, lesiones necesariamente mortales sin socorros eficaces y oportunos, mientras que la víctima Y.B.M.C. resultó con lesiones consistentes en heridas abdominales múltiples, herida de la región lumbosacra y de la pelvis, lesiones necesariamente mortales sin socorros eficaces y oportunos”.*

La defensa solicitó al Tribunal la recalificación de los hechos cometidos por el acusado en contra de sus hijos como lesiones graves, petición que fue rechazada por el TOP en razón de lo que se indica en el considerando decimocuarto: *“Parece pertinente analizar en esta instancia lo planteado por la Defensa, en cuanto a que, al menos las lesiones causadas a los menores de edad, no estarían revestidas de un dolo homicida, sino más bien de uno lesivo. Sobre este punto, se ha ponderado que la pequeña contextura anatómica de los menores de edad víctimas de estos hechos, que por su edad y características personales es muy menuda, sumado a la utilización de un cuchillo, aplicado en forma penetrante en su contra y en una zona tan delicada como el abdomen, no puede entenderse como una herida dirigida a lesionar a la víctima. Por lo demás, en relación al actuar sobre el niño Y.H.M.V. que fue descrita intensamente por su hermana mayor la que*

*presenció el ataque contra su hermano, en términos que su padre, lo tomó desde el cuello del pijama y lanzándolo sobre un sillón le enterró varias veces el arma blanca en su guatita, no se condice con un actuar medido y limitado al de lesionar, sino que claramente dirigido a terminar con la vida del hijo que tenía en sus manos. Que en ese mismo orden de ideas, la agresión dirigida en contra de Y.M.C., reflejó una intensidad y decisión que no encuadra en un dolo de lesionar. A todo lo anterior no se le puede restar el que el sujeto activo, momento antes de estos ataques en contra de sus hijos, afirmó a su ex pareja y madre de ellos, que los enviaría a todos al ‘patio de los callados’, en una expresión clara de su intención de darles muerte”.*

TOP de Temuco, 31 de marzo de 2014, RUC N° 1310016127-8, RIT N° 10-2014

**Pena solicitada: presidio perpetuo calificado**

**Pena impuesta: presidio perpetuo calificado**

**Agravantes invocadas: artículo 12 N° 1 del Código Penal**

**Agravantes acogidas: ninguna**

**Atenuantes reconocidas: ninguna**

**LOS HECHOS DE LA ACUSACIÓN:** *“En horas de la madrugada del 25 de Mayo de 2013, el acusado JR junto a su conviviente N.B. –con quien mantenía una relación de pareja desde aproximadamente 11 años y producto de la cual habían nacido tres hijos– se encontraban al interior del domicilio común ubicado... de Carahue, compartiendo y bebiendo bebidas alcohólicas junto a J.H., lugar donde posteriormente durmieron todos, incluidos los tres hijos de la pareja.*

*En el transcurso de esa misma madrugada, el acusado J.R. despertó, tomó un hacha y se dirigió al living del referido inmueble, lugar en el cual atacó a J.H. que se encontraba tendido en un sillón, propinándole diversos golpes en el rostro y cráneo con la parte posterior del hacha, luego de lo cual tomó un cuchillo cocinero con el que le asestó dos puñaladas en la zona izquierda del tórax, mientras éste aún se encontraba con vida. Posteriormente el acusado regresó a su dormitorio, lugar en el cual atacó a su conviviente, a quien apuñaló en dos ocasiones en el costado izquierdo de su pecho. A raíz de las referidas agresiones J.H. y N.B. fallecieron al interior del referido domicilio durante la madrugada del 25 de Mayo de 2013; JH a causa de un traumatismo encéfalo craneano abierto grave y la conviviente del acusado a raíz de dos heridas cortopunzantes penetrantes torácicas complicadas en hemitórax izquierdo que le ocasionaron un hemotórax izquierdo masivo, compatible por agresión con arma blanca.*

*A continuación y en el transcurso de esa misma madrugada, el acusado agredió en el dormitorio principal a su hijo mayor de iniciales E.A.R.B., de 8 años de edad, que se había despertado momentos antes y había concurrido a esa pieza, a quien apuñaló en dos ocasiones a la altura del pecho, en el costado izquierdo, a raíz de lo cual el menor murió en el lugar debido a dos heridas cortopunzantes torácicas*

*complicadas, una que laceró puntiformemente al pericardio y la aorta y la otra que laceró transfixiantemente al saco pericárdico y al corazón, ambas lesionando el pulmón izquierdo, provocando un hemopericardio y un hemotórax bilateral, compatibles por agresión con arma blanca.*

*Luego de lo anterior J.R., aprovechando la circunstancia de que el menor de sus hijos de iniciales D.I.R.B., de 2 años de edad, se encontraba durmiendo en la cama del dormitorio principal, lo asfixió, obstruyéndole con sus manos las vías respiratorias, provocándole de esa forma la muerte a consecuencia de una asfixia por sofocación. Posteriormente se dirigió hasta el dormitorio de su hijo de iniciales A.A.R.B., de 5 años de edad, y valiéndose de la circunstancia de que éste se encontraba durmiendo, lo tomó y le golpeó la parte posterior de la cabeza contra un objeto contundente, ocasionándole un traumatismo cráneo encefálico complicado con fractura a nivel occipital, lesión que le ocasionó la muerte en el lugar.*

*El acusado, luego de dar muerte a sus tres hijos y a su conviviente, los acostó uno al lado del otro en la cama del dormitorio principal, puso una flor en las manos de cada uno de sus hijos y colocó en las manos de su hijo de iniciales AARB, las cédulas de identidad de todo su grupo familiar, dejó sobre la cama un nuevo testamento abierto y escribió en un cuaderno los motivos que según él tuvo para asesinarlos”.*

En este caso la defensa solicitó la concesión de la eximente de responsabilidad establecida en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, pero el tribunal rechaza dicha petición fundamentando que: “...Se desestiman así las alegaciones de la defensa, quien solicitó la aplicación a favor de su representado de la eximente de responsabilidad del artículo 10 N°1 del Código Penal en el sentido de que el acusado habría actuado privado temporalmente de razón, a raíz de un consumo excesivo de alcohol y marihuana o, en subsidio, que hubiera actuado violentado por una fuerza irresistible al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 N°9 del Código Penal. Ello quedó absolutamente descartado por medio de la declaración de la perito psiquiatra... concluyendo que el acusado es una persona lúcida, orientada, sin alteración de juicio de realidad, con la memoria conservada, con buen nivel intelectual, preocupado de su aspecto personal, que presenta rasgos de personalidad caracterizados por la frialdad de ánimo y el auto centramiento, no hay un cuadro psiquiátrico ni previo ni posterior al evento... Señaló que en general, su actuación no impresionaba como la de alguien que actuó con algún compromiso de consciencia o en estado crepuscular, pues fue capaz de entregar detalles muy precisos de cómo ocurrieron los hechos, lo que no habría sido posible de haber estado con alguna alteración en ese ámbito. Descartó cualquier trastorno transitorio que hubiere afectado su imputabilidad y agregó que el consumo excesivo de alcohol le habría inhibido en la parte psicomotriz y no le hubiera permitido realizar lo que hizo con tanta precisión, tampoco habría podido escribir una carta como lo hizo, hilvanando ideas y con una letra regular, por lo que también descarta el consumo excesivo de alcohol” (considerando décimo quinto).

## 5. Conclusiones

En los casos analizados se constata que la investigación de filicidios en el sistema penal puede ser muy compleja, en términos de prueba psiquiátrica forense; ya sea, porque los autores son penalmente inimputables por padecer una enfermedad mental, o bien, porque no padeciéndola, busquen eximir su responsabilidad simulando locura, demencia o pérdida de razón. En los casos en que se decretó medida de seguridad fue la fiscalía la que investigó y determinó que eran inimputables, solicitando medida de seguridad.

En los casos analizados, mayoritariamente se descartó que los autores actuaran con privación temporal y total de la razón debido al padecimiento de una enfermedad mental, punto que es levantado por las defensas, como una eximente de responsabilidad penal, o como una eximente incompleta. Cuando se comprobó psicosis permanente o temporal de parte de los autores, los jueces aplicaron una medida de seguridad para éstos, lo que había sido solicitado en la acusación por parte del Fiscal.

Otro punto muy discutido emerge cuando el niño, niña o adolescente fallece como consecuencia de maltrato físico grave. Acá la defensa argumenta que ha ocurrido un “accidente fatal” no existiendo dolo directo de matar, sin embargo, los fiscales han sostenido los argumentos y pruebas tendientes a demostrar que la acción violenta en contra de un hijo menor de edad, implica necesariamente representarse la posibilidad de muerte como una consecuencia de su actuar. Se destaca al respecto lo que señalan los sentenciadores en causa RUC N° 1300515304-7, RIT N° 21-2014 del TOP de Viña del Mar: *“La jurisprudencia reiteradamente lo ha consagrado. No se trata ya de la mayor o menor posibilidad con que se represente el efecto injusto, sino de la posición subjetiva del sujeto en relación a esa representación. Si a pesar de conocer la alternativa de que su actuar concretará el resultado típico el sujeto queda en una posición de indiferencia –no en relación al resultado, sino en relación a la acción–, hay dolo, o sea si decide llevar a cabo la acción a pesar del peligro. En resumen, si el hechor realiza la actividad que se concreta en la lesión de un bien jurídico habiendo previamente previsto el resultado como probable, representación que lo deja impertérrito en cuanto a su deseo de actuar –lo que no quiere decir que acepte el efecto–, hay dolo eventual”* (considerando decimotercero).

Se destaca que el filicidio por venganza, especialmente el masculino, constituye un número de casos importantes del estudio. La evidencia examinada demuestra que la infidelidad en la pareja separaciones o divorcios destructivos, significados por el hombre agresor desde un perspectiva patriarcal pueden ser señales de un posible asesinato a un hijo o hija por lo que, considerando la compleja predicción que revisten estos ilícitos, los operadores de justicia familiar, los establecimientos educacionales, de salud y programas de red de infancia y mujer deben alertar y activar el control social de sede Familia, que

tiene la facultad legal de impulsar medidas de protección o cautelares que eviten la expresión máxima de la violencia contra niños, niñas y adolescentes que ocasiona sus muertes.

En ninguna de las sentencias analizadas, los Tribunales hacen alusión a algún artículo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, referido al interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. Si bien aquella omisión no necesariamente ha impactado en la decisión jurisdiccional, da cuenta de la necesidad de que todos los actores del sistema criminal incorporen en su acervo de conocimiento, y en las decisiones que adopten, las exigencias del marco jurídico internacional ratificado por Chile, que dé cuenta y refleje la importancia que como sociedad otorgamos a la protección de la infancia y la prohibición absoluta de la violencia contra la niñez.





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

---



## ACERCA DEL INICIO DEL PROCESO PENAL POR DELITOS TRIBUTARIOS: ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DEL PROFESOR PIEDRABUENA EN RELACIÓN CON LAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN AUSENCIA DE QUERRELLA O DENUNCIA DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

*Andrés Salazar Cádiz<sup>1</sup>*

---

### 1. Antecedentes

En la edición de junio del año 2015 de la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, el profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, don Guillermo Piedrabuena Richard ha publicado un estudio donde desarrolla una línea argumental, a través de la cual, pretende sostener que a pesar de las “aparentes” restricciones legales contenidas en el Código Tributario (fundamentalmente lo dispuesto en el artículo 162 de dicho cuerpo legal), el Ministerio Público se encontraría facultado para iniciar investigaciones *de oficio* cuando tome conocimiento de la existencia de hechos que revisten carácter de delito tributario<sup>2</sup>.

El presente artículo pretende analizar desde una perspectiva crítica la tesis del referido autor, verificando tanto la validez de las premisas utilizadas como la corrección de la conclusión a la que éste arriba. En pocas palabras y anticipando el juicio de valor que se inicia a continuación, es posible indicar que el trabajo del profesor Piedrabuena exhibe ciertos problemas a nivel de justificación externa (esto es, de fundamentación de premisas) e interna (a nivel de conclusiones) y por lo tanto, no provee un resultado consistente que permita cimentar adecuadamente la hipótesis por él bosquejada<sup>3</sup>.

La exposición que se desarrollará a continuación comienza con un somero resumen de los planteamientos realizados por el autor, luego de lo cual nos detendremos a revisar los argumentos, que a nuestro juicio, permiten refutar

- 
- 1 Subdirector de Delitos Económicos y Medioambientales de la Unidad Especializada de Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 2 PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. “Las potestades del Ministerio Público en la Investigación de los delitos tributarios”. En: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Junio 2015, págs. 11-68.
  - 3 Las nociones de “justificación interna” y “justificación externa” y su utilización como herramientas para la valoración de la consistencia de un determinado discurso provienen de: ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima, Perú, Palestra Editores, 2007, págs. 306 y sgtes.

la mayor parte de las afirmaciones allí sostenidas. Finalmente, se estudia la coherencia de lo afirmado en el artículo que es objeto de nuestro estudio con las antiguas interpretaciones institucionales de las normas pertinentes realizadas por el Ministerio Público. Al finalizar el presente estudio presentaremos nuestras conclusiones indicando los principales problemas que aquejan a la posición expuesta por el profesor Piedrabuena.

## 2. Marco de referencia: La trascendencia del sistema impositivo

Nuestro sistema económico se encuentra institucionalmente diseñado a partir del principio de subsidiaridad. Éste, a su vez, constituye una de las herencias normativas más potentes del pensamiento ilustrado liberal, que inspiró la configuración política de buena parte de los Estados contemporáneos. Basados en la “máxima de que los individuos son los mejores jueces de sus propios intereses”<sup>4</sup>, los filósofos y economistas liberales lograron asentar la idea de que el mejor motor para el crecimiento de las riquezas y el progreso social, era la iniciativa privada<sup>5</sup>. La búsqueda de beneficios individuales, mediante la coordinación espontánea de agentes, sería capaz de promover el bien común y la herramienta que permitiría maximizar, de manera permanente, el número de transacciones mutuamente beneficiosas en la sociedad sería el mercado.

De ahí que los Estados contemporáneos organizados sobre la base de los ideales del liberalismo económico erigieran al principio de no intervención como una piedra angular de su estructura normativa. Así, los mercados adquirieron en estas sociedades un rol fundamental en la distribución de los bienes y servicios, relegando al Estado a un rol secundario, que sólo podría intervenir de manera legítima, en aquellos casos en que se verificara la concurrencia de ciertas condiciones extraordinarias que impedirían su normal funcionamiento, circunstancias que hoy se abordan por la literatura económica bajo la denominación de “fallas de mercado”.

Sin embargo, desde siempre, la mayor parte de los filósofos y economistas liberales, han estado de acuerdo con la idea de que la intervención estatal se encuentra justificada a la hora de recaudar los recursos que le servirán con posterioridad para enfrentar los gastos en que debe incurrir a la hora de asumir la cobertura y distribución de los denominados “bienes públicos”, entre los cuales, habitualmente se entienden incorporados aquellos destinados

4 MILL, John Stuart. *Principios de Economía Política*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 826.

5 En este sentido, Hayek señaló que “los filósofos del S. XVIII, en efecto, eran tanto filósofos del derecho como estudiosos del orden económico, y en ellos, la concepción del derecho y la teoría del mecanismo del mercado se hallaban estrechamente conexas”. Al respecto, véase HAYEK, Friederich, *Principios de un Orden Social Liberal*. 2ª ed., Madrid, Unión Editorial, 2010, p. 80.

a proveer de seguridad, salud y educación a los habitantes de una nación o a la realización de sus obras públicas o la construcción de su infraestructura más importante<sup>6</sup>.

Y esta es, precisamente, una de las primeras finalidades de los sistemas tributarios modernos y aquella que genera el menor nivel de objeciones en cuanto a su compatibilidad con el principio de subsidiariedad (intervención mínima) del Estado. En palabras, de John Stuart Mill:

*“...aquellos que forman la escuela que se ha llamado del laissez-faire han intentado limitar con alguna exactitud las atribuciones del gobierno, las han reducido, por lo general a la protección de las personas y los bienes contra la violencia y el fraude (...), no obstante, en casi todas las formas de gobierno existe algo que es obligatorio: el aprovisionamiento de los medios pecuniarios. Estos se derivan de los impuestos...”*<sup>7</sup>.

Sin embargo, recientemente, esta necesidad recaudatoria se ha enfatizado ante la evidencia de la creciente inequidad que afecta a las economías de mercado.

En efecto, si bien los mercados han demostrado ser eficaces herramientas de progreso y generación de riqueza, exhiben ciertas ineficiencias a la hora de distribuir, equitativamente, los bienes y servicios que se producen en una sociedad determinada<sup>8</sup>.

6 A esta preocupación tradicional referida a los denominados “bienes públicos”, se ha añadido recientemente otra más amplia referida al costo del ejercicio de las libertades en general, costo que debe ser enfrentado, precisamente, a través del erario nacional. En este orden de ideas, en un reciente trabajo, Stephen Holmes y Cass Sunstein han ejemplificado, de manera muy gráfica esta situación. Según estos autores: “La muy extendida pero sin duda equivocada premisa de que nuestros derechos más fundamentales esencialmente no tiene costo alguno no puede explicarse por el hecho de que no se hayan podido detectar costos ocultos. Ante todo los costos en cuestión no se encuentran tan escondidos. Es evidente por ejemplo que el derecho a un juicio por jurados implica costos públicos. Un estudio realizado en 1989 ofrece una cantidad concreta: el juicio por jurados en Estados Unidos cuesta a los contribuyentes, en promedio, alrededor de 13.000 dólares (Wayson y Funke, 1989). Es igualmente obvio que el derecho a una compensación razonable por propiedad confiscada, según el principio de necesidad pública tiene costos presupuestarios sustanciales. Y el derecho de apelación en casos penales supone claramente que los tribunales de apelación son financiados por los contribuyentes...”. HOLMES, Stephen y CASS, Sustein. *El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Editores Siglo XXI, 2015, p. 44.

7 MILL, John Stuart. *Principios de Economía Política*. México, Editorial Fondo de Cultura Económica, p. 805.

8 Sobre el particular, ver: SEN, Amartya. *Nuevo Examen de la Desigualdad*. Madrid, Editorial Alianza, págs. 13-43; STIGLITZ, Joseph. *El precio de la Desigualdad*. Editorial Taurus, Madrid, 2012, págs. 101 y sgtes.; PIKETTY, Thomas. *El Capital en el Siglo XXI*. México, Fondo de Cultura Económica, 2014, págs. 370 y sgtes.; ZUCMAN, Gabriel. *La Riqueza Oculta de las Naciones*. Editorial Pasado & Presente, Barcelona, 2014.

En este sentido, distintos autores han demostrado que la forma más efectiva de redistribuir la renta nacional lo constituye el uso de ciertas herramientas impositivas<sup>9</sup>.

Por otra parte, a partir de la constatación de que la contribución pecuniaria de los ciudadanos a la hacienda pública permite al Estado no sólo hacer frente a los gastos necesarios para que aquellos puedan desarrollar de la forma más plena posible sus intereses (obras públicas, policía, fomento de la cultura, etc.) sino que además que éste pueda atender a fines solidarios esenciales para el mantenimiento de las personas más necesitadas de la comunidad organizada (salud, educación, atención de los discapacitados, etc.), han ubicado a los deberes impositivos más allá del ámbito de las obligaciones éticas, transformándolos en verdaderas obligaciones jurídicas que nacen para cada individuo de manera simultánea a la adquisición de su condición ciudadana.

Así por ejemplo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, expresa en su artículo 36 que “*toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos en la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos*”.

En este contexto, se hace evidente la importancia de la mantención del correcto funcionamiento del sistema tributario.

De ahí también que la infracción de ciertos deberes impositivos se encuentre sancionada con penas privativas de libertad. Y es que ciertos quebrantamientos implican afectaciones graves al derecho que posee el Estado a la colaboración activa de los ciudadanos para la conformación del erario público, bien jurídico protegido por las normas de sanción de carácter impositivo-punitivas<sup>10</sup>. En el caso chileno, algunas de las infracciones a deberes tributarios (particularmente, aquellas vinculadas a una narrativa defraudatoria) se encuentran captadas por el Derecho Penal y su acaecimiento se encuentra asociado, en ocasiones a sanciones privativas de libertad particularmente intensas; algunas de las cuales incluso establecen penas de crimen (art. 97 N° 4 incisos segundo y tercero del Código Tributario).

En este escenario, el establecimiento de requisitos de procesabilidad que condicionen la acción del Estado para perseguir la responsabilidad de los autores del quebrantamiento de las referidas normas de conducta aparece como una contradicción valorativa en el seno del ordenamiento jurídico chileno. Y es que, si el Estado le otorga tal gravedad al injusto que proviene de la defraudación tributaria, cuya realización se encuentra conminada (al menos,

9 Al respecto véase PIKETTY, Thomas. *La Economía de las Desigualdades*. Editorial Siglo XII, Buenos Aires, 2015, págs. 157 y sgtes.

10 Sobre este punto: KULHEN, Lothar. *Cuestiones Fundamentales del Delito de Fraude Fiscal*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 67.

en abstracto) con tan severas penas ¿cómo puede entenderse que el mismo legislador limite la persecución penal a la decisión arbitraria de un funcionario público, sin que dicha determinación se encuentre sometida ni siquiera a un control jurisdiccional *a posteriori*? Se trata entonces de la consagración de “delitos eventuales”, cuyo potencial disuasivo se ve fuertemente relativizado atendida la contingencia de su persecución y castigo.

Es esta contradicción, la que, entendemos, motiva al autor de la tesis que se comenta, a buscar una salida jurídicamente plausible que permita al Ministerio Público iniciar investigaciones por delitos tributarios en ausencia de actos jurídicos procesalmente idóneos para la correspondiente apertura de la instancia jurisdiccional.

A pesar de la comprensible finalidad del referido autor, cualquier teoría que se levante al respecto debe ser capaz de sortear un importantísimo escollo: el estándar impuesto por los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República; de otro modo la tesis propuesta sólo será expresión de una voluntad inspirada por el ideal de coherencia del ordenamiento jurídico, pero eminentemente deficitaria, por carecer de posibilidades jurídicas de aplicación en concreto<sup>11</sup>. El baremo establecido por las citadas disposiciones se ve reforzada por el denominado principio de objetividad, premisa normativa que gobierna el actuar del Ministerio Público.

El marco normativo aludido constituye la base del test al que se someterá la tesis del profesor Piedrabuena para verificar sus posibilidades jurídicas de aplicación.

### 3. Descripción de la posición del profesor Piedrabuena en la obra en estudio

La tesis presentada por el profesor Guillermo Piedrabuena (en adelante, “tesis Piedrabuena” o, simplemente, “TP”), en términos muy resumidos, pretende demostrar la existencia de una incongruencia en el sistema jurídico chileno, la cual se daría entre las facultades propias de un órgano de rango constitucional como lo es el Ministerio Público y aquellas delegadas por la legislación ordinaria al Servicio de Impuestos Internos.

A juicio del autor, la principal tensión normativa se originaría a consecuencia de las atribuciones asignadas a esta última institución para investigar delitos tributarios, circunstancia que implicaría una flagrante infracción al artículo 83 de la Constitución, el cual establece que el Ministerio Público

11 Sobre el ideal de coherencia del ordenamiento jurídico, como un principio de Derecho, véase: BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 3ª ed. Editorial Temis, Bogotá, 2007, págs. 180 y sgtes.



es el órgano encargado de dirigir “*en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito*”. En otras palabras, habiendo sido empleado el término “exclusividad”, por parte del constituyente, para hacer referencia a una competencia que fue cedida de manera privativa al Ministerio Público, la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico de un ente distinto de aquél dotado de atribuciones para la instrucción de ilícitos penales implicaría el surgimiento de una antinomia que demandaría una urgente corrección.

Si bien, el diagnóstico descrito por la “tesis Piedrabuena” es expresado con bastante claridad, no se puede decir lo mismo de su propuesta de solución.

En principio, el artículo parecería insinuar que el mecanismo de solución de la contradicción deóntica ya descrita se encontraría en la aplicación del “principio de jerarquía”. En este orden de ideas, la posición que ocupa el Ministerio Público en el diseño institucional del Estado, debería imponerse como un dato relevante para la aplicación de este criterio de solución hermenéutico, dada su consagración a nivel constitucional. La decisión del constituyente de entregar las facultades de investigación en lo penal al nuevo ente persecutor habría desplazado a las antiguas atribuciones del SII (derivadas de fuentes meramente legales) referidas a la indagación de ilícitos tributarios<sup>12 13</sup>.

En segundo lugar, “TP” explora la posibilidad de que hubiese operado una especie de derogación tácita de las potestades del SII junto con la entrada en vigencia de las normas adecuatorias al nuevo sistema procesal. En este orden ideas, “TP” identifica dos hitos fundamentales: (a) la entrada en vigencia de la Ley 19.519 que introdujo en la Constitución Política de la República un nuevo capítulo referido al Ministerio Público y (b) la publicación de la Ley N° 19.806 que tuvo por finalidad adecuar el ordenamiento jurídico chileno al nuevo sistema procesal penal.

En relación con el primero de los cuerpos normativos, el profesor Piedrabuena es generoso a la hora de incluir pasajes de la Historia de la Ley que dan cuenta de la decisión mayoritaria del Congreso de la época de enfatizar el carácter de “investigador exclusivo” que se le otorgaría al Ministerio Público

12 Como señala el profesor Antonio Bascuñán, “[e]l principio de jerarquía asegura la supremacía del soberano en la medida en que hace de sus decisiones razones justificatorias para la invalidación de normas establecidas por las demás potestades en caso de conflicto. Precisamente en la medida en que el principio de supremacía jerárquica es el sustituto moderno del principio medieval de supletoriedad, presupone la validez de la concurrencia de las potestades relacionadas jerárquicamente (...) de ahí que los casos prácticos más relevantes de conflictos de normas, Constitución vs ley, ley vs reglamento hayan debido ser resueltos por el principio de jerarquía”. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “El principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”. En: *Revista Chilena de Derecho*, 1998, págs. 33-34.

13 Sin embargo, este argumento no es desarrollado a cabalidad y con el correr de las páginas pierde su potencial explicativo.

en materia penal<sup>14</sup>. Especial importancia le otorga el autor a la intervención de la ex Senadora Olga Feliú, ocurrida el día 03 de junio de 1997, quien, al encontrarse entre quienes rechazaban la idea de un investigador exclusivo (sobre todo en lo que dice relación con la incidencia que una reforma como ésta podría traer aparejada para la “justicia especializada”), advirtió al resto de los parlamentarios de la situación que podría originarse una vez aprobada esta norma:

*“El inciso expresa que es (el Ministerio Público) el organismo al cual le corresponde dirigir, en forma exclusiva, la investigación (...) sobre la base del tenor literal de la norma, tan pronto se publique esta reforma constitucional se entenderán derogadas las actuales facultades de que disponen tribunales como los de Impuestos Internos, Tesorería General de la República, y los tribunales antimonopolios, por cuanto (...) sólo corresponde a dicho organismo, en forma exclusiva, dirigir la investigación”<sup>15</sup>.*

Piedrabuena concluye que al no prosperar la posición encabezada por la Senadora Feliú, la consecuencia que habría tenido la incorporación de la Ley N° 19.519 a nuestro ordenamiento jurídico se traduciría en la derogación tácita “...de la facultad exclusiva del Director del SII para decidir en forma autónoma cuándo se iniciaba una investigación penal por un posible delito tributario...”.

Suspendiendo brevemente el ejercicio descriptivo iniciado en este acápite, y anticipando alguno de los argumentos que se retomarán más adelante, nótese por ahora que no es lo mismo afirmar que el Servicio de Impuestos Internos ha perdido toda facultad para investigar delitos en el contexto de un proceso penal ya iniciado, que expresar que el SII ha perdido la facultad de dar inicio a una investigación penal. La diferencia entre ambas afirmaciones es cualitativa y relevante, por lo que no puede ser ignorada si se quiere arribar a conclusiones correctas al analizar la materia de que se trata.

Volviendo a la línea argumental desarrollada en “TP”, corresponde estudiar su posición respecto del segundo hito legislativo de relevancia identificado en este trabajo: Nos referimos a la publicación de la Ley Adecuatoria N° 19.806 del año 2002.

14 En este sentido se citan principalmente las intervenciones de la ex Ministra de Justicia, Sra. Soledad Alvear y del entonces Senador Otero, quienes fueron importantes defensores de la exclusividad del Ministerio Público en materia penal. Así pueden leerse las intervenciones de estas autoridades entre las páginas 20 a 24 del Trabajo de Guillermo Piedrabuena.

15 Cabe hacer presente que la Senadora Feliú con esta indicación, pretendía, incorporar al inciso primero del artículo 80 A una fórmula que dejara espacio al legislador para definir qué autoridad, dependiendo del caso concreto, realizaría la investigación de ciertos y determinados hechos, aun cuando éstos pudiesen revestir el carácter de delito.

Al respecto, cabe hacer presente la ambivalencia otorgada a esta modificación por el referido autor: mientras algunas de las disposiciones contenidas en esta Ley son valoradas por el profesor Piedrabuena como demostrativas de la intención del legislador de enfatizar el carácter de investigador exclusivo en materia penal que poseería el Ministerio Público, reconoce, por otra parte, que es esta misma ley la que fortalece la posición institucional del SII en materia de delitos tributarios, entregándole a este organismo la facultad discrecional de iniciar o no el procedimiento penal.

Así, por ejemplo, el autor destaca que la ley adecuatoria derogó el artículo 163 letra e) del Código Tributario que le confería el valor de informe pericial a los documentos elaborados por los fiscalizadores del SII<sup>16</sup>. En el mismo sentido, a través de esta ley, el legislador decidió que perdiera vigencia el artículo 86 del referido estatuto, que otorgaba a los fiscalizadores del Servicio el carácter de ministros de fe<sup>17</sup>. A partir de esta constatación el autor afirma que la Ley 19.806 dejó “sin efecto varias disposiciones que le daban el carácter de investigación judicial a las actuaciones del Servicio de Impuestos Internos (...) eliminando el carácter jurisdiccional o semijurisdiccional de las atribuciones” de este organismo<sup>18</sup>.

Sin embargo, tal como señalamos, el mismo profesor Piedrabuena reconoce también que la Ley N° 19.806, lejos de ajustar el Código Tributario a las reglas generales del nuevo proceso penal, mantuvo la facultad privativa del Director del SII para iniciar la persecución de los delitos tributarios<sup>19</sup>.

En efecto, el profesor Piedrabuena advierte que durante la discusión parlamentaria se impuso la idea de que las facultades otorgadas al Servicio de Impuestos Internos se enmarcaban, meramente, en un contexto sancionatorio administrativo y, por lo tanto, no se daría en la especie conflicto de competencia alguno, ya que, en el evento en que se descubriesen delitos nacidos de una infracción a la ley impositiva, el proceso penal que surgiera a raíz de ello se encontraría entregado plenamente a la dirección del Fiscal del Ministerio Público. Esta concepción de la relación existente entre el artículo 83 de la Constitución y las facultades del SII, permitió que se mantuviera vigente el régimen legal establecido por el artículo 162 del Código Tributario y, en dicha medida, subsistiera la facultad de la agencia tributaria para iniciar el proceso penal por denuncia o querrela.

---

16 PIEDRABUENA, ob. cit., p. 13.

17 PIEDRABUENA, ob. cit., p. 17.

18 PIEDRABUENA, ob. cit., págs. 17-18; p. 36.

19 De hecho, el Capítulo V de su texto se abre bajo el título “*La ley adecuatoria N° 19.806 y el cambio de criterio respecto de la iniciación del proceso por delitos tributarios por decisión exclusiva del Director del SII*”. Piedrabuena, ob. cit., p. 32.

En síntesis, el reconocimiento, por parte de Piedrabuena, de que el actual estado de cosas a nivel normativo se encuentra determinado por la decisión del legislador de la Ley N° 19.806, en cuanto a extraer del régimen general de inicio del procedimiento penal a los delitos tributarios, consagrando para estos efectos una acción penal previa instancia particular cuyo ejercicio depende discrecionalmente del Director del SII, lo lleva a insistir en el punto ya insinuado al inicio de su trabajo, expresando que la modificación en comentario habría consolidado una tensión normativa caracterizada por la colisión de competencias investigativas delegadas a ambas agencias estatales. Así, en palabras del propio autor:

*“El verdadero problema está en la pugna entre la exclusividad de la dirección de la investigación del Fiscal que consagra la Constitución y el poder absoluto del Director del SII, que no es un tribunal de la República, para permitir dar inicio a la investigación del Fiscal...”<sup>20</sup>.*

En este orden de ideas, tal y como anticipamos, el conflicto denunciado se dejaría leer en clave constitucional, y estaría marcado por la relación de contradicción subsistente entre las regulaciones concurrentes, conclusión que resultaría forzosa para este autor debido a que, a su entender:

*“...resulta incuestionable que la oposición entre las normas analizadas, esto es, entre el artículo 83 inciso 1° de la Constitución Política y el artículo 162 inciso 1° del Código Tributaria, es absoluta e irreversible”<sup>21</sup>.*

A mayor abundamiento y en términos aún más abstractos, la presente disyuntiva, en palabras del propio autor, podría tener algunos alcances de tipo político-jurídico, circunstancia que se evidenciaría de la siguiente manera:

*“Sin duda, va contra la naturaleza y jerarquía de las instituciones que el órgano constitucional y oficial encargado de la investigación penal, pueda dejar de intervenir en la investigación de un delito tributario por decisión de un órgano administrativo estatal (...) Debe evitarse que en casos muy importantes que tienen repercusión política, el Director del SII, funcionario de exclusiva confianza del Poder Ejecutivo, se vea influido por circunstancias ajenas a los propósitos de la reforma procesal penal”<sup>22</sup>.*

Ahora bien, además de las consideraciones de *lege ferenda* ya revisadas, el autor agrega un nuevo argumento, esta vez de carácter sustantivo. Según “TP,” si bien es cierto que el Código Procesal Penal reconoce una tripartición en materia de acciones penales (donde conviven la acción penal

20 PIEDRABUENA, ob. cit., p. 37.

21 PIEDRABUENA, ob. cit., p. 38.

22 PIEDRABUENA, ob. cit., p. 39.

pública, la previa instancia particular y la acción privada), en materia de delitos tributarios el legislador habría equivocado su decisión debido a que:

*“El delito tributario es por naturaleza un delito de acción pública, al igual que los delitos de fraude al Fisco, cohecho, malversación, falsificación documentaria, etc., en que el ofendido es la sociedad entera y jamás un particular...”.*

Sin embargo, al culminar la exposición de los argumentos revisados, Piedrabuena arriba a un resultado de tipo (meramente) normativo, esto es, a uno que se encuentra más bien vinculado al “mundo del deber ser” y carente de todo potencial correctivo, a nivel hermenéutico, de la anomalía que se ha encargado de identificar. En efecto, la “TP”, al culminar el despliegue de todo su arsenal argumentativo, simplemente expresa lo siguiente:

*“En conclusión, nuestra opinión jurídica es que el Ministerio Público no puede quedar limitado a iniciar una investigación por un delito tributario, por la decisión de un órgano administrativo, no obstante la especialidad y la preparación del SII en materia tributaria...”.*

En otras palabras, la “TP” no ofrece ninguna solución directa a la supuesta antinomia por ella detectada, como podría ser la de disolver el conflicto suscitado entre el artículo 83 de la Constitución y el artículo 162 del C.T., por la apelación a criterios cronológicos, jerárquicos o de especialidad, principios usualmente invocados por la doctrina y la jurisprudencia para eliminar las incoherencias que afectan a los ordenamientos jurídicos<sup>23</sup>. En vez de ello, el trabajo concluye (en su parte fundamental, en el capítulo VII) *admitiendo la plena vigencia del artículo 162 en nuestro sistema normativo.*

Ante este escenario, el autor dedica el resto de las páginas de su trabajo a explorar diversas herramientas procesales que podrían ser utilizadas por el Ministerio Público para superar el obstáculo que impone a su labor la referida regla<sup>24</sup>.

Es así que el autor llega a la conclusión de que la única autoridad que podría solucionar el problema constitucional, supuestamente suscitado entre el SII y el Ministerio Público, sería el Tribunal de Garantía y ello de conformidad

23 Al respecto véase, BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 3ª ed., Bogotá, Editorial Temis, págs. 194-212.

24 Así, la “Tesis Piedrabuena” descarta la posibilidad de utilizar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; la contienda entre tribunales dispuesta por los artículos 190 y 191 del Código Orgánico de Tribunales; la contienda de atribuciones susceptible de ser resuelta por la Contraloría General de la República; y, finalmente, también niega aplicabilidad al procedimiento de “contienda de competencias” cuya resolución se encuentra entregada al TC.

con lo dispuesto en el artículo 14 letra a) del C.O.T.<sup>25</sup>. De esta forma y mediante el uso de sus genéricas facultades jurisdiccionales, el referido órgano se encontraría capacitado para autorizar al fiscal del Ministerio Público a llevar una investigación penal por delitos tributarios, aun en ausencia de denuncia o querrela del Director del Servicio de Impuestos Internos.

Por último y en apoyo de su tesis, el autor invoca una serie de pronunciamientos judiciales, de reciente data, a partir de los cuales pretende corroborar la viabilidad de su propuesta. Así, la “tesis Piedrabuena” cita a su favor la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 26 de agosto de 2015, Rol N° 2.221-2015; la sentencia emitida el día 28 de mayo de 2015 por el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, en causa RIT N° 6873-2014, RUC N° 1400637392-6; y dos sentencias de ese mismo tribunal emitidas ambas el día 20 de mayo de 2015 en el mismo RIT y RUC<sup>26</sup>.

Con esto hemos culminado la revisión del trabajo del profesor Piedrabuena. A continuación, y de manera previa al análisis crítico de los argumentos contenidos en “TP” realizaremos algunas consideraciones previas que nos ayudarán a cimentar los razonamientos que se expondrán sobre la tesis en estudio<sup>27</sup>.

#### 4. Cuestiones previas a la valoración de la “Tesis Piedrabuena”

En primer lugar, debe tenerse presente que *tanto el delito como la acción* que emana de su acaecimiento, son entidades de naturaleza eminentemente convencional y por lo tanto, no pueden describirse como realidades ontológicamente autónomas, con una virtualidad propia e independiente de la voluntad del legislador.

25 Corresponderá a los jueces de garantía: a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal.

26 Cabe hacer presente que todos los pronunciamientos citados fueron dictados en el contexto del caso Penta-SQM.

27 Sin embargo, y a pesar de todo el esfuerzo argumentativo, el propio autor reconoce expresamente no haber llegado a un resultado concluyente. La ausencia de una definición satisfactoria del problema detectado se ve reflejada en el párrafo con que éste culmina su trabajo, el cual, en atención a su elocuencia, se transcribe a continuación: “En conclusión, toda la materia del presente trabajo es bastante debatible y nuestra intención consiste en aportar elementos de juicio que puedan ilustrar a los tribunales y a la doctrina nacional acerca del tema, referido a si es posible que una ley orgánica especial disponga que la decisión del órgano administrador en sentido de no presentar querrelas, puede obligar y/o limitar la potestad constitucional del Ministerio Público de investigar por delitos que son de acción penal pública, como lo son los delitos tributarios, impidiendo la formación en contra de los presuntos responsables, siguiendo el criterio del SII”, PIEDRABUENA, ob. cit., p. 67.

Y es que, tal y como lo destaca la moderna Teoría del Derecho, todo el fenómeno normativo depende esencialmente de un complejo entramado de convenciones sociales y de instituciones políticas reconocidas y legitimadas para la creación de reglas vinculantes para los ciudadanos<sup>28</sup>. Dicho de otra forma, es el legislador quien, a través de sus palabras (actos de promulgación) crea la “realidad” normativa, la que depende intrínsecamente de aquel acto de autoridad.

En este sentido, tal y como señala Ferrajoli (al igual que todo el Derecho) el delito posee un carácter meramente convencional y, por lo mismo, meramente formal: sólo es delito lo que el legislador define como tal y es incluido, a consecuencia de ello, en el Código Penal de un país, nada más<sup>29</sup>. Pues bien, si no existen conductas esencialmente delictivas o delincuentes por naturaleza, lo mismo sucede con el proceso penal y su forma de inicio: no existen acciones penales cuya naturaleza pueda ser calificada con independencia de la decisión del legislador.

Tanto el proceso penal como su forma de apertura, constituyen una cuestión cuya configuración se define de manera contingente. Es, precisamente, esta razón la que permite explicar por qué el concreto diseño que han adoptado dichas instituciones ha variado durante la historia y entre las distintas naciones, pues su determinación siempre ha dependido de una decisión esencialmente política<sup>30</sup>.

De ahí que la afirmación de que determinado delito es de acción penal pública o de previa instancia particular, atendida “*su naturaleza*”, incurra en un error categorial. En otras palabras, un delito es de acción penal pública, previa instancia particular o de acción penal privada, según lo decida soberanamente el legislador<sup>31</sup>.

28 Al respecto, véase por ejemplo, MCCORMICK, Neil. *Las Instituciones del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 39-58; Schauer, Frederick. *Las Reglas en Juego*. Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 53-96; ATRIA, Fernando. *On Law and Legal Reasoning*. Oxford, Hart Publishing, 2001, págs. 1-61.

29 Esta forma de determinar el delito (y su persecución), denominada por Ferrajoli como convencionalismo penal, se opone al “sustancialismo penal”, modelo de pensamiento que estima que en sí mismas, ciertas conductas o personas deben ser calificadas como delitos o delincuentes, atendida su intrínseca naturaleza. Sobre esto, véase FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid, Editorial Trotta, 2006, págs. 34-42 y 459-464.

30 Acerca de los modelos de “acción penal” históricamente utilizados, véase: MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, Tomo I, Fundamentos, págs. 259-351.

31 Cosa distinta es que al momento de escoger el régimen procesal que el legislador le otorgará a la persecución de un determinado hecho, éste no sustente su decisión en los fundamentos típicamente utilizados para seleccionar a los miembros que componen la categoría o modelo de persecución elegido.

Por otra parte, no se puede confundir la forma de inicio del procedimiento penal con el procedimiento penal en sí mismo.

El procedimiento penal es un instituto que pretende resolver un conflicto esencialmente público<sup>32</sup>, al cual no todo el mundo tiene acceso, sino solamente aquellos que se encuentran legalmente legitimados para incoarlo<sup>33</sup>.

Sólo una vez que nos hallamos en el contexto de un proceso penal iniciado, se detonan las competencias de las autoridades facultadas por la ley para intervenir en él<sup>34</sup>.

Asimismo, y a riesgo de invocar una trivialidad, debe tenerse presente la primacía de las reglas contenidas en los artículos 6° y 7° de la Constitución. Lo anterior implica que cualquier estudio en la materia, debe necesariamente reconocer un ámbito de facultades propias y legítimas a la administración del Estado. Y, en el ámbito tributario, la institución que representa al Estado para el logro de sus políticas impositivas es precisamente el Servicio de Impuesto Internos.

En este orden de ideas, y para nuestros efectos, resulta imperioso tener a la vista la esencial diferenciación funcional existente entre Administración y Jurisdicción. Sólo de este modo podremos ser capaces de reconocer qué es lo propio del ámbito administrativo y qué es aquello que corresponde a la competencia de los órganos vinculados al ejercicio de la jurisdicción penal.

Al respecto, debe destacarse que la Administración, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la jurisdicción, ha sido configurada (en cuanto rama del Estado) a través de una estructura comisarial (jerárquica), cuyos esfuerzos se encuentran orientados teleológicamente a la consecución de determinados planes o programas de acción, tendientes al interés general (bien común)<sup>35</sup>.

32 Concepción por la cual se justifica la expropiación que realiza el Estado respecto del ofendido del delito para el ejercicio del *ius puniendi*.

33 En este sentido, aparece clara la restricción que realiza el artículo 111 del C.P.P. respecto de aquellos órganos o instituciones públicas que no posean autorización expresa para deducir querrela criminal.

34 En relación con una concepción de las reglas de competencia como reglas constitutivas de la propiedad disposicional de “ser competente”, véase: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Sobre el carácter de las normas de competencia*. Tesis Doctoral, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1997.

35 Esta es la razón por la cual, “el contenido de un acto de la Administración del Estado, a diferencia del de una sentencia judicial, no se legitima mostrando que es aplicación de la ley (...) la legitimación material opera aquí [en el caso del acto administrativo] a través de una estructura jerárquica que permite entender que la decisión del funcionario se sigue de instrucciones planes, políticas o programas fijados por otro funcionario y así reconducir la decisión, en cuanto contenido, a algún funcionario que tenga legitimación democrática inmediata para llevar adelante esos planes o programas”. Por contrapartida, “[u]na decisión jurisdiccional está legitimada materialmente cuando ella es una correcta aplicación de la ley, es decir, cuando su contenido refleja correctamente el contenido



En otras palabras, la idea misma de Administración puede ser comprendida como el despliegue de los medios necesarios para ejecutar un determinado fin, teniendo siempre en consideración las circunstancias concretas que rodean la acción estatal, de manera de obtener el mencionado objetivo, a través de los mecanismos más eficaces y eficientes que se encuentren a disposición del órgano respectivo<sup>36</sup>.

Tal y como describe Miguel Sánchez Morón, es para la obtención de los reseñados propósitos que el ordenamiento jurídico entrega a la Administración una serie de facultades que le permiten supervisar, organizar, controlar o autorizar, determinadas actividades privadas<sup>37</sup>. Y es por esta misma razón que el Estado dota a la Administración de facultades que le permiten imponer sanciones a las conductas que contravienen los programas o políticas públicas que le corresponde implementar. De este diseño institucional, no se ha escapado la agencia estatal encargada del cumplimiento de la política tributaria.

Por esta misma razón, las facultades investigativas y sancionatorias de las cuales están dotados los órganos de la administración, no pueden ser catalogadas de jurisdiccionales o *cuasijurisdiccionales*, sino que son, simplemente, facultades administrativas.

En suma, resulta imposible pretender eludir el carácter que posee el SII como órgano inserto en la administración del Estado, y en esta medida, tampoco se puede desconocer que la ley le ha otorgado a este organismo una serie de atribuciones investigativas, destinadas a detectar infracciones a las políticas y programas impositivos que le corresponde supervigilar y, en dicha medida, a fundamentar la imposición de sanciones ante la constatación del acaecimiento de aquellas infracciones.

---

de la ley". De ahí su diferente modo de organización respecto de la Administración, siendo necesario dotar al juez de completa independencia, pues, en este contexto, "independencia judicial y sujeción a la ley son una y la misma cosa. Al respecto véase: ATRIA, Fernando. *Legislación, Jurisdicción y Administración, en: Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014, págs. 150-151.

- 36 En este sentido, el profesor Atria expresa que "*El fin de la Administración es el interés general (...), perseguir el interés general (bien común) a través de los órganos del Estado obliga a esos órganos a formular políticas y programas, a desarrollar planes de acción que, para ser eficaces, deben tomar en consideración las circunstancias concretas de la acción. Por eso, la Administración se caracteriza por ser una potestad ordenada de modo finalista: debe hacer lo que en las circunstancias convenga al interés general (...). En la realización de ese programa aparece la ley (...). La Administración ejerce atribuciones legalmente concedidas lo que quiere decir: ...la ley fija límites y crea posibilidades de actuación (...). la ley limita y habilita a la Administración*". ATRIA, Fernando. ob. cit., págs. 152-158.
- 37 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo*. Parte general, Madrid, Tecnos, 2007, págs. 38-39.

Los conceptos aquí repasados jugarán un rol trascendental a la hora de evaluar el potencial explicativo de “TP”.

## 5. Acerca de los problemas exhibidos por la “Tesis Piedrabuena”

Corresponde ahora evaluar la posición expuesta por el profesor Piedrabuena, tanto a nivel de premisas como de conclusiones. La relevancia de este ejercicio consiste en que si el mencionado autor se encuentra en lo cierto, no sólo se habrá superado una importante inconsistencia en nuestro ordenamiento jurídico, sino que además el Ministerio Público quedaría con una “vía libre”, no sólo para formalizar investigaciones, sino además para acusar y solicitar ante los tribunales la responsabilidad penal de determinadas personas, sin necesidad que ellas hayan sido denunciadas o querelladas por parte del Servicio de Impuestos Internos.

Para los efectos propuestos, en lo siguiente se analizará “TP” en los siguientes aspectos: (a) en cuanto al real alcance de las modificaciones legales introducidas al inicio de la reforma procesal penal; (b) en lo que guarda relación con la extensión de las facultades que posee el Director del SII respecto del denominado proceso de “recopilación de antecedentes”; (c) respecto de la naturaleza jurídica que poseería la acción que emana de la infracción de normas penales contenidas en la legislación tributaria y, finalmente, (d) analizaremos si es posible identificar el ejercicio de la acción penal (restringido por el requerimiento de una instancia particular previa) con el desenvolvimiento de facultades administrativas previas al proceso penal por parte de la autoridad tributaria.

### a) Error en cuanto a la valoración realizada por “TP” respecto de ciertas modificaciones legales

Como hemos visto, el autor le otorga gran relevancia a ciertas modificaciones legales, como, por ejemplo, al hecho de que los fiscalizadores del SII hayan perdido su calidad de “ministros de fe” o que al expediente administrativo que ellos confeccionan se le haya despojado el valor de “informe pericial”. A juicio del profesor Piedrabuena, dichas reformas demostrarían la voluntad legislativa de cercenar las facultades investigativas penales del SII, adecuando el obrar de esta institución al nuevo régimen procesal penal, donde el único investigador de delitos sería el Ministerio Público.

Sin embargo, la “Tesis Piedrabuena” equivoca su diagnóstico. La verdadera razón para quitarle la calidad de “Ministros de fe” a los fiscalizadores y de “Informe Pericial” a la recopilación de antecedentes fue la de compatibilizar aquellos institutos con las nuevas reglas probatorias del proceso penal.

Como es sabido, el procedimiento penal inquisitivo tasaba legalmente el valor de la prueba pericial entre los artículos 471 y 473 del extinto Código de Procedimiento Penal, mismo cuerpo normativo que otorgaba un mayor peso probatorio a todas las actuaciones que se hubieren consignado ante un Ministro de Fe. En este escenario, entonces, lo que legislador de las normas adecuatorias buscó enfatizar fue la idea de que los nuevos órganos jurisdiccionales se regirían en adelante por el principio de libertad probatoria, desechando el sistema de prueba tasada.

De hecho, hoy en día, en el marco del nuevo proceso penal, se ha asentado jurisprudencialmente que los fiscalizadores del SII, son presentados y deponen ante los tribunales orales como peritos sobre los puntos abordados en su informe de recopilación de antecedentes, y ello debido a que dichos documentos cumplen con los estándares dispuestos por los artículos 314 y 315 del Código Procesal Penal.

Lo único que difiere entonces, respecto de su tratamiento, es el hecho de que los tribunales con competencia criminal no le otorgan a sus dichos, de manera forzosa, el valor de “presunción más o menos fundada” (como lo hacía el antiguo Código de Procedimiento Penal), sino que observan, para estos efectos, lo prescrito en el artículo 297 del CPP.

#### b) Errónea calificación de las facultades entregadas al Director del Servicio de Impuestos Internos en lo que dice relación con el procedimiento de recopilación de antecedentes

La “Tesis Piedrabuena” cree ver en el procedimiento denominado “recopilación de antecedentes” una investigación de carácter penal, lo que reñiría con lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución.

Sin embargo, dicha calificación es incorrecta.

La recopilación de antecedentes sólo es un procedimiento administrativo, que tiene un valor semejante, para efectos penales, al que poseen los sumarios realizados por la Administración Pública en contra de funcionarios de su dependencia.

Por otra parte, tal como se argumentó en extenso *supra*, la Administración del Estado se encuentra organizada de manera finalista y a través de sus instituciones, persigue la correcta aplicación de las políticas y programas gubernamentales, siendo una parte importante de las herramientas que le otorga la ley a estas agencias para el cumplimiento de sus objetivos, *la sanción administrativa*.

Y es que, como señala el profesor español Alejandro Nieto “*la potestad sancionadora de la Administración es tan antigua como esta misma y durante varios siglos ha sido considerada como elemento esencial de la policía (...) hoy*

*casi nadie se atreve a negar la existencia de tal potestad*<sup>38</sup>. Concuera con esta visión, la profesora Ángeles de Palma quien ha expresado sobre este punto que la potestad sancionadora de la Administración “*es el instrumento a través del cual el Gobierno ejerce su función ejecutiva. A la Administración interventora, propia de un Estado Social, se le ha de reconocer potestades para ordenar y gestionar determinados ámbitos de vida; y un cumplimiento eficaz de estas funciones pasa por depositar en sus manos una parte del poder punitivo del Estado*”<sup>39</sup>.

Pero para imponer sanciones administrativas, se requiere de procedimientos de naturaleza administrativa, los cuales son guiados y decididos por autoridades que, precisamente, se insertan en el contexto de la administración del Estado.

En este orden de ideas, tal como lo ha expresado Ramiro Mendoza, “un elemento básico de la sanción administrativa es el carácter administrativo del procedimiento que ha de observarse. El procedimiento aparece gobernado y dirigido principalmente, por órganos y funcionarios integrantes de la administración”<sup>40</sup>.

Por todas estas razones, es posible afirmar que la recopilación de antecedentes no implica necesariamente una investigación penal, sino como se estableció en el seno del debate de la Ley Adecuatoria N° 19.806, constituye, en principio, un mero procedimiento de naturaleza administrativo-contencioso<sup>41</sup>.

De hecho, la ley tributaria le otorga al SII una serie de atribuciones y medidas intrusivas en pos de verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias que pesan sobre los hombros de los contribuyentes, las cuales no las podríamos calificar de inconstitucionales por el mero hecho de asemejarse a aquellas que dispone el Código Procesal Penal, pues éstas tienen su propia razón de ser y constituyen, simplemente, manifestaciones de las facultades proporcionadas a los órganos de la administración del Estado para el cumplimiento de sus fines (que, en este caso, guardan relación con el adecuado cumplimiento de las reglas impositivas).

38 NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

39 DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Editorial Tecnos, 1997, p. 37.

40 MENDOZA, Ramiro. “Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas (en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas)”. En obra colectiva: *Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*. Conferencias Santo Tomás de Aquino, púb. Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, 2005 (2006), pág. 137.

41 De hecho, como vimos con anterioridad, el mismo profesor Piedrabuena reconoce que ésta fue la interpretación que se impuso entre los parlamentarios, gracias a la intervención del asesor del Ministerio de Justicia Rafael Blanco. Piedrabuena, ob. cit., págs. 32-33.

Así por ejemplo, mientras el artículo 60 del Código Tributario autoriza al Servicio de Impuestos Internos a examinar los registros contables de los contribuyentes, el artículo 161 N° 10 faculta a esta institución a incautar documentación, incluso empleando el auxilio de la fuerza pública. Por su parte, el artículo 62 permite, previa autorización judicial, el examen de las cuentas corrientes de los contribuyentes, entre otras facultades investigativas.

Agregando mayor claridad al punto en análisis, el inciso tercero del artículo 162 del C.T. es enfático en señalar que la recopilación de antecedentes realizada por el Servicio constituye un procedimiento que sirve tanto para fundar la decisión del Director Nacional de interponer denuncia o querrela, como para acumular evidencia que luego podría ser utilizada ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros, con miras a justificar la imposición de sanciones administrativas (multas) a los contribuyentes infractores, y todo ello, de conformidad con el procedimiento administrativo-sancionatorio contemplado en el artículo 161 del Código Tributario. En otras palabras, es innegable que las facultades entregadas al SII pueden tener como destino la imposición de sanciones no penales.

A mayor abundamiento, el carácter eminentemente administrativo de la recopilación de antecedentes ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional, precisamente, a propósito de la revisión que realizó de la Ley N° 19.806 (Rol N° 349-2002 de 30 de abril de 2002), oportunidad en la que expresó que:

*“...esta Magistratura aprueba la modificación legal a aquel precepto [artículo 161 CT], en el entendido de que la “recopilación de antecedentes” a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80 A y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación”.*

Esta posición fue luego enfatizada por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 26 de agosto de 2008, Rol N° 766-2007, en cuyo considerando 25 se expresa lo siguiente:

*“Que, así las cosas, el procedimiento que regula el artículo 161 del Código Tributario y en virtud del cual se le otorga competencia al Director Regional del Servicio de Impuesto Internos - o al funcionario que éste designe al efecto - para aplicar multas, habiendo previamente escuchado a la parte afectada y, eventualmente, recibiendo antecedentes probatorios, importa en la especie el ejercicio de facultades sancionatorias administrativas”.*

La misma visión acerca del proceso de recopilación de antecedentes ha sido compartida por nuestra Corte Suprema. Así en Sentencia Rol N° 32-2000, del 19 de abril del año 2000, la Corte rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto por un contribuyente que pretendía hacer valer la prescripción penal de una multa impuesta por la autoridad tributaria en el contexto del procedimiento contemplado en el artículo 161 del C.T., argumentando su inaplicabilidad al caso, dado que:

*“...ese instituto opera en el ámbito del proceso penal (...) lo que resulta improcedente en este caso, en que se trata de una materia contencioso administrativo”.*

A mayor abundamiento, esta misma caracterización ha sido atribuida por parte de la doctrina penal especializada al procedimiento reglado en el artículo 161 C.T. Así, por ejemplo, el profesor Alex Van Weezel ha señalado sobre el punto que:

*“si el Director opta por no perseguir el hecho penalmente, se aplica el procedimiento administrativo previsto en el art. 161 CT, el cual, como se ha visto, no constituye una instancia jurisdiccional, sino una etapa en el cumplimiento de resoluciones administrativas. A la aplicación de este procedimiento que por cierto no está diseñado para la investigación de hechos que revisten o pueden revestir caracteres de delito, sino para la imposición de una multa en razón de contravenciones administrativas”<sup>42</sup>.*

Finalmente, cabe señalar que si la “Tesis Piedrabuena” estuviese en lo correcto, deberíamos llegar a considerar, de manera consecuente, que todas las facultades investigativas, de todos los órganos del Estado que puedan vincularse, de cualquier forma, con la averiguación de hechos que revisten carácter de delito, son necesariamente investigaciones penales y, por lo tanto, han quedado derogadas por efecto de la publicación de la Ley N° 19.519 que estableció la facultad exclusiva del Ministerio Público para instruir este tipo de pesquisas.

Pero, si ello fuera así, entonces deberíamos denunciar con la misma fuerza la inconstitucionalidad de la actuación de todos los jefes de servicios públicos que inician procedimientos sumarios para la averiguación de determinadas contravenciones; la invalidez de las facultades que posee la Contraloría General de la República para la investigación de irregularidades en el sector público; la derogación de las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros o de la Fiscalía Nacional Económica para el ejercicio de las tareas que la ley le ha encomendado a dichas agencias, entre otras consecuencias de similar naturaleza en el resto del ordenamiento jurídico chileno.

---

42 VAN WEEZEL, Alex. *Delitos Tributarios*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, págs. 166 y 167.

La conclusión del profesor Piedrabuena, entonces, no sólo parece contradecir a la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales, sino que parece llevar a un absurdo sistémico y, por lo tanto, debe ser abandonada.

c) Error de tipo ontológico: la acción penal por delitos tributarios es una acción penal pública previa instancia particular

Tal y como vimos *supra*, la “Tesis Piedrabuena”, acude a un argumento que apela a una especie de carácter sustantivo que poseerían ciertas instituciones procesales penales, como lo es la acción penal.

En efecto, a juicio de Piedrabuena los delitos tributarios, atendida *su naturaleza*, serían delitos de acción penal pública, ya que éstos ostentarían características que los asimilarían a los delitos de malversación, cohecho, fraude al fisco, entre otros.

Si bien es posible compartir las razones de fondo que se encuentran tras la analogía planteada por el autor, no es posible concordar con su conclusión. Y es que la determinación del tipo de acción penal que emana de un determinado hecho ilícito es una que corresponde exclusivamente al legislador, y por lo tanto, ésta no puede ser reconducida a consideraciones de carácter material<sup>43</sup>.

Lo extraño de la afirmación realizada por el autor es que él mismo reconoce en su trabajo que “el nuevo Código Procesal Penal mantiene una clasificación tripartita de los delitos, distinguiéndolos en delitos de acción penal pública, de acción penal privada y delitos de acción penal pública previa instancia particular”<sup>44</sup>.

Pues bien, si el autor parte de aquel reconocimiento, no se logra comprender por qué éste, a continuación, omite toda consideración a la regulación positiva de los delitos de acción previa instancia particular. Tal desatención constituye un yerro que afecta de manera decisiva a su argumentación.

Y es que el propio texto del artículo 54 del C.P.P., señala cuáles son los delitos que corresponden a la categoría de acción penal mixta, indicando en su letra g) que caen en ésta todos los ilícitos “que otras leyes señalen en forma expresa”; y, precisamente, el Código Tributario, a través de su artículo

43 Al recurrir a un argumento como éste, el profesor Piedrabuena pareciera reconocer validez a las normas jurídicas (esto es, que el derecho sólo cuenta como derecho) en la medida en que éstas demuestren una conexión necesaria con un determinado tipo de racionalidad; racionalidad necesariamente anterior a la positivización del derecho e independiente de las formalidades propias del proceso legislativo. Para un análisis de este tipo de manera de entender el Derecho véase: PEREIRA, Esteban. “Dos versiones sobre el fenómeno jurídico”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 21, 2014, págs. 120-125.

44 PIEDRABUENA, ob. cit., p. 29.

162 dispone que los delitos allí contenidos otorgan acción previa instancia particular, al depender su persecución de la definición que adopte el Director del Servicio de Impuestos Internos.

Luego, no puede ser de recibo ningún argumento de tipo metafísico (sustantivo) que pretenda derrotar, por esta vía, a una decisión adoptada de manera soberana por el legislador.

#### d) Error en la determinación de las esferas de competencia de cada una de las instituciones involucradas

Tal como anticipamos, en nuestro país y por expresa disposición del legislador, el proceso penal sólo pueden iniciarse de conformidad con las reglas contempladas en los artículos 53, 54, 55, 111, 112, 166, 172, 173 y 174 del Código Procesal Penal.

Y como vimos en el punto anterior, el proceso penal se inicia en materia de delitos tributarios, por expresa disposición de lo dispuesto en los artículos 54, 111, 172 y 173 del Código Procesal Penal y 162 del Código Tributario, sólo por denuncia o querrela presentada por el Servicio de Impuestos Internos.

Lo anterior, disuelve por completo (y como consecuencia de lo expresamente dispuesto por el legislador) el conflicto de atribuciones que la “Tesis Piedrabuena” cree ver entre las facultades de investigación del SII y aquellas propias del Ministerio Público.

Y es que, como adelantamos, en materia tributaria, antes de que se encuentre vigente el procedimiento penal, solo existe un procedimiento de carácter administrativo denominado “*recopilación de antecedentes*” el cual es llevado adelante por la autoridad pública competente para los fines pertinentes, los que incluyen la imposición de multas por infracciones meramente contravencionales a la ley tributaria. Y es que, del hecho que el Servicio de Impuestos Internos posea facultades de investigación orientadas a sancionar las transgresiones a las normas impositivas, no se sigue como consecuencia que aquél se encuentre facultado para la investigación de hechos delictivos.

Por otra parte, la mera circunstancia de que el SII se encuentre investido de facultades procesales relacionadas con la forma en que se ejerce la acción no implica que dicha repartición haya usurpado facultades constitucionalmente reservadas al ente persecutor.

De hecho el mismo profesor Piedrabuena reconoció en su momento que el “Ministerio Público no tiene el monopolio de la acción penal en el nuevo sistema y debe permitir que la víctima y otras personas ejerzan esta acción



en forma independiente del fiscal”<sup>45</sup>. En un sentido similar, las Instrucciones Generales emitidas por el Ministerio Público en materia de delitos tributarios durante el tiempo en que al mencionado autor ejerció el cargo de Fiscal Nacional, interpretando el derecho vigente, expresaron con claridad que la persecución de estos ilícitos se encontraba condicionada por el ejercicio de la instancia particular previa del SII y que las facultades investigativas concedidas a dicho organismo sólo podían ser entendidas como *“facultades de carácter administrativo (...) para el ejercicio de la potestad de fiscalización y sanción propia de la Administración”*<sup>46</sup>.

En resumidas cuentas, las premisas en las que se basa la “TP” no nos permiten sostener la existencia de un conflicto de competencias como el que se pretende denunciar. En otras palabras, las facultades de investigación concedidas al Ministerio Público, de naturaleza eminentemente penal, son en principio plenamente compatibles con aquellas atribuidas al Servicio de Impuestos Internos para la fiscalización del cumplimiento de las disposiciones tributarias.

Siendo esto así, el problema se reduce entonces a uno de tipo pragmático y guarda relación con los efectos propios que posee la institución de la acción penal pública previa instancia particular, los cuales se traducen en la consecuente limitación de la capacidad del Estado para perseguir, de manera autónoma, una concreta pretensión punitiva ante la ocurrencia de determinados hechos delictivos, posibilidad que se encuentra limitada,

45 PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. “Rol del Ministerio Público en el nuevo Proceso Penal”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 1, 2003, [págs. 11-21], p.12.

46 Oficio FN N° 296 del año 2002. Al respecto este documento institucional, señaló durante el tiempo en que estuvo vigente lo siguiente: *“En términos generales, puede decirse que dadas las amplias facultades de investigación de delitos tributarios que poseía este Servicio, se han reformado dichos cuerpos legales para diferenciar claramente las facultades de carácter administrativo que conservará para el ejercicio de la potestad de fiscalización y sanción propia de la Administración, cuidando de establecer a ese respecto la intervención de jueces del orden civil o criminal para la afeción de determinadas garantías o las posibilidades de recursos judiciales y eliminando las atribuciones de investigación delictual propiamente tal, cuya radicación en el M.P. ya se había producido por mandato constitucional, lo que se reitera de modo expreso”*. Además, este instrumento agregó que: *“De otro lado, cabe destacar que teniendo en cuenta el relevante interés patrimonial de Estado comprometido en este tipo de delitos y la alta especialización del S.I.I. en las materias que le competen, se le ha conservado al Director del Servicio la facultad de decidir, en el ámbito de su investigación preliminar administrativa, si por un hecho que aparenta revestir caracteres de delito se ejercerá la acción penal debiendo denunciarlo y remitir los antecedentes al Ministerio Público, o se deducirán sólo acciones administrativas para la aplicación de sanciones de esa misma naturaleza y civiles de cobro, decisión que pasa a constituir un requisito previo de procesabilidad para la actuación del M.P., la que sólo se podrá iniciar por denuncia o querrela del Servicio. En otros términos, la acción por delito tributario se ha asimilado a la acción pública previa instancia particular que consagra el art. 54 del C.P.P. Se trata de una simple asimilación para estos efectos, porque en derecho la acción penal por delitos tributarios es claramente una acción penal pública”*.

evidentemente, al ejercicio de algún tipo de actividad procesal (aunque sea residual) por parte de la persona legitimada para ello.

Pero la anterior consecuencia es una correlativa al diseño institucional del sistema procesal penal, al menos en lo que se refiere a la represión de la delincuencia tributaria: en otras palabras, el actual estado de cosas se traduce en un problema propio de la política criminal del Estado.

Es precisamente esta constatación la que determina el carácter insatisfactorio de la solución propuesta por el profesor Guillermo Piedrabuena, pues el déficit detectado por este autor, que efectivamente tiene la potencialidad de generar selectivas brechas de impunidad, no puede ser resuelto por apelación a consideraciones de *lege lata*. Y es precisamente el contexto del ordenamiento jurídico vigente (reforzado por el principio de legalidad constitucional<sup>47</sup>) el que impide al Ministerio Público activar sus facultades allí donde no se cumplen, al menos, mínimamente, con las condiciones de aplicabilidad externa de las normas de sanción contenidas en el derecho penal tributario, condiciones entre las cuales se contempla la satisfacción de los requisitos de procesabilidad previstos por los artículos 162 CT y 54 del CPP<sup>48</sup>.

47 En relación con necesaria sujeción de las autoridades a la ley como mecanismo y condición de legitimación del ejercicio de su poder, Habermas ha sostenido que “*la idea de Estado de derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no sólo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. No es la forma jurídica lo que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho legítimamente estatuido*”. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 5ª ed Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 202.

48 La noción de aplicabilidad externa se opone a la de aplicabilidad interna de las normas y dicha clasificación es tributaria de la perspectiva analítica del Derecho, en particular, su identificación se debe a la teoría analítica de las normas jurídicas. En este orden de ideas, y centrándonos en lo que guarda relación con el segmento del ordenamiento jurídico que denominamos Derecho Penal, debemos reparar en que el cumplimiento de los “hechos operativos” contenidos en un tipo penal determinado (Tx) no siempre importa la aplicación directa de la consecuencia jurídica prevista en la norma, sino que, en ocasiones, el legislador puede condicionar aún la aplicación de dicha consecuencia a requisitos externos, ajenos al tipo penal. En estos casos, se hace evidente que la verificación de los hechos descritos en el tipo penal importa simplemente una condición necesaria para la operatividad de la sanción prevista en éste, más no suficiente. Los requisitos de procesabilidad, precisamente, operan de esta manera, condicionando la irrogación judicial del mal asociado a la infracción de una norma (penal) al cumplimiento de condiciones externas al supuesto de hecho contenido en ella. Para una explicación didáctica de la presente clasificación véase MAÑALICH, Juan Pablo. “El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles”. En: *El Derecho Penal como Teoría y Práctica*. Santiago, Editorial Thomson, págs. 505-509. En este mismo orden de ideas, acerca de la posibilidad de aplicar tipos penales subyacentes, de carácter más general, pero desplazados, en atención a la imposición de un requisito de procesabilidad que no se da respecto de un ilícito de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad, véase PEÑARANDA, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, págs. 59-77.

## 6. Consideraciones finales: Aspectos valiosos de la crítica emprendida por el profesor Piedrabuena

A pesar de que la estrategia argumentativa desarrollada por el profesor Piedrabuena en el trabajo que acabamos de comentar no logre arribar a los resultados esperados por éste, sin duda alguna llama la atención sobre un aspecto relevante en la configuración de nuestro actual ordenamiento jurídico penal y que guarda relación con el déficit de justificación racional que aqueja a nuestras reglas, en particular, aquellas que limitan la persecución penal de los delitos que lesionan a la hacienda pública.

Ya hemos visto que la contribución de los individuos a la configuración del patrimonio estatal posee una trascendental importancia para el funcionamiento del país, relevancia que no se agota con la mera provisión de “bienes públicos” en beneficio de la comunidad, sino que además hace posible que el Estado asuma los gastos que permiten garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio y defensa de los derechos individuales y costear los derechos sociales. Pero además del carácter “recolector” o “acumulador” de recursos que se suele atribuir al sistema tributario, también hemos visto que el establecimiento de normas impositivas importa un eficiente mecanismo de redistribución del ingreso y de compensación de las injustas condiciones de vida que aquejan a quienes integran los sectores más vulnerables de la sociedad<sup>49</sup>.

Si es verdad que las normas tributarias cumplen una función esencial para el normal (y justo) desarrollo de la vida en sociedad, no se entiende por qué razón su tratamiento (procesal) penal difiere de manera tan radical con aquel dispensado para otras formas de perjudicar al erario nacional, como acontece con los delitos de fraude al fisco, el fraude de subvenciones o incluso, aquel otorgado al delito de aplicación pública diferente.

Para justificar este disímil tratamiento punitivo no basta con asilarse en el usual argumento que enfatiza la faceta recaudadora del Estado, ya que dicho raciocinio omite hacerse cargo de la finalidad redistributiva que poseen las reglas del derecho tributario. En otras palabras, la sola consideración a la avidez recaudatoria no permite justificar de manera satisfactoria la arbitrariedad concedida a la autoridad tributaria a la hora de ejercer la pretensión punitiva, pues aquel fundamento no alcanza a comprender todas las finalidades del sistema impositivo.

---

49 En este sentido, como bien explica Rawls, “el propósito de estos gravámenes y regulaciones no es el de incrementar los ingresos estatales (liberar recursos en favor del gobierno), sino el de corregir, gradual y continuamente, la distribución de la riqueza y prevenir, de esta forma, una concentración de poder que sea perjudicial para la libertad política y la igualdad de oportunidades”. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971, p. 277.

Pero es, justamente, el extremo nivel de arbitrariedad concedido a la administración pública en este ámbito el que constituye el factor que importa un mayor grado de interrupción entre el derecho penal tributario y el sistema penal general. Y es que tal y como lo señala el profesor Van Weezel “*la ya mencionada facultad discrecional del Director para perseguir penalmente los hechos que pueden ser sancionados con pena corporal y multa (...) se trata, en efecto, de una facultad inaudita (...) no sujeta a ningún tipo de control lo que constituye una situación excepcional en el derecho público y verdaderamente insólita tratándose de autoridades sin legitimación democrática directa*”<sup>50</sup>.

Lo señalado por Van Weezel resulta evidente y guarda relación con una crítica ya adelantada al inicio del presente trabajo. Y es que, de acuerdo con la estructura normativa de nuestro sistema penal tributario existe el riesgo latente de que conductas perfectamente subsumibles en delitos amenazados con pena de crimen (como por ejemplo, la devolución improcedente de impuestos) pudieran no ser perseguidos, simplemente, en virtud de un gracioso ejercicio de voluntad de la persona que ocupa un determinado cargo en la administración pública, decisión que a diferencia de lo establecido de manera general para los actos administrativos en el contexto del derecho público chileno, no se encuentra sometida a revisión por parte de autoridad jurisdiccional alguna<sup>51</sup>. En este contexto, el ilícito tributario se vuelve un “*delito eventual*”, esto es, uno cuya aplicabilidad al caso concreto resulta ser esencialmente contingente, y dicha contingencia, más que depender de condiciones objetivas y externas a la normas de sanción (requisito de procesabilidad), descansa en el libre arbitrio de un concreto funcionario público.

Es por esta razón que el actual estado de cosas requiere una urgente revisión.

A nuestro juicio, incluso en el evento en que el legislador decidiera que la mejor alternativa para el cumplimiento de las funciones del derecho tributario importa la mantención de un sistema de persecución penal cimentado en la institución de la acción previa instancia particular, debería establecerse la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción ordinaria para verificar los fundamentos que llevan a la autoridad administrativa a desechar la vía penal.

Pero tal como se ha puesto de relieve en las páginas anteriores, las reflexiones anteriores sólo constituyen consideraciones de *lege ferenda*, y por muy compartidos que pudieran llegar a ser los fundamentos aquí expuestos, en ningún caso podrán ser capaces, por sí mismos, de reconfigurar el panorama normativo actualmente vigente entre nosotros.

50 VAN WEEZEL, Alex. *Delitos Tributarios*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, p. 166.

51 Al respecto véanse los artículos 2° y 10° de la L.O.C. N° 18.575 de Bases Generales de Administración del Estado.

## 7. Conclusiones

Si bien es posible compartir, a nivel racional, la opinión referida a la falta de argumentos de peso que justifiquen la decisión legislativa de coartar el margen de actuación del Ministerio Público en la persecución penal de la delincuencia tributaria, no es posible pretender torcerle la mano al ordenamiento jurídico, cuando el diseño institucional dispuesto por éste se encuentra claramente orientado en el sentido de restringir dichas posibilidades de actuación.

La vía adecuada para enfrentar este escenario no es, por lo tanto, promover interpretaciones legales basadas en buenas intenciones, pero cargadas de voluntarismo.

Lo anterior, sin embargo no significa, en ningún modo renunciar a las facultades entregadas al Ministerio Público a la hora de cumplirse con las condiciones formalmente exigidas para ejercer la acción penal en busca de las responsabilidades penales correspondientes, situación que se dará cada vez que se cumplan los requisitos mínimos contemplados por el legislador para satisfacer las formas de inicio pertinentes del procedimiento penal (sea la querrela o sea la denuncia criminal).

Del panorama recién descrito surge la necesidad de una urgente reforma legislativa que amplíe las posibilidades de ejercer la persecución penal de los delitos tributarios, en atención a las importantes funciones asignadas a la hacienda pública y al corrosivo efecto que posee la defraudación tributaria para nuestra sociedad.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y DELITOS VIOLENTOS

---



## VIOLENCIA EN LOS ESTADIOS

*Renzo Figueroa Aste<sup>1</sup>*

---

### I. Introducción

El presente artículo tiene por objetivo analizar la normativa relativa a los derechos y deberes de todos aquellos que participan de los espectáculos de fútbol profesional y todas aquellas figuras sancionadas por la denominada “Ley de Violencia en los Estadios” que tuvo su génesis en los años 90, a raíz de conductas impropias, poco deportivas y delictivas que se fueron observando en los estadios a propósito de los partidos de fútbol del campeonato nacional, en especial en aquellos en que se enfrentaban clásicos rivales del fútbol profesional chileno.

Dicho fenómeno trajo como evidente necesidad la creación de un cuerpo normativo que fuera más allá de la sanción de conductas ilícitas de carácter común, toda vez que conjuntamente con ello, debía existir uno que regulara los eventos o partidos de fútbol, no sólo relacionado con el comportamiento de los espectadores, sino que también, de todos aquellos actores que rodeaban la actividad, estableciéndose deberes y derechos de cada uno, creándose normas de prevención y sancionatorias distintas a las establecidas para los delitos o faltas comunes, buscando con ello principalmente inhibir las conductas violentas y delictuales.

En adelante, indistintamente, nos referiremos a la Ley N° 19.327, “Ley de Violencia en los Estadios” o simplemente “ley” cuando nos refiramos a la normativa y articulado de la misma.

### II. Historia de la ley

- Ley N° 19.327, de 31 de agosto de 1994

Con fecha 2 de enero del año 1991, se presentó el primer proyecto de ley que regulaba la materia, mediante mensaje presidencial que incluía tan solo 14 artículos divididos en 3 títulos que consideraban la tipificación de delitos contra la seguridad pública, delitos calificados por el resultado y establecimiento de medidas de seguridad en conjunto con normas de responsabilidad civil para evitar la reiteración de hechos<sup>2</sup>.

---

1 Abogado Asesor de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente, Delitos Violentos y Negligencias Médicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Proyecto de Ley, Boletín N° 259-07 de 2 de enero de 1991, que reprime desórdenes y hechos de violencia cometidos en estadios y otros centros deportivos con ocasión de espectáculos públicos.



Sobre los delitos contra la seguridad pública destacaban aquellos que sancionaban la organización, promoción y facilitación de la formación de grupos o barras que, con el pretexto de apoyar a su equipo, estuvieran dispuestos a ejercer violencia. Se sancionaba además al que se introdujere en un centro deportivo, portara o tuviere en su poder armas, cualquiera fuere su naturaleza, o elementos destinados a ejercer violencia o perturbare gravemente el orden público, castigándose además a los encargados, empleados y dependientes de centros deportivos y dirigentes o miembros de las entidades deportivas que permitieran que se guardaran en un estadio armas o elementos destinados a ejercer violencia.

Ya en esa época se buscaba sancionar a quienes por cualquier medio incitaran a ejecutar actos de violencia o daño en contra de la propiedad o personas y a aquel que con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo arrojara objetos que pudieren causar alarma o daños en terceros.

En su acápite relativo a los delitos de resultado, se buscaba sancionar al que con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo o inmediatamente antes o después de él, produjera un tumulto o turbare gravemente el orden y cometiere delitos contra la vida, la salud y la propiedad establecidos en el Código Penal, aumentándose en un grado la pena asignada a cada uno de ellos, como también al que mediante amenazas o actos de violencia retardare, suspendiere o impidiere la celebración de un evento deportivo, momentánea o totalmente, o impidiere o perturbare el normal funcionamiento de los medios de transporte hacia y desde los centros deportivos.

Sin perjuicio de la tipificación de delitos y sus penas, el proyecto, como dijimos, incluía medidas de seguridad como inhabilitación para concurrir a espectáculos deportivos, obligando al condenado a presentarse en la sede policial de su domicilio en la fecha de celebración de eventos deportivos, pero la medida más llamativa era aquella que le otorgaba la facultad al Presidente de la República, previo informe favorable de la Dirección General de Deportes y Recreación, para decretar la clausura temporal o definitiva de los estadios o centros deportivos cuando éstos no ofrecieran la seguridad necesaria para la vida e integridad física del público o para el desarrollo normal del espectáculo, cualquiera fuere la causa que hubiese provocado dicha situación.

Por su parte, se responsabilizaba civil y solidariamente a las entidades, asociaciones o clubes deportivos participantes en un torneo, de los daños sufridos por los espectadores de los mismos, con ocasión de su desarrollo, quedando los clubes obligados a cancelar la inscripción de sus socios o asociados que hubiesen sido sancionados en virtud de la ley propuesta.

Radicado el proyecto en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, dicha comisión elaboró un informe con fecha 7 de abril de 1993, señalando que si bien las conductas violentas eran todavía incipientes en el país,

resultaba recomendable y necesario “*ponerles atajo desde ya*”, antes que pudiesen transformarse en hechos masivos de dificultosa prevención o punición, como había sucedido en otros países, contrario a lo que había señalado la Comisión de Educación, Cultura, Ciencias y Tecnología, Deportes y Recreación, a la cual se había enviado originalmente el proyecto, la que propuso rechazar la idea de legislar, entre otras consideraciones, por existir en el país una legislación penal que permitía aplicar sanciones a quienes delinquían en los estadios y recintos deportivos, manifestando que la solución al problema de violencia en los estadios se solucionaba adoptando políticas de difusión y fomento de la cultura deportiva, introduciendo mejoras a los recintos e implementando una adecuada función disuasiva policial que permitiera controlar los accesos a los estadios para la detección de objetos potencialmente peligrosos, borrando la sensación de inseguridad de los espectadores y a su vez crear una sensación de protección de los mismos, por lo que generar nuevas figuras delictivas o establecer un cambio de penalidad para las ya existentes sería poco pertinente o innecesario.

Varios fueron los puntos tratados al interior de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la que participaron además representantes del Gobierno que hicieron presente las causas sociales, principalmente la irrupción de las llamadas “barras bravas” involucradas en sucesos delictuales de gravedad, el papel que cumplía la prensa que aplaudía el hecho que el público del fútbol chileno había dejado de ser pasivo y mero espectador, para transformarse en un componente importante del partido, pero sin poner un límite entre lo que significaba alentar al equipo versus la comisión de delitos, manifestando además que los dirigentes del fútbol y del deporte en general no habían sido lo suficientemente categóricos en cuanto al reproche moral, ético y social que debían tener situaciones de esta naturaleza, otorgándose incluso cierto tipo de ventajas a quienes formaban parte de estas barras, por lo que fueron enfáticos en señalar que el Gobierno había presentado el proyecto para legislar en forma especial respecto de los hechos de violencia en los centros deportivos, como lo habían hecho otros países, no siendo partidario de modificar parcialmente normas ya existentes en el Código Penal.

Dentro de las consideraciones prácticas, el Gobierno planteó el alto costo que significaba la implementación de medidas para prevenir y sancionar estos hechos de violencia, siendo necesario en algunas oportunidades poner a disposición de estos espectáculos cuatrocientos o quinientos efectivos policiales, lo que implicaba desatender a otro grupo importante de la población para el cual ese personal está destinado en forma permanente.

Habiéndose entonces discutido la forma de abordar el problema de la violencia en los estadios, planteándose distintas soluciones como la modificación de cuerpos legislativos vigentes, incorporación de otros tipos penales a la normativa existente o la dictación de una legislación especial, se optó por

esta última alternativa teniendo presente que una ley especial permitiría que la ciudadanía tomara interés y conciencia del problema, lo que produciría además un efecto pedagógico al mostrar claramente las conductas que se deseaban evitar y sancionar ya que eran de características particulares que por sus especiales condiciones no se daban en otros ámbitos de la vida ciudadana.

De esta forma, hubo consenso en incorporar un título que contuviera medidas de seguridad preventivas que garantizaran el orden público y la seguridad ciudadana, redactando una disposición base, evitando largas enumeraciones de ilícitos penales respecto de los delitos cometidos con motivo u ocasión de espectáculos deportivos públicos, consensuando además modificar el Código Penal, la Ley de Menores y la Ley de Alcoholes, para incorporar en ellos algunos preceptos que complementarían este cuerpo legal, dando así eficacia a sus normas y circunscribir el proyecto a los actos de violencia que se cometieran a causa o con ocasión de la realización de espectáculos deportivos de carácter público.

Finalmente y luego de tres años y medio de discusión, con fecha 31 de agosto de 1994, se publica en el Diario Oficial la Ley N° 19.327 que reprime desórdenes y hechos de violencia cometidos en estadios y otros centros deportivos con ocasión de espectáculos públicos, incluyendo once artículos, divididos en tres títulos que consideraban las medidas de seguridad preventiva, tipificación de delitos cometidos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional y disposiciones varias respectivamente.

- Ley N° 20.620, de 14 de septiembre de 2012, que modificó la Ley N° 19.327

Con fecha 24 de enero de 2007 se presentó por moción un segundo proyecto de ley, cuyo artículo único disponía que se modificaba la Ley N° 19.327, sobre normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos, con ocasión de espectáculos de fútbol profesional<sup>3</sup>.

El fundamento de este nuevo proyecto fue la necesidad de perfeccionar la legislación especial relativa a la violencia en los estadios, toda vez que, transcurrida más de una década desde su establecimiento se habían advertido falencias que impedían cumplir con eficiencia y eficacia el objetivo de dicho cuerpo legal, haciéndose necesario, por ejemplo, que las autorizaciones otorgadas por la Intendencia, previo informe de Carabineros, respecto de las condiciones de seguridad de un recinto deportivo, tuviesen una duración máxima de un año, por cuanto era necesario actualizar la evaluación de dichos recintos, de

3 Proyecto de Ley, Boletín N° 4864-29 de 24 de enero de 2007, que contiene normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional.

acuerdo a las experiencias que en tal sentido se habían obtenido. Por su parte, debía existir la obligación legal de los organizadores de designar un Jefe de Seguridad responsable de poner en práctica las medidas de seguridad impuestas por la ley, como de implementar herramientas tecnológicas que garantizaran la seguridad de los asistentes, tales como cámaras de seguridad y detectores de metal, en la cantidad, calidad y ubicación que determinara la Intendencia Regional, previo informe de Carabineros, y asimismo, que existiera coordinación con los medios de comunicación previamente acreditados en cuanto a la indumentaria y credenciales a usar como el señalamiento de la ubicación asignada para dichos profesionales en el recinto deportivo correspondiente.

Una de las medidas preventivas propuestas consistía en facultar al Intendente respectivo para exigir al organizador del espectáculo de fútbol profesional la rendición de una caución, con el fin de asegurar los daños que se causaren a los bienes públicos y privados, con ocasión del evento.

En relación con el público, principalmente hinchas de un respectivo equipo, se consideró necesario precisar el concepto de barra, definiéndolo como el conjunto de personas debidamente registradas en un determinado club de fútbol profesional, en calidad de socios o simpatizantes del mismo, y que se congregaran en un determinado sector de un recinto deportivo, para alentar a su equipo, en conjunto con la necesidad de obligar a los clubes de fútbol profesional a actualizar ante las Intendencias Regionales, a lo menos una vez al año, el padrón oficial de sus barras.

Por su parte, y para evitar confusiones, era necesario definir lo que se entendía por “inmediaciones”, estableciéndose que se trataba de la distancia de mil metros, medidos desde el lugar donde se encuentra el recinto deportivo en que se realizan los espectáculos de fútbol profesional, norma a la que se le hizo indicaciones por parte de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana y de Drogas, donde se aprobó definir como “inmediaciones” no sólo la distancia de mil metros perimetrales, medidos desde el lugar donde se encontraba el respectivo recinto deportivo, sino que sin perjuicio de dicha consideración, en cuanto al metraje y su medición, el juez de garantía podía estimar de acuerdo a los antecedentes del caso, una distancia mayor a la establecida, para efectos de determinar el lugar de comisión de los delitos señalados en los incisos anteriores<sup>4</sup>.

---

4 Segundo informe de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana y de Drogas acerca del proyecto de ley que modifica disposiciones de la Ley N° 19.327, que fija normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional. Boletín N° 4864-29 de 1 de agosto de 2007. Modificación N° 5.

Uno de los principales problemas y fuente de conflictos era la reventa de entradas, considerada una práctica atentatoria a los intereses pecuniarios de los asistentes, proponiéndose que dicha conducta debía ser sancionada con una pena pecuniaria.

Respecto de la labor y facultades de Carabineros, se propuso que dichos funcionarios debían prohibir el ingreso de elementos que pudieren, por su naturaleza, dimensiones y características, ser utilizados para provocar lesiones o daños, alterar la normalidad del evento o dificultar la fiscalización al interior del mismo, pudiendo además realizar controles de identidad, con las facultades contempladas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, en los recintos deportivos o sus inmediaciones, desde tres horas antes, durante y hasta tres horas después de realizado el espectáculo de fútbol profesional.

Finalmente el proyecto señalaba la necesidad de establecer que los jueces de garantía, al aprobar salidas alternativas o suspensiones condicionales del procedimiento o en el evento de dictar una sentencia condenatoria, debían además imponer la pena accesoria de prohibición de asistencia a los estadios o recintos deportivos, durante el tiempo que durara la condena. Esta propuesta, eso sí, tuvo que ser aclarada, toda vez que era impreciso hacer referencia a una condena o pena accesoria cuando se trataba de un acuerdo reparatorio o suspensión condicional del procedimiento, razón por lo cual, en este último caso, se formuló una indicación para reemplazar la norma en cuestión estableciéndose que el Fiscal de conformidad a lo establecido en el artículo 237 del Código Procesal Penal, debía pedir que se aplicara como condición a esta salida alternativa, la prohibición de asistir a los estadios o recintos deportivos durante todo el tiempo que durara la suspensión.

Durante la discusión posterior, comenzó a tomar relevancia la relación existente entre los dirigentes con los hinchas, planteándose que toda contribución en dinero o estimable en dinero, contractual o no, efectuada por una organización deportiva a hinchas o simpatizantes debía ser registrada contablemente y comunicada a las autoridades del fútbol profesional y a la Intendencia respectiva, debiendo prohibirse la entrega de cualquier tipo de financiamiento o apoyo económico o material a los hinchas o simpatizantes de un club de fútbol. Asimismo, se hizo presente que los representantes legales de los clubes podían ser responsables por negligencia o descuido culpable en el cumplimiento de las obligaciones que les imponía la ley cuando contribuyeren o facilitaren la comisión de las conductas descritas en ella, como también cuando las organizaciones deportivas profesionales incumplieren negligentemente las medidas de seguridad impuestas por la autoridad.

Fue así que, el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, propuso modificaciones al proyecto aprobado por el Senado, que decían relación principalmente con las obligaciones de los organizadores de los eventos como lo era la contratación de un Jefe

de Seguridad, guardias de seguridad privada, recursos tecnológicos para resguardar el orden y la seguridad pública, establecer zonas separadas dentro del estadio en que se ubica a los hinchas y público en general, control de acceso, forma de acreditación de la prensa, condiciones especiales de venta de entradas, contratación de seguro de daños, entre otros<sup>5</sup>.

Finalmente, y luego de cinco años y medio de discusión, con fecha 14 de septiembre de 2012, se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.620 que modificó la Ley N° 19.327, que fija normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos, con ocasión de espectáculos de fútbol profesional.

- Ley N° 20.844, de 10 de junio de 2015, que establece derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, que vino a fijar el texto definitivo de la Ley N° 19.327 sobre Derechos y Deberes en los Espectáculos de Fútbol Profesional

A dos años de vigencia de la ley en comento, y a raíz de la realidad social imperante en torno al fenómeno del fútbol profesional, con fecha 9 de septiembre de 2014, el gobierno, mediante Mensaje Presidencial, presentó un proyecto de ley a fin de modificar la Ley N° 19.327, respecto a su ámbito de aplicación y al establecimiento de un régimen sancionatorio efectivo<sup>6</sup>.

La modificación tenía por finalidad perfeccionar el cuerpo legal, toda vez que el objetivo inicial de otorgar condiciones básicas de seguridad y bienestar a todos los asistentes de los espectáculos deportivos no se estaba cumpliendo a cabalidad, como tampoco estaban siendo efectivas y eficaces las facultades de la autoridad administrativa para imponer obligaciones acordes con la realización segura de un espectáculo deportivo, razón por la cual, en este último aspecto, era necesario dotar de más herramientas administrativas a los Intendentes Regionales para ejercer un mejor control del orden público y seguridad dentro de su región.

Así, dentro de las falencias detectadas estaban aquellas relacionadas con las obligaciones impuestas a los organizadores, las que tenían un conjunto limitado de sanciones para perseguir su incumplimiento, quedando muchas de ellas sin una sanción efectiva.

5 Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, acerca del proyecto de ley que modifica disposiciones de la Ley N° 19.327, que fija normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional. Boletín N° 4864-29 de 5 de julio de 2012.

6 Proyecto de Ley, Boletín N° 9566-29 de 9 de septiembre de 2014, que modifica la Ley N° 19.327, que fija normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional y la Ley N° 20.502, que crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Por su parte, se buscaba extender el ámbito de aplicación de la ley no sólo a los hechos delictuales que se produjeran al interior de un recinto deportivo, sino que también a hechos conexos que tuvieran lugar fuera de ellos, como lugares de entrenamientos donde se efectúan los llamados “banderazos”, los desplazamientos de los hinchas y barristas, puntos de venta de entradas y en general cualquier manifestación motivada u originada con ocasión del espectáculo de fútbol profesional a fin de que finalmente se excluyera a dichos sujetos de los espectáculos de fútbol profesional.

En definitiva, no sólo se planteó como de importancia la prohibición de conductas para los espectadores y su correspondiente sanción a su incumplimiento, sino que además se estimó necesario establecer un estatuto de derechos y garantías para todos quienes asistieren a los espectáculos deportivos y la creación de un registro a cargo de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que debía contener una base de datos de las organizaciones deportivas de fútbol profesional y de los organizadores de espectáculos.

Fue así que tras nueve meses de discusión, con fecha 10 de junio de 2015, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.844, que establece derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, que vino a fijar el texto definitivo de la Ley N° 19.327 sobre Derechos y Deberes en los Espectáculos de Fútbol Profesional.

### III. Principales normas de la Ley N° 19.327

- Derechos y deberes de los asistentes y de los organizadores de espectáculos de fútbol profesional

El Título Preliminar, *“Del ámbito de aplicación de los derechos y deberes de los asistentes y de los organizadores de espectáculos de fútbol profesional”*, en su artículo 1, señala que esta ley regula la realización de los espectáculos de fútbol profesional, estableciendo derechos y deberes de los asistentes, los requisitos de los recintos deportivos en que éstos se desarrollan, y las obligaciones de las organizaciones deportivas de fútbol profesional, de los organizadores de dichos espectáculos y de los administradores de los recintos correspondientes.

Su aplicación dice relación con los delitos, faltas e infracciones cometidas por cualquier persona **con ocasión** de un espectáculo de fútbol profesional, sea en **el interior del recinto** deportivo o en sus **inmediaciones**, entendiéndose por estas la distancia de mil metros perimetrales medidos en línea recta desde los límites exteriores y hacia todos los costados del recinto deportivo, aplicándose esta normativa además a todos los **hechos y circunstancias conexas** a dicho espectáculo, como entrenamientos, animaciones previas, celebraciones, venta de entradas, uso de los servicios de transporte público remunerado de

pasajeros y desplazamientos de los equipos, de los asistentes, de los medios de comunicación y otros intervinientes a los recintos deportivos y lugares de concentración, anteriores o posteriores a un evento deportivo, **que tengan como motivo o causa principal los espectáculos** antes referidos.

Se aplica también esta normativa a las conductas ejecutadas contra los actores relacionados con los espectáculos de fútbol, tales como árbitros, jugadores, equipo técnico, dirigentes, periodistas, funcionarios administrativos de clubes y ANFP, en el marco del espectáculo de fútbol profesional y de los hechos conexos.

Respecto a los periodistas y por expresa solicitud de Presidente del Círculo de Periodistas Deportivos de la época, señor José Luis Fernández, el proyecto incluyó a dichos profesionales, fundado en que no se contemplaban normas explícitas que los protegieran como víctimas habituales de amenazas en el ejercicio de su labor; de modo que los amedrentamientos y demás formas de violencia no incumbían solamente a los espectadores de los partidos de fútbol profesional<sup>7</sup>. A raíz de ello, la norma expresamente señala que esta ley será aplicable a conductas ejecutadas en contra de periodistas “...en su calidad de tales, en el marco del espectáculo de fútbol profesional y otros hechos conexos”.

Como su nombre lo indica, esta ley trata de los derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, señalando expresamente el artículo 2 que los que concurren tienen derecho a asistir, participar y conocer las condiciones de ingreso y permanencia en el recinto, que se cumplan con las condiciones básicas de higiene, seguridad y salubridad y a contar con información oportuna sobre las condiciones básicas de seguridad en el espectáculo y en el recinto deportivo, sobre las medidas de prevención y protección de riesgos inherentes a la actividad, y todas las medidas a adoptar con dicho propósito.

A su vez, es deber del asistente respetar las condiciones de ingreso y de permanencia, y no afectar o poner en peligro su propia seguridad, la del resto de los asistentes o del espectáculo en general.

Tanto los derechos como los deberes deben ser informados por los organizadores del espectáculo a través de medios tecnológicos, medios de comunicación u otros aptos para tal efecto y, en virtud del artículo 3 de la ley tienen el deber de organizar y administrar el espectáculo adoptando todas las medidas para el correcto desarrollo del mismo, supervisar y garantizar el cumplimiento de la normativa legal y administrativa, adoptar las medidas de seguridad necesarias relacionadas con el espectáculo mismo y actividades conexas, entregar a la autoridad los antecedentes que les sean requeridos para la fiscalización de la presente ley, ejercer el derecho

7 Cámara de Diputados. Fecha 20 de noviembre de 2014. Informe de Comisión de Deportes en Sesión 98. Proyecto de Ley N° 20.844 que modifica la Ley N°19.327, Boletín N° 9566-29.



de admisión o impedir el acceso de aquellas personas en contra de las cuales ya se hubiese hecho efectivo tal derecho por éste o cualquier otro organizador, realizar actividades de difusión y extensión que promuevan una cultura de convivencia, bienestar y seguridad, establecer accesos preferenciales para menores de edad, mujeres embarazadas, personas con situación de discapacidad y adultos mayores, denunciar los delitos de que tomen conocimiento con ocasión de los espectáculos de fútbol profesional o hechos conexos.

Es del caso hacer presente que en el fenómeno de la violencia en los estadios existe una multiplicidad de actores, todos los cuales deben coordinar su actuar en pos del objetivo para el cual se creó esta ley, existiendo roles de prevención, fiscalización, persecución y sanción que veremos a continuación.

## 1. Medidas de seguridad preventiva

El Título I, “*De las medidas de seguridad preventivas*”, establece en su artículo 4 que los Intendentes Regionales, son las autoridades facultadas para autorizar la realización de un determinado espectáculo de fútbol, previo informe de Carabineros que acredite que el recinto reúne las condiciones de seguridad para efectuar el evento, la que puede ser revocada si desaparecen las circunstancias que la motivaron. La facultad incluye incluso el determinar la cantidad mínima de guardias que cada organizador debe tener para un determinado espectáculo, como lo señala el inciso segundo de la letra b) del artículo 5 de la ley. Por otra parte, el artículo 6 de la ley, faculta al Intendente para requerir de los organizadores que la venta de boletos se ajuste a las condiciones de seguridad fijada por la Intendencia, exigirles la contratación de seguros o constitución de cauciones que garanticen la reparación de daños públicos o privados en el recinto o sus inmediaciones, arriesgando la suspensión del encuentro si así no se hiciere, pedir mayores medidas de seguridad según el caso, rechazar por sectores el aforo máximo e incluso rechazar la programación de un determinado evento o la realización en un recinto determinado.

En dicho contexto, el artículo 5 de la ley, le exige al organizador del evento que designe a un jefe y guardias de seguridad, utilización de recursos tecnológicos como cámaras, medios de monitoreo y grabación que permitan la identificación de una persona, detectores de metales u otros elementos necesarios para la seguridad, establecimiento de zonas separadas de hinchas y simpatizantes de cada equipo, control de acceso e identidad y las demás que fije el reglamento, que en este caso es el Decreto Supremo N° 225, de 7 de mayo de 2013.

Dentro de los actores preponderantes relacionadas con la prevención, está el personal de seguridad contratado por el organizador del espectáculo de fútbol, cuyas facultades están señaladas en el artículo 7 de la ley, en el que se establece que dicho personal podrá controlar el ingreso y permanencia de

los asistentes, impidiendo el ingreso de elementos prohibidos, corroborar la identidad del asistente, hacer efectivo el derecho de admisión, impedir el ingreso de quien tenga prohibición judicial de acceder y hacer efectiva la expulsión de los asistentes cuando corresponda, estableciendo la facultad de registrar vestimentas, bolsos, vehículos y todo elemento que ingresen los espectadores al recinto deportivo, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública en caso de estimarse necesario, siendo el reglamento de la ley el que fijará la aptitud, capacidades y obligaciones que deberán cumplir los guardias.

La facultad de registro y auxilio de la fuerza pública entregada a los guardias de seguridad, fue cuestionada durante la tramitación del proyecto en sede del Tribunal Constitucional, cuyos disidentes fundamentaron su rechazo señalando que el artículo 7 era contrario a la Constitución por cuanto permitía a particulares de una empresa de seguridad privada, ejercer funciones preventivas de registro, siendo que ésta es una medida excepcional que nuestro ordenamiento jurídico entrega a las fuerzas de orden y seguridad, dado que afectan garantías constitucionales de la más alta relevancia como lo eran la dignidad humana y la vida privada de las personas. Fundaban su rechazo señalando que un particular que asistía a un espectáculo público realizaba una actividad que se enmarcaba en la esfera de su vida privada y, por consiguiente, garantizada por la Constitución, siendo el registro de vestimentas una vulneración a la vida privada de esa persona, la integridad física y moral, contrario al debido respeto que debe tener no sólo un particular, sino que la autoridad para con el cuerpo de toda persona, a menos que ella consienta expresamente para que registren sus vestimentas. Por ello es que excepcionalmente, con el propósito de obtener, eventualmente, los instrumentos o efectos de un delito, la ley faculta a la policía para que proceda al examen de vestimentas, debiendo ser incluso una persona del mismo sexo el que realice el registro. Según los disidentes, el caso del registro de bolsos, vehículos y todo elemento con que ingresan las personas a un espectáculo de fútbol profesional, vulneraba además el derecho de propiedad sobre sus bienes corporales y que el Código Procesal Penal sólo permitía la figura del registro, cuando existieren indicios para creer que la persona oculta objetos de importancia para la investigación que nos lleven a la comprobación de un delito. A mayor abundamiento, los disidentes además consideraron inconstitucional el inciso tercero del nuevo artículo 7 que establecía que el personal de seguridad podría siempre solicitar el auxilio de la fuerza pública en caso de estimarse necesario, por cuanto dicha solicitud de auxilio, estaba entregada sólo a autoridades de orden judicial o administrativo<sup>8</sup>.

No obstante lo señalado por la disidencia, el artículo 7 de la ley pasó el examen de constitucionalidad respectivo.

8 Oficio del Tribunal Constitucional, fecha 22 de mayo de 2015. Sesión 29. Legislatura 363. Proyecto de Ley N° 20.844 que modifica la Ley N°19.327, Boletín N° 9566-29.

Finalmente, dentro de las medidas de seguridad preventiva están aquellas que obligan a las autoridades del fútbol a comunicar la calendarización de los partidos al Intendente respectivo, a las organizaciones deportivas a registrar las contribuciones en dinero o estimables en dinero que hagan a sus hinchas o simpatizantes, registrar actividades de promoción o ayuda a los mismos, prohibiéndose financiar de cualquier forma a los hinchas o simpatizantes, dar o consentir en dar contribución en dinero o estimable en dinero a hinchas o simpatizantes para incidir en decisiones deportivas o electorales.

## 2. Delitos cometidos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional

- Elementos para la configuración de las figuras sancionadas en esta ley

El Título II, establece distintos ilícitos que dicen relación con delitos comunes, justificándose su sanción en virtud de este cuerpo normativo cuando estos son cometidos **con motivo u ocasión** del espectáculo de fútbol profesional, **dentro del recinto o sus inmediaciones** o en el **desarrollo de hechos o circunstancias conexas**, todo, de acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 1 de la ley.

Para la Real Academia de la Lengua Española, “**motivo**” u “**ocasión**” son palabras sinónimas, definiendo “**motivo**” como “*la causa o razón que mueve algo*” y “**ocasión**” como “*la causa o motivo porque se hace o acaece algo*”, contemplando también como acepción de esta última, la “*oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo*”. En definitiva, el espectáculo debe ser la causa de la conducta delictiva o la oportunidad para cometerlos, o dicho de otra forma, que el espectáculo de fútbol profesional sea la causa de la conducta que configure los delitos.

Por su parte, el “**recinto**” es el lugar físico donde se realiza el espectáculo de fútbol profesional, esto es, los límites internos que separan la totalidad del lugar con el exterior, sea que colinde con un lugar privado o la vía pública, entendiéndolo de esta forma en base al concepto de “**inmediaciones**”, que como vimos, es la distancia de mil metros perimetrales medidos en línea recta desde los límites exteriores y hacia todos los costados del recinto deportivo.

Finalmente, la ley también sanciona las infracciones cometidas “**en el desarrollo de hechos y circunstancias conexas al espectáculo**”, situaciones que la propia ley ejemplifica, en su artículo 1, inciso segundo, como lo son los entrenamientos, animaciones previas, celebraciones, venta de entradas, uso de los servicios de transporte público remunerado de pasajeros y desplazamientos de los equipos, de los asistentes, de los medios de comunicación y otros intervinientes a los recintos deportivos y lugares de concentración, anteriores

o posteriores a un evento deportivo, cuando ellas tengan como **motivo o causa principal el espectáculo de fútbol profesional**, siendo una de las circunstancias o hechos conexos más comunes los “Banderazos” o “Arengazos” de los hinchas a sus equipos y jugadores, previo a un partido de fútbol, o las celebraciones posteriores a la conquista de un campeonato, dentro y fuera del recinto deportivo, entre otros.

- Delito de lesiones y daños

El artículo 12 de la ley, sanciona al que **con motivo u ocasión** de estos espectáculos causare, **dentro del recinto deportivo o en sus inmediaciones, o en el desarrollo de hechos y circunstancias conexas**, lesiones a las personas o daños a la propiedad. La pena asignada a dichos ilícitos es la de presidio menor en su grado medio, salvo que el hecho constituya un delito al cual la ley asigne una pena superior.

Es dable explicar que siendo figuras comunes establecidas en nuestro Código Penal, en este caso y para que ellas sean aplicadas, las lesiones o daños producidos deben estar directamente relacionados con el espectáculo en cuestión y que dichas lesiones o daños no se deban a otras motivaciones o causas que nada tengan que ver con el mismo, como la agresión de un padre a un hijo o los daños intencionales producidos a raíz de una discusión posterior a un accidente de accidente de tránsito a las afueras de un reducto deportivo o sus inmediaciones.

- Delito de porte de armas u objetos idóneos para lesionar o dañar

El inciso segundo del artículo 12, establece la misma pena que la asignada a las lesiones y daños, al que en los mismos lugares o circunstancias, y sin cometer los delitos señalados, **portare armas, elementos u objetos idóneos** para perpetrarlos, salvo que el hecho constituya un delito al que la ley asigne una pena superior.

Cabe hacer presente que dentro del concepto de armas, conforme lo establece el Código Penal, en su artículo 132, quedan comprendidos “*toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente*”, como también los demás elementos u objetos idóneos para perpetrar delitos de lesiones o daños<sup>9</sup>.

Así, respecto del concurso que podría producirse con el artículo 288 bis del Código Penal relativo al porte de armas cortantes o punzantes, de producirse

<sup>9</sup> Comentario efectuado en concordancia con lo señalado en el Oficio FN N° 578/2012, de fecha 13 de septiembre de 2012.

el porte, en las circunstancias establecidas en esta ley, este debe ser sancionado en virtud de la misma por la especialidad de la norma<sup>10</sup>.

- Delito de incitar o promover conductas destinadas a lesionar o dañar

El inciso segundo del artículo 12, establece también la misma pena que la establecida para las figuras de lesiones y daños, al que en los mismos lugares o circunstancias, y sin cometer los delitos señalados, **incitare o promoviere** la ejecución de alguna de dichas conductas, salvo que el hecho constituya un delito al que la ley asigne una pena superior.

- Delito de falsificación de entrada

El artículo 14 de la ley sanciona con presidio menor en cualquiera de sus grados al que, **con perjuicio** de tercero, **falsificare una entrada** a un espectáculo de fútbol profesional, haciendo referencia a la pena señalada en el artículo 197 inciso primero del Código Penal para la falsificación de instrumentos privados.

- Delito de uso malicioso de una entrada falsificada

El artículo 14 de la ley sanciona también con presidio menor en cualquiera de sus grados al que **hiciera uso malicioso de una entrada falsificada**. Si tal uso consistiere en **vender, revender o ceder a cualquier título una entrada falsificada**, la pena será la de presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales.

El inciso segundo del artículo 14 de la ley señala que en los casos en que la fabricación, uso, venta, reventa o cesión a cualquier título de entradas falsificadas **no produjere perjuicio a un tercero**, la conducta es sancionada con presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.

En relación a la acepción “perjuicio” en el tipo penal de falsificación de entrada, se discutió el por qué de su inclusión, sosteniéndose que ello se debía a la estructura general que establece el artículo 197 del Código Penal, que es la norma matriz de las falsificaciones documentales en instrumentos privados, agregándose que dicha disposición, establece como elemento del tipo el hecho de que la falsificación se produzca en perjuicio de un tercero. No obstante ello, no fue discutido qué se entendía por perjuicio o qué abarcaba el mismo<sup>11</sup>.

10 Comentario efectuado en concordancia con lo señalado en el Oficio FN N° 578/2012, de fecha 13 de septiembre de 2012.

11 Segundo Informe de Comisión de Constitución, Senado. Fecha 5 de julio de 2012. Cuenta en Sesión 33. Legislatura 360, Proyecto de Ley N° 20.620 que modifica la Ley N°19.327, BOLETÍN N° 4.864-29.

Según lo explica Garrido Montt, para la consumación del delito de falsificación, es necesario que se cause un perjuicio a una persona con la adulteración del documento, no necesariamente a la víctima, sino a cualquier tercero que lo sufra a consecuencia de la acción mañosa y por ello el legislador usó la palabra “tercero” y no sujeto pasivo. Así entonces, perjuicio no necesariamente debe ser de naturaleza pecuniaria, sino que podría ser de otro orden, descartándose el moral ya que el legislador lo ha señalado de manera expresa cuando ha querido considerarlo, opinión que tampoco es unánime<sup>12</sup>.

- Delito de usurpación de nombre

Conocido es que algunos hinchas, por múltiples razones, ingresan al estadio con una identidad falsa, motivo por el cual el artículo 17 de la ley sanciona esta conducta señalando que quien cometiere el delito de **usurpación de nombre** del artículo 214 del Código Penal, **con la finalidad de acceder al recinto** en el que se realizará un espectáculo de fútbol profesional, será sancionado con la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional por un período de uno a dos años, sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan.

En la práctica, quien comete este delito, con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol, por lo general está bajo una medida cautelar, cumpliendo condena o cumpliendo la condición de la suspensión del procedimiento, por lo que al configurarse el delito de usurpación de nombre, conjuntamente con ello el sujeto estará cometiendo de manera flagrante un quebrantamiento de condena o de medida cautelar o incumpliendo una condición, configurándose de esa manera la figura del inciso segundo de la letra b) del artículo 16, que sanciona dicho quebrantamiento e incumplimiento con la pena de presidio menor en su grado mínimo, junto a la pena accesoria de prohibición de ingreso a espectáculos de fútbol profesional por tres años.

En razón de lo anterior, se debe establecer fehacientemente que la conducta configura el delito de usurpación de nombre del artículo 214 del Código Penal, por cuanto bien podríamos estar sólo frente a la falta de **ocultamiento de identidad**, tipificada en el artículo 496 N°5 del mencionado código, que consiste en el mero ocultamiento del nombre y apellido. En dicho sentido, debemos tener presente que el verbo rector “usurpar” es definido por la RAE como “*arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlo como si fueran propios*”, mientras que el verbo rector de “ocultar”, es entendido como “*Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista, disfrazar la verdad*”. Así, al ocultar la identidad, no necesariamente se asume una nueva o se adopta una verdadera perteneciente a otra persona, ya que el sujeto activo puede señalar

---

12 Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos de Falsedad, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, p. 89.

el nombre de una persona ficticia o simplemente negar la suya, pero quien utiliza el nombre de un tercero no sólo oculta su verdadera identidad sino que además hace suya la nueva, beneficiándose de alguna forma de esta última, que en el caso particular es justamente acceder al recinto en el que se realiza el espectáculo de fútbol profesional, tal como lo señala el artículo 17 de la Ley N° 19.327.

- Otros delitos

El artículo 13 de la ley, también establece sanciones al que con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, **dentro del recinto deportivo o en sus inmediaciones, o en el desarrollo de hechos o circunstancias conexas**, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 1, cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 269, 296, 297, 391, 395, 396, 397, 433 o 436 del Código Penal, a saber:

- **Delito de turbar gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado;**
- **Impedir o dificultar la labor de Bomberos u otro servicio de utilidad pública destinado a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas;**
- **Delito de amenazas;**
- **Delito de homicidio;**
- **Delito de castración;**
- **Delito de mutilaciones;**
- **Delito de lesiones graves, y**
- **Delito de robo con violencia o intimidación.**

La pena aplicable a los delitos antes mencionados, será la señalada por la ley a cada uno de ellos, con exclusión de su grado mínimo si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la sanción constituye un grado de una pena divisible.

### **3. Agravantes especiales en delitos cometidos con ocasión de la celebración de un espectáculo de fútbol profesional, o en un hecho o circunstancia conexas al mismo**

Habiendo analizado los delitos contemplados en la presente ley, debemos señalar que la misma establece agravantes especiales en su artículo 19, a saber:

1a. Ser integrante de un grupo organizado para la realización de los ilícitos descritos en los artículos precedentes.

2a. Ser organizador o protagonista en el espectáculo de fútbol profesional, o dirigente de alguno de los clubes participantes en él.

Se discutió bastante el hecho de incluir agravantes especiales por cuanto se estimaba que no eran necesarias, toda vez que existían agravantes generales del Código Penal aplicables a los delitos de esta ley, pero pese a ello se optó por mantener dos de las cuatro agravantes que incluía el proyecto original, dejando fuera aquella que decía relación con realizar el hecho bajo los efectos del alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes o similares y haber causado las lesiones a jugadores, técnicos, dirigentes o protagonistas del espectáculo de fútbol profesional.

#### **4. Penas accesorias a los responsables por delitos de los artículos 12, 13 y 14 de la Ley N° 19.327**

El mencionado artículo 16 de la ley, establece las penas accesorias que se deberán imponer al condenado, por los delitos establecidos en los artículos 13, 14 y 15, es decir que dichas penas accesorias tienen carácter imperativo desde que ella señala que *“se le impondrán, en todo caso”*.

Así, la pena accesoria más relevante a juicio de este autor es la signada en la letra b) del artículo 16, a saber:

- **Prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional y a las inmediaciones en que éste se realice, por períodos determinados según la gravedad del delito y la existencia de reincidencia en el mismo, la que puede llegar a ser perpetua.**
- Alcance de la prohibición

Esta pena accesoria, prohíbe no sólo asistir e ingresar al **recinto**, sino que también a sus **inmediaciones**, por el tiempo que se determine, cuyo quebrantamiento será sancionado con las penas que en él se señalan y que abordaremos a continuación.

- Medida adicional de presentación y permanencia en un determinado lugar

Coadyuvando con la eficacia de la prohibición, el inciso tercero de la letra b) del artículo 16 señala que, tratándose de la pena accesoria de prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional respecto de los delitos contemplados en los artículos 12, 13 y 14, el tribunal podrá establecer la **obligación de los condenados de presentarse y permanecer, durante el tiempo que dure dicha pena, en la unidad policial más cercana a su**



**domicilio o el lugar que se determine, mientras se desarrollen, dentro o fuera del país, los espectáculos de fútbol profesional que el mismo tribunal precise.**

En el caso de **reincidencia**, el tribunal siempre **deberá** imponer la obligación de presentarse y permanecer en el lugar que se determine mientras se desarrolle el espectáculo, tal como lo señala el inciso cuarto de la letra b) del artículo 16 de la ley en comento, por lo que el fiscal deberá hacer presente dicha situación al Tribunal.

- Quebrantamiento de la pena accesoria de prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional

Quien quebrantare la pena accesoria, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo y además se le impondrá una nueva pena accesoria de prohibición de asistir a espectáculos de fútbol profesional por tres años, que serán adicionales a los impuestos por la pena quebrantada, tal como señala inciso segundo de la letra b) del artículo 16.

Así también, si quien infringe esta prohibición hubiese sido beneficiado en su momento con alguna pena sustitutiva a las privativas de libertad, ella se entenderá revocada por el solo ministerio de la ley, en virtud de lo establecido en el inciso sexto de la letra b) del artículo 16.

Más allá de las penas establecidas en esta ley, el propio legislador señaló en el inciso quinto, de la letra b), del artículo 16 de la ley, que las penas accesorias como la medida adicional, podrán ser también impuestas a quienes fueren condenados por delitos distintos a los contemplados en esta ley, pero siempre que hubieren sido cometidos con ocasión de un espectáculo deportivo de fútbol profesional o en un hecho o circunstancia conexos al mismo.

- Obligación de denunciar el quebrantamiento de la prohibición

El inciso final de la letra b) del artículo 16 establece que están obligados a denunciar el quebrantamiento de esta prohibición los dirigentes de los clubes participantes en el espectáculo de fútbol profesional en que se produzca dicha infracción, dentro del plazo señalado en el artículo 176 del Código Procesal Penal y en caso de incumplimiento de esta obligación les será aplicable lo dispuesto en el artículo 177 de dicho Código.

Respecto a la obligación propiamente tal, en opinión de este autor, ella sólo será exigible si los dirigentes han sido notificados y por ende tomado conocimiento de la prohibición y sus antecedentes, principalmente la identidad del imputado sometido a ella, razón por la cual surge el problema que en el evento de no ser interviniente en el juicio, no existe obligación para el órgano jurisdiccional de efectuar la notificación señalada. No obstante lo anterior, debemos entender

que, el inciso final del artículo 16 entrega la solución al problema planteado, toda vez que señala que la resolución que imponga la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional, sea como medida cautelar o pena accesoria “será comunicada” dentro de las 48 horas siguientes a que hubiere sido dictada, a los clubes de fútbol profesional, a Carabineros de Chile y a la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, o a quien jurídicamente sea su continuador, para su cumplimiento en lo que corresponda. Por lo anterior, se entiende que quien tiene el deber de “comunicación”, es decir, de notificar a los organismos mencionados, es el órgano jurisdiccional, pero que como se trata de un objetivo conjunto, es conveniente que el órgano persecutor solicite sean notificados también todos aquellos que deben fiscalizar que la prohibición se cumpla, como lo son además de los Clubes, Carabineros y ANFP, los administradores de estadios y Estadio Seguro como actual organismo coordinador.

Continuando con las penas accesorias que deben imponerse a los responsables por la comisión de alguno de los delitos de los artículos 12, 13 y 14, el artículo 16 de la ley establece dos inhabilidades, a saber:

- **La inhabilitación hasta por quince años para ser dirigente de un club deportivo de fútbol profesional.**
- **La inhabilitación especial temporal, durante el tiempo de la condena, para asociarse a un club de fútbol profesional. Esta pena no será inferior a dieciocho meses, aunque la pena privativa de libertad impuesta lo fuere por un tiempo menor.**

## **5. Sanciones en caso de negligencia de representantes legales de clubes y dirigentes**

El artículo 18 de la ley sanciona a:

- **Los representantes legales de los clubes participantes en un espectáculo deportivo que, por negligencia o descuido culpable, en el cumplimiento de las obligaciones que impone esta ley contribuyan o faciliten la comisión de las conductas tipificadas en los artículos 12, 13 y 14.**

La ley no sólo sanciona al sujeto activo de las conductas tipificadas en los artículos mencionados, sino que además, y en relación a dichas infracciones, a los representantes legales de los clubes participantes en un espectáculo deportivo cuando han sido negligentes o culpablemente descuidados en el cumplimiento de las obligaciones que impone la ley, y con ello contribuyen o facilitan la comisión de las conductas tipificadas en los artículos mencionados, debiendo por ello pagar una multa de cien a trescientas unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, la que puede verse duplicada en caso de reincidencia.

En relación a los verbos rectores, esto es, contribuir o facilitar la comisión del delito, parece entenderse que dichos representantes legales de una forma u otra han colaborado indirectamente en la comisión del ilícito y por ende no es que hayan sido negligentes o poco cuidadosos, sino que han tenido un grado de participación en el mismo y por lo tanto podrían ser sancionados como cómplices o encubridores según sea el caso.

En ese sentido, quizás la norma no debió haber utilizado dichas expresiones, toda vez que estamos hablando del representante legal de una persona jurídica, por lo que si bien la ley lo hace responsable a él, de todas formas habría que determinar qué persona natural contribuyó o facilitó a la comisión de un delito y de qué forma, aun cuando se entiende que por su espíritu lo que en definitiva se busca es que los representantes legales y dirigentes del fútbol en general estén conscientes de que se arriesgan a fuertes multas si incumplen las obligaciones relativas a la seguridad, tal como se señala en el inciso segundo, que como veremos, hace responsable a las organizaciones deportivas profesionales cuando por negligencia de sus dirigentes se incumplen las medidas de seguridad.

- Las organizaciones deportivas profesionales que, por negligencia de sus dirigentes, incumplan las medidas de seguridad impuestas por la autoridad

En este caso, se sanciona a las organizaciones deportivas profesionales por los actos de sus dirigentes, que por negligencia hayan incumplido las medidas de seguridad impuestas por la autoridad, haciéndolos responsablemente solidarios por los daños causados como consecuencia de los ilícitos penales cometidos con ocasión de un espectáculo de fútbol profesional que ellas hubiesen organizado, eximiéndose de la sanción si con anterioridad hubiesen adoptado e implementado cada una de las medidas de seguridad señaladas en la ley y las instrucciones impartidas por el Intendente respectivo.

## **6. Situación del asociado a un club que cometa algún ilícito de esta ley**

El artículo 20 de la ley señala que si algún socio de un club de fútbol comete algún ilícito de los señalados en ésta ley, se suspenderá el derecho a ser socio o afiliado de organizaciones relacionadas con el fútbol profesional, mientras se encuentre vigente cualquier sanción, por el período que dure la misma, y durante los tres años siguientes a su cumplimiento.

## 7. Medida cautelar especial de prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional

El artículo 15 de la ley, establece que el juez podrá decretar como medida cautelar, la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional, en la forma establecida en la letra b) del inciso primero del artículo 16, y el tiempo que el imputado haya permanecido sujeto a ella, se imputará a la pena de prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional que se le imponga.

Cabe hacer presente que este autor estima impreciso el reenvío normativo que hace el legislador respecto de la manera de decretar la medida, por cuanto señala que será “...*en la forma establecida en la letra b) del inciso primero del artículo 16*”, pero al analizar dicho artículo podemos percatarnos que en él se establecen tres penas accesorias signadas con las letras a), b) y c), dividiéndose la letra b) en 7 incisos, razón por la cual, lo correcto habría sido señalar que la forma de decretar la prohibición era la establecida en el inciso primero de la letra b) del artículo 16.

Pero más allá de dicha opinión, en cuanto a la redacción del reenvío, lo concreto es que la medida cautelar en comento debe ajustarse a la letra b) del artículo 16 de la ley.

- Alcance de la medida cautelar

La medida cautelar en comento, prohíbe no solo asistir e ingresar al **recinto**, sino que también a sus **inmediaciones**, por el tiempo que se determine, cuyo quebrantamiento será sancionado con las penas que en él se señalan y que abordaremos más adelante.

- Medida adicional a la cautelar

Al igual que en el caso de la pena accesoria y coadyuvando con la eficacia de la prohibición, el inciso segundo del artículo 15 señala que, al momento de imponer la medida cautelar, el juez podrá establecer la medida adicional que impone la **obligación de los imputados de presentarse y permanecer, durante el tiempo que dure dicha pena, en la unidad policial más cercana a su domicilio o el lugar que determine**, mientras se desarrollen, dentro o fuera de Chile, los espectáculos de fútbol profesional que el mismo tribunal precise.

- Obligación de denunciar el quebrantamiento de la medida cautelar

Finalmente, y como se dijo anteriormente, el inciso final de la letra b) del artículo 16 señala que, están obligados a denunciar el quebrantamiento de

esta prohibición los dirigentes de los clubes participantes, por lo que vale lo analizado y opinado a propósito del quebrantamiento de la prohibición cuando ha sido impuesta como pena accesoria, debiendo entenderse que es plenamente aplicable al quebrantamiento de la medida cautelar, toda vez que el inciso primero del artículo 15 se remite al artículo 16, señalando que la medida cautelar se decretará en la forma establecida en la letra b) de dicho artículo.

Es dable recordar eso sí, que la resolución que imponga la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional, sea como medida cautelar personal o como pena accesoria será comunicada, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que hubiere sido dictada, a los clubes de fútbol profesional, a Carabineros de Chile y a la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, o a quien jurídicamente sea su continuador, para su cumplimiento en lo que corresponda, pero como vimos la norma no es del todo clara al hablar de comunicación y no de notificación, razón por la cual el tribunal podría notificar sólo a los intervinientes del juicio, sin que exista obligación de efectuar la comunicación a otros actores, aun cuando desde esta vereda entendemos que sí, por lo señalado en el inciso final del artículo 16, pero para evitar una falta de eficacia y por ser un objetivo conjunto, es conveniente que el órgano persecutor solicite se notifique también a todos aquellos que deben fiscalizar que la prohibición se cumpla, como lo son además de los Clubes, Carabineros y ANFP, los administradores de estadios y Estadio Seguro como actual organismo coordinador.

- **Quebrantamiento de la medida cautelar**

Quien quebrantare la medida cautelar personal y adicional será sancionado con presidio menor en su grado mínimo junto a la pena accesoria de prohibición de asistir a espectáculos de fútbol profesional por tres años, tal como lo señala el inciso segundo de la Letra b) del artículo 16.

## **8. Suspensión condicional del procedimiento**

El artículo 24 de la ley establece que la investigación y juzgamiento de los delitos se regirán por el Código Procesal Penal, señalando en su inciso segundo que el Fiscal podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 237 del Código Procesal Penal, pudiendo el juez imponer al imputado cualquiera de las condiciones contempladas en el artículo 238 de dicho Código, debiendo siempre decretar la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional, durante el tiempo que dure la suspensión.

En virtud de lo anterior, y sin perjuicio de que el artículo 238 del Código Procesal Penal establece en su letra b) la condición de abstenerse de frecuentar

determinados lugares, la Ley N° 19.327 obliga al juez a decretar específicamente como condición la prohibición de asistir a espectáculos de fútbol profesional durante el tiempo que dure la suspensión, mandato que adquiere relevancia en el evento de constatar su incumplimiento, toda vez que el inciso segundo, letra b) del artículo 16, sanciona con la pena de presidio menor en su grado mínimo a quienes incumplan con la condición de prohibición de ingreso a los estadios de fútbol profesional, cuando ésta haya sido establecida de conformidad a lo previsto en el artículo 238 del Código Procesal Penal.

En dicho sentido, si el fiscal no solicita de manera prioritaria la condición establecida en el artículo 24 de la ley, o el juez, pese a estar obligado, no la decreta, estableciéndose otras condiciones, la única sanción posible a su incumplimiento, será aquella señalada en el artículo 239 del mismo cuerpo legal, esto es, la revocación de la suspensión condicional y no la pena establecida en la ley en estudio.

- **Incumplimiento de la condición impuesta durante la suspensión del procedimiento**

El inciso 2° de la Letra b) del artículo 16 señala que el incumplimiento de la condición de prohibición de ingreso a los estadios será castigado con presidio menor en su grado mínimo junto a la pena accesoria de prohibición de ingreso a los estadios por tres años.

En consecuencia, al constatar el incumplimiento de la condición nos encontraríamos ante un delito flagrante que amerita la detención del imputado, pudiéndose hacer efectiva la sanción señalada anteriormente y la revocación inmediata de la medida, toda vez que para efectos de esta ley no se requeriría el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 239 del Código Procesal Penal que como regla general establece que para la revocación de la condición el imputado debe haber incumplido sin justificación, grave y reiteradamente las condiciones impuestas.

Cabe tener presente que la resolución del tribunal que fija como condición la prohibición de asistir a espectáculos de fútbol profesional causa ejecutoria, esto es, rige desde que es notificada al imputado, sin perjuicio de los plazos pendientes de recursos.

## **9. Facultades de Carabineros de Chile**

Una temática de importancia en el contexto del fenómeno de la violencia en el fútbol, tiene que ver con la prevención y el control del cumplimiento de la normativa que rige los deberes y derechos en los espectáculos de fútbol profesional, esto es, las facultades que esta ley le otorga a Carabineros de Chile, antes, durante y con posterioridad a los espectáculos de fútbol.

Así, el artículo 28 de la ley establece que será Carabineros de Chile quien supervisará el cumplimiento de las disposiciones de esta ley, de sus reglamentos y de las resoluciones administrativas que autorizan los respectivos recintos o eventos de fútbol profesional, estando facultado para dar inicio, por la vía más expedita posible, a los procedimientos administrativos o judiciales para la persecución de las infracciones a las que aquellos se apliquen.

Entre las labores propias de su función, el artículo 21 de la ley, faculta al personal de Carabineros de Chile para impedir el ingreso a los recintos deportivos de elementos que por su naturaleza, dimensiones y características pudieren ser utilizados para provocar lesiones, daños, alterar la normalidad del evento, entorpecer las vías de evacuación o dificultar la fiscalización al interior del referido recinto. Asimismo, podrán impedir el ingreso de personas que se encuentren bajo la influencia del alcohol o de drogas o en estado de ebriedad, estando facultado para realizar pruebas respiratorias, decretadas por ellos mismos o a solicitud del personal de seguridad contratado por el organizador del espectáculo, que permitan acreditar tal circunstancia, prohibiéndose el ingreso al recinto deportivo a la persona que se negare a someterse a dicha prueba.

- **Control de identidad preventivo**

Dentro de las facultades y actuaciones autónomas de Carabineros de Chile, esto es, sin necesidad de orden previa de un fiscal, está el efectuar controles de identidad en virtud del artículo 85 del Código Procesal Penal, que como sabemos, para proceder a efectuarlo, deben existir indicios de que la persona hubiese cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiese a cometerlo o de que pudiese suministrar información útil para la indagación de ellos.

Pues bien, esta facultad y procedimiento es recogido de manera especial por el inciso cuarto del artículo 21 de la ley, regulándolo de tal manera que para realizarlo no requiere de la existencia de los indicios exigidos por el Código Procesal Penal, señalando que Carabineros de Chile podrá efectuar **controles de identidad preventivos**, con las facultades contempladas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, en los recintos deportivos o sus inmediaciones, desde una hora antes de que se abran las puertas del establecimiento, durante la realización de un espectáculo de fútbol profesional y hasta tres horas después de su término.

Cabe señalar que durante la tramitación del proyecto que modificaba la Ley N° 19.327, se discutió bastante la inclusión de este control preventivo de identidad, toda vez que paralelamente se estaba tramitando el proyecto de agenda corta de la época que incluía modificaciones al control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, principalmente relativas a los plazos, por lo que en opinión de algunos parlamentarios, debía esperarse el texto definitivo de esta última norma para discutir el control preventivo de la

ley en estudio, a fin de no tener que volver a modificar la Ley de Violencia en los Estadios en virtud de las discordancias que podrían observarse con la norma del Código Penal<sup>13</sup>.

Pese a ello, la disposición fue aprobada entendiéndose que dicho control de identidad era una herramienta necesaria para la eficacia de la ley, considerándose adecuadas las observaciones señaladas, como aquella que finalmente disminuyó de tres a una hora, desde la apertura de las puertas del recinto, la posibilidad de realizar controles de identidad preventivos y se propuso establecer en la historia de la ley que la facultad de la policía para efectuar dichos controles de identidad no requerían la existencia de los indicios a que hace mención el artículo 85 del Código Procesal Penal<sup>14</sup>.

Finalmente, podríamos discutir bastante respecto a esta norma entendiéndose que a la fecha de esta publicación se discute en nuestro parlamento la agenda corta antidelinuencia que incluye la figura del control de identidad “preventivo”, criticado por algunos sectores por su carácter discriminatorio, comparándolo incluso con la extinta detención por sospecha, por lo que, sin ahondar en dicha discusión y centrándonos en la norma del inciso cuarto del artículo 21 de la Ley N° 19.327, debemos señalar que esta norma es de carácter restrictiva y preventiva que se faculta utilizar sólo con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol profesional a fin de controlar a quienes concurran a un recinto deportivo o estén en sus inmediaciones, entre determinadas horas y con el fin de resguardar el orden y la seguridad de la ciudadanía.

## 10. Tratamiento en caso de infractores adolescentes

Especial mención hacen los artículos 22 y 23 de la ley respecto de la aplicación de sus normas cuando se trata de menores de edad, señalando que se aplicarán las normas previstas en la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente, a los menores de dieciocho años y mayores de catorce años de edad que incurrieren en las conductas contempladas en los artículos 12, 13 y 14, imponiéndose las mismas penas accesorias previstas en el artículo 16 para los mayores de edad, en el caso de ser condenados. Por su parte si un menor de dieciocho años y mayor de catorce años de edad incurriere en alguna de las conductas descritas en el artículo 27, esto es, infracciones de conocimiento de los Juzgados de Policía Local, se le impondrán las penas que, conforme a los artículos 21, 22, 23, N° 5, y demás pertinentes de la Ley N° 20.084,

13 Discusión en Sala Cámara de Diputados. Legislatura 360. Sesión 59. Fecha 18 de julio, 2012. Discusión única. Se aprueban las modificaciones. Proyecto de Ley N° 20.620 que modifica la Ley N°19.327, BOLETÍN N° 4.864-29

14 Segundo Informe de Comisión de Constitución, Senado. Fecha 5 de julio, 2012. Cuenta en Sesión 33. Legislatura 360, Proyecto de Ley N° 20.620 que modifica la Ley N°19.327, Boletín N° 4.864-29



corresponda aplicar, pero además se le impondrá la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional por los plazos establecidos en el artículo 27. En concreto, tanto las faltas como los delitos son sancionados en virtud de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, con aplicación de esta ley en lo que dice relación con las penas accesorias en el caso de los delitos y la prohibición de asistir a espectáculos de fútbol en el caso de las infracciones de conocimiento de los Juzgados de Policía Local.

## 11. Infracciones administrativas y su procedimiento

El Título III de la ley, en su artículo 25, trata de las infracciones administrativas y su procedimiento sancionatorio, relativo a las infracciones cometidas por los organizadores, dirigentes de clubes y asociaciones de fútbol profesional cuyo rango de multa se impone de acuerdo a la categoría del espectáculo y gravedad de la contravención. Sin perjuicio de ello, se establecen ciertas consideraciones a fin de determinar la multa a imponer, como lo son las circunstancias de comisión, la falta de profesionalismo y experiencia del infractor, la extensión del mal causado, la capacidad económica y el nivel de riesgo a que se vieron expuestos los asistentes al espectáculo o la comunidad, aplicándose el límite en los casos en que, producto de las infracciones cometidas por los entes antes mencionados, se produjeren desórdenes, agolpamientos, tumultos u otras circunstancias que afecten o pongan en grave peligro a los asistentes, o cualquier otra alteración al orden público.

En caso de reincidencia, esto es, cuando un mismo infractor haya sido sancionado por alguna infracción en un plazo inferior a veinticuatro meses desde la comisión de la anterior, los límites mínimos y máximos se elevarán conjuntamente al doble.

En cualquier caso y adicionalmente, se podrá aplicar la prohibición de asistencia de los hinchas o espectadores del equipo visita o local por parte de la autoridad administrativa.

Los dirigentes de clubes organizadores del espectáculo o dirigentes de clubes o asociaciones infractoras, que no pagaren las multas impuestas serán sancionados con la prohibición de asistir a todo espectáculo de fútbol profesional por el período de tres años, suspendiéndose el plazo de prescripción de la sanción, cesando dicha prohibición por el solo ministerio de la ley cuando se acredite el pago, pudiendo la entidad superior del fútbol profesional retener los pagos que, por cualquier concepto, deba hacer a los clubes de fútbol profesional, para hacer efectivas las responsabilidades por las infracciones establecidas por las que éstos hayan sido sancionados.

Las infracciones señaladas serán conocidas y sancionadas fundadamente por la autoridad encargada de aprobar la realización del espectáculo, esto es, el Intendente de la región que corresponda, de acuerdo al procedimiento

señalado en la Ley N° 19.880, que “*Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado*”, con la excepción de lo expresado en los artículos 59 y 60 de ese cuerpo legal, en lo relativo al recurso jerárquico y al recurso extraordinario de revisión, sin perjuicio de que los afectados puedan reclamar la ilegalidad de esa decisión a la Corte de Apelaciones respectiva.

## 12. Infracciones de conocimiento de los Juzgados de Policía Local y sus sanciones

- Infracciones

El artículo 27 de la ley establece las infracciones que serán conocidas por el Juez de Policía Local competente, esto es, del territorio jurisdiccional donde se hubiese dado principio a la ejecución del hecho, a saber:

**a) Revender entradas** para espectáculos de fútbol profesional. Para estos efectos, se entenderá por reventa de entradas, todo acto que tenga por objeto enajenar, comercializar, vender o ceder a título oneroso uno o más boletos de ingreso a un espectáculo de fútbol profesional, adquiridos previamente y por medio de las vías oficiales, a un precio superior al establecido por el organizador del espectáculo de fútbol profesional.

**b) Ingresar indebidamente** a un recinto donde se realiza un espectáculo de fútbol profesional, o actividades conexas que no sean de libre acceso al público, ocupando formas o vías no dispuestas por el organizador o el administrador del recinto deportivo, o irrumpir sin autorización en el terreno de juego del recinto deportivo o del campo de entrenamiento, o cualquier otra zona del recinto deportivo cuyo acceso no sea de libre acceso público.

**c) Portar, activar o lanzar bengalas, petardos, bombas de estruendo** o, en general, todos aquellos elementos a que se refiere el artículo 3° A de la Ley N° 17.798, en espectáculos de fútbol profesional o en actividades conexas.

**d) Ejecutar cualquier conducta que ponga en peligro la seguridad y tranquilidad** del desarrollo del espectáculo, tales como lanzar objetos en dirección al campo de juego, trepar o escalar el alambrado o barreras de separación del recinto.

**e) Realizar conductas que interrumpan el espectáculo** de fútbol profesional o retrasaren su inicio.

**f) Cometer, provocar o participar en desórdenes** que alteren el orden y tranquilidad del espectáculo de fútbol profesional o infringir las instrucciones y reglas que dictare la Intendencia u otra autoridad para su normal desarrollo.

**g) Efectuar o proferir expresiones de carácter discriminatorio** sancionadas por la ley en contra de cualquiera de los participantes del espectáculo de fútbol profesional.

• Sanciones

El artículo 27 de la ley establece que el tribunal, en los casos de infracciones de su competencia, aplicará conjuntamente las sanciones que en ella se establecen, de acuerdo a la gravedad de la conducta, a saber:

- Multas de 1 a 25 unidades tributarias mensuales.
- Prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional, por un período de entre uno y dos años.
- Suspensión de la calidad de afiliado, abonado, dirigente o socio de los clubes deportivos a los que perteneciere el infractor, por uno a tres años.
- Inhabilitación absoluta de las calidades señaladas en el número anterior, entre uno y hasta tres años.

Analizada la redacción de la norma, pareciera ser que el Juez de Policía Local está obligado a aplicar de manera conjunta todas las sanciones que en ella se establecen, pero al señalar que ello será de acuerdo a la gravedad de la conducta, deja abierta la posibilidad para que el juez pueda aplicarlas todas o sólo algunas de acuerdo a la gravedad del hecho, gravedad que no está establecida y que por ende queda a criterio del tribunal valorarla, transformando con ello en facultativa la aplicación de la sanción de prohibición de asistir a un espectáculo de fútbol profesional, aplicándose lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 16 de la ley, que dice relación con la sanción al quebrantamiento de la misma.

En caso de reincidencia de alguna de las conductas castigadas, las sanciones se elevarán al doble y si se cometieren nuevamente, las sanciones se elevarán al triple. La norma señala que se entenderá que habrá reincidencia o nueva comisión, según el caso, cuando un mismo sujeto haya sido sancionado por cometer alguna de las infracciones contempladas en la misma disposición, en un plazo inferior a veinticuatro meses contado desde la comisión de la última.

En el caso que el infractor no pague la multa impuesta, se le aplicará la sanción de prohibición de asistir a espectáculos de fútbol por todo el tiempo que la multa se mantenga impaga o no le haya sido sustituida, cesando por el solo ministerio de la ley al acreditarse el pago, sin perjuicio de que, ajustándonos al procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, el tribunal decrete por vía de sustitución y apremio, la reclusión nocturna, reclusión diurna o reclusión de fin de semana, en la forma que lo establece el artículo 23 de la Ley N° 18.287.

### 13. Mecanismo de comunicación de resoluciones

Respecto a las sanciones judiciales o administrativas impuestas y su efectivo cumplimiento, el artículo 29 de la ley establece mecanismos de comunicación de resoluciones, a fin de dar certidumbre al ejercicio del derecho a admisión, aplicación de la prohibición de asistir a todo espectáculo de fútbol profesional y demás sanciones previstas en la ley.

Así entonces, el **tribunal con competencia en lo penal** que dicte **sentencia condenatoria**, comunicará la resolución a la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que hubieren quedado ejecutoriadas

En el caso que la sanción imponga la **prohibición de ingresar a espectáculos** de fútbol profesional, ésta deberá ser remitida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que hayan sido notificadas al imputado.

Las resoluciones que impongan o dejen sin efecto **medidas cautelares personales o las que aprueben suspensiones condicionales del procedimiento**, deben comunicarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que se hubieren notificado al imputado.

Tratándose de las infracciones de conocimiento de los **Juzgados de Policía Local**, estos deberán comunicar a la Subsecretaría las **sentencias condenatorias**, las resoluciones que impongan **prohibición de asistir a espectáculos** y las **resoluciones que acrediten el pago de la multa**, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su dictación.

Finalmente, las **sanciones administrativas** serán comunicadas a la Subsecretaría por la Intendencia respectiva, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que hubieren sido notificadas y aquellas resoluciones que digan relación con el **ejercicio del derecho de admisión**, deberán ser comunicadas a la Subsecretaría por la ANFP, de las veinticuatro horas siguientes a que haya tomado conocimiento, debiendo incluir en ella los antecedentes de la decisión e individualizar a los afectados.

### 14. Registro de sanciones, exclusiones y base de datos

La Subsecretaría de Prevención del Delito llevará un registro especial denominado “sección de registro de sanciones y exclusiones de la ley”, a la que tendrán acceso, respecto de las materias de su competencia, las Intendencias, el Ministerio Público, los tribunales de justicia, los Juzgados de Policía Local, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, los clubes de fútbol profesional y la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, o quien jurídicamente sea su continuador.

Relacionado con lo anterior y para la adecuada aplicación de la presente ley, en cuanto a sus derechos, deberes y sanciones, el artículo 30 establece que se deberá configurar un registro a cargo de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que deberá contener una base de datos de las organizaciones deportivas de fútbol profesional; los organizadores de espectáculos regidos por la presente ley; las asociaciones y los clubes de fútbol profesional, sus dirigentes y representantes legales; de los seguros o cauciones establecidos en el artículo 6, letra b); de los asistentes, en los casos que determine el reglamento; de las personas en contra de quienes los organizadores han ejercido el derecho de admisión, y de las prohibiciones de ingreso a los estadios, y demás sanciones que hayan sido aplicadas.

## 15. De la prescripción

Las **infracciones administrativas** prescribirán en el plazo de un año, contado desde la comisión de las mismas. En el mismo plazo establecido en el inciso anterior, prescribirán las **acciones** que persigan la responsabilidad por las **infracciones de conocimiento de los Juzgados de Policía Local**, contado desde la comisión de las mismas.

Las **sanciones impuestas por el intendente** respectivo o la autoridad que corresponda por las infracciones administrativas, prescribirán en el plazo de dos años, contado desde que hubiere quedado ejecutoriado el acto administrativo que ordenó su imposición. En el mismo plazo prescribirán aquellas sanciones que apliquen los Juzgados de Policía Local, contado desde que hubiere quedado ejecutoriada la sentencia condenatoria.

## 16. La Fiscalía en la Ley de Violencia en los Estadios

Sin perjuicio de la facultad constitucional del Ministerio Público como órgano encargado de la persecución penal, el artículo 3, letra h), de la Ley N° 19.327, establece que son deberes de los organizadores, asociaciones y dirigentes del fútbol profesional, entre otros, denunciar ante la autoridad que corresponda, los delitos que presenciaren o de los que tomaren conocimiento con ocasión de los espectáculos de fútbol profesional o hechos conexos, mientras que el inciso final del artículo 5 de la ley señala que si un espectáculo de fútbol profesional implicare un riesgo para el orden público o la seguridad de las personas o los bienes, el Intendente comunicará este hecho al Fiscal Regional del Ministerio Público, quien deberá ordenar la presencia de, a lo menos, un fiscal.

Debemos detenernos en este punto, toda vez que la norma del inciso final del artículo 5 es imperativa, y por ende, obliga al Fiscal Regional respectivo a designar a lo menos a un fiscal adjunto para apersonarse en el espectáculo, cuando el Intendente le comunique la circunstancia de riesgo para el orden público o seguridad de las personas.

La mencionada disposición tuvo su fundamento en lo poco satisfactoria y eficiente que había sido hasta ese momento la aplicación de la ley, estimándose que el medio más eficaz para desincentivar la violencia en los estadios no pasaba por exigir nuevas autorizaciones para organizar un partido de fútbol o crear nuevos delitos, sino que simplemente dar a los hinchas la señal de que aquel que se comportara violentamente sería castigado, y el que destruyera la propiedad ajena debería pagarla. Así, el Ministerio Público podía constituirse en un elemento no sólo disuasivo, sino que defnitorio en una persecución criminal efectiva, razón por la cual se propuso incorporar en su normativa la obligación de que en todo partido calificado por la autoridad pertinente como de alto riesgo, obligatoriamente se debía contar con a lo menos dos fiscales del Ministerio Público para que pudiese llevarse a cabo el espectáculo deportivo<sup>15</sup>.

Claramente el fundamento de la medida es una política meramente disuasiva, toda vez que obligar a un Fiscal a concurrir a un espectáculo deportivo, cuando a criterio de una autoridad administrativa pudiese revestir riesgos para el orden público o la seguridad de las personas, no constituye un aporte a la función legal y constitucional de los Fiscales que en términos concretos es el de investigar los delitos que efectivamente pudiesen ocasionarse a raíz de dicho espectáculo, pero que su presencia no se transforma ni siquiera en un medio de prueba como lo es la presencia y posterior declaración de guardias y funcionarios policiales que pudiesen encontrarse en el recinto.

Discutida también fue la posible vulneración a la autonomía del Ministerio Público que por el solo hecho de recibir una comunicación de la autoridad administrativa relativa al riesgo para el orden público o seguridad de las personas, debía nombrar a lo menos un fiscal para apersonarse en el reducto deportivo, señalándose que bien podía dejarse dicha comunicación por parte del Intendente, pero que el Fiscal Regional adoptara las medidas que estimare pertinentes<sup>16</sup>.

Solicitado el pronunciamiento al Tribunal Constitucional, éste declaró constitucional la norma en comento, pero no obstante ello, el Ministro señor José Antonio Viera-Gallo, pese a la redacción imperativa para el Fiscal Regional, dejó expresa constancia de que la obligación del Intendente de comunicar al Ministerio Público la programación de partidos de riesgo, a efectos de disponer la presencia de a lo menos un fiscal, no afectaba las atribuciones del Ministerio

15 Informe de la Comisión Unida de Seguridad Ciudadana y Drogas y Especial de Deportes de la Cámara de Diputados, recaído en los proyectos de ley refundidos, 9 de noviembre de 2011. Proyecto de Ley N° 20.620 que modifica la Ley N°19.327, BOLETÍN N° 4.864-29.

16 Discusión en Sala. Senado. Legislatura 360. Sesión 34. Fecha 11 de julio, 2012. Discusión particular. Proyecto de Ley N° 20.620 que modifica la Ley N°19.327, BOLETÍN N° 4.864-29.

Público, toda vez que el Fiscal Regional conservaba su facultad para evaluar de forma autónoma si un espectáculo deportivo de fútbol era o no riesgoso para el orden público, en cuyo caso tenía la facultad de decidir enviar o no a un fiscal. Así, el precepto no traslada esa apreciación al Intendente, el cual comunica su parecer al Fiscal Regional para que éste, en definitiva, resuelva. Por su parte los votos disidentes señalaron que la norma tenía tres interpretaciones posibles, primero, que el Intendente, impusiera a un fiscal el comparecer como consecuencia de la calificación riesgosa de un partido de fútbol, segundo, que el Fiscal Regional, después de recibida la comunicación del Intendente, estuviese compelido legalmente a enviar a un fiscal a un partido calificado como riesgoso y tercero, que el Fiscal Regional tuviera libertad para decidir enviar o no enviar al fiscal a un partido, residiendo en último término en él, la determinación precisa del riesgo de un partido de fútbol.

Claramente las dos primeras interpretaciones son inconstitucionales porque afectan la facultad del Ministerio Público de dirigir exclusivamente una investigación de un hecho punible, mientras que sólo la tercera sería constitucional, por lo que a juicio de la disidencia, la norma vulneraba la competencia exclusiva y excluyente del Ministerio Público del artículo 83 de la Constitución por afectar el reparto de competencias definido por ésta. Finalmente los votos disidentes cuestionaron además el hecho de que Ministerio Público actuara en una etapa pre-delictual en funciones preventivas de seguridad y orden público que se encuentran fuera de sus facultades constitucionales<sup>17</sup>.

No obstante lo discutido y los fundamentos esgrimidos, en favor de la autonomía del Ministerio Público, la norma fue declarada constitucional y por ende aprobada, por lo que de concurrir un Fiscal a un determinado espectáculo considerado riesgoso, su participación debiera ajustarse a las funciones constitucionalmente asignadas, sin realizar ninguna actividad tendiente a mantener o restablecer el orden público o dar instrucciones a Carabineros que se encuentre en el lugar, cuando ellas no digan relación con la denuncia de un delito, caso en el cual, el Fiscal deberá ajustar su actuar a las funciones constitucional y legalmente asignadas, como lo son todas aquellas relativas a dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito, dar protección a las víctimas y testigos y ejercer la acción penal pública.

---

17 Oficio de Tribunal Constitucional a Cámara de Origen. Fecha 30 de agosto, 2012. Cuenta en Sesión 76.

## 17. Delito especial de retención o toma de control de un vehículo de transporte público de pasajeros establecido en el artículo 268 sexies del Código Penal

La figura penal de retención o toma de control de un vehículo de transporte público de pasajeros, formó parte del proyecto que modificó la Ley N° 19.327, en relación a su ámbito de aplicación y al establecimiento de un régimen sancionatorio efectivo<sup>18</sup>. Dicha normativa establece sanciones para quienes mediante violencia o intimidación retengan o tomen el control de un vehículo de transporte público de pasajeros.

La inclusión de esta figura penal tuvo su fundamento en los constantes hechos delictuales sindicados como “secuestros de buses”, razón por la cual debían establecerse mayores resguardos para el transporte y desplazamiento de los asistentes a los partidos de fútbol, proponiéndose sanciones específicas para este tipo de conductas.

Sin perjuicio de que el artículo 1 de la Ley N° 19.327 contemplaba que sus normas se aplicarían también a todos los hechos y circunstancias conexas a los espectáculos de fútbol profesional, entre ellos el uso de los servicios de transporte público remunerado de pasajeros, el ejecutivo propuso la inclusión de un inciso segundo que sancionaba específicamente al que mediante el uso de violencia, intimidación o coacción ejercidas en la persona del conductor o los pasajeros, retuviere, asumiere el control o utilizare indebidamente algún vehículo destinado al transporte público remunerado de pasajeros, sancionándolo con presidio menor en su grado máximo<sup>19</sup>.

Fue así que se agrega un segundo inciso, al primitivo artículo 13 de la ley, que disponía: *“El que, mediante el uso de violencia, intimidación o coacción ejercidas en la persona del conductor o auxiliares o los pasajeros, retuviere, asumiere el control o utilizare indebidamente algún vehículo destinado al transporte público remunerado de pasajeros, será sancionado con presidio menor en su grado máximo”*<sup>20</sup>.

18 Proyecto de Ley N° 20.844, Boletín N° 9566-29, de 10 de septiembre de 2014, Modifica la Ley N° 19.327, en lo tocante a su ámbito de aplicación y al establecimiento de un régimen sancionatorio efectivo, y la Ley N° 20.502, en materia de funciones de la Subsecretaría de Prevención del Delito.

19 Informe de Comisión de Deportes y Recreación recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.327, en lo tocante a su ámbito de aplicación y al establecimiento de un régimen sancionatorio efectivo, y la Ley N° 20.502, en materia de funciones de la subsecretaría de prevención del delito. Cámara de Diputados. Fecha 20 de noviembre, 2014, en Sesión 98. Proyecto de Ley. Boletín N° 9566-29, de 10 de septiembre de 2014.

20 Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora, recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.327, en lo tocante a su ámbito de aplicación y al establecimiento de un régimen sancionatorio efectivo, y la Ley N° 20.502, en materia de funciones de la subsecretaría de prevención del delito. Fecha 10 de diciembre, 2014. Sesión 74. Proyecto de Ley. Boletín N° 9566-29, de 10 de septiembre de 2014.



Consultado por la Comisión de Gobierno, el penalista señor Juan Domingo Acosta señaló que este tipo punitivo debía ser trasladado al Código Penal, como una nueva figura, toda vez que la norma aprobada no reflejaba que los hechos que se pretendía sancionar ocurrían sólo con ocasión de un espectáculo profesional de fútbol, sino que en cualquier contexto. Además, se debía especificar que los vehículos involucrados en estas conductas, eran de transporte público de pasajeros que se encontraban efectivamente en servicio, como asimismo más que hacer referencia a la violencia, debían mencionarse las lesiones que se pudieran ocasionar en la comisión de dichos hechos, pero el representante del gobierno se inclinó por los términos violencia o intimidación, pues estos implican la comisión de un delito en sí mismos y no una modalidad de ejecución de ellos. Asimismo, agregó que cambiarían las expresiones “lesiones o daños” por la palabra delitos, toda vez que existen otros delitos no asociados a lesiones o a daños, lo mismo con respecto a delitos en contra de la propiedad que no generan lesiones o daños a los pasajeros. Sin perjuicio de ello, en sesión posterior, el Ejecutivo propuso la eliminación de este inciso, para incorporar una figura especial en el Código Penal, incorporando para ello un nuevo artículo 3° en el proyecto, lo que fue acogido favorablemente por la Comisión<sup>21</sup>.

Fue así como con fecha 10 de junio de 2015, fue introducido al Código Penal el artículo 268 sexies, que tipificaba el delito de retención o toma de control de vehículo de transporte público de pasajeros que señala:

*“Artículo 268 sexies.- Los que mediante violencia o intimidación retuvieren o tomaren el control de un vehículo de transporte público de pasajeros serán sancionados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, sin perjuicio de las penas que correspondan por los otros delitos cometidos con ocasión del hecho. En este último caso, todas las penas se impondrán conjuntamente, en la forma prescrita por el artículo 74 de este Código.*

*Si el hecho consistiere en la apropiación del vehículo no tendrá lugar lo previsto en el inciso precedente y, en su lugar, se impondrán las penas de los delitos establecidos en el artículo 433 y en el inciso primero del artículo 436, ambos de este Código, según correspondiere, con exclusión de su grado mínimo.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos”.*

21 Segundo Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.327, en lo tocante a su ámbito de aplicación y al establecimiento de un régimen sancionatorio efectivo, y la Ley N° 20.502, en materia de funciones de la subsecretaría de prevención del delito. Senado. Fecha 14 de abril, 2015. Proyecto de Ley. Boletín N° 9566-29, de 10 de septiembre de 2014.

Debemos hacer presente que su inclusión en el Código Penal, dice relación con hechos que no se cometen sólo con ocasión de un espectáculo de fútbol, sino que en otras circunstancias, tales como, la retención de buses por parte de bandas delictuales que mediante amenazas obligan al conductor a cambiar de ruta o la retención de vehículos de transporte público de pasajeros con motivo de protestas o de paralización de funciones por parte de sindicatos de conductores de buses.

#### IV. Conclusiones

Analizada parte de la normativa de la Ley N° 19.327 que rige los derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, hemos podido interiorizarnos de su génesis y a la vez darnos cuenta que pese a sus distintas modificaciones queda bastante por hacer para solucionar la problemática del fenómeno conocido como “violencia en los estadios”, principalmente por la gran cantidad de actores que participan de los espectáculos y sus circunstancias conexas, que deben actuar coordinadamente para aplicar eficaz y efectivamente las normas que los regulan, cuestión que no resulta fácil en virtud de los distintos objetivos e intereses de cada uno de ellos, y en ese sentido, no basta simplemente con buscar la sanción de quienes delinquen con motivo u ocasión del espectáculo, sino que debe buscarse, ante todo, prevenir que dichos ilícitos o infracciones lleguen a cometerse, para que de esta forma, todos y cada uno de los actores, principalmente el espectador, puedan asistir a un espectáculo de fútbol con la tranquilidad y seguridad que se requiere.

En dicho sentido, dentro de las herramientas legales analizadas, la más efectiva parece ser aquella que prohíbe a una persona asistir a los espectáculos de fútbol profesional, la que como vimos debe imponerse, en todo caso, como pena accesoria cuando el sujeto ha sido condenado por la comisión de alguno de los delitos establecidos en los artículos 12, 13 y 14 de la ley, como también, imponerse siempre como condición al decretarse una suspensión condicional del procedimiento, siendo facultativa para el juez decretarla como medida cautelar a solicitud del fiscal o como sanción principal al castigar aquellas infracciones de competencia de los Juzgados de Policía Local.

Finalmente, y en relación directa al texto de la ley, es de opinión de este autor que la técnica legislativa utilizada no es de las mejores, haciéndose difícil en muchas oportunidades efectuar una correcta interpretación de sus normas, en especial respecto del título con más relevancia para la Fiscalía, cual es, el de los delitos con ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, particularmente en cuanto a su redacción, reenvío a otras normas, quebrantamiento de las penas accesorias, medidas cautelares y sanciones impuestas por los Juzgados de Policía Local, lo que debiese mejorarse a fin de evitar interpretaciones erradas al momento de su aplicación y así lograr en definitiva una mayor eficacia de sus normas.

## CONTENIDOS

### Artículos

Trece años de discusión sobre la utilización de testigos con reserva de identidad. Análisis de los hitos principales del período 2002 - 2015

*Hernán Ferrera Leiva*

Edad del consentimiento en materia sexual y la persecución penal del delito de violación impropia

*María Angélica San Martín Ponce*

Análisis de sentencias dictadas por tribunales orales en lo penal, entre los años 2012 y 2014, sobre parricidios de niños, niñas y adolescentes. Clasificación de casos a partir de las diferentes categorías de filicidio

*Roberto Rodríguez Manríquez*

Acerca del inicio del proceso penal por delitos tributarios: Análisis de la posición del profesor Piedrabuena en relación con las facultades de investigación del Ministerio Público en ausencia de querrela o denuncia del Servicio de Impuestos Internos

*Andrés Salazar Cádiz*

Violencia en los estadios

*Renzo Figueroa Aste*

### Sentencias comentadas

Comentario a sentencia de la Corte Suprema en arista del Caso EFE: reflexiones sobre algunos elementos del fraude al Fisco

*José Luis Cortés Zepeda*

Comentario a sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas que absuelve a H. Senador de la República y a sus cuñados por negociaciones incompatibles y fraude al fisco

*Alejandro Litman Silberman*

### Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Titularidad de las garantías infringidas

*Corte Suprema*